

<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>

**2009/4**

---

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: 701.000.09/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](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>

2009/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2010

---

<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	Surveillant 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 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)	339
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Pfizer/Wyeth	349
	2. Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia	383
	3. Merck and Co./Schering-Plough	442
	4. Emmi Interfrais SA/Kelenberger Frisch Service SA	451
	5. Nokia Corporation/SAP AG	459
	6. Canon/Océ	460
<b>4.</b>	<b>Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG</b> <b>Sanctions selon l'article 50 ss LCart</b> <b>Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart</b>	
	1. 7x2 AG	461
<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. Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Switchplus AG	467
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>	
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	475
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	477

## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)</b>

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG.*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart.*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart.*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Submission Betonfassadensanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.*

*Décision de la Commission de la concurrence du 19 novembre 2007 concernant l'enquête selon l'article 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) concernant une soumission publique des travaux de rénovations de la façade du bâtiment principal de la bibliothèque nationale suisse (BN) relative à une pratique illicite selon l'article 5 KG.*

*Decisione della Commissione della concorrenza del 19 novembre 2007 relativa all'inchiesta secondo l'articolo 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart], RS 251) relativa all'appalto dei lavori di rinnovo della facciata dell'edificio principale della biblioteca nazionale svizzera (BN) a causa di pratica illecita secondo l'articolo 5 LCart.*

#### A SACHVERHALT

1. Am 22. März 1999 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, im Folgenden: Bundesamt) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) nach dem selektiven Verfahren gemäss Art. 15 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek aus. Im Zusammenhang mit der Sanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek waren u.a. Betonfassaden und Beton-

elemente zu erneuern. Davon umfasst war einerseits die Fassade Bücherturm, andererseits Betonelemente bei den Fenstereinfassungen und den Treppenhausverglasungen in der Verputzfassade. Es wurden vier in Bern ansässige Firmen (im Folgenden: Parteien) zur Offertstellung eingeladen:

- Isotech AG, Morgenstrasse 83b, 3018 Bern (im Folgenden: Isotech bzw. infolge Umfirmierung Hela AG);
- Renesco AG, Brückfeldstrasse 7, 3012 Bern (im Folgenden: Renesco bzw. infolge Umfirmierung Arkosol AG);
- Betosan AG, Zikadenweg 7, Postfach 117, 3000 Bern (im Folgenden: Betosan);
- Weiss+Appetito AG, Statthalterstrasse 46, Postfach, 3018 Bern (im Folgenden: Weiss+Appetito).

2. Die am 3. bzw. 5. September 1999 eingereichten Offerten der Parteien lagen zwischen rund CHF 1'911'472.- (Weiss+Appetito) und CHF 2'222'916.-- (Isotech). Die beträchtliche Abweichung vom zuvor bei einem Experten für Betonsanierungen eingeholten Kostenvorschlag bewegte das Bundesamt dazu, bei der Batigroup (Neu: Implen Bau AG - Anfang 2006 entstand aus der Fusion der Batigroup Holding AG mit der Zschokke Holding SA die Implen Bau AG)<sup>1</sup> eine Vergleichsofferte einzuholen (Offerte vom 19. Oktober 1999). Diese Offerte lautete auf CHF 1'294'039.-- (netto inkl. MwSt) und lag somit CHF 617'433.-- unter der tiefsten Submissionsofferte. Das Bundesamt brach die Submission mit Verfügung vom 27. März 2000 (publiziert im SHAB Nr. 61) in der Folge mit der Begründung ab, es seien günstigere Angebote zu erwarten, weil Wettbewerbsverzerrungen

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2007/1, S. 101.



wegfielen. Das Bundesamt vergab die Betonsanierungsarbeiten im freihändigen Verfahren an die Ba-tigroup. Die Parteien erhoben weder gegen den Abbruch des Submissionsverfahrens noch gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel.

3. Das Bundesamt teilte seine Auffassung, wonach die vier am abgebrochenen Submissionsverfahren beteiligten Unternehmen eine Wettbewerbsabrede getroffen haben könnten, dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit. Entsprechend dem Ersuchen des Bundesamtes orientierte diese Stelle tags darauf die Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko) über die Sachverhaltsfeststellung des Bundesamtes. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eröffnete am 13. Januar 2000 eine Untersuchung gemäss Art. 27 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die Parteien wurden einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG verdächtigt.

4. Die Weko hat in ihrer Verfügung vom 17. Dezember 2001 (RPW 2002/1, S. 130 ff.) festgestellt, dass die Parteien mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der öffentlichen Ausschreibung betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek eine unzulässige Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen haben.

5. Gegen die Verfügung der Weko reichten die Parteien Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: Reko) ein. Diese hiess die Beschwerde mit Urteil vom 22. Dezember 2004 (RPW 2005/1, S. 183 ff.) gut und hob die angefochtene Verfügung auf. Zur Begründung führte die Reko im Wesentlichen aus, dass „ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten“ der Parteien Gegenstand der Untersuchung sei und das Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten im bisher geltenden Recht nicht zulässig gewesen sei.

6. Gegen den Beschwerdeentscheid der Reko erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (im Folgenden: Departement) am 31. Januar 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht.

7. Nach teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht zur Neubeurteilung (RPW 2005/3, S. 580 ff.) hiess die Reko die Beschwerde der Parteien am 22. Dezember 2005 teilweise gut, hob die Verfügung der Weko vom 17. Dezember 2001 auf und wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Weko zurück (RPW 2005/4, S. 704 ff.).

8. Die Parteien hatten im Rahmen der erneuten Untersuchungshandlungen mehrfach die Gelegenheit zu den Beweisergebnissen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung zu nehmen.

## B ERWÄGUNGEN

9. Die Rechtskraft eines Urteils bezieht sich grundsätzlich auf das Dispositiv, nicht auf die Erwägungen. Anders verhält sich dies, wenn eine obere Instanz das Urteil der Vorinstanz aufhebt und die Sache zur Neubeur-

teilung im Sinne der Erwägungen zurückweist (vgl. BGE 111 II 94 E. 2, S. 95).

### B.1 Geltungsbereich

10. Das Kartellgesetz bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG; vgl. Art. 96 Abs. 1 BV). Das Gesetz wurde 2003 teilrevidiert (Fassung vom 20. Juni 2003; AS 2004 1385), die Änderungen sind am 1. April 2004 in Kraft getreten.

11. Gegenstand der Weko-Untersuchung sind die auf Anweisung der Reko vorzunehmenden Sachverhaltsabklärungen in Bezug auf eine Wettbewerbsabrede in Sachen „Betonsanierung der Schweizerischen Landesbibliothek“. Die vorliegend zu beurteilende Submissionsabsprache bezieht sich einzig auf das erwähnte Sanierungsvorhaben und die in diesem Zusammenhang eingereichten Offerten. Der Wettbewerb beginnt mit der Ausschreibung eines Vorhabens durch den Ausschreiber und endet formell (spätestens) mit dem Vertragsabschluss. Der effektive Wettbewerb spielt sich jedoch lediglich bis zum Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab (vgl. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 307 f.; RPW 2005/1, S. 188).

12. Der fragliche Sachverhalt ist mit Einreichung der Submissionsofferten anfangs September 1999 abgeschlossen worden. Das revidierte Kartellrecht entfaltet somit für den vorliegenden Fall keine Wirkung. In Übereinstimmung mit der Reko sowie dem Bundesgericht ist daher für die rechtliche Beurteilung der Streitsache auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes in der Fassung vom 6. Oktober 1995 abzustellen.

#### B.1.1 Unternehmen

13. Das Kartellgesetz gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Kartellgesetz erfasst unternehmerische Handlungen, die sich auf das Verhalten am Markt und auf die Art des Marktauftritts beziehen.

- a) Die Parteien haben sich als Offerenten im Submissionsverfahren in Sachen Betonsanierungen der Schweizerischen Landesbibliothek beteiligt. Sie sind privatrechtliche Aktiengesellschaften, welche im Baugewerbe tätig sind.
- b) Die Parteien sind somit Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG.

#### B.1.2 Wettbewerbsabrede

14. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Die wettbewerbsrechtliche Erfassung ist nicht davon abhängig, ob zwischen den beteiligten Parteien eine formelle vertragliche Grundlage über das Wettbewerbsverhalten besteht. Die Abrede kann sich auch aus einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung (Gentlemen's Agreement) oder daraus ergeben,

dass die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten in irgendeiner Form aufeinander abstimmen (BGE 124 III 495, E. 2a).

15. Sofern eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 KG nicht nachzuweisen ist, kann aufgrund einer Reihe von Indizien auf eine Verhaltensabstimmung der Parteien geschlossen werden. Es muss nicht jedes einzelne Indiz für sich allein das geforderte Beweismass erbringen. Mehrere Indizien zusammen können den Schluss auf die zu beweisende Tatsache herbeiführen (AMSTUTZ/KELLER/REINERT, „Si unus cum una“, Vom Beweismass im Kartellrecht, S. 114 ff.). Die von der eigenen Sachkunde des Richters oder der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung kann genügen.

a) Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, BZP; SR 273). Dementsprechend zieht der Richter aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was er als bewiesen erachtet. Die Beweiswürdigung ist darin frei, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter vorschreiben wie ein gültiger Beweis zustande kommt. Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter, gestützt auf seine Beweiswürdigung, zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt verwirklicht hat. Es braucht keine absolute Gewissheit, unter Umständen genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (RPW 2005/1, S. 183 ff.).

b) Der Indizienbeweis wird insbesondere in Bezug auf „abgestimmte Verhaltensweisen“ anerkannt (Stoffel, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, S. 69; Schröter, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, S. 225). Die Reko führt aus (RPW 2005/1, S. 195), dass an das Beweismass angesichts der Komplexität des zu beurteilenden Sachverhaltes keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden dürfen; andernfalls werde der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt. Zur Indizienbeweissführung im Zivilverfahren führte die Reko unter Hinweis auf einen Entscheid des Zürcher Obergerichts aus, dass ein Indizienbeweis als erbracht gelte, wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der dargelegten Indizien weit über 50 % betrage. Die kantonale Gerichtspraxis stellt jeweils keine strengen Anforderungen an den Nachweis einer Submissionsabsprache. Es genügt, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Abrede bestehen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, AGVE 1999, S. 310 ff.).

16. Soweit im vorliegenden Fall Indizien in Frage stehen, gilt nach Massgabe der Rechtsmittelinstanz Folgendes:

a) Die beträchtliche Differenz der vier Submissionsofferten zur Kostenschätzung ist ein taugliches Mittel um das Bestehen einer Abrede nachzuweisen. Die Kostenschätzung muss sich aber auf ei-

ne zuverlässige Grundlage stützen und es sind mögliche Gründe für die massiven Abweichungen zu eruieren. Soweit es um die Differenz zwischen der Offerte der Batigroup und derjenigen der vier Parteien gehe, muss ferner zur Entkräftung der Behauptung der Parteien, sie hätten qualitativ bessere Leistungen als Batigroup offeriert, eine Preisanalyse eingefordert werden;

b) Der Nichtanfechtung des Submissionsabbruches bildet ein Indiz. Eine entscheidende Bedeutung kommt ihm aber nicht zu. Der Hinweis, dass die vier Parteien verdeckte Repressalien bei späteren Submissionen befürchteten, kann als durchaus plausibel erachtet werden;

c) Dass die vier Parteien seit der Begehung der Baustelle voneinander wussten, ist ebenfalls ein Indiz. Für sich allein ist es aber nicht ausreichend, zumal die Begehung der künftigen Baustelle obligatorisch für die Teilnahme an der Submission gewesen ist;

d) Schliesslich ist auch der Umstand, dass eine Partei sich zunächst mit einer einvernehmlichen Regelung einverstanden erkläre und das Einverständnis in der Folge zurückzöge, ein Indiz. Dieses sei aber nur im Zusammenwirken mit weiteren Indizien von Bedeutung.

## B.2 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

### B.2.1 Vorbehaltene Vorschriften

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

18. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Ein Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.2.2 Verhältnis des Kartellgesetzes zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

19. Nach Art. 1 BoeB hat dieses Gesetz folgenden Zweck: Das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten (Bst. a); den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken (Bst. b) und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (Bst. c). Beide Erlasse (BoeB und KG) weisen insoweit Gemeinsamkeiten auf, als sie beide die Förderung des wirksamen Wettbewerbs bezwecken.

20. Art. 11 Bst. e BoeB sieht vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Die Auftraggeberin kann den

Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben, wenn im offenen oder selektiven Verfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die aufeinander abgestimmt sind oder nicht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen.

21. Der Wortlaut von Art. 11 Bst. e BoeB deckt sich weitgehend mit demjenigen von Art. 5 KG. Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zum Kartellgesetz, insbesondere ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann.

22. Erfüllt ein Sachverhalt je einen der gesetzlichen Tatbestände des Kartellgesetzes und des BoeB, können beide Gesetze - soweit es um die Rechtsfolge der Submissionsabsprache geht - parallel zur Anwendung kommen (Bericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts, Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, RPW 2006/2, S. 407, Ziff. 7). Die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts sowie diejenigen des Kartellrechts sind in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Reko kumulativ anwendbar (RPW 2005/1, S. 191 f.).

### B.3 Unzulässige Wettbewerbs- bzw. Submissionsabsprache

23. Um festzustellen, ob eine Wettbewerbs- bzw. Submissionsabrede gegen das Kartellgesetz verstösst, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Anzumerken ist, dass die mit der (ersten) Verfügung vom 17. Dezember 2001 von der Weko vorgenommene Marktabgrenzung von den Parteien nicht bestritten und von den Rechtsmittelinstanzen nicht in Frage gestellt worden ist.

#### B.3.1 Der relevante Markt

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

- a) Festzuhalten ist zunächst, dass im vorliegenden Submissionsverfahren der Ausschreiber (Nachfrager) die Marktgegenseite verkörpert. Der sachlich relevante Markt ergibt sich aufgrund der Ausschreibungsunterlagen, welche ein detailliertes Leistungsverzeichnis enthalten.
- b) Der sachlich relevante Markt umfasst folglich das Durchführen der ausgeschriebenen Betonsanierungen.

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

- a) Der räumlich relevante Markt wird bei einer Submissionsabsprache grundsätzlich durch die Ortszugehörigkeit der an der Ausschreibung teilnah-

meberechtigten Anbieter bestimmt. Ein gesonderter räumlich relevanter Markt ist - wie in casu - regelmässig dann anzunehmen, wenn etwa Markteintrittsbarrieren bestehen (vgl. Beschluss BKart vom 11. Oktober 2000, in: WuW 2001/3, S. 300, Rz. 24). Dies trifft namentlich auf Vergabeverfahren zu, bei welchen der Ausschreiber die Zahl der Teilnehmer einschränkt und grundsätzlich nur die tatsächlichen Bieter berücksichtigen darf. Insoweit wird mit der vorliegenden Submission ein atypischer Nachfragemarkt begründet (vgl. dazu Christ, a.a.O., Nr. 301 ff., insb. Nr. 307). Ein solches Verfahren bewirkt, dass andere potentielle Anbieter aus rechtlichen Gründen nicht mehr als Wettbewerber auf den fraglichen Submissionsmarkt treten können. Mit der Ausschreibung der Arbeiten im SHAB wurde zunächst nur scheinbar die ganze Schweiz zum räumlich relevanten Markt (vgl. Rz. 1).

- b) Mit dem selektiven Vergabeverfahren hat der Ausschreiber (Marktgegenseite) indessen den geographisch relevanten Markt auf den Raum Bern eingegrenzt.

26. Der bloss für eine vorübergehende Zeit bestehende Submissionsmarkt ist - anders als zahlreiche andere Märkte („Dauermärkte“) - zudem auch **zeitlich** einzugrenzen.

- a) Der Wettbewerb beginnt mit der Ausschreibung und endet formell mit dem Vertragsschluss (vgl. Immenga, Bietergemeinschaft im Kartellrecht - ein Problem potentiellen Wettbewerbs, in: Der Betrieb DB 1984, S. 385). Der tatsächliche Wettbewerb spielt sich aber lediglich bis zum Zeitpunkt der Eingabe der Offerten ab. Unternehmen, die sich daran nicht beteiligen, werden daher auch nicht in den Markt einbezogen. Angebot und Nachfrage können sich nur in dieser kurzen Zeit treffen.
- b) Vorliegend können Unternehmen, die sich nicht an der Ausschreibung beteiligt haben, nicht in den Markt einbezogen werden. Das Bundesamt geht recht in der Annahme, diese vorliegende Submission als einen eigenständigen relevanten Markt zu betrachten (RPW 2006/2, S. 408). Im vorliegenden Fall haben sich nur die vier Parteien am mittels selektiver Ausschreibung vom 22. März 1999 ausgelösten Submissionswettbewerb beteiligt.

27. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass als relevanter Markt der durch die selektive Ausschreibung vom 22. März 1999 entstandene Submissionsmarkt "Betonsanierung der Schweizerischen Landesbibliothek" mit den beteiligten Bietern gilt.

#### B.3.2 Wettbewerbsrechtliche Würdigung

28. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

29. Eine Submissionsabsprache stellt eine unzulässige Absprache, wenn sich die beteiligten Anbieter über ihre Angebotsgestaltung abstimmen, um die Auftragserteilung gezielt zu beeinflussen (vgl. STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, AISUF 182, Freiburg 1999, Nr. 199). Die Submissionsabsprache verfälscht den Wettbewerb; der Ausschreiber wird über die voneinander unabhängige Berechnung der Angebotspreise getäuscht. Die Form der Vereinbarung ist unerheblich.

30. Ein Submissionskartell fällt grundsätzlich unter den Begriff der Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Als Preisabrede gilt jede Art des Festsetzens von Preis-Elementen (vgl. Botschaft, S. 567). Darunter fallen auch Abreden unter Mitbewerbern, welche Angebotspreise in einer Submission zum Gegenstand haben (CHRIST, a.a.O., Nr. 374 ff.). Nicht entscheidend ist, ob die Abrede dahin geht, identische Angebote einzureichen, ob nur innerhalb einer Toleranzmarge (z.B. +/- 10 %) offeriert werden darf oder ob eine Steuerung des Zuschlags bezweckt ist (CHRIST, a.a.O., Nr. 107 ff.).

- a) Die in Art. 5 Abs. 3 KG enthaltene Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Abrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt. Gelingt dies nicht, ist die Abrede unzulässig.
- b) Im vorliegenden Fall einer Submissionsabrede könnte die Vermutung nicht umgestossen werden.
  - aa) Das fragliche Submissionsverfahren ist ein in sich geschlossener Markt. Es besteht kein Aussenwettbewerb, da sich alle Unternehmen auf dem relevanten Markt an der Submissionsabsprache beteiligen. Von einem potentiellen Aussenwettbewerb kann diesfalls ebenso wenig die Rede sein. Eine selektive Submission mit bestimmten Bietern schliesst aus rechtlichen Gründen von vornherein den Zugang anderer Wettbewerber zum Markt aus.
  - bb) Die Vermutung der Unzulässigkeit kann in casu auch durch einen verbleibenden Innenwettbewerb (unter den Bietern) nicht widerlegt werden (RPW 2000/2, S. 176; RPW 2000/3, S. 360). Es liegt kein Markt vor, auf welchem es trotz Ausschalten des Preises aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität) noch zu einem - wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten - Wettbewerb kommt (BGE 129 II 18, E. 8.3.4). In einem Submissionsverfahren ist die Qualität (die Erfüllung der vorgegebenen Standards) gegeben, so dass dem Preis eine entscheidende Rolle zukommt. Eine Submissionsabsprache beeinträchtigt sämtliche wesentlichen Angebotskriterien (CHRIST, a.a.O., Rz 383).

31. Vorliegend ist umstritten, ob diesbezüglich eine Abrede vorliegt. Die Parteien weisen wiederholt darauf hin, dass ihnen keine Vereinbarung nachgewiesen werden könne. Es ist zutreffend, dass den Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Submissionsabsprachen werden selten schriftlich formu-

liert und in der Praxis im Geheimen getroffen (vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2001, in: ZBL 2003, S. 57 ff.). Das Zustandekommen sowie die Durchführung von Submissionskartellen kann in den meisten Fällen nicht mittels eines strikten Beweises – etwa in Form von schriftlichen Vereinbarungen – erbracht werden. Ungewöhnliche Gebote oder das Verhalten der Anbieter können jedoch auf eine Absprache hindeuten.

32. Zu prüfen ist somit, ob eine stillschweigende Vereinbarung oder zumindest eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegt (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 67; Borer, Spruchpraxis zum EG-Wettbewerbsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht [SZIER] 1995/2, S. 194; ferner Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, S. 39). Dies ist auch mit Hilfe von Indizien möglich. Der Indizienbeweis ist ein indirekter oder mittelbarer Beweis, der Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsache erlaubt, ohne diese direkt zu belegen. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob im Rahmen einer Indizienkette ein einzelnes Indiz für sich allein stark genug ist um eine Submissionsabsprache zu belegen. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die Indizien in ihrer Gesamtheit für das Vorliegen einer entsprechenden Verhaltensabstimmung sprechen.

33. Bei der Beurteilung, ob eine Submissionsabsprache vorliegt, sind - wie erwähnt - die Besonderheiten des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Dass Kartellmitglieder geradezu identische Angebote einreichen, ist für das Vorliegen einer Submissionsabsprache nicht vorausgesetzt. Hinweise auf eine Submissionsabsprache können unter anderem die Anzahl und Herkunft der Bieter, die Höhe der Angebote im Verhältnis zu einem allfälligen Kostenvoranschlag sowie die wertmässige Verteilung der Angebote geben (CHRIST, a.a.O., Nr. 833 ff.).

Die Reko (Rz. 16a) erachtet insbesondere die folgenden Indizien unter bestimmten Voraussetzungen als an sich tauglich für den Nachweis einer Submissionsabsprache: die Differenz zwischen der tiefsten Submissionsofferte und der Vergleichsofferte der Batigroup (B.3.2.1), die Kostendifferenzen von bis zu 300 % im Einheitspreisvergleich (B.3.2.2) sowie eine zuverlässige Kostenschätzung (B.3.2.3).

34. Folgende Elemente sind sachverhaltsmässig unbestritten:

- a) Die Bauingenieure des Projektes hatten 1995 bzw. 1996 bei der Betosan sowie der Weiss+Appetito je eine Richtofferte für die Betoninstandsetzung der Nordfassade des Bücherturms eingeholt. Das Sanierungskonzept der Betosan rechnete für eine konventionelle Reprofilierungsmethode mit Kosten von CHF 172'000.-- (Offerte vom 31. März 1995). Die Weiss+Appetito sah für die Sanierung der Nordfassade mittels NCT-Verfahren<sup>2</sup> einen Kostenvoranschlag in der Höhe von CHF 785'760.-- (Offerte vom 7. Februar 1996) vor. Der Detailauszug zum Kostenvoranschlag der

<sup>2</sup> Elektrochemisches Verfahren.

Architekten-gemeinschaft Landesbibliothek vom 25. November 1996 sieht denn basierend auf der Richtofferte der Weiss+Appetito für die Sanierungsarbeiten „Beton: Ergänzende Leistungen (Fassade Nord)“ einen Betrag von CHF 1.0 Mio. vor.

- b) Ursprünglich wurden drei Sanierungsvarianten in Betracht gezogen: Ein Totalabbruch der Fassade mit Wiederherstellung mit gleichem Erscheinungsbild, ein komplettes Abtragen der festen und losen Betonschicht über die ganze Fassadenfläche mit anschliessender Reprofilierung und eine Sanierungsmassnahme (Flicken) der am stärksten beschädigten Stellen.
- c) Nach einer am 18. Juni 1997 stattgefundenen Begehung mit dem Denkmalpfleger der Stadt Bern war ein Materialersatz nicht in Frage gekommen. Stattdessen sei die vorhandene Substanz instand zu stellen. Die Vorgaben der Denkmalpflege schränkten die Anzahl von möglichen Sanierungsmethoden ein. Es waren folglich nur noch „Instandsetzungsarbeiten mit kurzer Lebensdauer, d.h. solche mit kurzen Zeiträumen zwischen den einzelnen Sanierungen möglich“. In Zusammenarbeit mit Herrn Professor Böni von der ETH wurde ein neues Konzept für eine sanfte Betoninstandstellung erarbeitet. Dessen Realisierung wurde am 23. Oktober 1997 beschlossen. Gemäss der Bestandesaufnahme der Betonfassade waren weit grössere und zahlreichere Flächen des Betons lose und mussten ersetzt werden. Es zeigte sich dabei, dass die Bewehrungen auch auf den intakten Flächen schon tief im karbonatisierten Beton lagen und an der Oberfläche leicht korrodiert waren. Aufgrund der zahlreichen hohl liegenden oder abgelösten Betonteile sowie dem angetroffenen Korrosionszustand entschloss man, die Betonoberfläche nach dem Ersatz der losen Betonteile anstelle einer Realkalisierung vollflächig zu hydrophobieren und den Zustand weitgehend zu konservieren.
- d) Die Änderung der Art des Sanierungsverfahrens (oben erwähntes „Konzept Böni“) war bereits vor der Ausschreibung der Submission erfolgt. Der Einwand der Parteien, wonach die Anforderungen an die Sanierung massiv herabgesetzt worden seien, stösst ins Leere. Die Reko hat nämlich festgestellt, dass kein Konzeptwechsel stattgefunden hat (RPW 2005/1, E. 9.2). Das Bundesamt anerkennt zwar, dass sich die Arbeitsgattung „Betonanierung oder Instandsetzung von Beton“ in einer noch andauernden Entwicklungsphase befindet. Es weist jedoch darauf hin, dass weder die eingereichten Offerten der Parteien noch diejenige der Batigroup eigene Lösungen, sondern nur die ausgewiesenen Arbeiten beinhalteten.

35. Für eine Verhaltensabstimmung hatte die Weko in ihrer ersten Verfügung vom 17. Dezember 2001 auch folgende Umstände herangezogen:

- a) Der Umstand, dass die Parteien die sie belastende Abbruch- und Ausschlussverfügung (infolge des Vorwurfs einer Wettbewerbsabrede) nicht an-

gefochten haben, ist ein Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabrede. Einzig die Weiss+Appetito wies mit Schreiben vom 30. März 2000 an das Bundesamt den Vorwurf der unzulässigen Preisabrede als unrichtig zurück.

- aa) Der Einwand von Weiss+Appetito, sie habe das Verhältnis zur Vergabebehörde nicht unnötig belasten wollen, ist nicht stichhaltig. Dieser Begründung kann zwar - wie die Reko ausführt (RPW 2005/1, S. 198) - eine gewisse Plausibilität in Bezug auf die starke Stellung der öffentlichen Auftraggeberin zugestanden werden, widerspricht jedoch der Aussage, die Partei hätte das Ergebnis eines Beschwerdeverfahrens nicht fürchten müssen. Des weiteren ist die Einwendung nicht schlüssig, weil der Vorwurf einer Preisabrede sehr schwer wiegt, was - gerade im Lichte einer guten künftigen Zusammenarbeit und Auftragsvergabe - ohne Weiteres eine Anfechtung des Abbruchentscheides des Bundesamtes gerechtfertigt hätte.
- bb) Im Übrigen waren die Parteien rund zweieinhalb Monate vor dem Abbruch des Vergabeverfahrens, d.h. am 13. Januar 2000, über die Anzeige des Bundesamtes bzw. die Eröffnung einer Untersuchung informiert worden. Eine Anfechtung des Submissionsabbruchs wäre am ehesten geeignet gewesen, den Verdacht einer Submissionsabrede zu beheben und damit die wirtschaftlichen Interessen der Parteien zu wahren.
- b) Im Zuge der Ermittlungen hat die Hela AG (vormals Isotech) das Bestehen einer Wettbewerbsabrede ausdrücklich anerkannt. Daran ändert der über den Rechtsvertreter von Weiss+Appetito dem Sekretariat eingereichte Rückzug der Einverständniserklärung vom 21. Oktober 2001 im Ergebnis nichts. Dieser Rückzug erfolgte nämlich einzig zum Zweck, ein einheitliches Auftreten der Parteien gegenüber der Weko zu gewährleisten. Wie die Reko ausführt, könnte das Einverständnis einer Partei zu einer einvernehmlichen Regelung ein Indiz für eine getätigte Absprache darstellen. Die Reko macht dies allerdings vom Vorliegen einer zuverlässigen Kostenschätzung abhängig (RPW 2005/1, S. 199; vgl. hierzu unten, Rz. 41 ff.).
- c) Die am 22. Mai 2000 erfolgte Bestätigung der Richtigkeit der Besprechungsnotiz des Sekretariats vom 15. Mai 2000 durch die Hela AG (vormals Isotech) ist ein starker Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Submissionsabrede. Aus jener Aktennotiz geht hervor, dass Besprechungen zwecks Klärung der Ausschreibungsunterlagen nämlich stattgefunden haben. Die Erfahrung zeigt, dass bei derartigen Gelegenheiten oft auch der Zuschlag gesteuert wird.
  - aa) Die Parteien bestätigten, dass vor der Offerteingabe diverse Kontakte unter den Mit-

bewerbern stattgefunden hatten. Der erste Kontakt habe anlässlich der Begehung im Beisein der Bauherrenvertretung stattgefunden. Anlässlich einer weiteren Zusammenkunft am 21. Juli 1999 seien die zu erstellenden Muster besprochen worden, wobei Korn- und Materialzusammensetzungen, sowie Terminabsprachen getroffen worden seien. Bei dieser Gelegenheit konnten die Parteien somit die Ausschreibungsunterlagen gemeinsam auslegen sowie bereinigen. Weitere Kontakte hatten während der durch die Bauleitung angeordneten Bemusterung vom 18. August 1999 bis 3. September 1999 stattgefunden.

- bb) Bei selektiven Submissionsverfahren besteht von vornherein eine erhebliche Gefahr für unzulässige Abreden. Bereits ein Meinungsaustausch kann als Wettbewerbsbeeinträchtigung erachtet werden und ist von daher grundsätzlich heikel (CHRIST, a.a.O., N. 406 ff., S. 108 f.). Es bestand keine Notwendigkeit für die Parteien, die Ausschreibungsunterlagen untereinander zu besprechen.
- d) Das spezifische Wissen der Abspracheteilnehmer hinsichtlich der weiteren Anbieter im Submissionsverfahren bildet die primäre Voraussetzung für eine unzulässige Wettbewerbsabrede. Dass sich die lokalen Anbieter persönlich kannten, hat das Risiko einer unzulässigen Absprache zudem erhöht. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war sowohl die Begehung vom 16. Juli 1999 als auch die Erstellung der Referenzflächen für die Teilnahme an der Submission obligatorisch. Diese von Seiten der Beschaffungsstelle veranlasste Sachlage erleichterte den Parteien den Austausch von Informationen während des Vergabeverfahrens und konnte so zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung beitragen (vgl. EuGH Slg. 1984, S. 1702). Hierzu ist anzumerken, dass die gemeinsame Besichtigung vor Ort zwar die Gelegenheit bot, Unklarheiten im Zusammenhang mit der Sanierung zu klären, doch schuf sie auch eine erhöhte Kollisionsgefahr. Es wäre Sache des Bundesamtes gewesen, dies zu erschweren oder mittels einer geeigneteren Koordination zu verhindern. Die Einwendungen der Parteien, der Austausch von Informationen sei von der Bauherrschaft verlangt worden und sei in ihrem Interesse, geht jedoch am Kern der Sache vorbei, weil der Vorwurf der Preisabrede nicht den Austausch von technischen Informationen betrifft. Zwar kann aus diesem Umstand allein nicht auf eine Absprache geschlossen werden kann. In einem weiteren Zusammenhang bedeutend ist jedoch, dass die Anbieter anlässlich der Begehung konkret über ihre Mitbewerber informiert wurden, womit der Grundstein für die spätere Verhaltensabstimmung gelegt wurde.

### B.3.2.1 Submissionsofferten liegen über der Vergleichsofferte der Batigroup

36. Die Reko erachtet die Differenz von CHF 617'433.-- zwischen der tiefsten Submissions- und der Vergleichsofferte der Batigroup als ein grundsätzlich taugliches Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede (RPW 2005/1, E. 9.2). Wie sie weiter ausführte, unterschieden sich die veranschlagten Preise der Parteien einerseits und der Batigroup andererseits tatsächlich beträchtlich, insbesondere in den Positionen bezüglich der Sanierung der Nordfassade. Die Batigroup offerierte die Sanierungsarbeiten zu einem Preis von CHF 1'250'728.35. Aufgrund der Benutzung der Infrastruktur einer Partnerfirma in Bern reduzierte sich der Offertbetrag der Batigroup noch zusätzlich. Der Werkvertrag zwischen der Batigroup und der Bauherrin wurde zu einem Betrag von CHF 1'179'099.75 netto abgeschlossen. Somit überstieg die Batigroup die Preisvorstellungen des Bundesamtes lediglich um CHF 79'099.75.

- a) Der Wert der ausgeschriebenen Sanierungsarbeiten bestimmt sich nach jenem Preis, der unter Beachtung der für das Ausschreibungsverfahren geltenden Vorschriften unter Wettbewerbsverhältnissen erzielbar gewesen wäre (WuW 2849). Der Bundesgerichtshof führte in seinem Urteil vom 8. Januar 1992 in Sachen Preiskartellabsprache aus: „Art und Umfang der beeinträchtigten Preisbildung wird nicht durch Vergleich des unter Ausschaltung oder Beschränkung des Wettbewerbs erzielten mit dem geschätzten angemessenen Preis festgestellt, sondern durch den Vergleich der geforderten Preise mit den Marktpreisen, die bei funktionsfähigem Wettbewerb erzielt worden wären“ (WuW 2850 ff.).
- b) Die Vergleichsofferte sowie die ausschreibungsgemäss durchgeführten Arbeiten der Batigroup lassen darauf schliessen, dass sich im Falle eines funktionierenden Wettbewerbs zwischen den vier Parteien ein tieferer Preis gebildet hätte.

37. Die Parteien bestreiten, dass Batigroup ihre Arbeiten und Leistungen auf der Basis der selben Ausschreibungsunterlagen offerierten wie sie selbst. Allerdings reichte keine der Parteien eine Unternehmervariante ein, d.h. es wurde kein Offertvorschlag eingereicht, welcher inhaltlich von der ausgeschriebenen Bauleistung abweicht. Die Batigroup erfüllte die Arbeiten sowohl entsprechend den Ausschreibungsunterlagen als auch zur vollsten Zufriedenheit. Daher ist davon auszugehen, dass Leistungen gleicher Qualität angeboten wurden und keine signifikanten qualitativen und kostenrelevanten Unterschiede zu den Leistungsunterlagen der Parteien bestehen. Schliesslich konnten die Parteien ihre Kalkulationsgrundlagen trotz deren wiederholter Nennung als Beweismaterial nicht beibringen. Somit ist anzunehmen, dass trotz identischer Ausschreibungsunterlagen, der Bemusterung (Erstellen von Musterflächen), der Kenntnis des Verfahrens sowie der ausschreibungsgemässen Durchführung der Arbeiten die Sanierung von der Batigroup CHF 617'433.-- günstiger offeriert wurde.

### B.3.2.2 Vergleich der offerierten Einheitspreise

38. Die vier Parteien reichten je ein Gesamtangebot von ca. CHF 2'000'000.-- ein. Dabei konnte folgendes festgestellt werden:

- a) Die Architektengemeinschaft Landesbibliothek erstellte eine Preisanalyse aufgrund der eingereichten Angebote auf der Basis Einheitspreise. Diese Prüfung der einzelnen Positionen der Offerten förderte (unerkklärliche) Preisunterschiede zwischen den einzelnen Parteien zu Tage, welche massgebend waren für den Verdacht einer Submissionsabsprache. Innerhalb der gleichen Arbeitsgattung bestanden Abweichungen von bis zu 300 %.
- b) Bei verschiedenen Teilpositionen haben drei der Parteien in der Regel eine Leistung zu einem vergleichbaren Preis anboten, während die vierte Partei einen Preis offerierte, welcher wesentlich differierte.

39. Der Vergleich der offerierten Einheitspreise der Parteien sowie der Batigroup macht Folgendes deutlich:

- a) Die veranschlagten Preise unterscheiden sich vor allem bei den Positionen der Fassadensanierung erheblich. Dies wird insbesondere bei den Kosten für die am stärksten beschädigte Nordfassade deutlich. Die Batigroup veranschlagte für die Nordfassade rund CHF 110'400.--, während die anderen vier Submissionsofferenten mit Kosten zwischen rund CHF 689'000.-- und CHF 763'200.-- rechneten. Dabei fallen insbesondere auch die deutlichen Unterschiede innerhalb der Einheitspreise an der Nordfassade des Bücherturms auf.
- b) Erhebliche Kostendifferenzen ergeben sich bezüglich der Sanierung der Ost-, West- und Südfassade des Bücherturms. Für die Sanierung der Ostfassade des Bücherturms veranschlagten die Parteien Aufwände zwischen CHF 12'750.-- und CHF 19'400.--, während die Batigroup mit CHF 1'824.-- rechnete. Ebenso bestehen erhebliche Differenzen bezüglich der Arbeiten an der Südfassade des Bücherturms: Die Offerten der Parteien bewegen sich zwischen CHF 7'770.-- und CHF 11'650.--, während die Offerte der Batigroup CHF 1'008.-- betrug.

40. Die Parteien führen zunächst an, sie hätten das Risiko für nicht sichtbare Risse und Beschädigungen übernehmen müssen (S. 35 der Ausschreibungsunterlagen) und deshalb nach einer fachmännischen und sorgfältigen Kalkulation und aufgrund der Erfahrungen aus der geforderten Erstellung von Musterflächen die nötigen Risikozuschläge für die nicht sichtbaren Flächen gemacht. Die Parteien haben hinsichtlich der auszuführenden Arbeiten unter der Ziffer 4.1 einen Zuschlag für das Unternehmerrisiko von 60 % sowie einen Zuschlag für das Risiko der Denkmalpflege von 15 % vorgenommen hatte. Gemäss Bundesamt wird gewöhnlicherweise ein Risikozuschlag von 10 % vorgenommen. Die Höhe der Zuschläge von gesamthaft 75 % lässt sich indes nicht rechtfertigen. Diese Einschätzung wird auch durch den Baumeisterverband bestätigt. Nachdem Batigroup die Risiken miteinberechnet hat und sogar einen Gewinn realisieren konnte, ist anzunehmen, dass unter einem

Wettbewerbsdruck Zuschläge nicht in dieser Höhe vorgenommen worden wären.

Die Parteien behaupten ferner, dass keine festen Kriterien bestanden hätten, welche Leistungen mittels Einheitspreis und welche Leistungen mittels Installationspauschale abgerechnet werden. Der im Beschwerdeverfahren zu den Akten gelegte Offertvergleich der Architektengemeinschaft hinsichtlich der Offerten der Parteien sowie der Batigroup zeigt indessen, dass eine vergleichbare Praxis hierzu besteht. Es kann somit angenommen werden, dass - entgegen den im Übrigen nicht weiter substantiierten Äusserungen der Parteien - keine unterschiedlichen Zuweisungskriterien praktiziert wurden.

### B.3.2.3 Submissionsofferten liegen beträchtlich über der Kostenschätzung

41. Eine Submissionsabsprache kann vorliegen, wenn das günstigste Angebot massiv von einer vor der Submission erstellten Kostenschätzung abweicht (CHRIST, a.a.O., Rz. 834). In diesem Zusammenhang ist auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zu verweisen, welcher eine wettbewerbswidrige Abrede unter den Anbietenden bereits bei einer Differenz von 30-40 % bejaht hatte (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2001 in: ZBI 2003, S. 57 ff.) sowie auf zwei Fälle, bei welchen die eingegangenen Offerten um mindestens 30 % bzw. 25 % von der Kostenschätzung abwichen (Verwaltungsgericht Graubünden: U 01 70 E. 5c und U 01 71).

42. In ihrem ersten Entscheid vom 17. Dezember 2001 hatte die Weko festgestellt, dass die tiefste Offerte die Kostenschätzung um CHF 811'422.-- übersteige. Dies entspricht einer Abweichung von 42 % und stellt ein Indiz für eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung zwischen den Parteien dar.

- a) Die Weko hat in ihrem Entscheid bezüglich der Kostenschätzung vollumfänglich auf die Darstellungen des Bundesamtes abgestellt. Jenes hatte die Kostenschätzung bei einem ausgewiesenen Spezialisten für Sanierung von Betonelementen und Betonfassaden (Tecnotest AG) eingeholt. Die Vergleichsofferte (CHF 1'294'039.--) von Batigroup sowie die in der Folge ausschreibungsgemäss vorgenommenen Arbeiten liessen ebenfalls auf die Richtigkeit der Kostenhochrechnungen der Tecnotest AG schliessen.
- b) Gestützt hierauf wurde die Kostenschätzung von der Weko als valable Vergleichsbasis herangezogen.

43. Die Reko führte betreffend der massiven Abweichung der im Submissionsverfahren offerierten Preise vom Kostenvoranschlag 1999 aus, dass diese nicht ohne weiteres als Indiz für eine Preisabrede taugte. Die von Seiten der Vergabebehörde erstellte Kostenschätzung habe sich indes auf eine *zuverlässige und detaillierte Grundlage* zu stützen und es seien auch mögliche Gründe für die massiven Abweichungen zu eruierten. Das Bundesamt habe auf Ersuchen der Reko hin den (revidierten) Kostenvoranschlag nicht eingereicht, was an der Zuverlässigkeit der Kostenschätzung zweifeln lasse (RPW 2005/4, S. 706).

44. Die zu beurteilende Kostenschätzung belief sich letztendlich auf CHF 1'100'000.--. Um die Zuverlässigkeit dieser Kostenschätzung nachträglich im Sinn der Reko zu überprüfen, wurden seitens der Weko diverse Untersuchungshandlungen vorgenommen.

- a) Zunächst wurde die Tecnotest AG befragt. Deren Antwortschreiben wurde zur Stellungnahme an das Bundesamt (BBL) geschickt, insbesondere betreffend der Sanierung der Nordfassade und der Höhe der Aufwendungen. Das Bundesamt erläuterte, der originale Kostenvoranschlag sei im Jahr 1996 erstellt worden. Als Basis habe das Bundesamt die Richtofferte der Weiss+Appetito vom 7. Februar 1996 für die Instandsetzung der Betonfassade des Bücherturms im NCT-Verfahren mit einem Kostenanteil von CHF 1'000'000.-- übernommen. Das Bundesamt führte weiter aus, ein ergänzender Kostenvoranschlag aus dem Jahr 1999 bestehe nicht. Vielmehr habe man aufgrund des Schadenplanes und der darauf basierenden Ausschreibungsunterlagen die ausgeschiedenen Instandsetzungsflächen mit Erfahrungs- und Schätzwerten hinterlegt und hochsummiert.

Des weiteren wurde Marchand & Partner AG, damalig zuständiges Ingenieurbüro, zum Kostenvoranschlag von 1999 befragt. Das Sekretariat lud zusätzlich das Bundesamt zu einer Besprechung ein. Die Tecnotest AG erläuterte ferner die Schadenpläne der Fassade Bücherturm sowie der Flügelbauten und die Kostenschätzung. Aus dem Schreiben der Tecnotest AG vom 25. Februar 1999 gehe hervor, dass der gesamte Umfang der Arbeiten auf CHF 1'100'000.-- geschätzt worden sei.

Wie die nachträglichen Untersuchungshandlungen somit ergaben, war der in der Anzeige vom 10. Dezember 1999 sowie den Stellungnahmen des Bundesamtes genannte Betrag von CHF 900'000.-- missverständlich. Bei Bauaufträgen dieser Art könnten gemäss Bundesamt keine Einzelpositionen derart ausgeschieden werden. Die seitens des Bundesamtes eingereichten Unterlagen aus dem Jahre 1996 sind vorliegend insoweit von Interesse, als dass sie die Höhe des vom Parlament bewilligten Kredites aufzeigen sowie in Bezug auf die Vollständigkeit des Sachverhaltes. Darüber hinaus haben diese jedoch keine Bedeutung und dienen insbesondere nicht dazu, den Nachweis für die Kostenschätzung von 1999 zu erbringen.

- b) Die seitens der Reko angezeigten und von der Weko durchgeführten Ermittlungen ergaben, dass 1998/1999 die Fassade des Bücherturms durch einen Spezialisten für die Sanierung von Beton-elementen bzw. -fassaden, der Tecnotest AG, kontrolliert sowie Flickstellen definiert (Grösse und Eingriffstiefe) wurden. Die Feststellungen wurden detailliert in Ansichtspläne eingetragen, welche die Basis für die durch die Marchand & Partner AG erarbeiteten Ausschreibungsunterlagen bildeten. Im Schadenplan wurden die Instandsetzungsflächen kategorisiert. Die daraus erarbeitete Aus-

schreibung sei insofern aussergewöhnlich gewesen, als man sich nicht an Normpositionen orientierte, sondern unterschiedlich grosse, zusammenhängende Instandsetzungsflächen kategorisiert und die durchzuführenden Arbeiten jeweils genau beschrieben habe. Aufgrund von Erfahrungen an ähnlich ausgeführten Objekten habe die Tecnotest AG eine grobe Kostenschätzung vorgenommen. Bei der Genehmigungssitzung für die Verfahrensfestlegung wurden die Flickstellen überschlagsmässig mit Schätzwerten mündlich hochsummiert um sicherzustellen, dass die festgelegte betragsmässige Position des Kostenvoranschlages von CHF 1'000'000.-- eingehalten werden kann. Die Vorkalkulation sowie Berechnung des Sachverständigen der Tecnotest AG ergab eine Kostenschätzung in der Höhe von CHF 1'100'000.--. Im Entwurf für den Ausschreibungstext ist die Zahl 1,1 Mio. indes durchgestrichen worden.

Das Schreiben der Tecnotest vom 25. Februar 1999 genügt somit nicht den Anforderungen an eine detaillierte und zuverlässige Kostenschätzung.

45. Die erneuten Untersuchungshandlungen haben gezeigt, dass die Kostenschätzung aus dem Jahre 1999 durch das Bundesamt nicht vorgelegt werden konnte. Das Bundesamt verfügt heute über keine schriftlichen Unterlagen mehr, mit denen sich die spät aufgekommenen Zweifel an der Zuverlässigkeit der Kostenschätzung ausräumen liessen. Auch aufgrund der Angaben der Tecnotest liess sich die in Frage gestellte Kostenschätzung mit dem verlangten Detaillierungsgrad nicht mehr schlüssig nachweisen. Eine Darlegung, auf welchen Grundlagen die Kostenschätzung basiere, erwies sich während der Untersuchung als ebenso wenig möglich.

46. Die vorliegende Verfahrenseinstellung ist somit auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen: Bereits im Zeitpunkt des Entscheides der Rekurskommission vom 22. November 2005 war deutlich geworden, dass ein zuverlässige Kostenschätzung während der fraglichen Submission zu keinem Zeitpunkt erstellt worden war. Auch die erneute Untersuchung durch die Weko hat gezeigt, dass nach zehn Jahren keiner der am Vergabeverfahren Beteiligten, auch das Bundesamt nicht, in der Lage war Beweiselemente zu liefern, die es der Weko erlaubt hätten, eine zuverlässige Kostenschätzung zu erstellen.

#### B.4 Ergebnis

47. Die dargelegte Indizienkette legt zwar eine Wettbewerbsbeschränkung nahe, aber es lassen sich nachträglich keine detaillierteren und nach Leistungspositionen ausgestellten Kostenschätzungen beweisen, welche gemäss Reko im vorliegenden Fall für den Nachweis einer Submissionsabsprache unabdingbar sind. Daher wird das Verfahren gegen die Hela AG (vormals Iso-tech), die Arkosol AG (vormals Renesco), die Betosan sowie die Weiss+Appetito mangels dieses Beweises eingestellt.



## C KOSTEN

48. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

49. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG- Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Gebührenpflicht entfällt allerdings für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung).

50. Da den Parteien die Wettbewerbsabrede nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, wird das vorliegende Verfahren eingestellt. Eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen entfällt.

## D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission;

1. Die Untersuchung Nr. 22-0236 gegen die Hela AG (Hansmatt 30, 6370, Stans), Arkosol AG (c/o Zelo Verwaltungs- und Immobilien AG, Saumhalde 5, 9102 Herisau), Betosan AG (Zikadenweg 7, 3006 Bern) sowie Weiss+Appetito AG (Statthalterstrasse 46, 3018 Bern) wird ohne Kostenfolge eingestellt.

2. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Hela AG, Hansmatt 30, 6370 Stans
- Arcasol AG, c/o Zelo Verwaltungs- und Immobilien AG, Saumhalde 5, 9102 Herisau
- Betosan AG, Zikadenweg 7, 3006 Bern
- Weiss+Appetito AG, Statthalterstrasse 46, 3018 Bern

alle vertreten durch Fürsprecher Ernst Schär, Rosat, Schär & Partner, Dufourstrasse 18, Postfach, 3000 Bern 6

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Pfizer/Wyeth</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*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 31. Juli 2009*

## A. SACHVERHALT

### A.1 Zusammenschlussvorhaben

1. Am 01. Juli 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Pfizer Inc. (Pfizer) und Wyeth erhalten.

2. Pfizer und Wyeth haben am 25. Januar 2009 eine Fusionsvereinbarung abgeschlossen. Gemäss dieser Vereinbarung soll Wyeth mit einer speziell für diese Transaktion konstituierte Pfizer-Gesellschaft, der Wagner Acquisition Corp. (Wagner Acquisition), verschmolzen werden. Im Anschluss an den Zusammenschluss erlischt die Wagner Acquisition und Wyeth zu einer 100 %-igen Tochtergesellschaft von Pfizer. Pfizer erlangt somit die alleinige Kontrolle über Wyeth.

### A.2 Die beteiligten Unternehmen

3. Pfizer ist ein nach dem Recht des US-Bundesstaats Delaware konstituiertes Unternehmen mit Sitz in Wilmington, County of New Castle, Delaware, USA. Pfizer ist ein forschungsorientiertes, global tätiges Pharmaunternehmen. Es entwickelt, produziert und vermarktet verschreibungspflichtige Medikamente für Menschen und Tiere<sup>1</sup>. Pfizer ist in 89 Ländern präsent und die Produkte des Unternehmens werden in mehr als 150 Ländern verkauft.

4. Wyeth ist ebenfalls ein nach dem Recht des US-Bundesstaats Delaware konstituiertes Unternehmen mit Sitz in Wilmington, County of New Castle, Delaware, USA. Wyeth ist ein forschungsorientierter Produzent von Arzneimitteln und Gesundheitsprodukten. Das Unternehmen ist im Bereich der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln, Impfstoffen, Biotechnologieprodukten und OTC Medikamenten tätig. Die wichtigsten Geschäftsbereiche des Unternehmens sind Wyeth Pharmaceuticals, Wyeth Consumer Healthcare (mit OTC Produkten unter anderem im Bereich Schmerzmittel, Husten-, Erkältungs- und Allergieprodukte und Vitamine bzw. Nahrungsergänzungsmittel) und Fort Dodge Animal Health.

5. Das Zusammenschlussvorhaben ist den Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union gemeldet worden. Mit Entscheid vom 17. Juli 2009 wurde der Zusammenschluss unter Bedingungen und Auflagen in diversen Märkten im Bereich von Tierarzneimitteln genehmigt.<sup>2</sup>

6. Die Parteien haben unter anderem in folgenden Punkten ein Begehren um erleichterte Meldung beantragt:

1. „Betreffend Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen, auf welche sich das Zusammenschlussvorhaben nicht bezieht, sei – unabhängig davon, ob es sich dabei um betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt oder nicht – auf die Einreichung von Informationen und Dokumenten zu verzichten.“
2. „Betreffend Produktemärkte, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht und die gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht als betroffen zu qualifizieren sind, sei auf die Einreichung von Informationen und Dokumenten zu verzichten.“

7. Nachdem das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) noch gewisse Unterlagen eingefordert hat, wurden im Rahmen der Vollständigkeitserklärung nach Art. 14 VKU die Anträge mit Ausnahme von Ziff. 1 gutgeheissen.

8. Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 haben die Parteien folgendes zugesichert:

Namens und im Auftrag von Pfizer Inc. und Wyeth sichere ich Ihnen daher zu, dass die Parteien bereit sind, in der Schweiz mit Bezug auf Endektozide für Nutztiere dieselben Auflagen anzubieten, wie sie von der Europäischen Kommission, im Entscheid i. S. Pfizer Inc./Wyeth mit Bezug auf die Länder Belgien, Deutschland und Vereinigtes Königreich akzeptiert wurden.

<sup>1</sup> Pfizer hat seinen Geschäftsbereich rezeptfreie Produkte (Over-The-Counter [OTC]) zwar vor ein paar Jahren an Johnson & Johnson verkauft, es verbleiben jedoch noch ein paar sog. Orphan-Produkte, die als OTC eingestuft werden könnten. Diese würden jedoch nur ca. [...] % des Gesamtumsatzes von Pfizer ausmachen.

<sup>2</sup> <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1161>

### A.3 Ziel des Zusammenschlussvorhabens

9. Die Parteien haben für den Zusammenschluss die Möglichkeiten zur Diversifizierung in neuen therapeutischen Bereichen als einen der Hauptgründe genannt. Gleichzeitig würden durch den Zusammenschluss die Abhängigkeiten der Unternehmen von ihren führenden Produkten reduziert und die Ertragseinbussen aufgrund des auslaufenden Patentschutzes auf verschiedenen Wirkstoffen der Medikamente gemindert.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

10. 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 Abs. 1 KG).

#### B.1.1 Unternehmen

11. 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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. 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. 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.

13. Gemäss der Vereinbarung vom 25. Januar 2009 erwirbt Pfizer Wyeth in einem Bar- und Aktiengeschäft im Wert von ca. USD 68 Mrd. (ca. CHF 77 Mrd.). Mit der geplanten Transaktion wird jede im Umlauf befindliche Wyeth-Stammaktie vorbehaltlich der Konditionen der Fusionsvereinbarung in eine Option auf USD 33 (ca. CHF 38) in bar und 0.985 einer Pfizer-Stammaktie umgewandelt.

14. Beim geplanten Zusammenschluss handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. 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

16. Der konsolidierte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich im Jahr 2008 auf:

Tabelle 1:

Unternehmen	Weltweiter Umsatz 2008 (in Mio. USD)	Weltweiter Umsatz 2008 (in Mio. CHF) <sup>3</sup>
Pfizer	48'296	52'305
Wyeth	22'834	24'729
<b>Gesamt</b>	<b>71'130</b>	<b>77'034</b>

Quelle: Angaben der Parteien (Geschäftsbericht)

17. Die beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2008 einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 77 Mrd. erwirtschaftet, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten ist.

<sup>3</sup> Die Umrechnung der Umsatzzahlen von USD in CHF basiert nachfolgend auf dem durchschnittlichen jährlichen Wechselkurs wie im monatlichen statistischen Bulletin der Schweizerischen Nationalbank veröffentlicht (jährlicher durchschnittlicher Wechselkurs 2008: USD 1 = CHF 1.0830).

18. Im Geschäftsjahr 2008 erzielten die beteiligten Unternehmen in der Schweiz folgende Umsätze:

Unternehmen	Schweizer Umsatz 2008 (in Mio. USD)	Schweizer Umsatz 2008 (in Mio. CHF)
Pfizer	[...]	[...]
Wyeth	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien

19. Beide beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2008 in der Schweiz je mehr als CHF 100 Mio. Umsatz erzielt, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt ist.

20. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist somit gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

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

21. 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).

22. 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.

23. Im Bereich von Arzneimitteln wird zwischen Human- und Tierarzneimitteln unterschieden. Nachfolgend wird zuerst auf die Human- und unter Rz. 98 ff. auf die Tierarzneimittel eingegangen.

##### B.4.1 Humanpharmazeutische Produkte

###### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

24. 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).

25. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index; <http://www.ephmra.org>) eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein vierstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, und 4) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert (Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe). Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten.

Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den vier ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die vierte Stufe (ATC-4) die detaillierteste.

26. Die ATC-Klassifikation wurde sowohl von der Wettbewerbskommission für die Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange (RPW 1998/1, S. 62 ff.), Hoechst/Rhône-Poulenc (RPW 1999/3), Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC (RPW 2001/2, S. 338 ff.), Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (RPW 2003/2, S. 314 ff.) als auch von der EU-Kommission (vgl. z.B. IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28. September 1995, IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17. Juli 1996, IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13. September 1997, COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003; COMP/M.4691, Schering-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007) angewandt.

27. Für die Abgrenzung der einzelnen, sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.

28. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel oder kassenpflichtige (gemäss Spezialitätenliste) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.

29. Pfizer und Wyeth vertreiben ihre Produkte generell durch Grossisten und Verteiler, die ihrerseits Apotheken, Ärzte, Kliniken, Spitäler und andere Grosskunden beliefern.

30. Der sachlich relevante Markt wird auf Stufe Herstellung durch die entsprechenden humanpharmazeutischen Produkte und ihre Klassifikation definiert.

### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

32. Gemäss ständiger Praxis ist von einem nationalen Markt auszugehen<sup>4</sup>. Es gibt keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

### B.4.1.3 Stellung von Pfizer und Wyeth auf dem Gesamtmarkt Schweiz

33. Aus Tabelle 3 ist ersichtlich, dass Pfizer und Wyeth nach dem Zusammenschluss den zweiten Rang im schweizerischen Gesamtmarkt für Pharmaprodukte belegen. Nach dem Unternehmenszusammenschluss rückt Pfizer zwar rangmässig nicht weiter vor. Aufgrund des Zusammenschlusses kann sich Pfizer jedoch von seinen Konkurrenten mit ähnlich grossen Marktanteilen (AstraZeneca, Sanofi-Aventis, Roche) lösen und rückt in der Folge dicht an Novartis, weiterhin die Nummer eins, heran. Der Marktanteil im Pharmagesamtmarkt Schweiz der beiden Parteien beträgt nach dem Unternehmenszusammenschluss [10-15] %.

Tabelle 3: Nationale Marktanteile der Unternehmen gemäss Umsatz 2008

Rang	Unternehmen	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (in %)
1 (1)	Novartis	[...]	[10-15]
<b>2 (-)</b>	<b>Pfizer und Wyeth</b>	[...]	<b>[10-15]</b>
- <b>(2)</b>	<b>Pfizer</b>	[...]	<b>[5-10]</b>
3 (3)	AstraZeneca	[...]	[5-10]
4 (4)	Sanofi-Aventis	[...]	[5-10]
5 (5)	Roche	[...]	[5-10]
6 (6)	GlaxoSmithKline	[...]	[5-10]
7 (7)	Mepha Pharma	[...]	[0.1-5]
8 (8)	Merck	[...]	[0.1-5]
9 (9)	Schering-Plough	[...]	[0.1-5]
10 (10)	Eli Lilly	[...]	[0.1-5]
- <b>(13)</b>	<b>Wyeth</b>	[...]	<b>[0.1-5]</b>
Total		[...]	100.0

Quelle: IHA Paneldata, 2008

34. Der Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass Pfizer und Wyeth nach dem Zusammenschluss im Bereich Vertrieb an die Apotheken mit einem Marktanteil von [10-15] % knapp den ersten Platz vor Novartis, mit [10-15] % Marktanteil, übernehmen. Auf den nachfolgenden Rängen existieren namhafte Konkurrenten.

<sup>4</sup> Medikamentenpreis Thalidomid, RPW 2006/3, S. 433, N. 46; Sanofi-Synthelabo SA/Aventis SA, RPW 2004/3, S. 812, N. 24; Pfizer Inc./Pharmacia Corp., RPW 2003/2, S. 315, N. 25 ff.; Hoechst/Rhône-Poulenc, RPW 1999/3, S. 513 ff.; Roche/Corange, RPW 1998/1, S. 61, N. 29.

Tabelle 4: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die Apotheken gemäss Umsatz 2008

Rang	Unternehmen	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (in %)
<b>1 (-)</b>	<b>Pfizer und Wyeth</b>	[...]	<b>[10-15]</b>
2 (1)	Novartis	[...]	[10-15]
<b>- (2)</b>	<b>Pfizer</b>	[...]	<b>[5-10]</b>
3 (3)	AstraZeneca	[...]	[5-10]
4 (4)	Sanofi-Aventis	[...]	[5-10]
5 (5)	GlaxoSmithKline	[...]	[5-10]
6 (6)	Mepha Pharma	[...]	[5-10]
7 (7)	Merck	[...]	[0.1-5]
8 (8)	Roche	[...]	[0.1-5]
9 (9)	Bayer HealthCare	[...]	[0.1-5]
10 (10)	Schering-Plough	[...]	[0.1-5]
<b>- (12)</b>	<b>Wyeth</b>	[...]	<b>[0.1-5]</b>
Total		[...]	100

Quelle: IHA Paneldata, 2008

35. Aus Tabelle 5 wird ersichtlich, dass Pfizer und Wyeth im Bereich Vertrieb an die selbst dispensierenden Ärzte (SD) von den Rängen drei bzw. neun nach dem Zusammenschluss auf den ersten Rang vorstossen. Der Marktanteil der beiden Parteien beträgt nach dem Unternehmenszusammenschluss [10-15] %. Novartis, mit einem Marktanteil von [5-10] % und AstraZeneca, mit einem Marktanteil von [5-10] %, büssen je einen Rang ein.

Tabelle 5: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die selbst dispensierenden Ärzte gemäss Umsatz 2008

Rang	Unternehmen	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (in %)
<b>1 (-)</b>	<b>Pfizer und Wyeth</b>	[...]	<b>[10-15]</b>
2 (1)	Novartis	[...]	[5-10]
3 (2)	AstraZeneca	[...]	[5-10]
<b>- (3)</b>	<b>Pfizer</b>	[...]	<b>[5-10]</b>
4 (4)	GlaxoSmithKline	[...]	[5-10]
5 (5)	Sanofi-Aventis	[...]	[5-10]
6 (6)	Roche	[...]	[5-10]
7 (7)	Mepha Pharma	[...]	[0.1-5]
8 (8)	Sanofi Pasteur MSD	[...]	[0.1-5]
<b>- (9)</b>	<b>Wyeth</b>	[...]	<b>[0.1-5]</b>
9 (10)	Merck	[...]	[0.1-5]
10 (11)	Spirig	[...]	[0.1-5]
Total		[...]	100.0

Quelle: IHA Paneldata, 2008

36. Tabelle 6 kann entnommen werden, dass Pfizer und Roche, Novartis und Sanofi-Aventis verbleiben auf den ersten drei Rängen namhafte Konkurrenten. Wyeth im Bereich Vertrieb an die Spitäler von den Rängen sieben bzw. siebzehn vorrücken auf Rang sechs. Mit

Tabelle 6: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die Spitäler gemäss Umsatz 2008

Rang	Unternehmen	Umsatz (in Mio. CHF)	Marktanteil (in %)
1 (1)	Roche	[...]	[10-15]
2 (2)	Novartis	[...]	[5-10]
<b>3 (3)</b>	Sanofi-Aventis	[...]	[5-10]
4 (4)	Schering-Plough	[...]	[5-10]
5 (5)	GlaxoSmithKline	[...]	[5-10]
<b>6 (-)</b>	<b>Pfizer und Wyeth</b>	[...]	<b>[5-10]</b>
7 (6)	AstraZeneca	[...]	[5-10]
<b>- (7)</b>	<b>Pfizer</b>	[...]	<b>[0.1-5]</b>
8 (8)	Bristol-Myers Squibb	[...]	[0.1-5]
9 (9)	Eli Lilly	[...]	[0.1-5]
10 (10)	Amgen	[...]	[0.1-5]
<b>- (17)</b>	<b>Wyeth</b>	[...]	<b>[0.1-5]</b>
Total		[...]	100.0

Quelle: IHA Paneldata, 2008

#### B.4.1.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

37. 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. Daher werden nachfolgend lediglich diejenigen Märkte aufgeführt, in denen diese Marktanteilsschwellen (nach Umsatz) erreicht beziehungsweise überschritten werden.

38. Nachfolgend werden die relevanten Märkte (betroffene Produktkategorien) im Bereich Humanarzneimittel vorgestellt, die durch den Zusammenschluss betroffen sind (vgl. Rz. 25 ff., Rz. 29).

##### B.4.1.4.1. Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20 %

39. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben in der ATC-3-Klassifikation folgende drei Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten in der

Schweiz, die zu einem gemeinsamen Marktanteil von 20 % oder mehr führen:

- N6A (Antidepressiva und stimmungsstabilisierende Substanzen)
- N5C (Beruhigungsmittel)
- M1A (Nichtsteroidale Antirheumatika)

##### a) N6A (Antidepressiva und stimmungsstabilisierende Substanzen)

40. Antidepressiva und stimmungsstabilisierende Substanzen werden gemäss ATC-Klassifikation auf der 3. Stufe als N6A bezeichnet. Antidepressiva sind Medikamente, die primär zur Behandlung der sog. Major Depression (major depressive disorder, MDD) und bestimmter Angststörungen eingesetzt werden<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Zu den Angststörungen gehören die generalisierte Angststörung (GAS), die Panikstörung (PS), soziale Angststörungen (SAS), die Zwangsstörung (ZS), die posttraumatische Stressstörung (PTSS), die akute Belastungsstörung (ABS), die spezifische Phobie (SP), die Agoraphobie (AG), die prämenstruelle dysphorische Störung (PMDS) sowie sonstige Angststörungen (other anxiety disorders, OAD).

41. Die drei Antidepressiva von Pfizer im N6A-Segment sind Zoloft (Wirkstoff: Hydrochlorid), Edronax (Wirkstoff: Reboxetin) und Sinquan (Wirkstoff: Doxepin). Das Produkt von Wyeth in diesem Segment ist Efexor (Wirkstoff: Venlafaxin). Der Patentschutz für die Wirkstoffe der vier Produkte ist bereits abgelaufen und für die Produkte von

Pfizer existieren bereits Generika. Das Patent auf dem Wirkstoff Venlafaxin ist 2008 ausgelaufen und Generika sind in der Schweiz erhältlich. Alle Präparate sind verschreibungspflichtig und befinden sich auf der sog. Spezialitätenliste (SL).

Tabelle 7:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber in der Kategorie N6A in der Schweiz in den Jahren 2006 - 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Zoloft Edronax Siquan	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Wyeth	Efexor	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Zusammen	-	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Lundbeck	Cipralex Seropram Saroten Nortrilen	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Schering-Plough	Remeron Tolvon	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Sandoz Pharmazeutika	Citalopram Ecosol Fluoxetine Sandoz und 10 weitere <sup>6</sup>	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Mepha Pharma	Fluoxetine Mepha ... und 5 weitere	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Eli Lilly	Cymbalta Fluctine	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Sonstige	-	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: IMS Health, Schätzung der Parteien; Rundungen können bei Summen zu geringen Abweichungen führen

### Aktueller Wettbewerb

42. Die Parteien machen geltend, dass die Produkte der Parteien keine nahe verwandten Substitute seien, obwohl sich diese Medikamente alle auf derselben ATC-3-Kategorie befinden. Sie würden sich in ihren Wirkungsmechanismen unterscheiden, und es bestünden wesentliche Unterschiede bei den Indikationen, für welche die Produkte der Parteien verschrieben würden. Das Zusammenschlussvorhaben würde bei einer engeren Marktabgrenzung, basierend auf der ATC-Kategorie-4, zu keiner Marktanteilsaddition führen und es wäre somit kein betroffener Markt. Ob eine engere Marktabgrenzung im vorliegenden Segment notwendig wäre, kann offen

gelassen werden, da keine Anzeichen bestehen, dass auf der 3. ATC-Kategorie eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

43. Der Marktanteil von Wyeth in diesem Segment lag in den letzten drei Jahren knapp über [20-30] %. Die Marktanteile von Pfizer lagen mit [0.1-10] % eher im unteren Bereich. Der Zuwachs an Marktanteilen aufgrund des

<sup>6</sup> Im Jahr 2007 waren es 9 weitere und im Jahr 2006 6 weitere.



Zusammenschlusses ist gering. Zudem verbleiben mit Lundbeck, Schering-Plough und Sandoz Pharmazeutika namhafte Konkurrenten im Markt, die sowohl Originalprodukte als auch Generika herstellen. Gemäss Aussagen der Parteien besteht die Möglichkeit, dass der gemeinsame Marktanteil der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in den nächsten Jahren unter 20 % sinken könnte. Der Patentschutz für den Wirkstoff Venlafaxin von Wyeths Efexor ist 2008 abgelaufen. Zwar ist der Marktanteil von Wyeth mit Efexor 2006 von [20-30] % auf [20-30] % im Jahre 2008 leicht gestiegen. Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die gemeinsamen Marktanteile von Pfizer und Wyeth unter die 20 % Schwelle sinken, sollten sich Generika für den Wirkstoff Venlafaxin in der Schweiz etablieren. Überdies handelt es sich sowohl bei Wyeths Efexor, als auch bei den Medikamenten Zoloft, Edronax und Sinquan um SL-Präparate. Gemäss Art. 67 Abs. 2 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) bedürfen Erhöhungen der in der SL festgesetzten Preise einer Bewilligung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG). Gemäss Art. 36 Abs. 2 der Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) lehnt das BAG Preiserhöhungsgesuche ab, sofern die

Tabelle 8:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber in der Kategorie N5C in der Schweiz in den Jahren 2006 - 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Xanax Demetrin	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Wyeth	Temesta	[...]	[30-40]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
<i>Zusammen</i>	-	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]
Roche Pharma	Lexotanil Valium	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Meda Pharma	Seresta	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Sanofi-Aventis	Tranxilium	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Bristol-Myers Squibb	Buspar	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Vifor	Anxiolit	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Sonstige	-	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[10-20]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: IMS Health, Schätzung der Parteien; Rundungen können bei Summen zu geringen Abweichungen führen

#### Aktueller Wettbewerb

47. Neben den Marktanteilen ist die Marktkonzentration ein weiterer zu berücksichtigender Faktor. Zur Messung der Marktkonzentration kann der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI)<sup>7</sup> herangezogen werden. Gemäss Praxis der

Überprüfung ergibt, dass der ersuchte Preis zu hoch ist. Das BAG hat denn auch mit Schreiben vom 8. Juli 2009 bestätigt, dass der geplante Zusammenschluss infolge der Überprüfungen und Genehmigungen der Preise durch das BAG keine erhöhte Verhandlungsmacht der Parteien zur Folge hat.

#### b) N5C (Beruhigungsmittel)

44. Diese ATC-3-Kategorie enthält alle leichten Beruhigungsmittel. Nicht unter diese ATC-Kategorie fallen die für die Schlafstörungen indizierten Arzneimittel.

45. Pfizer verkauft in dieser Kategorie die Medikamente Xanax (Wirkstoff: Alprazolam) und Demetrin (Wirkstoff: Prazepam). Wyeths Produkt in dieser Kategorie nennt sich Temesta (Wirkstoff: Lorazepam). Es handelt sich um verschreibungspflichtige Medikamente und sie befinden sich auf der SL.

46. Alle drei Medikamente werden zur Behandlung von Angststörungen, Panikstörungen und durch Depressionen verursachte Angstzustände verwendet. Temesta kommt ausserdem vor Operationen und bei unangenehmen oder längeren Untersuchungen wie z.B. bei der Bronchoskopie, der Arteriographie oder der Endoskopie zum Einsatz.

EU-Kommission hinsichtlich horizontaler Zusammen-

<sup>7</sup> Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols).

schlüsse bedürfen Märkte, in denen der HHI nach dem Zusammenschluss ( $HHI_{\text{post}}$ ) unterhalb von 1'000 liegt, in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Gleiches gilt, wenn

a) der  $HHI_{\text{post}}$  zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert ( $\Delta HHI$ ; die durch die Übernahme induzierte Veränderung des HHI) unterhalb von 250 liegt oder

Tabelle 9:

HHI	pre	post	$\Delta$
	1'806	2'982	<b>1'175.6</b>

Quelle: Berechnungen des Sekretariates

48. Der  $HHI_{\text{post}}$ <sup>9</sup> liegt im Segment der Beruhigungsmittel mit 2'982 über 2'000 und der  $\Delta HHI$  ist deutlich über 150. Zudem beträgt der kumulierte Marktanteil von Pfizer und Wyeth in der Kategorie N5C [40-50] % und liegt damit deutlich über der Schwelle des gemeinsamen Marktanteils von 20 %, unter welcher ein Zusammenschlussvorhaben vermutungsweise unproblematisch ist. Wyeth würde mit seinem Marktanteil von [30-40] % bereits alleine den Schwellenwert für eines der beteiligten Unternehmen erreichen. Es gilt daher zu überprüfen, ob die Übernahme von Wyeth durch Pfizer zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Beruhigungsmittel führt.

49. Im N5C Segment sind noch andere namhafte Wettbewerber tätig. Roche hielt im Jahr 2008 immerhin [10-20] % Marktanteil, Meda Pharma [10-20] %, Sanofi-Aventis [0.1-10] %, Bristol-Myers Squibb [0.1-10] % und Vifor [0.1-10] % Marktanteil. Die Parteien haben zudem angegeben, dass Substitute aus anderen ATC-Klassen vorhanden seien, insbesondere aus dem Segment N6A (Antidepressiva) und N5B (Hypnotics und Sedatives). Um die Aussagen der Parteien zu überprüfen, hat sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission an den Chefapotheker der spitäler fmi ag vom Spital Interlaken gewandt. Gemäss seinen Aussagen trifft es nicht zu, dass gewisse Antidepressiva substituierbar sind mit Beruhigungsmitteln. Bestätigen konnte er hingegen, dass zahlreiche Produkte in der Kategorie N5B vorhanden sind, die als Substitute für Beruhigungsmittel gelten. Diese Produkte unterscheiden sich dabei lediglich in der Dauer des Wirkungseintritts und in der Wirkungsdauer. Somit wäre der Markt grundsätzlich weiter abzugrenzen. Dies hat zur Folge, dass sich sowohl die kumulierten Marktanteile von Pfizer und Wyeth als auch die Marktanteile der Konkurrenten ändern würden. Der anfangs hohe Marktanteil von [40-50] % wird damit relativiert. Zudem geniessen weder die Produkte von Pfizer noch die von Wyeth Patentschutz. So sind diverse Pharmaunternehmen bereits mit einem Marktanteil von [0.1-10] %<sup>10</sup> mit Generika im N5C Markt vertreten. Dies wirkt sich allgemein kostensenkend auf die Preise von Originalpräparaten aus. Zudem handelt es sich um SL-Präparate. Die Parteien haben somit keine Möglichkeit, die Preise nach dem Zusammenschluss eigenmächtig zu erhöhen (vgl. Rz. 43).

b) der  $HHI_{\text{post}}$  zwar höher als 2'000, aber der Delta-Wert kleiner als 150 ist; beides gilt unter der Voraussetzung, dass besondere Umstände nicht vorliegen bzw. bestimmte Marktgegebenheiten nicht gegeben sind (z.B. betreffend potenzieller Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung)<sup>8</sup>.

### Potenzieller Wettbewerb

50. Sanofi-Aventis und Bristol-Myers Squibb haben gemäss Angaben der Parteien mind. drei Phase-III-Beruhigungsmittel Produkte in der Pipeline. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien hingegen haben in diesem Segment keine Produkte in der Pipeline<sup>11</sup>.

51. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Übernahme von Wyeth durch Pfizer zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Beruhigungsmittel führt.

### c) M1A (Nichtsteroidale Antirheumatika)

52. Die ATC-3-Klasse der nichtsteroidalen Antirheumatika (NSAR) enthält alle nichthormonellen entzündungshemmenden Produkte für die systematische Behandlung von Entzündungen des Bewegungsapparates.

53. Die Produkte von Pfizer im M1A-Segment heissen Celebrex, Arthrotec und Felden, wobei Pfizer den grössten Teil des Umsatzes in der Schweiz mit Celebrex erwirtschaftet (im Jahr 2008 CHF [...] gegenüber CHF [...] mit Arthrotec sowie CHF [...] mit Felden<sup>12</sup>). Wyeths Produkt im M1A-Segment ist Lodine. Patentschutz geniessen nur noch die beiden Pfizer Produkte Celebrex (bis [...]) und Arthrotec (bis [...]).

<sup>8</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:DE:PDF> [18.01.08], zuletzt besucht am 20. Juli 2009

<sup>9</sup> Der  $HHI_{\text{pre}}$  und der  $HHI_{\text{post}}$  sind leicht nach oben verzerrt, da alle Generikahersteller unter „sonstige“ in der Tabelle 9 zusammengefasst sind und die Berechnung nicht aufgrund einzelner Marktanteile erfolgt ist.

<sup>10</sup> Vgl. Tabelle 8: Von den [0.1-10] %, die unter Sonstige Hersteller aufgeführt sind, gehören [0.1-10] % zu den Generikaherstellern.

<sup>11</sup> Präparate in der Entwicklungsphase werden als Pipelineprodukte bezeichnet. Phase I: Prüfung an gesunden Menschen. Phase II: Dosisfindung an Patienten. Phase III: Erprobung an Patienten. Phase IV: Überwachung und Zulassung durch Swissmedic. Produkte in der Phase III könnten somit kurz vor der Marktzulassung durch Swissmedic stehen.

<sup>12</sup> Davon entfällt ein Umsatz von ca. CHF [...] auf die Gel-Version von Felden, welche der ATC-Klasse M2A (topische Antirheumatika und Analgetika) zugerechnet wird.

Tabelle 10:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber in der Kategorie M1A in der Schweiz in den Jahren 2006 – 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Celebrex Arthrotec Felden	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Wyeth	Lodine	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
<i>Zusammen</i>	-	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Novartis	Diclofenac Sandoz Ecofenac Ecoprofen Pirosol Voltaren Voltaren Rapid Voltfast	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Mepha Pharma	Bonidon Irfen Naproxen Olfen Piroxicam Mepha	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Drossapharm	Tilur	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[10-20]
Abbott	Brufen Froben	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Vifor	Algifor Aulin	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Sonstige	-	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: IMS Health, Schätzung der Parteien; Rundungen können bei Summen zu geringen Abweichungen führen

#### Aktueller Wettbewerb

54. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Marktzulassung für Lodine, das einzige Wyeth Produkt im M1A-Segment, aufgrund einer im Jahr [...] abgeschlossenen Vereinbarung nicht von Wyeth, sondern von der Sigma-Tau Pharma AG (Sigma-Tau) gehalten wird. Inhalt dieser Vereinbarung ist unter anderem [...] <sup>13</sup>. Vor diesem Hintergrund ist mangels Marktpräsenz von Wyeth fraglich, ob es sich beim M1A-Segment überhaupt um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt handelt. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da sich hinsichtlich des Marktes für nichtsteroidale Antirheumatika keine Anzeichen für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erge-

ben, auch wenn Lodine wie nachfolgend im Sinne einer Arbeitshypothese Wyeth zugerechnet werden sollte.

55. Der Marktanteil von Pfizer im M1A-Segment in der Schweiz betrug in den letzten drei Jahren jeweils etwas mehr als [10-20] %. Das Produkt Lodine von Wyeth erreicht im selben Zeitraum einen Marktanteil von [0.1-10]%. Der addierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien von knapp [20-30] % erscheint im Hinblick auf die bestehende starke Konkurrenz von Novartis und Mepha Pharma, welche je einen mit Pfizer vergleichbaren Marktanteil von [10-20] % halten, sowie weiterer

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

namhafter Konkurrenten wie Drossapharm, Abbot und Vifor (eine Tochtergesellschaft von Galenica) aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unbedenklich, zumal es sich bei den Pfizer-Produkten Celebrex, Arthrotec und Felden als auch bei Wyeths Lodine um SL-Präparate handelt (vgl. dazu Rz. 43). Ein Absinken des gemeinsamen Marktanteils unter 20 % vor Ablauf des Patentschutzes von Celebrex im [...] erscheint jedoch eher unwahrscheinlich, da im Bereich der ATC-4-Unterkategorie M1A1 (einfache nichtsteroidale Antirheumatika), zu der neben Lodine auch die Pfizer-Produkte Felden und Arthrotec gehört, Generika bereits etabliert sind und der Ablauf des Patentschutzes bei Letzterem im [...] somit keinen grossen Marktanteilseinbruch erwarten lässt. Die Parteien haben jedoch im M1A-Segment keine Phase III-Produkte in der Pipeline, um eine allfällige Marktanteilserosion aufzuhalten.

#### B.4.1.4.2. Produktsegmente, in denen nur Pfizer aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30 % verfügt

56. Basierend auf die ATC-3-Klassifikation bestehen folgende elf Produktsegmente, in denen Pfizer, nicht aber Wyeth, in der Schweiz aktiv ist und Pfizer Marktanteile von mehr als 30 % erreicht:

- a) C10A (Cholesterin- und triglyceridsenkende Mittel)
- b) B1B (Heparine)
- c) S1E (Miotika und Glaukommittel)
- d) G4E (Produkte gegen Erektionsstörungen)

Tabelle 11:

Marktanteile in der Kategorie C10A (Cholesterin- und triglyceridsenkende Mittel) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Mio. CHF	%
Pfizer	[...]	[50-60]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[50-60]</i>
AstraZeneca	[...]	[0.1-10]
Merck	[...]	[0.1-10]
Sandoz	[...]	[10-20]
Mepha	[...]	[10-20]
Bristol-Myers / Squibb	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### Aktueller Wettbewerb

59. Neben Pfizer sind noch andere Wettbewerber im Markt vertreten. Zu den verbleibenden Konkurrenten zählen Sandoz, Mepha, Merck und weitere Pharmaunternehmen. Hinzu kommt, dass alle Präparate von Pfizer

- e) N7D (Anti-Alzheimer-Produkte)
- f) G4D (Harninkontenzprodukte)
- g) J1F (Makrolide und ähnliche Wirkstoffe)
- h) G2D (Prolaktinhemmer)
- i) C11A (Lipidregulierende kardiovaskuläre Multitherapie-Kombinationen)
- j) G1C (Gynäkologische Antibiotika)
- k) A7A (Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel)

#### a) C10A (Cholesterin- und triglyceridsenkende Mittel)

57. Cholesterin ist ein wesentlicher Bestandteil der Zellmembran von Säugetieren, wo die Substanz benötigt wird, um die richtige Durchlässigkeit und Fluidität der Membran zu regulieren. Obwohl Cholesterin lebenswichtig ist, wird ein hoher Cholesterinspiegel mit Atherosklerose in Verbindung gebracht. Triglyzeride spielen beim Metabolismus als Energiequellen eine wichtige Rolle und sie transportieren Nahrungsfett. Im menschlichen Körper wurden hohe Triglyzeridspiegel im Blut jedoch mit Atherosklerose und somit mit einem erhöhten Risiko für Herzkrankheiten und Schlaganfälle in Verbindung gebracht.

58. In der Schweiz werden in der ATC-3-Kategorie die Produkte Sortis, Gevilon/Gevilon Uno, Colestid und Olbetam durch Pfizer vermarktet, die zur Senkung des Cholesterin- und Triglyzeridspiegels im Blut eingesetzt werden. Das wichtigste dieser Produkte ist Sortis, da Pfizer damit [...] % des Umsatzes im C10A-Segment generiert. Alle diese Medikamente sind SL-Präparate.

SL-Präparate sind und Pfizer so auch nach dem Zusammenschluss die Preise nicht ohne Genehmigung des BAG erhöhen kann (vgl. Rz. 43). Zudem ist Wyeth in diesem Bereich nicht tätig, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusam-

menschluss nicht verändern werden. Da Wyeth auch keine Pipelineprodukte in diesem Bereich hat, entfällt durch den Zusammenschluss auch kein künftiger aktueller Wettbewerber im Bereich von Cholesterin- und triglyceridsenkende Mittel.

#### b) B1B (Heparine)

60. Heparine werden weitgehend als injizierbare Antikoagulanzen verwendet. Injizierbare Antikoagulanzen dienen der Verhinderung unerwünschter Blutgerinnsel, z.B. vor Operationen, um Thrombosen oder Embolien zu

verhindern. Die B1B-Kategorie enthält ausserdem Produkte zur Pflege intravenöser Zugänge. Antikoagulanzen können ausserdem Herzpatienten oder sonstigen Patienten mit hohem Risiko verschrieben werden, um die Bildung neuer sowie das Anwachsen vorhandener Blutgerinnsel zu verhindern.

61. Pfizer vermarktet in der Schweiz lediglich Fragmin im B1B Segment. Dieses Medikament wird zur Prophylaxe von Venenthrombosen eingesetzt, die zu Lungenembolien führen können. Es handelt sich um ein Präparat, das sich auf der SL befindet.

Tabelle 12:

Marktanteile in der Kategorie B1B (Heparine) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Mio. CHF	%
Pfizer	[...]	[30-40]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[30-40]</i>
Sanofi-Aventis	[...]	[30-40]
GlaxoSmithKline	[...]	[30-40]
Novartis	[...]	[0.1-10]
B. Braun Medical	[...]	[0.1-10]
Drossapharm	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### Aktueller Wettbewerb

62. Pfizer hält mit Fragmin einen Marktanteil von [30-40] %. Neben Pfizer sind weitere starke Wettbewerber im B1B-Segment vertreten, so GlaxoSmithKline mit einem Marktanteil von [30-40] % und Sanofi-Aventis mit einem Marktanteil von [30-40] %. Da Fragmin ebenfalls ein SL-Präparat ist, wird eine Preiserhöhung ohne Genehmigung durch das BAG durch Pfizer auch nach der Übernahme von Wyeth nicht möglich sein (vgl. Rz. 43). Wyeth hat keine Präparate in diesem Bereich. Zudem sind im Bereich Heparine auch keine Pipelineprodukte vorhanden, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden.

#### c) S1E (Miotika und Glaukommittel)

63. Glaukoma (Grüner Star) ist eine Augenerkrankung. Bei manchen Patienten wird der Schaden durch erhöhten

Augendruck verursacht. Bei anderen liegt der Augendruck im normalen Bereich. Der Sehschaden wird dann durch die Schwäche des Sehnervs verursacht. Miotika sind Augenmedikamente, die die Pupille dazu veranlassen, sich zusammenzuziehen. Dadurch wird das Drainagesystem des Auges geöffnet und die Flüssigkeit, die den erhöhten Druck im Auge erzeugt, kann abfliessen. Sie werden in Form von Augentropfen verabreicht.

64. Pfizer verkauft in der Schweiz Xalatan und Xalacom in der S1E-Kategorie. Diese Präparate sind zur Senkung eines erhöhten Augeninnendrucks bei Patienten mit Offenwinkelglaukom und okulärer Hypertension angezeigt, die andere Medikamente zur Senkung des Augeninnendrucks nicht vertragen oder bei denen diese nicht ausreichend wirken.

Tabelle 13:

<b>Marktanteile in der Kategorie S1E (Miotika und Glaukummittel) in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Mio. CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[40-50]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[40-50]</i>
Merck	[...]	[20-30]
Bausch & Lomb	[...]	[0.1-10]
Alcon	[...]	[10-20]
Allergan	[...]	[10-20]
Novartis	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

65. Neben Pfizer sind noch andere Wettbewerber wie Merck, Alcon und weitere Pharmaunternehmen im S1E-Segment tätig. Die Preise können nach dem Zusammenschluss nicht eigenmächtig erhöht werden, da es sich bei beiden Präparaten um SL-Medikamente handelt und Preiserhöhungen durch das BAG genehmigt werden müssten (vgl. Rz. 43). Zudem ist Wyeth in diesem Bereich weder aktuell tätig noch hat sie Pipelineprodukte, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden.

#### **d) G4E (Produkte gegen Erektionsstörungen)**

66. Erektile Dysfunktion (ED) ist die Unfähigkeit eines Mannes, eine feste Erektion lang genug aufrecht zu er-

halten, um Geschlechtsverkehr zu vollziehen. ED wurde früher als Impotenz bezeichnet.

67. Neben Pfizer produzieren Eli Lilly und Bayer Präparate gegen Erektionsstörungen in Tablettenform. Es sind dies Viagra von Pfizer, Cialis von Eli Lilly und Levitra von Bayer. Neben den Medikamenten, die in Tablettenform verabreicht werden, existieren auf diesem Markt noch die Schwellkörperinjektion (Caverject, Caverject DC, beide von Pfizer) und Minizäpfchen bzw. Gel für die Harnröhre (Muse von Meda Pharma). Das erste Produkt wird durch den Patienten unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr in die Schwellkörper des Penis injiziert. Muse wird mittels eines Applikators in die Harnröhre eingebracht.

Tabelle 14:

<b>Marktanteile in der Kategorie G4E (Produkte gegen Erektionsstörungen) in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Mio. CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[40-50]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[40-50]</i>
Eli Lilly	[...]	[30-40]
Bayer	[...]	[10-20]
Meda	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

68. Pfizer hält in dieser Kategorie einen Marktanteil von [40-50] %. Neben Pfizer sind mit Bayer und Eli Lilly noch zwei wesentliche Wettbewerber mit hohen Marktanteilen vertreten. Zudem ist Wyeth in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte gegen die erektile Dysfunktion in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden.

#### e) N7D (Anti-Alzheimer-Produkte)

69. Die Alzheimersche Krankheit zerstört Nervenzellen im Gehirn, was im Körper des Patienten zur Bildung von Acetylcholinesterase (AChE) führt. Dieser Schaden führt typischerweise zu einer Verringerung der Acetylcholin-Menge im Gehirn. Der Verlust dieser chemischen Sub-

stanz verursacht Demenz. Bei Anti-Alzheimer-Produkten sind Cholinesterase-Hemmer und andere Behandlungsmittel zu unterscheiden. Derzeit werden zwei Arten medikamentöser Behandlungen vermarktet: Acetylcholinesterase-Inhibitoren (Hemmer) sowie NMDA-Rezeptor-Antagonisten. Die erstgenannte Behandlung ist bei leichten bis mittelschweren Fällen von Alzheimer angezeigt, die zweitgenannte bei mittelschweren bis schweren Fällen von Alzheimer.

70. In der Produktkategorie N7D führt Pfizer das Produkt Aricept, welches zusammen mit Eisai, einem japanischen Unternehmen entwickelt wurde und vermarktet wird. Aricept kann bei der Linderung einiger Symptome im frühen und mittleren Stadium von Alzheimer Hilfe leisten.

71. Wyeth ist im Bereich der Anti-Alzheimer-Produkte gegenwärtig nicht tätig.

Tabelle 15:

Marktanteile in der Kategorie N7D (Anti-Alzheimer Produkte) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	[50-60]
Wyeth	-	-
Zusammen	[...]	[50-60]
Janssen-Cilag	[...]	[10-20]
Novartis	[...]	[10-20]
Lundbeck	[...]	[10-20]
Merz	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

72. Der Marktanteil von Pfizer im Produktesegment N7D beträgt [50-60] %. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen werden weiterhin einem Wettbewerbsdruck durch internationale Konkurrenten wie beispielsweise Janssen-Cilag oder Novartis ausgesetzt bleiben. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine Marktanteilsaddition zur Folge, da Wyeth in diesem Bereich nicht tätig ist. Zudem handelt es sich bei dem durch Pfizer vermarkteten Präparat um ein SL-Präparat, so dass Pfizer die Preise nicht eigenmächtig erhöhen kann (vgl. Rz. 43).

#### Phase III-Pipelineprodukte

73. Wyeth entwickelt zusammen mit dem Unternehmen [...] den monoklonalen Antikörper Bapineuzumab (AAB-001). Für zwei grosse weltweite Phase-III-Studien hat Wyeth mit der Registrierung von Patienten begonnen. Im Fall eines erfolgreichen Verlaufs der Studien, erfolgt die Zulassung voraussichtlich nicht vor [...]. Bapineuzumab ist [...].

74. Pfizer hat von Medivation die Rechte zur Vermarktung von Dimebon erworben. Die Einführung des Produkts findet im Erfolgsfall voraussichtlich [...] statt. Dimebon ist [...].

75. Die rege Aktivität der Zusammenschlussparteien in Bezug auf Anti-Alzheimer-Produkte reflektiert das Potenzial, welches in diesem Bereich noch besteht, da bei Alzheimer im Hinblick auf Ursache und Verlauf der Krankheit noch erhebliche Unsicherheit besteht. Gemäss Angaben der Parteien befinden sich derzeit mehr als 50 Alzheimer-Substanzen in der Entwicklung, und es laufen 589 registrierte klinische Studien<sup>14</sup>. Im Weiteren habe fast jedes bedeutende Pharmaunternehmen einen Anti-Alzheimer-Wirkstoff in der Entwicklung.

<sup>14</sup> [www.clinicaltrials.vog/ct2/results?term=alzheimer](http://www.clinicaltrials.vog/ct2/results?term=alzheimer).

76. Im Bereich der Anti-Alzheimer-Produkte ist eine zukünftige Überschneidung von solchen Arzneimitteln möglich, so dass es zu einer Marktanteilsaddition kommen kann. Mögliche wettbewerbsrechtliche Bedenken werden jedoch dadurch relativiert, dass die Erfolgsaussichten für den Markteintritt auf dem Gebiet von Anti-Alzheimer-Produkten selbst in der Phase III - wegen der zahlreichen unbekanntenen Faktoren der Krankheit - unter 50 % liegen. Zudem herrscht aufgrund der Forschungs- und Entwicklungsbemühungen von grossen Pharmaunternehmen potenzieller Wettbewerb, so dass durch mögliche Markteintritte ihrerseits eine disziplinierende Wirkung auf die sich zusammenschliessenden Parteien hervorgehen

kann. Im Weiteren unterscheiden sich die Anti-Alzheimer-Produkte in der Pipeline der beiden Parteien bezüglich der Auswirkungen auf die Krankheit wesentlich (vgl. Rz. 73 f.).

#### f) G4D (Harninkontinenzprodukte)

77. Als Harninkontinenz bezeichnet man eine gestörte Reservoirfunktion der Harnblase mit unwillkürlichem Harnabgang. Pfizer verkauft in der Schweiz Detrusitol SR, welches Spasmen der Blasenmuskeln reduziert und zur Behandlung einer überaktiven Blase mit Harninkontinenzsymptomen indiziert ist.

Tabelle 16:

Marktanteile in der Kategorie G4D (Harninkontinenzprodukte) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	[50-60]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[50-60]</i>
Novartis	[...]	[10-20]
Madaus	[...]	[10-20]
Astellas	[...]	[10-20]
Janssen-Cilag	[...]	[0.1-10]
Sanofi	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### Aktueller Wettbewerb

78. Pfizer verfügt in der Produktkategorie G4D über einen Marktanteil von [50-60] %. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte gegen Harninkontinenz in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt auch nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Die sich zusammenschliessenden Parteien sind weiterhin Konkurrenz von namhaften Unternehmen wie Novartis, Astellas sowie Madaus ausgesetzt.

#### g) J1F (Makrolide und ähnliche Wirkstoffe)

79. Makrolide (auch bezeichnet als Makrolid-Antibiotika) werden normalerweise für die Behandlung von verschiedenen allgemeinen Infektionen angewendet, wie beispielsweise Halsentzündungen, Bronchitis, Entzündungen der Harnwege, Ohrenentzündungen, Sinusitis und Pneumonia.

80. In der Produktkategorie J1F vermarktet Pfizer die Produkte Dalacin C und Zithromax. Während Dalacin C überwiegend in Krankenhäusern eingesetzt wird, ist Zithromax auf den Einzelhandelsbereich ausgerichtet. Dalacin C Lösung wird meist für die Behandlung von Haut- und Weichgewebeentzündungen eingesetzt; Dalacin C Kapseln und Mixtur dagegen werden zusätzlich auch für die Behandlung von wiederkehrender Tonsillitis verwendet. In speziellen Fällen wird Dalacin C auch für die Behandlung von gynäkologischen Entzündungen sowie Entzündungen der oberen/unteren Atemwege verschrieben. Pfizers Zithromax ist ein orales Antibiotikum für die Behandlung von milden bis mittelschweren Entzündungen bei Erwachsenen und Kindern (wie Bronchitis, durch Ansteckung erworbene Pneumonia oder AEP, Pharyngitis, Sinusitis und Hautentzündungen). Zithromax wird auch bei der Behandlung von gynäkologischen Entzündungen wie trachomatöser Chlamydie angewendet.



Tabelle 17:

<b>Marktanteile in der Kategorie J1F (Makrolide und ähnliche Wirkstoffe) in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[30-40]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[30-40]</i>
Abbott	[...]	[20-30]
Mepha Pharma	[...]	[10-20]
Sandoz	[...]	[10-20]
Spirig	[...]	[0.1-10]
Pro Concepta	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

81. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Wyeth werden zudem weiterhin u.a. von Abbott, Mepha Pharma sowie Sandoz konkurrenziert. Zudem handelt es sich um SL-Präparate<sup>15</sup>, so dass Pfizer die Preise nach dem Zusammenschluss nicht ohne Genehmigung des BAG erhöhen kann (vgl. Rz. 43).

Tabelle 18:

<b>Marktanteile in der Kategorie G2D (Prolaktinhemmer) in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[70-80]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[70-80]</i>
Ferring	[...]	[10-20]
Novartis	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **h) G2D (Prolaktinhemmer)**

82. Störungen der Hypophyse führen zu einem übermässig hohen Prolaktinspiegel, der bei Frauen unter anderem zu Unfruchtbarkeit und einem Rückgang oder Verlust der Menstruation führen kann. Als weitere mögliche Folge eines extrem hohen Prolaktinwerts ist die Produktion von Brustmilch bei Frauen, die weder schwanger sind noch stillen. Dostinex von Pfizer ist ein Dopaminrezeptor, der zur Behandlung von prolaktinproduzierenden Geschwülsten an der Hypophyse eingesetzt wird.

<sup>15</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass nur die Granuli und die Kapseln auf der SL stehen. Die Injektionslösungen von Dalacin C stehen jedoch nicht auf der SL.

### Aktueller Wettbewerb

83. Wyeth hat keinerlei Aktivitäten in diesem Produktsegment. Das Zusammenschlussvorhaben hat damit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Wyeth hat auch keine Pipelineprodukte, so dass auch in diesem Bereich kein potenzieller Wettbewerber verloren geht. Auch nach dem Zusammenschluss stehen die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Wyeth unverändert mit Ferring und Novartis im Wettbewerb.

#### i) C11A (Lipidregulierende kardiovaskuläre Multitherapie-Kombinationen)

84. Die C11A-Kategorie besteht aus Produkten, die für kardiovaskuläre Lipidstörungen zusammen mit mindestens einer weiteren kardiovaskulären Erkrankung wie

z.B. Bluthochdruck indiziert sind. Caduet von Pfizer, das einzige Produkt im C11A-Segment, verbindet zwei eigene Medikamente, Norvasc (Wirkstoff: Amlodipinbesilat) und Sortis (Wirkstoff: Atorvastatinkalzium). Norvasc wird zur Behandlung von Bluthochdruck (Hypertension), Brustschmerzen (Angina) oder Verengungen der Herzkranzgefäße verwendet. Sortis wird zur Senkung eines hohen Cholesterinspiegels verwendet. Das Präparat wird ausserdem zur Reduzierung des Herzinfarkt- und Schlaganfallrisikos bei Patienten mit mehreren Risikofaktoren für Herzerkrankungen wie z.B. Familienanamnese, Bluthochdruck, hohes Alter, niedriger Anteil von Lipoproteinen hoher Dichte oder Rauchen verwendet.

Tabelle 19:

Marktanteile in der Kategorie C11A (Lipidregulierende kardiovaskuläre Multitherapie-Kombinationen) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	100.0
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>100.0</i>
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

85. Im Jahr 2008 betrug der Marktanteil von Pfizer im C11A-Segment 100 %. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Es handelt sich überdies um ein SL-Präparat, so dass Pfizer die Preise nicht ohne Genehmigung des BAG erhöhen kann (vgl. Rz. 43).

#### j) G1C (Gynäkologische Antibiotika)

86. Die Kategorie G1C erfasst Antibiotika und Sulfonamide, die bei gynäkologischen Erkrankungen eingesetzt werden. Das Produkt Dalacin-V von Pfizer wird zur Behandlung von Infektionen verwendet, die durch anaerobe Bakterien, Streptokokken, Pneumokokken und Staphylokokken verursacht werden. Normalerweise wird es nur bei Patientinnen indiziert, die auf Penicillin allergisch sind oder für das Penicillin aus anderen Gründen nicht geeignet ist. Von Dalacin-V sind zwei Dosierungen vorhanden. Die 20g-Dosierung steht auf der SL, die 40g-Dosierung jedoch nicht.

Tabelle 20:

Marktanteile in der Kategorie G1C (Gynäkologische Antibiotika) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	100.0
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>100.0</i>
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

87. Im Jahr 2008 betrug der Marktanteil von Pfizer im G1C-Segment 100 %. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Zudem steht eine der beiden Dosierungen auf der SL, so dass Pfizer für diese Dosierung den Preis auch nach dem Zusammenschluss nicht ohne Genehmigung des BAG erhöhen kann (vgl. Rz. 43).

### k) A7A (Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel)

88. Die Kategorie A7A erfasst alle Produkte, die ein oder mehrere antiinfektiöse Darmmittel (Antibiotika, Sulfonamide, Antiseptika) mit oder ohne weitere Substanzen beinhalten. Sulfonamide und spezielle Antibiotika in oraler Form sind ebenso erfasst wie Kombinationen mit Motilitätshemmern, intestinalen Absorptionsmitteln und Mikroorganismen. Humatin von Pfizer (Wirkstoff: Paromomycinsulfat) behandelt portosystemische (Leber-)Enzephalopathie, eine Hirnerkrankung, Darmentzündungen, Dysenterie, Taeniaris (eine durch Bandwürmer verursachte Krankheit) und schwere Infektionen wie Pseudomonas.

Tabelle 21:

Marktanteile in der Kategorie A7A (Antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	[70-80]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[70-80]</i>
Bioforce	[...]	[20-30]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

89. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Auch nach dem Zusammenschluss stehen die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Wyeth unverändert vor allem mit Bioforce im Wettbewerb.

#### B.4.1.4.3. Produktsegmente, in denen nur Wyeth aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30 % verfügt

90. Wyeth hat in der ATC-3-Klassifikation folgende zwei Produktsegmente, in denen Wyeth, nicht aber Pfizer, in der Schweiz aktiv ist und Marktanteile von mehr als 30 % erreicht:

a) M1C (Spezifische Antirheumatika)

b) B2D (Antikoagulanzen)

#### a) M1C (Spezifische Antirheumatika)

91. Diese Kategorie umfasst Produkte zur Behandlung von rheumatoider Arthritis, Psoriasis-Arthritis und chronischer mittelschwerer bis schwerer Psoriasis. Das wichtigste M1C-Produkt von Wyeth ist Enbrel. Dieses Präparat ist ein Tumor-Nekrose-Faktor-Blocker.

92. Enbrel entfaltet seine Wirkung, indem es sich an ein bestimmtes Eiweiss anlagert und so dessen Aktivität blockiert. Diese Blockade vermindert die durch die rheumatoide Arthritis bedingten Schmerzen und Entzündungen.

Tabelle 22:

<b>Marktanteile in der Kategorie M1C (spezifische Antirheumatika) in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Mio. CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	-	-
Wyeth	[...]	[30-40]
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[30-40]</i>
Abbott	[...]	[50-60]
Sanofi	[...]	[0.1-10]
Genzyme	[...]	[0.1-10]
Bristol-Myers  Squibb	[...]	[0.1-10]
Nycomed	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

93. Die Parteien bezweifeln, dass Enbrel unter M1C einzustufen wäre. Sie sind der Ansicht, dass Enbrel unter die ATC-3-Kategorie L4A (Immunsuppressiva) einzustufen wäre. In dieser Kategorie würde der Marktanteil von Wyeth auf dem L4A Markt mit Enbrel und Rapamune lediglich [20-30] % betragen, was keinen betroffenen Markt ausmachen würde. Die Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden. Denn selbst wenn Enbrel in der Kategorie M1C eingestuft würde, wäre der Zusammenschluss in diesem Markt unproblematisch. Denn mit Abbot ist noch ein grösserer Wettbewerber im Markt tätig, und da es sich bei Enbrel wiederum um ein SL-Präparat handelt, können die Preise nicht ohne Genehmigung des BAG erhöht werden (vgl. Rz. 43). Pfizer ist in diesem Markt nicht tätig, so dass der Zusammenschluss dadurch keine Marktanteilsadditionen zur Folge hat.

#### **b) B2D (Antikoagulanzen)**

94. Die Blutgerinnung ist ein komplexer, in Phasen ablaufender Vorgang, der durch physiologische und pathologische Prozesse ausgelöst wird und vor allem der anhaltenden Blutstillung dient. Der Prozess der Beendigung einer Blutung (Hämostase) ist von einer intakten Blutgerinnung abhängig.

95. Wyeth verfügt in der Produktkategorie B2D über zwei Arzneimittel: ReFacto einerseits ist für die Behandlung und Prophylaxe von Blutungen bei Erwachsenen und Kindern jeglichen Alters mit Hämophilie A, der häufigsten Form von Bluterkrankheit, indiziert. BeneFIX andererseits ist zur Kontrolle und Prävention von hämorrhagischen Episoden bei Patienten mit Hämophilie B indiziert, einschliesslich der Kontrolle und Prävention von Blutungen bei Operationen.

Tabelle 23:

Marktanteile in der Kategorie B2D (Antikoagulanzen) in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	-	-
Wyeth	[...]	[60-70]
Zusammen	[...]	[60-70]
Baxter	[...]	[30-40]
Octapharma	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

96. Wyeth hat in der Produktkategorie B2D einen Marktanteil von [60-70] %<sup>16</sup>. Das Zusammenschlussvorhaben hat keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge, da Pfizer in diesem Bereich nicht tätig ist und auch keine Produkte in der Pipeline hat. Zudem steht den zusammenschliessenden Parteien mit Baxter ein starker Konkurrent in der Schweiz gegenüber.

#### B.4.1.5 Zwischenergebnis

97. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass durch den Zusammenschluss in den einzelnen betroffenen Märkten im Bereich der humanpharmazeutischen Produkte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2 Tiergesundheitsprodukte

##### B.4.2.1 Sachlich relevante Märkte

98. Bei der Definition der relevanten Produktemärkte im Bereich veterinärpharmazeutischer Präparate hat die Wettbewerbskommission eine Trennung zwischen den **ernährungsbedingten Nahrungsergänzungsmitteln, medizinischen Nahrungsergänzungsmitteln** (Hygieneprodukte), **Impfstoffen und veterinärmedizinischen Präparaten** in Betracht gezogen.<sup>17</sup> Besonders im Bereich der veterinärmedizinischen Präparate differenzierte die Wettbewerbskommission weiter zwischen antimikrobiellen, antiinfektiösen, antientzündlichen und parasitiziden Mitteln. Bei den Parasitiziden zog die Wettbewerbskommission eine weitere Unterteilung nach dem zu behandelnden Tier beziehungsweise dem zu bekämpfenden Parasiten in Erwägung. Zur letzten Kategorie wurde festgehalten, dass Endoparasizide, Ectozide und Endectozide verschiedene Produktemärkte darstellen könnten.

99. Die EU-Kommission ihrerseits hat festgehalten, dass veterinärpharmazeutische Präparate in drei Hauptgruppen unterteilt werden können, nämlich **medizinische Nahrungsergänzungsmittel, biologische Mittel** (hauptsächlich Impfstoffe) und **Pharmazeutika** (Sche-

ring-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007; Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003, COMP/M.4691; Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, Urteil vom 22. November 1999, COMP/M.2922; Merck/Rhone-Poulenc/Merial, Urteil vom 2. Februar 1997, COMP/M.1681; IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz, Urteil vom 17. Juli 1996, IV/M.885). Im Bereich der Pharmazeutika für Tiere erkannte die EU-Kommission einen Unterschied zwischen folgenden Produkttypen: parasitizide, antimikrobielle, hormontherapeutische, antientzündliche und schmerzlindernde sowie wirkungssteigernde und andere Pharmazeutika (COMP/M.1681. Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, Urteil vom 22. November 1999, COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003, COMP/M.4691, Schering-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007).

100. Die EU-Kommission hat zudem weitere Faktoren identifiziert, welche bei der Abgrenzung der relevanten Produktmärkte bei Pharmazeutika relevant sein können (COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003, COMP/M.4691, Schering-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007). Es sind dies unter anderem die Abgrenzung nach:<sup>18</sup>

- der Tiergattung: Obwohl viele Pharmazeutika für mehrere Tiergattungen geeignet sind, können gewisse Pharmazeutika nur für gewisse Gruppen von Tieren indiziert sein. So wird beispielsweise die Unterscheidung zwischen Haus- bzw. Nutztieren getroffen.

<sup>16</sup> Gemäss den Parteien könnte dieser leicht höher sein, da das interne Berichtssystem von Wyeth höhere Umsatzzahlen für ReFacto verzeichnet hat, als von IMS Health erfasst wurden.

<sup>17</sup> Vgl. Merial, RPW 1997/3, S. 350 ff.

<sup>18</sup> Substitutionsmöglichkeiten und konkurrenzierende Indikationen ergeben sich aber über sämtliche Grenzen der gestützt auf die oben erwähnten Kriterien definierten Kategorien.

- der Verabreichungsform: Die meisten Pharmazeutika sind als Injektionslösungen verabreichbar (besonders bei Nutztieren). Bei Haustieren wird hingegen ein grosser Teil der Präparate oral, d.h. in Tablettenform, als Paste oder Granulat, verabreicht. Auf jeden Fall existiert – dem entsprechenden Bedürfnis nach – eine grosse Vielfalt an Verabreichungsformen, so beispielsweise die intramammäre Verabreichung des Präparates bei milchernen Kühen oder antiparasitizide Halsbänder für Haustiere.
- der Wirkungsdauer: Landwirte könnten in einigen Fällen dazu neigen, Präparate mit langer Wirkungsdauer zu wählen, da diese aus präventiven Gesichtspunkten ein entscheidender Faktor sein könnten.
- der Absetzfrist: Nach der Behandlung mit einem Medikament kann diese Frist bei Nutztieren von entscheidender Bedeutung sein, da während dieser Periode der Konsum von Fleisch oder Milch nicht angezeigt ist.
- dem Wirkstoff: In gewissen Fällen kann es angezeigt sein, den relevanten Markt nach dem Wirkstoff abzugrenzen.
- dem Stadium des tierischen Reproduktionszyklus (z.B. Milchkühe oder milcharme Kühe).

101. Aufgrund dieser Kriterien werden die unter Rz. 106 ff. besprochenen Märkte abgegrenzt.

102. Die von den Herstellern und Vertreibern angebotenen Produkte bestehen in einer Palette von Tierarzneimitteln. Die Hersteller und Vertreter liefern ihre veterinärpharmazeutischen Produkte grösstenteils an TierärztInnen und vereinzelt an ApothekerInnen, Futtermühlen, Labors, Forschungsanstalten, Universitätskliniken, kantonale Veterinärämter, an das BVET, Mischfutterhersteller, landwirtschaftliche Mühlen und an die Armeeapotheke. Sie können daher als Marktgegenseite bezeichnet werden.

103. Der sachlich relevante Markt wird somit auf Stufe Herstellung durch die entsprechenden veterinärpharmazeutischen Produkte und ihre Klassifikation definiert.

#### **B.4.2.2 Räumlich relevante Märkte**

104. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 32 entspricht im vorliegenden Fall der räumlich relevante Markt dem Gebiet der Schweiz.

#### **B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

105. 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. Daher werden nachfol-

gend lediglich diejenigen Märkte aufgeführt, in denen diese Marktanteilsschwellen (nach Umsatz) erreicht beziehungsweise überschritten werden.

#### **B.4.2.3.1. Vorbemerkung**

106. Tiergesundheitsprodukte von Wyeth werden in der Schweiz von [...] vermarktet. [...]. Es stellt sich somit die Frage, ob die Präparate im Tiergesundheitsbereich Wyeth oder [...] zuzurechnen sind. Diese Frage lässt sich auf Basis der vorliegenden Angaben der Parteien nicht beantworten. Sie kann jedoch auch offen bleiben, da, wie im Folgenden zu zeigen ist, keine Anzeichen bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, selbst wenn die betroffenen Tiergesundheitsprodukte wie nachfolgend im Sinne einer Arbeitshypothese Wyeth zugeordnet werden sollten.

107. Nachfolgend werden die relevanten Märkte (betroffene Produktkategorien) im Bereich Tierarzneimittel vorgestellt, die durch den Zusammenschluss betroffen sind (vgl. Rz. 98 ff., Rz. 103).

#### **B.4.2.3.2. Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20 %**

108. Unter der Arbeitshypothese einer Differenzierung gemäss den Kriterien in Rz. 100 ergibt sich, dass bei folgenden Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen in der Schweiz ein gemeinsamer Marktanteil von 20 % oder mehr resultiert:

- a) Penicilline / synthetische Penicilline für Nutztiere
- b) Endoparasitizide / Endektozide für Nutztiere

#### **a) Penicilline/ synthetische Penicilline für Nutztiere**

109. Penicilline/ synthetische Penicilline gehören dem Marktsegment der antimikrobiellen Substanzen für Nutztiere an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

110. Parallel zur Anwendung von Penicillinen beim Menschen werden Penicilline für Tiere (und insbesondere die Produkte der Parteien) bei einer Reihe von Indikationen eingesetzt, die von Infektionen des Verdauungstraktes bis hin zur Prävention von postoperativen Infektionen reichen.

111. Pfizer ist mit den Präparaten Clamoxyl Injektionslösung RTU, Cobicotic, Synolux 500mg Bolus und Synulox RTU im Markt für Penicilline und synthetische Penicilline für Nutztiere vertreten. Wyeths Präparat auf diesem Markt ist Duphamox.

112. Die Produkte der Parteien werden zur Behandlung einer Reihe von Indikationen eingesetzt, die von Infektionen des Verdauungstraktes bis hin zur Prävention von postoperativen Infektionen reichen. Die Präparate werden gegen eine Vielzahl gram-positiver und gram-negativer Bakterien eingesetzt. So werden Penicilline oft zur Behandlung von Atemwegserkrankungen, Erkrankungen der Harnwege, Infektionen des Verdauungstraktes, Ohr- und Hautinfektionen eingesetzt.

113. Amoxicillin ist der Wirkstoff für Synulox, Clamoxyl und für Duphamox. Die Wirkstoffe von Cobicotic sind Pro-

cain-Penicillin G und Dihydrostreptomycin. Der Patentschutz dieser Wirkstoffe ist bereits ausgelaufen. Pfizer generierte [...] % des Umsatzes im Jahre 2008 mit Cobicotic.

Tabelle 24:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber im Bereich Penicilline/ synthetische Penicilline für Nutztiere in der Schweiz in den Jahren 2006 – 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Clamoxyl Injektionslösung RTU Cobiotic Synolux 500mg Bolus Synulox RTU	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Wyeth	Duphamox LA	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Zusammen	-	[...]	[30-40]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
UfaMed	Amoxan	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Intervet   Schering-Plough	Paracillin SP Albipen LA Procacillin Duplocillin LA	[...]	[0.1-10]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Boehringer	Mamyzin 5 Mamyzin 10	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Novartis	Ilcocillin P Ilcocillin PS	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Streuli	Penicillin N	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Arovet	Betamox LA Norocillin LA	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Virbac	Stabox 5 % Stabox 50 % Ampivet	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Vetoquinol	Ampitab Longamox	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: CEESA, Schätzung der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

114. Pfizer hielt 2008 einen Marktanteil von [20-30] % im Markt für Penicilline/ synthetische Penicilline für Nutztiere. Mit UfaMed ist mit [20-30] % Marktanteil ein gleichwertiger Wettbewerber im Markt. Zusätzlich ist Pfizer weiteren kleineren Wettbewerbern in diesem Bereich ausgesetzt. Die Patente für die Wirkstoffe der Präparate der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind ausgelaufen. Die Produkte der Parteien stehen folglich im Wettbewerb mit Generika. Der Marktanteil von Wyeth ist mit [0.1-10] % tief, so dass die Marktanteilsaddition des Zusammenschlusses gering ist.

### b) Endoparasitizide / Endektozide für Nutztiere

115. Parasitizide können in zwei unterschiedliche Kategorien unterteilt werden. Anti-Coccidiale greifen einzellige Parasiten an. Die übrigen Anti-Parasitizide greifen mehrzellige Parasiten an und können weiter in die folgenden drei Segmente unterteilt werden<sup>19</sup>: Ektozide werden gegen äussere Parasiten wie Flöhe, Zecken, Läuse

<sup>19</sup> Vgl. dazu auch Rz. 96.

und Krätzmilben eingesetzt. Endoparasitizide dienen der Bekämpfung von inneren Parasiten wie Würmer, Leber-Plattwürmer oder Protozoen. Endektozide bekämpfen sowohl innere wie äussere Parasiten. Parasitizide werden sowohl Haus- als auch Nutztieren verabreicht. Es gibt allerdings Unterschiede zwischen den Märkten für Haus- und Nutztiere. Während sich das Angebot an Medizinalprodukten für fleischproduzierende Tiere grundsätzlich nach dem ökonomischen Wert des Tieres und den Kosten für das Verabreichen der Präparate bestimmt, finden diese Überlegungen hingegen kaum oder bloss in einem beschränkten Ausmass bei Haustieren Anwendung.

116. Die Produkte von Pfizer werden unter den Markennamen Valbazen und Dectomax vermarktet. Valbazen (Wirkstoff: Albendazol) gehört zu den Endoparasitiziden, Dectomax (Wirkstoff: Doramectin) zu den Endektoziden. Wyeth vermarktet sowohl Cydectin pour-on (Wirkstoff: Moxidectin), als auch Cydectin oral. Während Cydectin pour-on gegen ein breites Spektrum bedeutender innerer und äusserer Parasiten wirksam ist, bekämpft Cydectin oral lediglich innere Parasiten.

117. Bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes stellen die Parteien auf einen einzigen Produkt-

markt Endoparasitizide/Endektozide für Nutztiere ab. Das Sekretariat hegt an einer breiten Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes jedoch starke Zweifel. Bereits im Entscheid Pfizer Inc./Pharmacia Corp. wurde festgehalten, dass es sich im Bereich Endoparasitizide und Endektozide wahrscheinlich um verschiedene Märkte handelt.<sup>20</sup> Aus Sicht der Nachfrageseite, also des Landwirtes und des Veterinärs, sind die Produkte nicht immer substituierbar, da Endektozide grundsätzlich teurer sind als Endoparasitizide und demzufolge die Landwirte Endektozide nicht ohne Weiteres kaufen würden, ohne sich in jedem Einzelfall zu überlegen, was der wirkliche Mehrwert dieses Produkts darstellt. Somit ist davon auszugehen, dass Endoparasitizide und Endektozide keine Substitute darstellen.

118. Bei einer Marktabgrenzung nach den beiden Teilmärkten Endoparasitizide und Endektozide ergibt sich bei den Endoparasitiziden kein betroffener Markt, da der Schwellenwert gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht wird. Auf dem Teilmarkt der Endektozide ergibt sich im Jahr 2008 in der Schweiz für die zusammenschliessenden Unternehmen ein gemeinsamer Marktanteil von [40-50] %. Die zwei stärksten Konkurrenten sind Merial und Norbrook mit einem Marktanteil von [30-40] % und [10-20] %.

Tabelle 25:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber im Bereich Endektozide für Nutztiere in der Schweiz in den Jahren 2006 – 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Mio. CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Dectomax 0.5 % Pour-on-Lösung	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
	Dectomax Injektionslösung	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Wyeth	Cydectin pour-on	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
<i>Zusammen</i>	-	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]
Merial	Eprinex	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
	Ivomec	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
	Ivomec Plus	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Norbrook	Noromectin	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Virbac	Virbamec	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
Vetoquinol	Optimectin	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: CEESA, Schätzung der Parteien

<sup>20</sup> RPW 2003/2, Rz. 129.



119. Wird der Fokus auf die Anwendungsart der Produkte gerichtet, stellt sich die Frage, ob der Markt weiter einzugrenzen ist, da sogenannte pour-on Produkte<sup>21</sup> fast ausschliesslich bei Rindern eingesetzt werden und bei Schafen hingegen mehrheitlich Injektionen verwendet werden.

120. Bei dieser Marktabgrenzung resultiert für die zusammenschliessenden Unternehmen im Jahr 2008 in der Schweiz ein addierter Marktanteil von [30-40] % auf dem

Teilmarkt für Endektozide pour-on Rind. In diesem Markt hält Merial im Jahr 2008 mit einem Marktanteil von [30-40] % in der Schweiz höhere Marktanteile als Pfizer und Wyeth gemeinsam und auch Norbrook verfügt über einen Marktanteil von [20-30] %. Auf dem Teilmarkt Endektozide Injektion Schaf ist Wyeth in der Schweiz nicht tätig, so dass sich in der Folge keine Marktanteilsaddition ergibt.

Tabelle 26:

Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber im Bereich Endektozide pour-on Rind in der Schweiz in den Jahren 2006 – 2008							
Hersteller	Produkt	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2008	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2007	%	Wert in Tausend CHF für das Jahr 2006	%
Pfizer	Dectomax 0.5 % Pour-on-Lösung	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Wyeth	Cydetin pour-on	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Zusammen	-	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]	[...]	[40-50]
Merial	Eprinex	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]	[...]	[30-40]
Norbrook	Noromectin	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]	[...]	[10-20]
Vetoquinol	Optimectin	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	-	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: CEESA, Schätzung der Parteien

### Einzelmarktbeherrschung respektive kollektive Marktbeherrschung

121. Aufgrund der kumulierten Marktanteile von Pfizer und Wyeth stellt sich die Frage, ob sie durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung erlangen. Zusätzlich stellt sich die Frage einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen Pfizer/Wyeth, Merial und Norbrook.

122. Unabhängig davon, ob man der breiteren oder der engeren Marktdefinition folgt, liegt der gemeinsame Marktanteil deutlich über der Schwelle von 20 %, unter

welcher ein Zusammenschlussvorhaben vermutungsweise unproblematisch ist. Der kumulierte Marktanteil von Pfizer und Wyeth im Markt für Endektozide für Nutztiere beträgt [40-50] %. Merial ist mit [30-40] % und Norbrook mit [10-20] % Marktanteil vertreten. Im Bereich der Endektozide für Nutztiere pour-on Rind beläuft sich der kumulierte Marktanteil von Pfizer und Wyeth auf [30-40] %, während Merial und Norbrook einen Marktanteil von [30-40] % bzw. [20-30] % halten.

123. Der  $HHI_{post}$  liegt im Segment der Endektozide für Nutztiere bei 2'868 und der  $\Delta HHI$  liegt mit 1159.2 deutlich über 150.

Tabelle 27:

HHI	pre	post	$\Delta$
	1'709	2'868	<b>1159.2</b>

Quelle: Berechnungen des Sekretariates

<sup>21</sup> Pour-on Produkte sind flüssige Produkte, die auf dem Rücken des Tieres aufgetragen werden.

124. Im Bereich der Endektozide pour-on Rind liegt der  $\text{HHI}_{\text{post}}$  deutlich über 150.  $\text{HHI}_{\text{pre}}$  bei 2'733 und der  $\Delta\text{HHI}$  liegt mit 607 wiederum

Tabelle 28:

HHI	pre	post	$\Delta$
	2'733	3'340	<b>607</b>

Quelle: Berechnungen des Sekretariates

125. Wie den Tabellen 27 und 28 entnommen werden kann, deuten die Resultate der Berechnungen auf eine starke Marktkonzentration hin. Dies zeigt sich dadurch, dass der  $\text{HHI}_{\text{post}}$  nach der Transaktion bei beiden Marktdefinitionen über 2'000 liegt und die Zunahme ( $\Delta\text{HHI}$ ) ein Mehrfaches von 150 beträgt. Sodann halten Pfizer/Wyeth, Merial und Norbrook einen gemeinsamen Marktanteil von [90-100] % im Markt Endektozide für Nutztiere, respektive [90-100] % im Markt für Endektozide für Nutztiere pour-on Rind.

126. Es deuten somit gewisse Indizien darauf hin, dass eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen könnte.

127. Auf eine definitive Marktabgrenzung kann vorliegend verzichtet werden, da sich die Parteien bereit erklärt haben, im Bereich der Endektozide für Nutztiere dieselben Bedingungen und Auflagen zu erfüllen, die in der EU für die Länder Belgien, Deutschland und Vereinigtes Königreich auferlegt wurden. Damit wurden die Bedenken der WEKO in diesem Bereich ausgeräumt, weshalb auf eine weitere Prüfung des Segments Endektozide für Nutztiere verzichtet werden kann.

#### **B.4.2.3.3. Produktsegmente, in denen nur Pfizer aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30% verfügt**

128. Pfizer hat in den folgenden sachlich relevanten Märkten, in welchen Wyeth nicht tätig ist, in der Schweiz Marktanteile von mehr als 30 % erreicht:

- a) Impfstoffe gegen Ebergeruch

- b) Monovalente feline Impfstoffe gegen feline infektiöse Peritonitis  
 c) Oral verabreichte nichtsteroidale Antirheumatika für Hunde und Katzen  
 d) Cephalosporine für Nutztiere  
 e) Chinolone für Nutztiere  
 f) Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milcharmen Kühen  
 g) Cephalosporine für Haustiere  
 h) Makrolide für Haustiere  
 i) Antibiotikafreier Mastitisschutz für trockene Kühe  
 j) Sedativa

#### **a) Impfstoffe gegen Ebergeruch**

129. Impfstoffe gegen Ebergeruch gehören dem umfangreicheren Marktsegment der Impfstoffe für Schweine an, die ihrerseits zur Klasse der biologischen Mittel gehören.

130. Ebergeruch ist ein unangenehmer Geruch, der von Schweinefleisch beim Kochen freigesetzt wird. Traditionell setzen Schweinezüchter auf die physische Kastration männlicher Ferkel als primäre Methode zur Eindämmung von Ebergeruch. Diese Methode hat jedoch eine Reihe von Nachteilen wie z.B. Produktionsverluste aufgrund von Infektion, Verletzung, Herniation, Schmerz und Stress für das Tier. Das Produkt Improvac von Pfizer nutzt das eigene Immunsystem des Schweins, um die Funktion der Hoden zu blockieren und somit die für den Ebergeruch verantwortlichen Substanzen zu reduzieren.

Tabelle 29:

<b>Marktanteile Impfstoffe gegen Ebergeruch in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	100.0
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	[...]	100.0
<b>Gesamtmarkt</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

131. Improvac von Pfizer ist derzeit der einzige in der Schweiz zugelassene Impfstoff gegen Ebergeruch und wurde in der Schweiz im Jahr 2008 zum ersten Mal angeboten. Wyeth hat keine Aktivitäten in diesem Produktsegment und hat auch keine Präparate in der Pipeline. Das Zusammenschlussvorhaben hat somit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge, und es geht mit dem Zusammenschluss durch Wyeths fehlende Forschungstätigkeit in diesem Gebiet auch kein potenzieller Wettbewerber verloren.

### b) Monovalente feline Impfstoffe gegen feline infektiöse Peritonitis

Tabelle 30:

Marktanteile monovalente feline Impfstoffe gegen feline infektiöse Peritonitis in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	100.0
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>100.0</i>
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

134. Primucell von Pfizer ist derzeit der einzige in der Schweiz zugelassene monovalente Impfstoff gegen FIP. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Wyeth hat auch keine Produkte in der Pipeline.

### c) Oral verabreichte nichtsteroidale Antirheumatika für Hunde und Katzen

135. Oral verabreichte nichtsteroidale Antirheumatika (NSAR) für Hunde und Katzen gehören dem umfangrei-

132. Monovalente feline Impfstoffe gehören dem umfangreicheren Marktsegment der Impfstoffe für Haustiere an, die ihrerseits zur Klasse der biologischen Mittel gehören.

133. Monovalente feline Impfstoffe sind keine homogene Produktgruppe. Jeder Impfstoff hat eine andere und ganz bestimmte Indikation. In der Schweiz sind nur zwei monovalente feline Impfstoffe erhältlich. Primucell von Pfizer ist als Impfstoff gegen feline infektiöse Peritonitis (FIP) konzipiert, eine Infektion des Bauchfells, die eine Freigabe von Flüssigkeiten in die Bauchhöhle verursacht und zum Tod führt. Nobivac Bb von Intervet ist dagegen ein Impfstoff gegen Bordetella bronchiseptica, ein Erreger, der bei Katzen Atemwegserkrankungen auslöst. Diese beiden Produkte sind dementsprechend keine Substitute.

chen Marktsegment der Antiphlogistika (Entzündungshemmer) an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören. NSAR sind Medikamente, die in geringen Dosen eine erhöhte Körpertemperatur senken und Schmerzen lindern, ohne das Bewusstsein zu beeinträchtigen, und die in höheren Dosen entzündungshemmende Wirkungen aufweisen. Rimadyl von Pfizer ist ein Medikament für Hunde und Katzen mit lähmenden Gelenkerkrankungen.

Tabelle 31:

<b>Marktanteile oral verabreichte nichtsteroidale Antirheumatika für Hunde und Katzen in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[50-60]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[50-60]</i>
Boehringer	[...]	[20-30]
Vetoquinol	[...]	[0.1-10]
Essex (Vertrieb durch Provet)	[...]	[0.1-10]
Merial	[...]	[0.1-10]
Graeub	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

136. Pfizer hat auf dem Markt für oral verabreichte nichtsteroidale Antirheumatika für Hunde und Katzen einen Marktanteil von [50-60] %. Wyeth ist nicht in diesem Produktsegment tätig. Der geplante Zusammenschluss führt somit nicht zu einem Zuwachs an Marktanteilen. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen stehen zudem weiterhin mit Boehringer, Vetoquinol, Essex, Merial und Graeub im Wettbewerb.

#### **d) Cephalosporine für Nutztiere**

137. Cephalosporine für Nutztiere gehören dem umfangreicheren Marktsegment der antimikrobiellen Substanzen für Nutztiere an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

138. Cephalosporine sind eine Familie von Breitspektrum-Antibiotika. Sie zerstören Bakterien, indem sie die Synthese der bakteriellen Zellwand stören und dadurch die Zellteilung verhindern. Sie können gegen gram-positive und die meisten gram-negativen Bakterien eingesetzt werden.

139. Excenel von Pfizer (Wirkstoff: Ceftiofur) ist ein zur örtlichen Behandlung von bakteriellen Infektionen bei Rindern und Schweinen registriertes Cephalosporin. Das zweite Pfizer- Präparat Naxcel basiert auf demselben Wirkstoff, ist jedoch nur zur Behandlung von Schweinen registriert.

Tabelle 32:

<b>Marktanteile Cephalosporine für Nutztiere in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[60-70]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[60-70]</i>
Intervet/Schering-Plough	[...]	[30-40]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

140. Im Bereich der Cephalosporine für Nutztiere hielt Pfizer im Jahr 2008 einen Marktanteil von [60-70]%. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Wyeth werden zudem weiterhin durch Intervet/Schering-Plough konkurriert.

### e) Chinolone für Nutztiere

141. Chinolone gehören dem umfangreicheren Marktsegment der antimikrobiellen Substanzen für Nutztiere an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

142. Chinolone sind eine Familie synthetischer Breitpektrum-Antibiotika. Der Einsatz von Chinolonen ist im Nutztier-Bereich weit verbreitet, und es gibt mehrere Präparate, die zur tierärztlichen Anwendung zugelassen sind, jedoch nicht für Menschen.

143. Advocid von Pfizer nutzt den Wirkstoff Danofloxacin. Advocid 18 % und Advocid Injektionslösung 2.5 % werden hauptsächlich zur Behandlung von Atemwegserkrankungen und Durchfall verwendet, wobei Advocid 18 % nur zur Behandlung von Rindern verwendet werden kann, während Advocid Injektionslösung 2.5 % für Rinder und Schweine eingesetzt werden kann.

Tabelle 33:

Marktanteile Chinolone für Nutztiere in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	[40-50]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[40-50]</i>
Vetoquinol	[...]	[40-50]
Bayer	[...]	[10-20]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

144. Pfizer hatte im Jahr 2008 einen Marktanteil von [40-50] %. Wyeth ist in diesem Produktsegment nicht tätig. Das Zusammenschlussvorhaben führt in diesem Produktbereich somit zu keiner Marktanteilsaddition. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen stehen zudem weiterhin mit Vetoquinol, die im Jahr 2008 mit [40-50] % einen nur leicht kleineren Marktanteil als Pfizer aufwies, und Bayer im Wettbewerb.

### f) Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milcharmen Kühen

145. Die EU-Kommission identifizierte ein Produktsegment, das sich auf die antibiotische Behandlung von Mastitis bei milcharmen Kühen bezieht. Dieses Segment kann zudem weiter in die verschiedenen Klassen von Antibiotika unterteilt werden. Bei einer Anwendung der Methodik der EU-Kommission sind auf Penicillin basierende Antibiotika zur Behandlung von Mastitis bei milch-

armen Kühen, die topisch (vorliegend: intramammär) verabreicht werden, als Subsegment auszuscheiden.

146. Mastitis-Antibiotika zur Anwendung bei trockenen Kühen gehören dem umfangreicheren Marktsegment der antimikrobiellen Substanzen insbesondere zur Anwendung im Milchkuhbereich des Nutztiersegments an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

147. Mastitis ist eine Entzündung des Eutergewebes bei Milchkühen, die erhebliche Auswirkungen auf die Milchqualität und die Produktivität der Kühe haben kann. In extremen Fällen kann die Erkrankung sogar zum Tod führen.

148. Orbenin von Pfizer wird zur routinemässigen Anwendung beim Austrocknen von Kühen (am Ende einer Laktationsperiode) empfohlen, um bestehende Euterinfektionen zu behandeln und anhaltenden Schutz vor neuen Infektionen während der Trockenperiode zu gewährleisten.

Tabelle 34:

<b>Marktanteile Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milchcharmen Kühen in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[30-40]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[30-40]</i>
Intervet/Schering-Plough	[...]	[20-30]
Biokema	[...]	[10-20]
Graeub	[...]	[10-20]
Stricker	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

149. Pfizer hält in diesem Markt einen Marktanteil von [30-40] %. Wyeth ist nicht in diesem Produktsegment tätig. Die geplante Transaktion ändert daher nichts an den derzeitigen Wettbewerbsbedingungen auf diesem Gebiet. Darüber hinaus stehen die Zusammenschlussparteien weiterhin in Konkurrenz mit Intervet/Schering-Plough, Biokema, Graeub und Stricker.

#### **g) Cephalosporine für Haustiere**

150. Cephalosporine gehören zu den antimikrobiellen Substanzen für Haustiere, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören. Cephalosporine sind eine Anti-

biotikaklasse, die zur Prophylaxe und Behandlung durch Bakterien verursachter Infektionen dienen.

151. Das Produkt von Pfizer ist Convenia und wird zur Behandlung bestimmter Infektionen der Haut und der Weichgewebe, von Wunden und Abszessen sowie zur Behandlung bestimmter Harnwegsinfektionen bei Hunden und Katzen eingesetzt. Convenia unterscheidet sich von anderen Cephalosporinen dadurch, dass es hochgradig an Proteine gebunden wird und eine lange Wirkungsdauer besitzt. Convenia wurde 2007 eingeführt, dessen Wirkstoff Cefovecin ist somit noch patentrechtlich geschützt.

Tabelle 35:

<b>Marktanteile Cephalosporine für Haustiere in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[30-40]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[30-40]</i>
Sogeval (Vertrieb durch Biokema)	[...]	[20-30]
Virbac	[...]	[10-20]
Provet	[...]	[10-20]
Vetoquinol	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

152. Pfizer hält in diesem Markt einen Marktanteil von [30-40] %. Es bestehen für Pfizers Convenia Substitute von Sogeval bzw. Biokema, Virbac, Provet und Vetoquinol, so dass Pfizer genügend Wettbewerb ausgesetzt ist. Insbesondere Sogeval ist mit [20-30] % Marktanteil ein starker Wettbewerber. Hinzu kommt, dass Wyeth in diesem Markt nicht tätig ist, so dass der Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition führt.

Tabelle 36:

Marktanteile Makrolide für Haustiere in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	[...]	[90-100]
Wyeth	-	-
Zusammen	[...]	[90-100]
Vetoquinol	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

155. Pfizer hält einen Marktanteil von [90-100] % auf dem Markt Makrolide für Haustiere. Vetoquinol ist der einzige Konkurrent von Pfizer in diesem Markt.

Die Parteien haben vorgebracht, dass Antirobe substituierbar mit allen übrigen Antibiotika wie Penicillinen und Cephalosporinen sei, da diese alle bei der Behandlung der Krankheiten wirksam sein könnten, für die auch Antirobe indiziert sei. Gemäss Abklärungen bei Fachpersonen trifft es zu, dass bei der Behandlung von Hautinfektionen, Zahninfektionen und Osteomyelitis bei Hunden und Katzen Penicilline und Cephalosporine an Stelle von Antirobe verwendet werden können.<sup>22</sup> Der Marktanteil von Pfizer mit Antirobe in diesem Markt wird dadurch relativiert. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden.

### i) Antibiotikafreier Mastitisschutz für trockene Kühe

156. Der antibiotikafreie Mastitisschutz für trockene Kühe gehört dem Marktsegment der topischen Produkte für Nutztiere an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

157. Orbeseal von Pfizer verhindert neue Mastitis-Infektionen bei trockenen Kühen und wird durch Einführen in die Milchdrüsen verabreicht. Das Präparat bewirkt, dass der Milchkanal verschlossen wird. Bakterien werden dadurch gehindert in das Euter vorzudringen. Orbeseal ist das einzige Produkt auf diesem Markt. Während Orbeseal bei gesunden Kühen anstelle von Antibiotika eingesetzt werden kann, um Mastitis bei trockenen Kühen

### h) Makrolide für Haustiere

153. Makrolide für Haustiere gehören den antimikrobiellen Substanzen für Haustiere an, die ihrerseits zur Klasse der Pharmazeutika gehören.

154. Pfizers Antirobe wird zur Behandlung von bakteriellen Hautinfektionen (Wunden und Abszesse), Zahninfektionen und Osteomyelitis bei Hunden und Katzen eingesetzt. Antirobe enthält den Wirkstoff Clindamycin, ein halbsynthetisches Antibiotikum, das gegen diverse Keime wirksam ist.

zu verhindern, werden Antibiotika eingesetzt, solange nicht zweifelsfrei feststeht, dass die Kuh gesund ist. Orbeseal kann nur bei gesunden Kühen verwendet werden.

<sup>22</sup> Um die Aussagen der Parteien zu überprüfen, hat sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission an Frau Mevissen, Professorin an der VetSuisse Fakultät für Pharmakologie und Toxikologie, gewandt.

Tabelle 37:

<b>Marktanteile antibiotikafreier Mastitisschutz für trockene Kühe in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	100.0
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>100.0</i>
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

#### **Aktueller Wettbewerb**

158. Da Orbeseal nur bei gesunden Kühen verwendet werden kann, kommen Antibiotika zum Einsatz, wenn der Gesundheitszustand der Kuh nicht zweifelsfrei feststeht. Antibiotika können somit Substitute für Orbeseal darstellen. Das Medikament von Pfizer unterliegt somit in gewissen Fällen dem Wettbewerb von Antibiotika-Präparaten, obwohl es sich faktisch um separate Märkte handelt. Der Umsatz von Pfizer mit Orbeseal beläuft sich auf CHF [...], während der Gesamtmarkt für Antibiotika zur Prävention von Mastitis bei trockenen Kühen über CHF [...] beträgt. Wyeth ist in diesem Bereich nicht tätig und hat auch keine Produkte in der Pipeline, so dass sich die Wettbewerbsbedingungen in diesem Markt nach dem Zusammenschluss nicht verändern werden.

#### **j) Sedativa**

Tabelle 38:

<b>Marktanteile Sedativa in der Schweiz in 2008</b>		
<b>Hersteller</b>	<b>Wert in Tausend CHF</b>	<b>%</b>
Pfizer	[...]	[40-50]
Wyeth	-	-
<i>Zusammen</i>	<i>[...]</i>	<i>[40-50]</i>
Graeb	[...]	[10-20]
Streuli	[...]	[10-20]
Novartis	[...]	[0.1-10]
Vetoquinol	[...]	[0.1-10]
Ceva Sante Animale	[...]	[0.1-10]
Sonstige	[...]	[0.1-10]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

159. Sedativa gehören zu den Produkten, die auf das allgemeine Nervensystem wirken. Sie gehören zur Klasse der Pharmazeutika.

160. Sedativa werden dazu verwendet, um eine umkehrbare Ruhigstellung eines Tieres zu erzielen, um diagnostische Verfahren zu erleichtern. Darüber hinaus werden Sedativa ausserdem bei der Anästhetisierung von Tieren als Präanästhetika verwendet.

161. Pfizer bietet in diesem Markt Domosedan, Domitor und Antisedan an. Pferde werden mit Domosedan für kleinere chirurgische und diagnostische Prozeduren ruhiggestellt. Domitor ist für die mit klinischen Untersuchungen verbundene Kontrolle, Sedation und Analgesie, kleinere Operationen und Präanästhesie bei Hunden und Katzen zugelassen. Antisedan ist das Gegenmittel zu Domitor und macht dessen sedative und analgesische Wirkungen bei Hunden und Katzen rückgängig.



### Aktueller Wettbewerb

162. Pfizer hält mit den drei Präparaten auf dem Markt für Sedativa einen Marktanteil von [40-50] %. Neben Pfizer sind noch diverse andere Wettbewerber wie Graeub, Streuli und Novartis im Markt tätig.

163. Die Parteien bringen vor, dass eine breitere Markt-abgrenzung sinnvoll wäre. Produkte könnten oft ausgetauscht oder im Rahmen einer Kombination verschiedener Pharmazeutika verwendet werden. Die Parteien gehen bei Sedativa und Anästhesieprodukten von vier Gruppen aus, nämlich Prämedikation, Einleitung, Erhalt und Umkehr<sup>23</sup>. Produkte aus allen vier Gruppen seien für eine Vollnarkose eines Tieres erforderlich. Somit könnten Produkte auch (in Verbindung mit anderen Präparaten) bei der Vollnarkose verwendet werden. In Verbindung mit anderen Präparaten könnten sie eingesetzt werden, um einen bestimmten Sedations- oder Narkosegrad zu erzielen. Der Wettbewerb auf diesem Produktgebiet sei nur unter Berücksichtigung aller in der Anästhesie und Sedation verwendeten Produkte richtig einschätzbar.

164. Die definitive Markt-abgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da Pfizer auch bei einer engeren Markt-abgrenzung, nämlich Markt für Sedativa, genügend Wettbewerb ausgesetzt ist. Da Wyeth in diesem Bereich nicht tätig ist, führt der geplante Zusammenschluss auch nicht zu einer Marktanteilsaddition und somit auch nicht zur Veränderung der Wettbewerbssituation.

Tabelle 39:

Marktanteile Impfstoffe gegen Pferdeherpesviren Typ 1 und Typ 4 in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	-	-
Wyeth	[...]	[40-50]
Zusammen	[...]	[40-50]
Intervet	[...]	[50-60]
<b>Gesamtmarkt</b>	[...]	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

167. Wyeth hatte im Jahr 2008 einen Marktanteil von [40-50] %. Pfizer ist nicht in diesem Produktsegment tätig. Das Zusammenschlussvorhaben führt in diesem Produktbereich somit zu keiner Marktanteilsaddition. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Wyeth werden zudem weiterhin von Intervet konkurrenziert, die gegenwärtig in der Schweiz über einen grösseren Marktanteil als Wyeth verfügt.

### b) Impfstoffe gegen Blauzungenerkrankheit

168. Impfstoffe gegen Blauzungenerkrankheit gehören dem umfangreicheren Marktsegment der Impfstoffe für Wiederkäuer an, die ihrerseits zur Klasse der biologischen Mittel gehören. Der Blauzungenvirus kann bei

### B.4.2.3.4. Produktsegmente, in denen nur Wyeth aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30 % verfügt

165. Wyeth hat in den folgenden sachlich relevanten Märkten, in welchen Pfizer nicht tätig ist, in der Schweiz Marktanteile von mehr als 30 % erreicht:

- Impfstoffe gegen Pferdeherpesviren Typ 1 und Typ 4
- Impfstoffe gegen Blauzungenerkrankheit

### a) Impfstoffe gegen Pferdeherpesviren Typ 1 und Typ 4

166. Multivalente Impfstoffe gegen die Pferdeherpesviren Typ 1 und Typ 4 gehören dem umfangreicheren Marktsegment der Impfstoffe für Pferde an, die ihrerseits zur Klasse der biologischen Mittel gehören. Pferdeherpesviren des Types 1 und 4 können zu Atemwegserkrankungen und bei Stuten zu Aborten führen. Wyeth bietet in diesem Segment das Produkt Duvaxyn EHV 1/4 an. Der einzige weitere in der Schweiz in diesem Marktsegment verkaufte Impfstoff ist Equilis Resequin von Intervet, welches in der Schweiz auf die Intervet-Tochtergesellschaft Veterinaria zugelassen ist. Bei Equilis Resequin handelt es sich jedoch um einen multivalenten Impfstoff, der zusätzlich den Schutz gegen Pferdeinfluenza mit abdeckt.

Wiederkäuern zur Bildung von Geschwüren im Mund, zum Verlust des Fötus, zu Fruchtbarkeitsstörungen und zum Tod führen. Die Impfung von Wiederkäuern gegen den Blauzungenvirus ist in der Schweiz zurzeit vorgeschrieben.

169. Wyeth bietet in diesem Segment das Produkt Zulvac 8 bo an. Dieses Präparat dient der Bekämpfung des Blauzungenvirus-Serotyps 8 bei Rindern.

<sup>23</sup> Prämedikationspräparate werden dazu verwendet, um Haustiere ruhig zu stellen, ohne dass sie das Bewusstsein verlieren. Einleitungsprodukte leiten den Schlaf ein und werden für kleinere Operationen verwendet. Erhaltungsprodukte werden dazu verwendet, einen tiefen Schlaf auszulösen. Umkehrprodukte werden als Gegenmittel eingesetzt, um ein Tier wieder aus der Sedation/Narkose aufzuwecken.

Tabelle 40:

Marktanteile Impfstoffe gegen Blauzungenkrankheit in der Schweiz in 2008		
Hersteller	Wert in Tausend CHF	%
Pfizer	-	-
Wyeth	[...]	[30-40]
Zusammen	[...]	[30-40]
Merial	[...]	[60-70]
<b>Gesamtmarkt</b>	<b>[...]</b>	<b>100</b>

Quelle: Angaben der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

170. Der Marktanteil von Wyeth betrug im Jahr 2008 [30-40] %. Pfizer vermarktet derzeit keine Produkte in diesem Produktsegment. Das Zusammenschlussvorhaben führt in diesem Bereich daher zu keiner Marktanteilsaddition. Den sich zusammenschliessenden Unternehmen steht mit Merial weiterhin ein Konkurrent mit doppelt so hohem Marktanteil gegenüber.

### Potenzieller Wettbewerb

171. [...]. Im Weiteren ist die Markteinführung eines neuen Impfstoffes gegen Blauzungenkrankheit von Intervet/Schering-Plough für 2009 oder 2010 geplant.

172. Unter Berücksichtigung des aktuellen Wettbewerbs, bei welchem es zu keiner Marktanteilsaddition der sich zusammenschliessenden Parteien kommt, [...], liegen derzeit keine ausreichenden Anhaltspunkte vor, dass die Übernahme von Wyeth durch Pfizer zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Impfstoffe gegen Blauzungenkrankheit führt.

#### B.4.2.4 Zwischenergebnis

173. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Zusammenschluss in den einzelnen betroffenen Märkten im Bereich Tierarzneimittel eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### B.4.3 Ergebnis

#### Betroffene Märkte, in welchen beide Parteien tätig sind:

174. Je nach betroffenem Markt, unabhängig davon, ob im Bereich von Human- oder Tierarzneimitteln, zeigt sich, dass die Marktanteilsadditionen entweder gering ausfallen oder andere, meist grosse Konkurrenten vorhanden sind. Lediglich im Bereich N5C (Beruhigungsmittel - Humanarzneimittel) und bei den Endektoziden (Tierarzneimitteln) war die Ausgangslage anders.

175. Im Bereich N5C (Beruhigungsmittel) fällt der gemeinsame Marktanteil der am Zusammenschluss beteiligten Parteien mit [40-50] % hoch aus. Wie unter Rz. 49

aufgezeigt, existieren jedoch Substitute in der Kategorie N5B (Hypnotics und Sedatives), was den hohen Marktanteil relativiert. Zudem handelt es sich um SL-Präparate. Preiserhöhungen sind somit auch nach dem Zusammenschluss nicht ohne Genehmigung des BAG möglich.

176. Im Segment Endektozide für Nutztiere konnten die Bedenken der WEKO mit den Verpflichtungen der Parteien, die Bedingungen und Auflagen der EU für die Länder Deutschland, Belgien<sup>24</sup> und Vereinigtes Königreich in der Schweiz ebenfalls zu übernehmen, ausgeräumt werden.

#### Betroffene Märkte, in denen lediglich eine der Parteien tätig ist:

177. In den meisten betroffenen Märkten (Human- und Tierarzneimittel), in denen nur eine der beiden Parteien tätig ist, hat sich herausgestellt, dass genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist. Diverse Wirkstoffe von Präparaten sind nicht mehr patentgeschützt, so dass diese Medikamente mit Generika im Wettbewerb stehen.

178. Wo lediglich Pfizer in betroffenen Märkten tätig ist, hat Wyeth keine Phase III-Produkte in der Pipeline und umgekehrt<sup>25</sup>, so dass in diesen Bereichen auch kein potenzieller Wettbewerber durch den Zusammenschluss verloren geht. Zudem geht genügend potenzielle Konkurrenz von den anderen Pharmaherstellern aus. Dies hat auch zur Folge, dass die Problematik einer kollektiven Marktbeherrschung in denjenigen Märkten entschärft wird, in welchen neben Pfizer bzw. Wyeth ein bis zwei Wettbewerber mit hohen Marktanteilen vorhanden sind.

#### Fazit

179. Mit der Verpflichtung der Parteien, die Bedingungen und Auflagen der EU für die Länder Deutschland, Belgien und Vereinigtes Königreich im Bereich Endektozide für Nutztiere in der Schweiz ebenfalls zu übernehmen, entfallen die Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss

<sup>24</sup> Inklusiv Luxemburg.

<sup>25</sup> Mit Ausnahme der Kategorien N7D und der M1C.

die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bewirken könnte. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

### **C KOSTEN**

180. Gemäss Art. 53a Bst. b KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32 ff. KG. Laut Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

181. Für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG erhebt das Sekretariat eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- (Art. 4 Abs. 3 GebV-KG).

182. Die Kosten zu Lasten von Pfizer/Wyeth belaufen sich somit auf CHF 5'000.- und werden den Parteien zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.

### **D DISPOSITIV**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter folgenden Bedingungen und Auflagen zugelassen:
  - a. Die Parteien verpflichten sich, in der Schweiz mit Bezug auf Endektozide für Nutztiere die-

selben Bedingungen und Auflagen umzusetzen, wie sie von der Europäischen Kommission im Entscheid vom 17. Juli 2009 i. S. Pfizer Inc./Wyeth (M.5476) mit Bezug auf die Länder Belgien, Deutschland und Vereinigtes Königreich auferlegt worden sind.

- b. Die Parteien verpflichten sich, die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden laufend über die Umsetzung der Bedingungen und Auflagen schriftlich zu informieren.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.
3. [Kosten]
4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
5. [Eröffnung]

*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG*

*Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart*

*Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. September 2009*

## A TERMINOLOGIE

1. Die Meldung des Zusammenschlussvorhabens Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia durch die Parteien mit Datum vom 24. April 2009 wird nachfolgend als Meldung bezeichnet.

2. Mit Zuschriften vom 7. und 14. Mai 2009 (beim Sekretariat der Wettbewerbskommission am 11. Beziehungsweise 15. Mai 2009 eingegangen) ergänzen die Parteien die Meldung mit zusätzlichen Angaben. Nachfolgend sind diese beiden Zuschriften zusammen als Ergänzung vom 7./14. Mai 2009 bezeichnet.

3. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia vom 19. Mai 2009 wird nachfolgend als vorläufige Prüfung bezeichnet.

4. Die Stellungnahme der Parteien vom 10. Juni 2009 zur vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia durch die Wettbewerbskommission wird nachfolgend als Stellungnahme vom 10. Juni bezeichnet.

5. Die Stellungnahme der Parteien vom 3. August 2009 zur vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia durch die Wettbewerbskommission wird nachfolgend als Stellungnahme vom 3. August bezeichnet.

## B SACHVERHALT

### B.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 28. April 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Gemäss dieser Meldung beabsichtigen die Schweizerische Post (Post), die AG für die Neue Zürcher Zeitung (NZZ-Gruppe) und die Tamedia AG (Tamedia), ihre Zustellungsorganisationen im Bereich der Werktags- und Sonntagsfrühzustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften zu reorganisieren und zusammenzulegen. Im Rahmen des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens bringen die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia verschiedene Geschäftstätigkeiten in das Unternehmen Bevo AG (Bevo) ein, welches sie gemeinsam zu kontrollieren beabsichtigen. Das Zusammenschlussvorhaben steht unter der Bedingung, dass auch der Erwerb von 75 % des Stammkapitals an der Rüber Information Management GmbH (RIM) durch Tamedia vollzogen wird und damit Tamedia zusammen mit der Post die RIM gemeinsam kontrolliert. Die RIM betreibt hauptsächlich den Online-Suchdienst [www.search.ch](http://www.search.ch). Zurzeit ist die Post an der RIM zu 100 % beteiligt.

2. Der vorliegende Zusammenschluss erfolgt in mehreren Etappen, wobei neben den beteiligten Unternehmen

im Sinne von Art. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) auch weitere Unternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben in Verbindung stehen. Diejenigen Unternehmen, welche zwar mit dem Zusammenschluss in Verbindung stehen, aber nicht beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 VKU darstellen, werden nachfolgend als miterfasste Unternehmen bezeichnet.

### B.1.1 Beteiligte Unternehmen

#### Post

3. Die Post ist ein öffentlich-rechtliches Unternehmen im Eigentum der Eidgenossenschaft. Gemäss eigenen Angaben unter [www.post.ch](http://www.post.ch) (besucht am 11. Mai 2009) versorgt die Post die Bevölkerung und Wirtschaft mit Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs sowie mit Angeboten im öffentlichen Verkehr. Dazu gehört auch die postalische Grundversorgung in der Schweiz. Dieser Universaldienst umfasst gemäss Meldung folgende Dienstleistungen: Annahme, Abholung, Transport und Zustellung von Sendungen (Briefe, Pakete, Zeitungen) in der Regel an allen Werktagen, mindestens aber an fünf Tagen in der Woche sowie Einzahlungen, Auszahlungen und Überweisungen. Im Rahmen dieses Universaldienstes muss die Post landesweit ein flächendeckendes Poststellennetz betreiben. Die Post muss sicherstellen, dass die Dienstleistungen des Universaldienstes in allen Regionen für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz erhältlich sind.

4. Zusätzlich zum Universaldienst ist die Post in weiteren Geschäftsbereichen tätig. Es handelt sich um Geschäftstätigkeiten in den Bereichen Finanzdienstleistungen (beispielsweise Hypotheken oder Finanzierungen von Liquidität), DirectMarketing (beispielsweise Mailingservices oder Frankierlösungen), Personenverkehr (PostAuto), Immobilienbewirtschaftung, Dokumentenmanagement und E-Business (Outsourcing der Rechnungsstellung).

5. Die Post bietet ihre Produkte und Dienstleistungen grundsätzlich sowohl Privatkunden als auch Geschäftskunden an.

6. Im Bereich der Frühzustellung verfügt die Post gemäss Meldung über einen internen Geschäftsbereich bei der Postmail AG. Zudem ist die Post an der Bevo und an der Epsilon SA (Epsilon) beteiligt. Gemäss Meldung unterhält die Bevo derzeit eine Frühzustellorganisation für Tageszeitungen und führt das Vertragen von Zeitungen und Zeitschriften durch. Zudem handelt die Bevo mit Zustellmaterial. Im Juni 2008 übernahm die Post die Presse-Vertriebs AG Basel (Prevag).

7. Die Post bietet nach Angaben der Zusammenschlussparteien weder Online-Suchdienste an, noch platziert sie auf ihrer Website Firmenwerbung. Zudem habe sie keine Aktivitäten in den Bereichen Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen und verfügt auch über kein Meta-Portal. Über ihre Internetseite [www.post.ch](http://www.post.ch) offeriert die Post gemäss Meldung verschiedene Online-Dienste. Dabei

handle es sich in erster Linie um die Bereitstellung von Informationen und Hilfsmitteln für die eigenen Dienstleistungen der Post. Mittels Link verweist die Post auf ihrer Homepage auf [www.search.ch](http://www.search.ch) ([search.ch](http://search.ch)). Diese Homepage wird von der RIM betrieben, an welcher die Post eine 100-prozentige Beteiligung hat.

8. Mit [search.ch](http://search.ch) werden verschiedene Information such- und auffindbar. Es handelt sich dabei um Informationen zu verschiedenen Themenbereichen mit speziellem Fokus auf die Schweiz: Suchmaschine für die Schweiz, elektronisches Telefonbuch, eine interaktive Schweizerkarte, aktuelle Nachrichten, Immobiliensuche, Wetterprognose, und weitere Online-Dienste. Neben [search.ch](http://search.ch) betreibt RIM keine weiteren Aktivitäten.

#### *NZZ-Gruppe*

9. Die NZZ-Gruppe umfasst die beiden Geschäftsbereiche Neue Zürcher Zeitung AG (NZZ) und Freie Presse Holding AG (FPH). Zu diesen beiden Geschäftsbereichen gehören Produkte und Dienstleistungen in den Bereichen Tages- und Sonntagszeitungen, Online-Medien, Fernsehen und Radio, Zeitschriften und Magazine, Bücher und Kalender, Druckerei sowie Zustelldienste. Die Produkte und Dienstleistungen im Geschäftsbereich NZZ weisen eine nationale Ausrichtung auf. Es handelt sich dabei um Produkte und Dienstleistungen wie beispielsweise die Tages- und Sonntagszeitungen NZZ und NZZ am Sonntag, die Online-Medien [nzz.ch](http://nzz.ch) und [ebalance.ch](http://ebalance.ch), das NZZ Folio oder die Zustellorganisation Zuvo. Im Gegensatz zur nationalen Ausrichtung des Geschäftsbereiches NZZ ist der Geschäftsbereich FPH auf regionale Tätigkeiten ausgerichtet. FPH fasst Beteiligungen an regional bedeutenden und verankerten Medienunternehmen zusammen. Dies sind beispielsweise die St. Galler Tagblatt AG, die LZ Medien Holding, die Zürcher Unterland Medien AG, Radio Pilatus, die regionalen Zustelldienste Pressevertriebs GmbH in Luzern und die Prisma Medienservice AG in St. Gallen sowie regionale Druckereien.

10. Im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen ist die NZZ-Gruppe gemäss Meldung über die Zuvo (50 %), die Pressevertriebs GmbH (50 %) und den entsprechenden Betriebsteil der DZO Druck Oetwil a. See AG (26 %) tätig.

#### *Tamedia*

11. Tamedia ist ein schweizerisches Medienunternehmen. Gemäss eigenen Angaben in der Rubrik Crossmedia unter [www.mytamedia.ch](http://www.mytamedia.ch) (besucht am 11. Mai 2009) ist Tamedia die einzige Schweizer Mediengruppe, welche die gesamte Deutschschweiz quer durch alle wesentlichen Mediengattungen abdeckt. Tamedia ist in verschiedenen Bereichen tätig: Zeitungen, Zeitschriften, elektronische Medien, Radio, TV und Online sowie Druck und Logistik. Im Bereich Zeitungen gibt Tamedia beispielsweise den Tagesanzeiger, die Sonntagszeitung oder Der Bund heraus. Ebenfalls zum Zeitungsbereich von Tamedia gehört die Gratiszeitung 20 Minuten. Produkte von Tamedia im Bereich Zeitschriften sind beispielsweise die Schweizer Familie und die Automobil Revue. Für die Herstellung ihrer Printprodukte führt Tamedia auch Verlags- und Druckunternehmen. Ebenso ist Tamedia an der Vertriebsorganisation Zuvo zu 50 %

beteiligt. Neben Tätigkeiten im Printbereich betreibt Tamedia die Radiostationen Radio 24 und Capital FM sowie die Fernsehsender TeleZüri und TeleBärn. Schliesslich ergänzt Tamedia ihr Angebot mit Online-Medien wie zum Beispiel [20minuten.ch](http://20minuten.ch) und weitere Online-Aktivitäten wie [jobwinner.ch](http://jobwinner.ch) und [piazza.ch](http://piazza.ch).

12. Im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen ist Tamedia mit der Bevo und der Zuvo tätig. An diesen beiden Unternehmen ist Tamedia gemäss Meldung jeweils zu 50 % beteiligt. Zudem verfügt die von Tamedia beherrschte Espace Media Groupe über eine betriebsinterne Frühzustellorganisation.

13. Tamedia ist nach eigenen Angaben nicht im Bereich Online-Suchdienste tätig, hat aber verschiedene Aktivitäten im Online-Bereich, welche auch Träger von Online-Firmenwerbung beinhalten. Die wichtigsten Metaportale von Tamedia sind [...].

#### *Bevo*

14. Die Bevo unterhält eine Frühzustellorganisation für Tageszeitungen und führt das Vertragen von Zeitungen und Zeitschriften derzeit hauptsächlich in Bern, Thun, Berner Oberland, Solothurn, Biel, Murten und Freiburg durch. Daneben handelt sie mit Zustellmaterial (elektrische Motorräder, Handwagen, Umhängetaschen etc.).

15. Zurzeit sind an der Bevo die Post mit 50 % sowie mit je 25 % die Tamedia und die Espace Media Groupe AG, Bern (Gruppengesellschaft von Tamedia) beteiligt.

#### *RIM*

16. RIM ist Betreiberin des Online-Suchdienstes „[search.ch](http://search.ch)“. Dieser dient dazu, relevante und aktuelle Informationen such- und auffindbar zu machen. Es handelt sich dabei um Informationen zu verschiedenen Themenbereichen mit speziellem Fokus auf die Schweiz: Suchmaschine für die Schweiz, elektronisches Telefonbuch, eine interaktive Schweizerkarte, aktuelle Nachrichten, Immobiliensuche, Wetterprognose, und weitere Online-Dienste. Ein Teil der Dienste wird von Grund auf selber entwickelt, ausgebaut und betrieben, wobei die dafür notwendigen Daten eingekauft werden. Andere Dienste bei [search.ch](http://search.ch) zeigen hingegen nur Inhalte von Dritt-Websites an.

17. RIM bietet mit [news.search.ch](http://news.search.ch) eine News-Site. Weiter betreibt RIM gemäss Meldung ein Metaportal für Rubrikanzeigen und bietet auch Ankündigungsanzeigen an. Kunden hätten keine Möglichkeit, Inserate für Rubrikanzeigen auf [search.ch](http://search.ch) zu schalten, da RIM sich bei den Rubrikanzeigen auf die Darstellung der bei Dritten aufgegebenen Inserate beschränke.

18. Die Finanzierung erfolgt durch den Verkauf von Raum für Online-Firmenwerbung, welche auf [search.ch](http://search.ch) erscheint.

19. Die RIM ist zurzeit eine vollständig indirekte Tochtergesellschaft der Post. Sie ist zudem zu 35 % an der Scooba GmbH beteiligt, welche die Internetseite [www.meinbild.ch](http://www.meinbild.ch) betreibt, auf der sich Privatpersonen präsentieren können. Gemäss Meldung ist jedoch beabsichtigt, diese Beteiligung in nächster Zukunft zu verkaufen.

## B.1.2 Miterfasste Unternehmen

### Zuvo

20. Die Zuvo Zustell- und Vertriebsorganisation AG, Zürich (Zuvo), ist in den Gebieten Zürich, Thurgau und St. Gallen in der Frühzustellung für die verlagseigenen Titel und für Drittprodukte tätig. Gemäss eigenen Angaben unter [www.zuvo.ch](http://www.zuvo.ch) (besucht am 11. Mai 2009) sorgt die Zuvo während sieben Tagen in der Woche für die Zustellung von Zeitungen bis um 6.30 Uhr (sonntags bis um 7.30 Uhr). Pro Woche betrage der Umfang der durch die Zuvo zugestellten Zeitungen und Zeitschriften rund drei Millionen Exemplare. Ihre Zustelldienstleistung erbringe die Zuvo in grossen Teilen der deutschsprachigen Schweiz.

21. Zurzeit wird die Zuvo zu je 50 % von der Tamedia und der NZZ gehalten. Für ihre Mutterhäuser wirkt die Zuvo gemäss Meldung als Generalunternehmerin in dem Sinne, dass sie über ihr Gebiet hinausgehende Zustellaufträge ihrer Mutterhäuser an Drittorganisationen vergibt.

22. Die Zuvo selbst hält Beteiligungen an weiteren Zustellorganisationen: Südostschweiz Pressevertrieb AG, Chur (35 %), AZ Vertriebs AG, Aarau (25 %) und Schazo AG, Schaffhausen (50 %). Diese drei Frühzustellungsorganisationen sind von dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben gemäss Meldung nicht betroffen und werden nicht in die Bevo eingegliedert.

### PVG

23. Die Pressevertriebs GmbH, Luzern (PVG) ist in der Frühzustellung in den Gebieten Luzern und Zug tätig und gehört je zu 50 % der LZ Medien Holding AG Luzern und der Zuvo. Die LZ Medien Holding AG gehört zu 64 % der FPH (Teil der NZZ-Gruppe). Die NZZ ist zudem mit 50 % an der Zuvo beteiligt.

### Geschäftsbereich Frühzustellung DZO

24. Die DZO Druck Oetwil a.S. AG, Oetwil (DZO) ist eine gemeinschaftliche Druckerei, an welcher die Zürcher Unterland Medien AG ([...] %), die Zürcher Oberland Medien AG ([...] %) und die Zürichsee Presse AG ([...] %) sowie die Ferag AG beteiligt sind. Die NZZ-Gruppe beherrscht die Zürcher Unterland Medien AG zu 100 %. An der Zürcher Oberland Medien AG und an der Zürichsee Presse AG hält sie eine Minderheitsbeteiligung.

25. Der DZO ist eine Frühzustellorganisation angegliedert, welche in enger Zusammenarbeit mit der Zuvo und anderen Vertriebsorganisationen für die Vertragung der Zeitungen im Hauptverteilgebiet des „Zürcher Oberländer“, des „Anzeiger von Uster“, der „Zürichsee-Zeitung“ und der „Linth Zeitung“ zuständig ist.

### Geschäftsbereich Frühzustellung EMV

26. Die Espace Media Vertriebs AG, Bern (EMV), führt im Berner Mittel- und Seeland die Frühzustellung von Sonntagstiteln durch und wurde zur Vorbereitung der Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens als Geschäftsbereich „Frühzustellung“ von der Espace Media AG, Bern (EMAG) ausgegliedert. Die EMV gehört vollumfänglich zur Espace Media Groupe (EMG), welche ihrerseits zu Tamedia gehört. Die EMV soll im

Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens in die Bevo eingehen.

### Prevag

27. Die Prevag, Pressevertriebs AG Basel (Prevag; <http://www.post.ch/de/index/uk-medien/uk-medienmitteilungen/uk-mm08-uebernahme-prevag.htm>, besucht am 11. Mai 2009) ist im Bereich Frühzustellung abonniertes Tages- und Sonntagszeitungen im Gebiet Basel Stadt und Basel Land tätig und gehört zu 100 % der Post.

### Geschäftsbereich Frühzustellung der PM

28. Die Postmail AG, Bern (PM), deckt mit dem Geschäftsbereich Frühzustellung einen Teil der Frühzustellung in ausgesuchten Regionen ab und ist eine vollständige Tochtergesellschaft der Post. Sie verträgt bspw. den Blick in den Ballungsgebieten Bern, Basel, Aarau, Luzern, Zürich und St. Gallen und in weiteren grösseren Deutschschweizer Städten (<http://www.ringier.ch/index.cfm?id=6538&detail=true>, besucht am 18. Mai 2009).

## B.2 Aufgaben und Ziele des Zusammenschlussvorhabens

### B.2.1 Bevo

29. Die Parteien führen in ihrer Meldung aus, dass die Einnahmen der Printmedien im Vergleich zu Fernseh- und Onlinemedien stark rückläufig sind. Dazu komme, dass die derzeitigen Entwicklungen aufgrund der Finanzkrise zu schwindenden Werbeeinnahmen führten. Durch die sinkenden Auflagen der Printmedien und dem steigenden Kostendruck würden die Verlage und Zustellorganisationen zu mehr Effizienz gezwungen. Vor dem Hintergrund dieses Drucks nehme die Bedeutung einer zuverlässig funktionierenden, kosteneffizienten Frühzustellung für Tageszeitungen zu. Gleichzeitig sei ein zentrales Anliegen der Printmedien, Kosteneinsparungen in denjenigen Bereichen zu erzielen, in denen die Qualität ihres Produktes unangetastet bleibt.

30. Ein weiterer Faktor stellt die Neuerung in Art. 15 Postgesetz (PG; SR 783.0) dar, welcher die indirekte Presseförderung regelt. Bis Ende 2007 profitierten sämtliche von der Post per Tageszustellung zugestellten Zeitungsexemplare von der indirekten Presseförderung in Form eines tiefen Preises für die Zustellung. Seit dem 1. Januar 2008 ist die Presseförderung auf Tages- und Wochenzeitungen der Lokal- und Regionalpresse mit einer Auflage von maximal 40'000 Exemplaren und auf die sog. Mitgliedschaftspresse eingeschränkt. Dadurch fällt für verschiedene Medien eine kostengünstige Zustellungsform weg.

31. Die Frühzustellungsvolumina setzen sich in den jeweiligen Gebieten aus dem Angebot nur weniger Verleger zusammen, weshalb die Frühzustellung derzeit regional geprägt und stark von lokalen Medienunternehmen abhängig ist. Mit dem vorliegenden Zusammenschluss findet eine Auslagerung der durch die Verlage erbrachten Frühzustellungsleistung statt. Die Auslagerung an die Post als neutraler Anbieter ermögliche es den Verlagen, sich vermehrt auf ihr eigenes Kerngeschäft konzentrieren zu können. Dies entspricht laut Meldung einem Bedürfnis der Zeitungsverlage.

32. Gemäss Meldung bietet sich mit dem Zusammenschlussvorhaben die Gelegenheit, die heute bestehende Frühzustellung auszubauen und in der Deutschschweiz neu ein zusammenhängendes Frühzustellnetz für Sonntagszeitungen zu betreiben.

33. Weiter erhoffen sich die Post, NZZ und Tamedia auch Einsparungen im Bereich des Managements der Frühzustellorganisation (inkl. IT und Abrechnung).

34. Auch für die Abonnenten soll sich die unabhängige Organisation der Frühzustellung positiv auswirken: So profitierten sie u. a. von den einheitlich hohen Qualitätsmassstäben der Post und längerfristig auch von den tieferen Kosten, welche sich in tieferen Abonnementspreisen niederschlagen würden.

### **B.2.2 RIM**

35. Die Zusammenschlussparteien legen dar, dass, obwohl sich RIM seit dem Kauf durch die Post 2004 positiv entwickelt habe, die erhofften Synergien mit den weiteren Aktivitäten der Post nicht umgesetzt werden konnten. Aus diesem Grund wird RIM heute unabhängig von anderen Aktivitäten geführt und ist nicht in die übrigen Internetsites der Post integriert. Gemäss Meldung bietet search.ch für Tamedia einerseits die Möglichkeit zum Einstieg in den Bereich von Online-Suchdiensten, andererseits soll durch die punktuelle Nutzung von Inhalten aus Tamedia-Medien die Attraktivität von search.ch erhöht werden. Weiter legen die Zusammenschlussparteien dar, dass durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben der Erhalt und Ausbau eines weiteren Angebots im intensiven, dynamischen Wettbewerb bei den Online-Suchdiensten sichergestellt werden soll.

### **B.3 Das Verfahren**

36. Am 25. Mai 2009 hat die WEKO entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) zu unterziehen.

37. Ein Antrag auf vorzeitige Bewilligung des Zusammenschlusses lag zum Zeitpunkt der Einleitung einer Prüfung nicht vor.

38. Am 9. Februar 2009 ging beim Sekretariat ein erster Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben von der Post, Tamedia und der NZZ ein.

39. Das Sekretariat erachtete diesen ersten Meldungsentwurf als unvollständig. Es fehlten diverse Angaben nach Art. 11 VKU. Die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfes teilte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 18. Februar 2009 und Ergänzungen vom 26. Februar 2009 mit.

40. Am 14. April 2009 ging der ergänzte Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Post, Tamedia und NZZ ein.

41. Das Sekretariat erachtete diesen Meldungsentwurf als vollständig unter dem Vorbehalt der Einreichung der Angaben der Markteintrittskosten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU.

42. Am 28. April 2009 reichten die Parteien die Meldung ein.

43. Das Sekretariat befragte mit Fragebogen vom 28. April 2009 verschiedene Verlage, Werbeagenturen, Zustellorganisationen und Online-Unternehmen. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat das Sekretariat drei Fragebogen ausgearbeitet. Ein Fragebogen bezieht sich auf die Frühzustellung und wurde acht Verlagen zugestellt. Ein weiterer Fragebogen bezieht sich auf die Zustellung und wurde an verschiedene Zustellfirmen und an einen Verlag versandt. Insgesamt sind 30 solcher Fragebogen zugestellt worden. Schliesslich wurden 35 Fragebogen für den Print-/Online-Bereich sowohl an Verlage als auch an Werbeagenturen und Online-Unternehmen versendet.

44. Mit Schreiben vom 29. April 2009 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und verlangte weitere Auskünfte gemäss Art. 15 VKU.

45. Die weiteren Auskünfte gemäss Art. 15 VKU trafen am 11. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

46. Das Sekretariat erklärte am 4. Mai 2009 die Vollständigkeit der Meldung vom 28. April 2009 und verlangte die Nachreichung von Vertragsanhängen, welche der Meldung nicht beigelegt waren.

47. Die Vertragsanhänge gingen am 11. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

48. Die Einleitung einer Prüfung wurde den Parteien mit Zuschrift vom 26. Mai 2009 mitgeteilt. Diese Zuschrift enthielt die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens und die Medienmitteilung. Ebenso wurden die Parteien mit der Zuschrift vom 26. Mai 2009 zur Stellungnahme eingeladen. Für die Stellungnahme bestand eine Frist bis zum 10. Juni 2009. Mit Mitteilung der Einleitung der Prüfung am 26. Mai 2009 endete die Frist für die Durchführung der Prüfung am Montag, den 28. September 2009 (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).

49. Am 2. Juni 2009, 3. Juni 2009, am 19. Juni 2009, am 25. Juni 2009, am 14. August 2009, am 15. September 2009 und am 18. September 2009 nahmen die Parteien Einsicht in die Akten.

50. Die Durchführung einer Prüfung wurde durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), Nr. 103 vom 2. Juni 2009 und im Bundesblatt (BBl.), Nr. 26 vom 30. Juni 2009 bekannt gegeben.

51. Die Parteien nahmen mit Zuschrift vom 10. Juni 2009 Stellung zur vorläufigen Prüfung.

52. Die vorläufige Beurteilung wurde den Parteien am 8. Juli 2009 in der Form eines PDFs vorab per E-Mail und per Post zugestellt. Die Parteien wurden im Begleitschreiben dazu aufgefordert, bis zum 23. Juli 2009 zur vorläufigen Beurteilung Stellung zu nehmen. Per Telefax vom 14. Juli 2009 ersuchten die Parteien um eine Fristerstreckung für die Einreichung der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bis zum 7. August 2009. Auf dieses Ersuchen hin wurde die Frist bis zum 31. Juli 2009 erstreckt. Per Telefax ersuchten die Parteien um eine zweite Fristerstreckung bis zum 3. August 2009. Wunschgemäss erhielten die Parteien eine Fristerstreckung bis am 3. August 2009 (Stellungnahme per Fax

und deren Postaufgabe inklusive allfälliger Beilagen am 3. August 2009). Die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung erfolgte mit Zuschrift datiert vom 3. August 2009.

53. Auf Wunsch der Parteien fand am 28. Juli 2009 eine Besprechung zwischen den ökonomischen Experten und dem Sekretariat statt.

54. Am 24. August 2009 fand eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission statt. An dieser Anhörung nahmen Vertreter der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia sowie Rechtsvertreter teil. Das Protokoll der Anhörung wurde den Parteien am 8. September 2009 zugestellt. Die von den Parteien ergänzte und korrigierte Version wurde dem Sekretariat mit Zuschrift vom 14. September 2009, vorab per Telefax, unterzeichnet zugestellt. Das Sekretariat sendete die korrigierten Protokolle den Parteien mit Zuschrift vom 16. September 2009 zur Unterschrift zu. Die Zustellung der korrigierten Versionen der Protokolle mit den entsprechenden Unterschriften erfolgte mit Zuschriften vom 17. September 2009 und vom 18. September 2009.

55. Mit einer Besprechung am 9. September 2009 zwischen dem Präsidenten der Wettbewerbskommission sowie einer Delegation des Sekretariats und den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen wurde den Unternehmen Gelegenheit gegeben, sich zu allfälligen Bedingungen zu äussern. An dieser Besprechung nahmen Vertreter der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia sowie deren Rechtsvertreter teil. Mit Bezug auf diese Besprechung erfolgte eine Zuschrift der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen am 11. September 2009. Gemäss dieser Zuschrift sind die Parteien bestrebt, den geäusserten Bedenken der WEKO Rechnung zu tragen. Dies obwohl die Parteien von der wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens überzeugt waren. Die Parteien haben sich daher unpräjudiziell bereit erklärt, das Zusammenschlussvorhaben wie folgt zu modifizieren und in übrigen Nebenpunkten analogieweise beizubehalten ([...]):

- a. Die NZZ-Gruppe und Tamedia beteiligten sich nicht an der neu entstehenden Bevo.
- b. Die NZZ-Gruppe und Tamedia erhielten zur Sicherstellung von Einsichtsrechten in die Preiskalkulation das Recht, je ein Mitglied für den Verwaltungsrat der neuen Bevo zu benennen.
- c. Mit Zuschrift vom 17. September 2009 kündigten die Parteien zudem eine Begrenzung des Konkurrenzverbotes auf 2 Jahre an.

56. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens wurden neben den Parteien Marktteilnehmer befragt. Bei den befragten Marktteilnehmern handelt es sich um Zustellorganisationen und -verbände, Verlagshäuser sowie Unternehmen, welche im Online-Bereich tätig sind.

#### **B.4 Zusätzliche Bemerkungen**

57. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. Martial Pasquier (Mitglied der Wettbewerbskommission) im Ausstand.

58. Die Stellungnahme vom 10. Juni beruft sich in Bezug auf die vorläufige Prüfung mehrfach auf Art. 10 Abs. 2

KG.<sup>1</sup> Dieser Art. 10 Abs. 2 KG ist allerdings für das Verfahren der Prüfung bestimmend: Die WEKO kann 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.

59. Für die vorläufige Prüfung von Zusammenschlüssen hingegen ist Art. 10. Abs. 1 KG relevant.

60. Gemäss Stellungnahme vom 10. Juni sei mit der vorläufigen Prüfung (Antrag) das rechtliche Gehör der Parteien nicht gewahrt. In der Fusionskontrolle hätten die Parteien Anspruch, „dass ihnen vorgängig die Beurteilung des Sekretariats gemäss Art. 10 Abs. 2 KG zur Stellungnahme vorliegt, bevor die WEKO einen Entscheid fällt.“ Bei der Darstellung, dass das rechtliche Gehör nicht gewahrt worden sei, beruft sich die Stellungnahme vom 10. Juni auf Art. 10 Abs. 2 KG. Die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung für die Einleitung einer Prüfung eines Zusammenschlusses richtet sich aber nach Art. 10 Abs. 1 KG: Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Zum Zeitpunkt der Einleitung der Prüfung erfolgte kein Entscheid nach Art. 10 Abs. 2 KG. Das rechtliche Gehör der Parteien ist gewahrt.

61. In der Stellungnahme vom 10. Juni wird bemängelt, dass die vorläufige Prüfung die Bedeutung der neuen Bevo für den publizistischen Wettbewerb ungenügend berücksichtigt. Die Printmedien, vor allem die Tageszeitungen befänden sich in einer schwierigen, wenn nicht sogar krisenhaften Situation. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben werde der publizistische Wettbewerb gefördert. Dieser Aspekt werde in der vorläufigen Prüfung ungenügend berücksichtigt. Für die WEKO geht es aber bei der Kontrolle von Zusammenschlüssen nicht um die Frage, wie publizistischer Wettbewerb im Sinne von beispielsweise Medienvielfalt optimal gewährleistet werden kann. Zudem erachtet die REKO/WEF Interproduktkonkurrenz, das heisst der Umstand, dass bis zu einem gewissen Grad alle Güter (Waren/Dienstleistungen) miteinander im Wettbewerb stehen, da Ausgaben für ein bestimmtes Gut die insgesamt verfügbaren Mittel vermindern und dadurch die Anschaffung anderer Güter ersetzen, als kartellgesetzlich nicht relevant (RPW 2006/2, S. 366). Insbesondere ist gemäss REKO/WEF

<sup>1</sup>Zum Beispiel [...] und [...] in der Stellungnahme vom 10. Juni.



im Medienbereich auch ein intersektorieller oder interkategorialer Wettbewerb feststellbar, der sich dadurch auszeichnet, dass letztlich alle Informations- und Unterhaltungsmedien (wie Printmedien, Internet, Radio, Fernsehen, Kino) im „Wettbewerb um Nutzungszeit“ („Rezipientenaufmerksamkeit“, d.h. die Aufmerksamkeit der Leser, Hörer, Seher) stehen. Insofern werde vereinzelt auch von einem „Gesamtmedienmarkt“ gesprochen, weil Werbebudgets zu den elektronischen Medien abwanderten und ausländische Fernsehsender zunehmend stark konsumiert würden. Allerdings war für die REKO/WEF in ihrem Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission kein Informationsmarkt anzunehmen, der alle Medien (Printmedien, Internet, Fernsehen, Radio) umfassen würde (RPW 2006/2, S. 375).

## C ERWÄGUNGEN

### C.1 Geltungsbereich

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

#### C.1.1 Unternehmen

63. 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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### C.1.2 Unternehmenszusammenschluss

##### C.1.2.1 Post/NZZ/Tamedia: Bevo

64. [...] Zurzeit halten die Post 50 % und Tamedia und EMG (Gruppengesellschaft der Tamedia) je 25 % der Beteiligungen. Nach Vollzug der Transaktion soll die Post eine Beteiligung von 75 % und NZZ und Tamedia je eine Beteiligung von 12.5 % am Aktienkapital der Bevo halten ([...]).

65. Gemäss Meldung ist beabsichtigt, das Zusammenschlussvorhaben [...]. In einem ersten Schritt sollen Tamedia und EMG jeweils 25 % der Aktien der Bevo an die Post übertragen, sodass die Post [...] 100 % der Aktien der Bevo hält.

66. In einem zweiten Schritt werden die zur NZZ- bzw. der Tamedia-Gruppe gehörenden Beteiligungen (Zuvo, PVG), welche im Bereich Frühzustellung von Tages- und Sonntagszeitungen tätig sind, direkt oder über Zwischenschritte zum Verkehrswert an die Post verkauft. Die PVG-Beteiligung wird an die Zuvo verkauft. Die EMV wird in diesem Schritt an die Post verkauft.

67. In einem nächsten Schritt werden diese Gesellschaften sowie die Prevag, welche schon zu 100 % der Post gehört, zu Buchwerten in die Bevo fusioniert (Absorptionsfusion).

68. In einem vierten Schritt werden die Geschäftsbereiche betreffend die Frühzustellung der DZO und von PM an die Bevo verkauft. Schliesslich kaufen in einem fünften Schritt die NZZ und Tamedia zum Verkehrswert von

der Post eine Minderheitsbeteiligung an der Bevo von je 12.5 %.

69. Die Bevo behält ihren Sitz in Bern und wird nach Abwicklung des Vorhabens in Pressevertriebs AG umfirmiert.

##### C.1.2.2 Post/Tamedia: RIM

70. Der Vollzug des vorgängig beschriebenen Zusammenschlussvorhabens steht unter der Bedingung, dass auch der Erwerb von 75 % des Stammkapitals an RIM durch Tamedia vollzogen wird. Über den Kauf von 75 % des Stammkapitals der RIM [...]. Derzeit ist die Post zu 100 % an RIM beteiligt. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass nach dem Vollzug die Post zu 25 % und Tamedia zu 75 % an RIM beteiligt sind.

##### C.1.2.3 Beurteilung in einem Verfahren

71. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben umfasst mehrere Schritte. Die verschiedenen [...]. Für die Beurteilung, ob die einzelnen Schritte als eigenständige Transaktionen oder als ein einziger Zusammenschluss zu betrachten sind, ist entscheidend, ob der Vorgang auf Dauer angelegt ist und welcher Zweck (Weiterveräusserung oder tatsächliche Einflussnahme auf das Wettbewerbsverhalten) damit verfolgt wird. Wird eine Beteiligung nur für kurze Zeit erworben und besteht bereits die Absicht für die Weiterveräusserung, liegt kein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor.<sup>2</sup>

72. Gemäss Angaben der Parteien sollen sämtliche Schritte innerhalb eines Tages vollzogen werden, sodass für die Schritte 1-4 der Transaktion weder ein auf Dauer angelegter Vorgang vorliegt, noch der Zweck darin bestehen kann, auf das Wettbewerbsverhalten des betreffenden Unternehmens Einfluss zu nehmen.

73. Im vorliegenden Zusammenschluss werden für die Beurteilung die Schritte 1-5 der Transaktion zusammengefasst. Insbesondere der letzte Schritt, der Erwerb der Beteiligungen von je 12.5 % durch Tamedia und NZZ an der Bevo, sowie der Erwerb von 75 % des Stammkapitals der RIM durch Tamedia sind für die Beurteilung zentral.

74. Gemäss [...] steht die Gültigkeit des Rahmenvertrages unter der aufschiebenden Bedingung, dass der RIM-Kaufvertrag unterzeichnet wird. Die beiden Transaktionen (Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia) stehen somit in einer gewissen Abhängigkeit zueinander und weisen einen engen Bezug auf. Aufgrund der sachlichen und zeitlichen Nähe der einzelnen Schritte sind die Transaktionen für den gemeldeten Zusammenschluss Post/NZZ/Tamedia sowie für den Erwerb von 75 % des Stammkapitals der RIM durch Tamedia in einem Verfahren zu beurteilen.

<sup>2</sup> PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David [Hrsg.], Basel 2000, S. 240 f.

### C.1.2.4 Unternehmenszusammenschluss

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

76. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein. Weiter können Mittel zur Kontrolle Rechte oder Verträge sein, welche einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 VKU).

77. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

78. Die gemeinsame Kontrollübernahme über ein Gemeinschaftsunternehmen durch zwei Unternehmen stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

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

#### a. Gemeinsame Kontrolle

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

80. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen.<sup>3</sup> Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.<sup>4</sup>

#### Post/NZZ/Tamedia: Bevo

81. In diesem Abschnitt „Post/NZZ/Tamedia: Bevo“ erfolgt eine Darstellung der Beteiligungs- und Kontrollverhältnisse innerhalb der neu entstehenden Bevo wie sie

von den Parteien anhand der Meldung von den Parteien ursprünglich beabsichtigt wurden.

82. [...]

83. [...]

84. [...]

85. [...]

86. [...]

87. [...]

88. [...]

89. [...]

90. [...]

91. [...]

92. [...]

93. [...]

94. [...]

95. Insgesamt kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheide gemeinsam treffen werden und folglich beabsichtigen, die Bevo gemeinsam zu kontrollieren.

#### Post/Tamedia: RIM

96. In diesem Abschnitt „Post/Tamedia: RIM“ erfolgt eine Darstellung der Beteiligungs- und Kontrollverhältnisse innerhalb der RIM wie sie von den Parteien anhand der Meldung von den Parteien ursprünglich beabsichtigt wurden.

97. [...]

98. [...]

99. [...]

100. [...]

101. [...]

102. [...]

103. [...]

104. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Post und Tamedia entsprechend den Ausführungen in Rz. 79 f. strategische geschäftspolitische Entscheide gemeinsam treffen und folglich die RIM gemeinsam kontrollieren.

#### b. Vollfunktionsunternehmen

105. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor<sup>5</sup>:

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter im Markt auftreten.

<sup>3</sup> DUCREY, a.a.O., S. 239 f.

<sup>4</sup> Spontis SA, RPW 2007/2, S. 305, Rz. 15.

<sup>5</sup> DUCREY, a.a.O., S. 242; Spontis SA, RPW 2007/2, S. 305, Rz. 19.

- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeit zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

*Post/NZZ/Tamedia: Bevo*

106. Gemäss Angaben der Parteien wird die Bevo operativ selbständig geführt und als Frühzustellorganisation auf dem Markt selbständig auftreten. Als Anbieterin eines organisierten Frühzustellsystems wird die Post gemäss Meldung als unabhängiger Partner gegenüber den Verlagen auftreten und somit auch kleineren Verlagen einen diskriminierungsfreien und kosteneffizienten Zugang zu einer zuverlässigen Frühzustellung ihrer Titel gewähren.

107. Ein Gemeinschaftsunternehmen muss zudem auf Dauer angelegt sein. Die Tatsache, dass die kontrollierenden Gesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, kann in der Regel als Nachweis dafür gelten.<sup>6</sup> Vorliegend wurde im Rahmenvertrag vereinbart, dass Tamedia sich verpflichtet, sowohl ihre 25 % der Aktien der Bevo an die Post zu verkaufen als auch, dass EMG die 25 % der Aktien an der Bevo an die Post verkauft. Der Kaufpreis insgesamt beträgt [...].

108. [...] Weiter hat sich Tamedia vertraglich verpflichtet, 100 % der Aktien der EMV an die Post zu verkaufen und dass die EMV zu diesem Zeitpunkt bereits den Betriebsteil EMAG von der EMAG vollständig übernommen hat. Der Kaufpreis [...]. Zudem hat sich Tamedia vertraglich verpflichtet, 50 % der Aktien der Zuvo an die Post zu verkaufen für den Kaufpreis von [...].

109. Weiter wurde in [...] vereinbart, dass die NZZ sich verpflichtet, 50 % der Aktien der Zuvo für einen Kaufpreis von [...] an die Post zu verkaufen. Weiter hat die NZZ dafür zu sorgen und garantiert, dass LZMH 50 % am Stammkapital der PVG an die Zuvo verkauft für einen Kaufpreis von [...]. Ebenso hat die NZZ dafür zu sorgen und garantiert, dass DZO der Bevo per Vollzugsdatum die Barmittel, Verträge und Mitarbeiter verkauft bzw. überträgt. Der Kaufpreis für den [...].

110. Zudem wurde vertraglich festgelegt, dass die Post dafür zu sorgen hat und garantiert, dass PM per Vollzugsdatum die Barmittel, Verträge und Mitarbeiter an die Bevo überträgt ([...]).

111. Zentrale Verpflichtung der Post ist es, die EMV, Zuvo, Prevag sowie anschliessend die PVG in die Bevo zu fusionieren ([...]) sowie je 12,5 % der Aktien der Bevo an die NZZ und an Tamedia zu verkaufen ([...]).

112. Nach Vollzug vorliegender Transaktion wird die Bevo insbesondere die Zeitungen und Zeitschriften der NZZ-Gruppe und von Tamedia in die Frühzustellung

aufnehmen. Die Post gibt keine eigenen Zeitungen und Zeitschriften heraus. Gemäss [...].

113. Die Bevo verfügt gemäss Handelsbilanz per 31. Dezember 2008 ([...]) über ein Umlaufvermögen von rund [...], darunter rund [...] Anlagevermögen, wobei es sich hierbei [...]. Der Jahresgewinn belief sich gemäss Erfolgsrechnung 2008 auf rund [...]. Dies bei einem Personalaufwand von rund [...], sowie einem Materialaufwand von knapp [...].

114. Allein von den Betriebsteilen DZO, Post und EMAG gehen rund [...] Mitarbeiter an die Bevo über. Weiter werden Barmittel im Umfang von [...] an die Bevo übertragen ([...]).

115. Es kann damit festgehalten werden, dass die kontrollierenden Gesellschaften sowohl Barmittel wie auch Personal einbringen und daher davon auszugehen ist, dass das Gemeinschaftsunternehmen Bevo auf Dauer angelegt werden soll.

116. Durch den Übergang der verschiedenen Frühzustellorganisationen in die Bevo werden auch verschiedene Vertriebsverträge übernommen ([...]). [...].

117. Die Bevo verfügt somit derzeit und wird nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens über weitere finanzielle Mittel und Mitarbeiter verfügen, um ihrer Tätigkeit nachzugehen.

118. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Bevo die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

*Post/Tamedia: RIM*

119. In der mittelfristigen Zukunft sollen gemäss Meldung bei search.ch mittels gegenseitiger Einbindung und unter Nutzung der Marketingmöglichkeiten die Nutzerzahlen weiter gesteigert und die Kommerzialisierung als Online-Suchdienst verbessert werden. Ziel des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist es, den Online-Suchdienst search.ch zu erhalten und auszubauen. Gemäss Meldung bietet die Beteiligung an RIM Tamedia die Möglichkeit zum Einstieg in den Bereich von Online-Suchdiensten, wobei die Attraktivität von search.ch dadurch gesteigert werden soll, dass gewisse Inhalte von Tamedia auf search.ch genutzt werden.

120. Die Post wird gemäss Meldung die Möglichkeit von search.ch zur Unterstützung in eigenen Applikationen wie WebStamp oder der Online-Auftragserteilung zur Sendungsabholung weiterhin nutzen.

121. RIM verfügt gemäss Bilanz Ende 2008 über Aktiven im Umfang von [...], worunter u. a. Sachanlagen wie EDV-Anlagen, Software, Mobilien und Fahrzeuge fallen, ebenso wie flüssige Mittel und Forderungen gegenüber Dritten ([...]). Im 2008 wurde ein Jahresgewinn von rund [...] erwirtschaftet, [...]. Dadurch wird ersichtlich, dass RIM ausreichend Mittel zur Verfügung stehen, ihrer Geschäftstätigkeit nachzugehen. Ihre [...]. [...]. RIM

<sup>6</sup> Spontis SA, RPW 2007/2, S. 305, Rz. 21.

(search.ch) verfügt somit auch über die personellen Ressourcen, um den Bestand und die Weiterführung von RIM zu gewährleisten.

122. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die RIM die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

### c. Ergebnis

Sowohl der Kontrollwechsel über die Bevo sowie derjenigen über die RIM stellen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

## C.2 Vorbehaltene Vorschriften

123. Artikel 3 Abs. 1 KG hält fest, dass Vorschriften vorbehalten sind, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Hierzu zählen insbesondere Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

124. Bei der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 KG ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber ein Marktversagen angenommen hat und deshalb den Wettbewerb ausschliessen wollte.<sup>7</sup> Die in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Regelungen werden dahingehend untersucht, ob es Absicht des Gesetzgebers war, bestimmte Wettbewerbsparameter auszuschalten und wenn ja, in welchem Umfang. Besteht weiterhin Spielraum für wettbewerbliches Verhalten, ist das Kartellgesetz anwendbar.<sup>8</sup>

125. Im PG werden die Dienstleistungen festgehalten, welche von der Post im Post- und Zahlungsverkehr angeboten werden (Art. 1 Abs. 2 PG). Die Post erbringt einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, welcher die Annahme, die Abholung, den Transport und die Zustellung von Sendungen in der Regel an allen Werktagen, mindestens aber an fünf Tagen pro Woche umfasst. Die Post hat ferner sicherzustellen, dass durch das flächendeckende Poststellennetz die Dienstleistungen des Universaldienstes in allen Regionen für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz erhältlich ist (Art. 2 PG).

126. Die Dienstleistungen der Post werden in drei Dienste aufgeteilt: Die reservierten Dienste, die nicht reservierten Dienste und die Wettbewerbsdienste. Die reservierten Dienste sind Dienstleistungen der Universaldienste, welche ausschliesslich von der Post angeboten werden und zu deren Erbringung die Post verpflichtet ist (Art. 1 Bst. b Postverordnung, VPG; SR 783.01). Bei den nicht reservierten Diensten handelt es sich um Dienstleistungen des Universaldienstes, welche die Post in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen und Anbietern erbringt und zu deren Erbringung die Post verpflichtet ist (Art. 4 i.V.m. Art. 1 Bst. c VPG). Bestandteil dieser nicht reservierten Dienste ist u. a. die Beförderung (Tageszustellung) von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften (Art. 3 Bst. d VPG). Unter Wettbewerbsdiensten versteht man diejenigen Dienstleistungen, die von der Post über den Universaldienst hinaus in Konkurrenz mit privaten Anbietern im In- und Ausland angeboten werden können (Art. 1 Bst. j VPG). Als Wettbewerbsdienst gilt auch die Früh-

zustellung (<http://www.postreg.admin.ch/de/files/20.pdf>, Art. 3, S. 8 [besucht am 11. Mai 2009]).

127. Insgesamt ist aufgrund der aktuellen Gesetzgebung davon auszugehen, dass die Vorschriften des PG und der VPG für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstellen, zumal insbesondere die Frühzustellung von Zeitungen von Bedeutung ist und es sich um einen Wettbewerbsdienst der Post handelt. Das heisst, die Post ist nicht verpflichtet, diese Dienstleistung anzubieten. Bietet sie sie dennoch an, so kann sie dies im In- und Ausland, jedoch in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen und Anbietern (Art. 1 Bst. j VPG).

128. Es ist daher festzuhalten, dass es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## C.3 Meldepflicht

129. 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).

130. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Jahr 2008 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

<sup>7</sup> ROLF H. WEBER, Kartellrecht-Einleitung, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David [Hrsg.], Basel 2000, S. 46.

<sup>8</sup> HANS RUDOLF TRÜEB, Umweltschutz und Wettbewerb – Am Beispiel ausgewählter Entsorgungsmärkte, URP 2007, S. 720-741, S. 723.

Tabelle 1: Umsätze

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Post	8'980	[...]
NZZ-Gruppe	538.050	[...] <sup>9</sup>
Tamedia	897.5	[...]
Kumuliert	10'415.55	[...]

131. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### C.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

132. 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:

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

133. 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.

134. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potentiellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potentielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

135. Hierzu sind vorab der relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

#### C.4.1 Relevante Märkte

##### C.4.1.1 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

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

##### C.4.1.1.1 Lesermärkte

137. Im Bereich der Lesermärkte bestimmt sich der sachlich relevante Markt nach den Charakteristika der Printerzeugnisse der Zusammenschlussparteien.<sup>10</sup> Daraus ergibt sich eine Vielzahl von Lesermärkten. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben steht die Betrachtung des Lesermarktes für Tageszeitungen im Vordergrund. Denn beim vorliegenden Fall planen die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia die Zusammenlegung ihrer Früh-

zustellorganisationen. Marktgegenseite von Frühzustellorganisationen sind grundsätzlich Zeitungsverlage.<sup>11</sup> Die Zeitungsverlage fragen die Frühzustellung (bis 6.30 Uhr, am Sonntag etwas später) ihrer Erzeugnisse nach. Für die Abonnenten von Tages- und Sonntagszeitungen ist es wesentlich, dass sie die Zeitung am Morgen in der Früh zugestellt erhalten. Somit ist die Frühzustellung von Zeitungen Bestandteil des Abonnements. Aus diesem Grund fasst die Meldung die Frühzustellung als eine den Lesermärkten vorgelagerte Dienstleistung auf.

138. Die WEKO grenzt einen Lesermarkt für Tageszeitungen und einen Markt für Sonntagszeitungen ab.<sup>12</sup> Im Bereich der Tageszeitungen fragt die Marktgegenseite neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse solche über Ereignisse in ihrer Region nach, um so über die Geschehnisse in ihrer näheren und weiteren Umgebung informiert zu sein.

139. Sonntagszeitungen können nicht als Substitute für Tageszeitungen betrachtet werden. Sonntagszeitungen erscheinen an einem Tag, an dem Tageszeitungen nicht verfügbar sind und sind somit ergänzend.<sup>13</sup> Deshalb grenzt die WEKO einen Lesermarkt für Sonntagszeitungen ab.<sup>14</sup>

140. Zu den Lesermärkten gibt die Meldung an, dass die beiden Nachrichtenformen Print und Online wegen deren Annäherung (Konvergenz) zum selben Lesermarkt gehören. Die WEKO hingegen liess im Entscheid Tamedia AG/Espace Media Groupe letztlich offen, ob Tageszeitungen und News-Sites für eine Zugehörigkeit zum gleichen sachlich relevanten Markt von den Lesern als genügend austauschbar erachtet werden.<sup>15</sup> Nähere Erläuterungen zur Fragestellung der Substituierbarkeit zwischen Tageszeitungen und News-Sites gibt Abschnitt C.4.1.1.3 zu News-Sites.

##### C.4.1.1.2 Frühzustellung von Zeitungen

141. Gemäss Meldung planen die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia, ihre Zustellorganisationen im Bereich der Werktags- und Sonntagsfrühzustellung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften in der Deutschschweiz zu reorganisieren und zusammenzulegen. Die NZZ-Gruppe

<sup>9</sup> [...]

<sup>10</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 607, Rz. 36.

<sup>11</sup> AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, S. 157, Rz. 12.

<sup>12</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 607, Rz. 37.

<sup>13</sup> Mittelland Zeitung, RPW 2001/3, S. 545, Rz. 36.

<sup>14</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 607, Rz. 37.

<sup>15</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 607, Rz. 56 mit Verweisen auf REKO/WEF, RPW 2006/2, S. 347 ff.

und Tamedia sind im Bereich der Frühzustellung von Tages- und Sonntagszeitungen tätig. Ihre Frühzustellung von Zeitungen führen die NZZ-Gruppe und Tamedia grundsätzlich mit den in Tabelle 2 aufgeführten Unter-

nehmen durch, welche nach Art. 5 VKU mit der NZZ-Gruppe und Tamedia verbunden sind.

Tabelle 2: Organisationen, mit denen die NZZ-Gruppe und Tamedia gemäss Meldung nach Art. 5 VKU in der Frühzustellung tätig sind

Unternehmen	
Zuvo AG (Zuvo)	Paritätisches Gemeinschaftsunternehmen von der NZZ-Gruppe und von Tamedia
Bevo	Gemeinsame Kontrolle durch die Post und Tamedia bei paritätischer Beteiligung
Espace Media Vertriebs AG (EMV)	Gehört vollständig zu Tamedia
Pressevertriebs GmbH (PVG)	Paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der Zuvo und der Luzerner Medien Holding AG (gehört zu 63 % der NZZ-Gruppe)
DZO Druck Oetwil a. S. AG (DZO)	Kein nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a VKU verbundenes Unternehmen. Die Meldung erwähnt dieses Unternehmen, weil der Bereich Frühzustellung der DZO auf die aus dem Zusammenschlussvorhaben entstehende Bevo übertragen werden soll.

142. Neben den in Tabelle 2 aufgeführten Unternehmen sind die NZZ-Gruppe und Tamedia mit der Zuvo an AZ Vertriebs AG in Aarau (Zuvo 25 %), der Südostschweiz Pressevertrieb AG in Chur (Zuvo 35 %) und der Schazo AG in Schaffhausen (Zuvo 50 %) beteiligt. Gemäss Meldung übt die Zuvo über die Schazo AG und die Südostschweiz Pressevertrieb AG zusammen mit dem jeweiligen Drittaktionär die gemeinsame Kontrolle aus.

143. Zu den Kontrollverhältnissen der AZ Vertriebs AG äussert sich die Meldung nicht. Allerdings liegen der WEKO zu den Kontrollverhältnissen der AZ Vertriebs AG Informationen vor. Diese Informationen stammen aus der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens AZ Vertriebs AG.<sup>16</sup> Mit diesem Zusammenschluss gründeten die AZ Medien AG, die Zuvo und das Zofinger Tagblatt die Vertriebs AG, welche die Frühzustellung von Zeitungen, Zeitschriften, Prospekten und anderen Produkten im Kanton Aargau und den angrenzenden Gebieten tätigt. Die AZ Medien AG ist mit 65 %, die Zuvo mit 25 % und das Zofinger Tagblatt mit 10 % an der AZ Vertriebs AG beteiligt. Der Verwaltungsrat stellt sich aus drei Mitgliedern der AZ Medien AG und je einem von Zuvo und Zofinger Tagblatt zusammen. Der Verwaltungsrat entscheidet grundsätzlich mit absoluter Mehrheit. Für wesentliche Entschlüsse ist aber Einstimmigkeit erforderlich. So erhalten die beiden Minderheitsaktionäre ein Vetorecht bei wichtigen Entscheidungen. Es handelt sich demnach um eine gemeinsame Kontrolle der AZ Vertriebs AG durch die AZ Medien AG, die Zuvo und das Zofinger Tagblatt.

144. Die Stellungnahme vom 10. Juni hält fest, dass nach Auffassung von Tamedia und der NZZ-Gruppe die ZUVO gemäss dem gültigen Aktionärbindungsvertrag und Organisationsreglement nicht an der gemeinsamen Kontrolle über die AZ Vertriebs AG beteiligt sei.

145. Bei der AZ Vertriebs AG, der Südostschweiz Pressevertrieb AG und der Schazo AG handelt es sich allerdings nicht um verbundene Unternehmen nach Art. 11 Abs. 1 VKU.

146. Die Post ist gemäss Meldung im Bereich der Zustellung in der Früh- und Tageszustellung von Zeitungen und Zeitschriften tätig. Tabelle 3 gibt die Unternehmen an, mit denen die Post nach Art. 5 VKU in der Frühzustellung tätig ist.

<sup>16</sup>AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, S. 155 ff.

Tabelle 3: Organisationen, mit denen die Post gemäss Meldung nach Art. 5 VKU in der Frühzustellung tätig ist

Unternehmen	
Post Mail AG	Vollständige Tochtergesellschaft der Post
Prevag Pressevertriebs GmbH (Prevag)	Vollständige Tochtergesellschaft der Post
Bevo	Gemeinsame Kontrolle durch die Post und Tamedia bei paritätischer Beteiligung
Epsilon	66-prozentige Beteiligung durch die Post, gemeinsame Kontrolle durch die Post und SA <sup>17</sup>

147. Grundsätzlich gelten im Bereich der Zustellung als Marktgegenseite die Zeitungsverlage, welche die Frühzustellung (werktags bis 6.30 Uhr) ihrer Erzeugnisse nachfragen. Für die Verlage ist die Frühzustellung von Zeitungen von grosser Bedeutung, weil sie von den Lesern erwartet wird. Als sachlich relevanter Markt ist deshalb der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen anzusehen.<sup>18</sup> Die Frühzustellung von Zeitungen beinhaltet die Zustellung an Werktagen und am Sonntag.

148. Von der Frühzustellung von Zeitungen zu unterscheiden ist gemäss WEKO insbesondere der Bereich der ordentlichen Postzustellung von Postsendungen bis 12.00 Uhr.<sup>19</sup> Zudem grenzt die WEKO neben dem Markt für die Frühzustellung von Zeitungen einen Markt für die Zustellung von Wochenzeitungen, Zeitschriften und Prospekten ab.<sup>20</sup> Zur ordentlichen Zustellung der Post ergänzt die Stellungnahme vom 10. Juni, dass diese bis 12.30 Uhr oder an Spitzentagen bis 13.00 Uhr erfolge. Es handle sich dabei allerdings nicht etwa um eine Zustellgarantie.

149. In der Meldung stellen sich die Parteien auf den Standpunkt, dass es sich bei anderen Zustelldiensten als der Frühzustellung (wie zum Beispiel Beförderung von Paketen oder Beförderung abonniertes Zeitungen und Zeitschriften [Tageszustellung]) um keinen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VKU handle.<sup>21</sup> Der Begriff Zustelldienste beinhalte verschiedene Leistungen, welche weder untereinander noch mit der Frühzustellung substituierbar seien. Der Markt der Frühzustellung sei von anderen Zustellformen und -diensten zu unterscheiden, insbesondere von der Tageszustellung ([...]).

#### C.4.1.1.3. Nutzermarkt für News-Sites

150. Implizit hat die REKO/WEF im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission festgestellt, dass der zum Lesermarkt analoge Online-Bereich einen eigenen relevanten Nutzermarkt darstellt.<sup>22</sup> Es handelt sich dabei um das Angebot von News-Sites, welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen. Ausgangspunkt der Abgrenzung dieses Nutzermarktes ist das Tätigkeitsgebiet der beteiligten Unternehmen.

151. RIM betreibt mit news.search.ch eine News-Site, wobei gemäss Angaben in der Meldung Teletext-Nachrichten wiedergegeben werden. Es handelt sich hierbei um sog. Meldungstexte, welche neue Ereignisse in direkter und kompakter Weise wiedergeben. Die News-Site ist eingeteilt in fünf Kategorien: Inland, Aus-

land, Wirtschaft, Kultur, Vermischtes und Sport. Eine weitere Unterteilung in Unterkategorien oder regionale Bereiche gibt es nicht. Sämtliche Informationen können mittels Sprachumstellung auf deutsch, italienisch oder französisch gelesen werden.

152. Tamedia bietet online bspw. verschiedene Tageszeitungen (Tagesanzeiger, Berner Zeitung etc.) vorwiegend in deutscher Sprache an. Die News-Sites enthalten in der Regel Kategorien wie Schweiz, Ausland, Wirtschaft, Sport, Kultur, Wissen usw. Darüber hinaus findet sich bei den (Online-)News-Sites von Tamedia auch regelmässig ein Regionalteil (vgl. Tagesanzeiger, Berner Zeitung, Der Bund u. a.). Die News-Sites von Tamedia sind vorwiegend in deutscher Sprache abrufbar.

153. Die Zusammenschlussparteien sind somit in der Berichterstattung tätig und bieten News-Sites an. Sie machen in der Meldung geltend, dass bei den Lesermärkten für Tageszeitungen und Sonntagszeitungen Print und Online in den gleichen sachlich relevanten Markt fallen. Als Begründung führen sie u. a. die Annäherung der elektronischen Medien an die physischen Presseerzeugnisse an. Weiteres Indiz sei die Möglichkeit, Online-Inhalte im Gegensatz zu Printtiteln kontinuierlich zu aktualisieren. Gerade dieses Argument würde jedoch eher gegen die Substituierbarkeit von Print und Online bei den Lesermärkten für Tages- und Sonntagszeitungen sprechen. Zudem zeige sich die Substituierbarkeit auch in der aufgrund der technischen Entwicklungen nahezu gleichen Verfügbarkeit von Print-Titeln und Online-Inhalten.

<sup>17</sup> Während des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bewilligt die WEKO die Übernahme der Schweizer Aktivitäten der Edipresse-Gruppe durch die Tamedia AG. Somit üben die Post und Tamedia gemeinsame Kontrolle über Epsilon aus.

<sup>18</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, Rz. 102; AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, Rz. 9 ff., Südostschweiz Pressevertrieb AG, RPW 2000/2, S. 231, Schweizerische Post – Bevo, RPW 1998/2, Rz 10 f.

<sup>19</sup> Schweizerische Post – Bevo, RPW 1998/2, S. 355.

<sup>20</sup> AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, Rz. 12.

<sup>21</sup> Dokument „Zusätzliche Angaben zu Zustelldiensten“ (mit der Meldung eingereicht), [...].

<sup>22</sup> S. auch Entscheid Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 53 ff.

154. Im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission äusserte sich die REKO/WEF zurückhaltend bei der Substituierbarkeit von Print und Online im Allgemeinen. Insbesondere verwies sie in Bezug auf die Gratiszeitung 20 Minuten auf die Bedeutung der zeitlichen Disponibilität und führte aus, dass selbst ein allfälliger Internetzugang über das Handy die zeitliche Disponibilität kaum aufzuwiegen vermag, zumal die Displayqualität für die Lektüre wie auch entsprechende Verbindungskosten ins Internet als substituierungshemmende Faktoren anzusehen sind. Ähnliche Überlegungen dürften auch für die Tageszeitungen und Sonntagszeitungen zutreffen. Die WEKO ist der Meinung, dass die REKO/WEF implizit einen zum Lesermarkt analogen eigenen relevanten Nutzermarkt vorgibt, wenn sie die Substituierbarkeit zwischen Print und Online für den „klassischen Leser“ verneint.<sup>23</sup> Entsprechend könnte ein Nutzermarkt für News-Sites abgegrenzt werden. Letztlich kann jedoch die Frage nach der Marktabgrenzung in Bezug auf News-Sites offen bleiben. Die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nutzerseitig im Nutzermarkt für News-Sites keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### C.4.1.1.4. Markt für (Print-/Online-)Rubrikanzeigen

155. Ob in sachlicher Hinsicht Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist für einen Markt aus der Sicht der Marktgegenseite der ins Recht gefassten Unternehmen zu beurteilen. Für die vorliegend zu beurteilenden Leser- und Werbemärkte bilden einerseits die Leser/Nutzer (als Nachfrager von Information und Unterhaltung) und andererseits die Inserenten (als Nachfrager von Werberaum) die massgebliche Marktgegenseite der zusammenschlusswilligen Unternehmen.

#### Inserenten

156. Die REKO/WEF hat im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission drei Werbemärkte ausgeschieden.<sup>24</sup> Es handelt sich dabei um den Anzeigenraum für Firmenwerbung, Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) und Raum für Ankündigungsanzeigen (Events, Kino, etc.). Die REKO/WEF geht dabei von den in der Regionalausgabe Bern von „20 Minuten“ typischerweise erscheinenden Anzeigenarten „lokaler“ (bzw. „regionaler“) Inserenten aus. Zu beachten ist, dass sich die Rubrik- und Ankündigungsanzeigen werbepsychologisch als „Suchanzeigen“ charakterisieren lassen, weil solche Werbebotschaften in der Regel von den Umworbene aktiv „gesucht“ werden. „Kommerzielle Werbung“ in Form von Firmenwerbung werde hingegen den Adressaten gewöhnlich „aufgedrängt“.

157. Wie erwähnt, scheidet die REKO/WEF einen Markt für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) aus, wobei sie den Raum für Rubrikanzeigen in Print-Titeln mit Online-Raum für Rubrikanzeigen als genügend austauschbar erachtet, sodass Print-Rubrikanzeigen zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören wie Online-Rubrikanzeigen.<sup>25</sup> Die REKO/WEF definiert folglich einen sachlich relevanten Markt, der aus Sicht der Inserenten lokale/regionale Rubrikanzeigen umfasst.<sup>26</sup>

158. Die REKO/WEF hält weiter fest, dass die Überlegungen für die Rubrikanzeigen sinngemäss auch für die Ankündigungsanzeigen gelten, weshalb ein sachlich relevanter Markt im Umfang lokaler/regionaler Ankündigungsanzeigen abgegrenzt wird.

159. Bei den nationalen Rubrik- und Ankündigungsanzeigen äussert sich die REKO/WEF nicht eindeutig. Sie erwähnt zwar einen nationalen Werbemarkt.<sup>27</sup> Explizit grenzt sie aber keinen nationalen Werbemarkt ab, weshalb die WEKO im Entscheid Tamedia/Espace die Erwägungen der REKO/WEF in Richtung eines nationalen Werbemarktes interpretiert, welcher sich aus den drei Werbeteilmärkten Anzeigenraum für Firmenwerbung, Raum für Rubrikanzeigen und Raum für Ankündigungsanzeigen zusammensetzt.<sup>28</sup> Folglich hält die REKO/WEF Märkte für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen für möglich, zumal sie von einer Eignung von nationalen Internetportalen als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten ausgeht, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen.<sup>29</sup>

160. Letztlich kann jedoch die Frage nach der Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen offen bleiben. Die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt für (Print-Online-) Rubrikanzeigen aus Sicht der Inserenten keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### Leser/Nutzer

161. Für die Marktgegenseite Nutzer im Online-Bereich ist die Marktabgrenzung weitgehend durch die REKO/WEF im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission vorgegeben.<sup>30</sup> Grundsätzlich bestehen drei verschiedene Gruppen von Lesern bzw. Nutzern: Leser von Printprodukten, Nutzer von Rubrikanzeigen und Nutzer von Ankündigungsanzeigen. Die Nutzer von Rubrik- und Ankündigungsanzeigen erachten Print und Internet gemäss der REKO/WEF als substituierbar.

162. Bei Rubrik- und Ankündigungsanzeigen fasst die REKO/WEF aus Sicht der Nutzer den Print- und Online-Bereich zusammen.<sup>31</sup> Die REKO/WEF definiert folglich einen sachlich relevanten Markt, der aus Sicht der Leser/Nutzer lokale/regionale (Print-/Online-)Rubrikanzeigen umfasst.<sup>32</sup>

<sup>23</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 53 ff.

<sup>24</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347 ff., E.8.1.3.

<sup>25</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347 ff., E.8.3.2.

<sup>26</sup> S. auch Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 72.

<sup>27</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 383 f., E.8.4. und E.8.4.1.

<sup>28</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 74.

<sup>29</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 383 ff., E.8.3.2.

<sup>30</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347 ff.

<sup>31</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347, Rz. 8.3.2. f.

<sup>32</sup> S. auch Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 73.



163. Für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben ist zu beachten, dass sowohl RIM als auch Tamedia über Metaportale im Bereich Rubrikanzeigen verfügen. Bei den Metaportalen handelt es sich im Wesentlichen um auf Immobilien- oder Jobanzeigen spezialisierte Suchmaschinen, die mit einer speziellen Software auf die Inserate der verschiedenen Online-Marktplätze zugreifen. Dadurch lassen sich auf diesen Metaportalen alle online inserierten Immobilienobjekte oder Jobangebote finden. Entsprechend attraktiv sind die Metaportale für die Wohnungs- und Jobsuchenden: Während sie bei der separaten Suche auf einem der Online-Marktplätze nur in die jeweiligen Anzeigen der betreffenden Plattform Einsicht haben, ermöglicht die Suche auf den Metaportalen den gleichzeitigen Zugriff auf alle Marktplätze. Gemäss Meldung haben Metaportale aktuell keine wesentliche Bedeutung. Es sei jedoch davon auszugehen, dass Metaportale ihre Position ausbauen können.

164. Die wichtigsten Meta-Portale von Tamedia sind [...]. RIM ihrerseits bietet ein Meta-Portal für Rubrikanzeigen (insbesondere Immobilien und Jobs). Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den Rubrikanzeigen um „Suchanzeigen“, welche von den Umworbenen aktiv „gesucht“ werden. Die Leser/Nutzer der Rubrikanzeigen können via Metaportale ebenfalls zu den gewünschten Suchergebnissen gelangen, weshalb sie im Markt für (Print-Online-)Rubrikanzeigen auf Seiten der Leser/Nutzer in die Beurteilung mit einzubeziehen sind.

165. Somit ist ein eigener sachlich relevanter Markt für lokale/regionale (Print-Online-)Rubrikanzeigen aus Sicht der Leser/Nutzer abzugrenzen, worin auch Metaportale für Rubrikanzeigen Berücksichtigung finden.

166. Betreffend den Ausführungen zu einem allfälligen Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen wird auf die Ausführungen in Rz. 159 verwiesen.

167. Ob ein Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen aus Sicht der Leser/Nutzer abzugrenzen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt für (Print-/Online-)Rubrikanzeigen aus Sicht der Leser/Nutzer keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### **C.4.1.1.5. Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen**

##### **Inserenten**

168. Wie erwähnt, scheidet die REKO/WEF u. a. einen Werbemarkt Raum für Ankündigungsanzeigen (Events, Kino, etc.) aus. Sie grenzt einen sachlich relevanten Markt im Umfang lokaler/regionaler (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen aus Sicht der Inserenten ab.

169. Da die REKO/WEF weiter festgehalten hat, dass die Überlegungen für die Rubrikanzeigen sinngemäss auch für die Ankündigungsanzeigen gelten, kann auf die entsprechenden Ausführungen in Rz. 156 ff. verwiesen werden.

170. Die Frage nach der Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen kann letztlich offen bleiben, weil die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammen-

schlussvorhaben in diesem Bereich aus Sicht der Inserenten keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

##### **Leser/Nutzer**

171. Wie bereits erwähnt, gibt die REKO/WEF die Markt-abgrenzung für die Marktgegenseite Nutzer im Online-Bereich weitgehend vor.<sup>33</sup> Eine Gruppe von Lesern bzw. Nutzern stellen die Nutzer von Ankündigungsanzeigen dar, welche gemäss REKO/WEF Print und Internet als substituierbar erachten.<sup>34</sup> Die REKO/WEF definiert folglich einen sachlich relevanten Markt, der aus Sicht der Leser/Nutzer lokale/regionale (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen umfasst.<sup>35</sup>

172. Betreffend den Ausführungen zu einem allfälligen Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen wird auf die Ausführungen in Rz. 158 verwiesen werden.

173. Ob ein Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen aus Sicht der Leser/Nutzer abzugrenzen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen aus Sicht der Leser/Nutzer keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### **C.4.1.1.6. Markt für Online-Firmenwerbung**

174. Bei der Werbung grenzt die WEKO in ihrer Praxis einen Markt für nationale Werbeanzeigen in Zeitungen und einen Markt für regionale und lokale Werbeanzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) ab.<sup>36</sup> Beim sachlich relevanten Markt für nationale Printwerbung handelt es sich um Werbetätigkeit von Unternehmen, die gleichzeitig im gesamten Sprachgebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen werben.<sup>37</sup> Charakteristisch für nationale Werbekampagnen ist das Erreichen eines gewissen Prozentsatzes der Bevölkerung, wobei die städtischen und kaufkräftigeren Regionen im Vordergrund stehen.<sup>38</sup>

175. Beim regionalen Werbemarkt wird von einem sachlich relevanten Markt für Firmenwerbung in Zeitungen und Anzeigern ausgegangen. Nachfrager nach Werbe-raum für regionale Werbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen und auch Privatpersonen. Mit solcher Werbung soll die Bevölkerung in einer bestimmten Region angesprochen werden.<sup>39</sup>

176. Aus Sicht der Werbeinserenten besteht jedoch weder für nationale noch für regionale/lokale Werbeanzeigen eine genügende Austauschbarkeit zwischen den

<sup>33</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347 ff.

<sup>34</sup> Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission, RPW 2006/2, S. 347, Rz. 8.3.3. f.

<sup>35</sup> S. auch Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 73.

<sup>36</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605, Rz. 80.

<sup>37</sup> Vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 190 f.

<sup>38</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 66.

<sup>39</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 67.

Medien Print und Online. Folglich verbleibt aufgrund der Praxis der WEKO und der Rechtsprechung der REKOWEF ein Markt für Online-Firmenwerbung. Diese Praxis steht auch im Einklang mit derjenigen der EU-Kommission.<sup>40</sup>

177. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde der Fokus aufgrund des Gegenstandes – RIM ist in verschiedenen Online-Bereichen tätig – auf den Markt für Online-Firmenwerbung gelegt.

178. Die meldenden Unternehmen sind der Ansicht, dass Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung in den gleichen sachlich relevanten Markt, nämlich den Markt für Online-Firmenwerbung fallen. Eine Marktabgrenzung, bei welcher der Markt für Online-Firmenwerbung auf die Bannerwerbung beschränkt würde, sei nach Auffassung der Zusammenschlussparteien zu eng und widerspreche der wirtschaftlichen Realität.

179. Über die Zugehörigkeit von Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung befragte das Sekretariat verschiedene Unternehmen, welche im Online-Bereich tätig sind. Die Unternehmen wurden nach den Gemeinsamkeiten und den Unterschieden, sowie nach der Wirkung von Suchmaschinenwerbung und Bannerwerbung gefragt.

180. Die Antworten der befragten Unternehmen sind uneinheitlich. Zwar betont ein Unternehmen, dass zwischen Banner- und Suchmaschinenwerbung keine Gemeinsamkeiten bestehen, die übrigen Befragten äussern sich jedoch weniger eindeutig. Vielfach wird betont, dass beide Werbeformen darauf abzielen, die Nutzer zum Klick auf das jeweilige Werbemittel zu bewegen und damit Kundenkontakt herzustellen. Als Unterschied wird genannt, dass Suchmaschinenwerbung kontextbezogen sei, wohingegen Bannerwerbung häufig unabhängig vom inhaltlichen Umfeld eingesetzt werde. Zwei Unternehmen beantworteten die Frage nicht.

181. Ob letztlich verschiedene eigene Märkte für Online-Firmenwerbung zu unterscheiden sind und wie diese genau abzugrenzen wären, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt Online-Firmenwerbung auch bei einer engeren Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### **C.4.1.1.7. Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste**

182. Im vorliegenden Zusammenschluss werden Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste bzw. Online-Adressverzeichnisse von RIM mit tel.search.ch angeboten. Tamedia hingegen betreibt keine Online-Adressverzeichnisse.

183. Marktgegenseite von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sind u. a. Nutzer von Verzeichnisdiensten, welche abgerufene Daten und Informationen als Endabnehmer selber unmittelbar verwenden. Die fraglichen Adressverzeichnisse haben dabei für diese Marktgegenseite im Grundsatz immer den Zweck, Informationen über natürliche oder juristische Personen, Behörden, Organisationen etc. in Erfahrung zu bringen.

Für die Marktgegenseite sind diejenigen Adressverzeichnisse untereinander funktionell austauschbar, welche die jeweils gewünschten Informationen enthalten.<sup>41</sup>

184. Ob ein eigener sachlich relevanter Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste abzugrenzen ist, kann vorliegend offenbleiben, da die Prüfung zur voraussichtlichen Stellung keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in einem hilfsweise definierten Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste ergibt.

#### **C.4.1.1.8. Markt für Nutzer von Online-Diensten für Karten**

185. RIM betreibt mit map.search.ch einen Online-Dienst, mit dessen Hilfe man einerseits Adressen auf einer Online-Schweizer-Landkarte auffindbar machen und andererseits auch Routen innerhalb der Schweiz planen kann. Tamedia betreibt keine Online-Kartensuche.

186. Die Marktgegenseite fragt nach online abrufbaren Land- bzw. Strassenkarten sowie individualisierbaren Wegbeschreibungen. Ob ein eigener Markt für Online-Dienste für Karten abzugrenzen ist, kann für die Beurteilung dieses Zusammenschlusses offenbleiben, da die Prüfung in diesem Bereich nicht ergibt, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### **C.4.1.1.9. Markt für Nutzer von Suchmaschinen**

187. RIM bietet mit search.ch die Möglichkeit, im Internet verfügbare Informationen auffindbar zu machen. Tamedia hat gemäss Parteiangaben keine Angebote im Bereich Online-Suchdienste.

188. Eine Suchmaschine dient in erster Linie der Recherche, wobei die Suchanfragen nach Eingabe des Suchbegriffs mit einer Liste von Verweisen auf möglicherweise relevante Dokumente beantwortet wird. Diese Trefferliste stellt i.d.R. ein Dokument mit Titel und einem kurzen Auszug dar und ist nach Relevanz im Verhältnis zum eingegebenen Suchbegriff geordnet. Charakteristisch für die Anbieter von Suchdienstleistungen ist, dass sie selbst keinen Content (Nachrichten, Rubrikanzeigen, etc.) herstellen, sondern vielfältige Informationen im Internet auffindbar machen.

189. Die Marktgegenseite stellt in diesem Fall die Nutzer solcher Online-Suchmaschinen dar, welche Informationen mittels dieser Technik abfragen. Wie ein Markt für Nutzer von Online-Suchmaschinen im Detail abzugrenzen wäre, kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben offen bleiben, da die Ausführungen zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt wird.

<sup>40</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 80 f. m.w.H.

<sup>41</sup> Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, S. 54 ff., Rz. 159 ff.

### **C.4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

190. 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. Lesermärkte**

191. Zur Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte beim Lesermarkt von Zeitungen geht die WEKO anhand von WEMF-Gebieten und Grossräumen vor.<sup>42</sup>

192. Für den Lesermarkt von Sonntagszeitungen geht die WEKO von einer sprachregionalen Marktabgrenzung wie beispielsweise der Deutschschweiz aus.<sup>43</sup> In der Vergangenheit traten allerdings Verlage mit Sonntagszeitungen mit regionalem Bezug auf dem Lesermarkt für Sonntagszeitungen zu. Bei anhaltender Tendenz dieser Regionalisierung bei Sonntagszeitungen ist eine Betrachtung von regionalen/lokalen Gebieten zusätzlich zum Gebiet der Deutschschweiz nicht auszuschliessen.

#### **C.4.1.2.2. Frühzustellung von Zeitungen**

193. Bei der Frühzustellung von Zeitungen beschränkt sich der räumlich relevante Markt auf die Gebiete, welche bedient werden.<sup>44</sup> Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia mit einer Frühzustellung in mehreren Gebieten tätig. Somit definieren diese Gebiete die räumlich relevanten Märkte. Tabelle 4 enthält eine Übersicht dieser Tätigkeitsgebiete gemäss Meldung. Die in Tabelle 4 Tätigkeitsgebiete sind für jedes Frühzustellorganisation der Post, der NZZ-Gruppe und von Tamedia einzeln aufgeführt.

---

<sup>42</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 608.

<sup>43</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 608.

<sup>44</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, Rz. 103; AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, Rz. 9 ff.; Südostschweiz Pressevertrieb AG, RPW 2000/2, S. 231; Schweizerische Post – Bevo, RPW 1998/2, 12 f.

Tabelle 4: Tätigkeitsgebiete der beteiligten Unternehmen im Bereich der Frühzustellung

Organisation	Gebiete	Tangierte WEMF-Gebiete
Bevo	Bern Thun Berner Oberland Solothurn Biel Murten	15, 22, 32, 33, 34
Zuvo	Kanton Zürich Thurgau St. Gallen Appenzell	24, 26, 27, 43, 44
Prevag	Basel Stadt Basel Land Fricktal (Sonntag)	31
Espace Media Vertriebs AG (EMV)	Bern Thun Berner Oberland Solothurn Biel Murten	22, 32, 33, 34
Pressevertriebs GmbH (PVG)	Innerschweiz	21, 24
Frühzustellung DZO AG (Integration in die Bevo, aber kein verbundenes Unternehmen nach Art. 11 VKU)	Zürcherland	27, 43
Frühzustellung PostMail	Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 42, 43, 44
Epsilon	Genf	11, 12, 13, 15

194. Bei bisherigen Entscheiden der WEKO im Bereich der Frühzustellung beinhalteten die Tätigkeitsgebiete der betrachteten Frühzustellorganisationen einzelne Regionen und Grossräume. Somit beschränkten sich die räumlich relevanten Märkte auf diese Gebiete. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bestehen die räumlich relevanten Märkte aufgrund der Tätigkeitsgebiete ebenfalls aus Regionen und Grossräumen. Zusätzlich zu dieser Marktabgrenzung nach Regionen und Grossräumen erfolgt eine überregionale Marktabgrenzung aufgrund der Frühzustellung der Zeitung Blick durch die Post.

195. Die Post stellt gemäss Meldung den Blick in der gesamten Deutschschweiz früh zu: „Der Betriebsteil der PostMail AG stellt die Tageszeitung „Blick“ in der Deutschschweiz und „Bote der Urschweiz“ im Raum Schwyz und Uri früh zu.“<sup>45</sup> Zu dieser Angabe korrigiert die Stellungnahme vom 10. Juni, dass die Post den Blick nicht in der gesamten Deutschschweiz zustelle. Der Blick

werde nur in Gebieten mit einer gewissen Agglomerationsdichte vertragen. Dies illustriert die Stellungnahme vom 10. Juni mit einer Kartendarstellung der Frühzustellung Blick. Abbildung 1 enthält die Kartendarstellung der Frühzustellung Blick. In dieser Kartendarstellung sind die Zustellgebiete hell eingefärbt. Wie die Kartendarstellung zeigt, stellt die Post den Blick in verschiedenen Gebieten der Deutschschweiz früh zu. Allerdings sind diese Zustellgebiete über die Deutschschweiz verteilt.

[...]

Abbildung 1: Kartendarstellung der Frühzustellung Blick

<sup>45</sup>Meldung [...].

196. In der Romandie sind die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia in der Frühzustellung von Tageszeitungen gemäss Meldung im Raum Genf und in sehr geringem Umfang im Raum Fribourg tätig. Diesem Raum Genf legt die Meldung die die WEMF-Gebiete 11 (WEMF-Gebiet Genève), 12 (WEMF-Gebiet Vaud), 13 (WEMF-Gebiet Neuchâtel) und 15 (WEMF-Gebiet Fribourg) zugrunde. Aufgrund dieser Angaben sind die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia in der Romandie somit in mehreren WEMF-Gebieten tätig: Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg. Vor Abschluss der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens genehmigt die WEKO die Übernahme des Schweizergeschäfts von Edipresse durch Tamedia. Dadurch fällt die Beteiligung von Edipresse an Epsilon Tamedia zu. Dies führt allerdings zu keiner Änderung des räumlich relevanten Marktes bei der Frühzustellung für das Tätigkeitsgebiet der Epsilon im vorliegenden Fall, weil dieses Tätigkeitsgebiet wegen der Beteiligung der Post an Epsilon bereits vor der Übernahme des Schweizergeschäfts von Edipresse durch Tamedia erfasst ist.

197. Wie Tabelle 4 zeigt, gibt die Meldung für die Bevo und für die EMV als Tätigkeitsgebiete nahezu die gleichen Regionen an. Ein Unterschied besteht in der Tätigkeit im WEMF-Gebiet Freiburg (WEMF-Gebiet 15). Im WEMF-Gebiet Freiburg ist die EMV nicht tätig. Hingegen führt die Bevo im WEMF-Gebiet Freiburg aufgrund der Angabe des tangierten WEMF-Gebietes 15 eine Frühzustellung durch. Allerdings stehen die einzelnen Tätigkeitsgebiete gemäss Meldung in ihrer Aufteilung mit den WEMF-Gebieten in keinem Zusammenhang. Die Tätigkeitsgebiete der Organisationen hätten sich nach den jeweiligen Zustellrouten entwickelt, welche sich nach rein logistischen Aspekten entwickelt hätten und über WEMF-Grenzen hinweg führten. Aufgrund der gleichen Angaben für die Tätigkeitsgebiete der Bevo und der EMV fallen die räumlich relevanten Märkte für die Bevo und die EMV zusammen.

198. Zu diesen Tätigkeitsgebieten der Bevo und der EMV hält die Stellungnahme vom 10. Juni fest, dass die Bevo und die EMV zwar in denselben Regionen tätig sind, aber die Bevo von Montag bis Samstag und die EMV ausschliesslich am Sonntag tätig sind. Es gäbe somit keine Überschneidungen zwischen den beiden Organisationen. An dieser Stelle geht es um die räumliche Markt-abgrenzung. Die Bevo und die EMV bewirtschaften die gleichen Gebiete, obwohl sie an verschiedenen Tagen tätig sind. Somit ist es sachgerecht, die Verteilgebiete für die Bevo und die EMV gemeinsam zu bezeichnen. Auch die daraus resultierende Addition der Marktanteile der Bevo und der EMV für diese Gebiete ist sachgerecht, weil erstens die EMV in die Bevo eingeht und zweitens die Marktanteile die Verteiltätigkeiten in diesen Gebieten widerspiegeln. An welchen Tagen ein Unternehmen die Frühzustellung vornimmt, ist dabei unerheblich. Zudem gibt die Meldung an, gebietsweise Überschneidungen bestehen darin, dass Zustellorganisationen teilweise im gleichen Gebiet, aber jeweils nur werk- oder sonntags zustellen. Trotzdem seien die horizontalen Überschneidungen der heutigen Frühzustellorganisationen gering,

weil jeder von diesem Vorhaben betroffene Betrieb grundsätzlich in einem anderen Gebiet tätig sei.

199. Die vorläufige Prüfung definierte auch einen räumlich relevanten Markt, der das Gebiet der Deutschschweiz umfasst. Der Grund für diese räumliche Marktdefinition ist die Angabe der Meldung, dass mit dem Zusammenschlussvorhaben die heute bestehende Frühzustellung ausgebaut werden soll und in der Deutschschweiz neu ein zusammenhängendes Frühzustellnetz für Sonntagszeitungen betrieben werden soll ([...]). Zudem geben die Post und Tamedia in ihren Medienmitteilungen vom 2. Oktober 2008 ([www.post.ch](http://www.post.ch), [www.tamedia.ch](http://www.tamedia.ch), beide besucht am 25. Juni 2009) an, dass mit dem Zusammenschlussvorhaben eine leistungsfähige Frühzustell-Organisation für die Deutschschweiz entstünde. Die Stellungnahme vom 10. Juni dagegen hält fest, dass die Deutschschweiz als Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo unzutreffend sei. Die neue Bevo werde in Graubünden beziehungsweise der Südostschweiz, im Aargau (mit Ausnahme der Gemeinden Sims, Abtwil, Oberrüti und Dietwil an der Grenze zu Luzern) und in Schaffhausen nicht tätig. Zum Raum Schaffhausen ist allerdings anzumerken, dass die Post, wie Abbildung 1 zeigt, im Raum Schaffhausen tätig ist. Weil die Stellungnahme vom 10. Juni ausdrücklich angibt, dass die neue Bevo im Raum Schaffhausen nicht tätig sein wird, wird das Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo gemäss den Angaben in der Meldung und in der Stellungnahme vom 10. Juni die Deutschschweiz ohne die geographischen Räume Bündner Unterland (WEMF-Gebiet 28), Bündner Oberland (WEMF-Gebiet 29) und Schaffhausen (WEMF-Gebiet 42) umfassen. Im Folgenden ist dieses Gebiet Teile-Deutschschweiz genannt.

200. Mit der Stellungnahme vom 3. August erfolgt eine weitere Korrektur des Tätigkeitsgebietes der neuen Bevo. Gemäss Stellungnahme vom 3. August ist die neue Bevo auch in den Gebieten Oberwallis (WEMF-Gebiet 23) und Aargau (WEMF-Gebiet 41) nicht tätig. Im Gegensatz zu diesen Angaben hält die Stellungnahme vom 10. Juni fest, dass die neue Bevo in den Gemeinden Sins, Abtwil, Oberrüti und Dietwil an der Grenze zu Luzern tätig sein werde. Diese Gemeinden gehören zum Kanton Aargau und sind dem WEMF-Gebiet 41 zugeordnet.

201. Somit ist im Bereich der Frühzustellung von den räumlich relevanten Märkten auszugehen, welche in Tabelle 5 enthalten sind.

Tabelle 5: Räumlich relevante Märkte im Bereich der Frühzustellung

Räumlich relevante Märkte	
Gebiete	WEMF-Gebiete
Bern, Thun, Berner Oberland, Solothurn, Biel, Murten	(15,) 22, 32, 33, 34
Kanton Zürich, Thurgau, St. Gallen, Appenzell	24, 26, 27, 43, 44
Basel Stadt, Basel Land, Fricktal (Sonntag)	31
Innerschweiz	21, 24
Zürcherland	27, 43
Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg	11, 12, 13, 15
Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44

202. Eine Zugrundelegung von WEMF-Gebieten zur Beschreibung der Zustellgebiete und einer Marktabgrenzung nach WEMF-Gebieten erachtet die Stellungnahme vom 10. Juni als denkbar ungeeignet. Gemäss Stellungnahme vom 10. Juni sind WEMF-Gebiete denkbar ungeeignet, Frühzustellorganisationen räumlich abzubilden. WEMF-Gebiete würden nach Lesern gebildet und nicht nach Regionen, welche für die Frühzustellung in Frage kämen. Eine Frühzustellorganisation richte ihr Tätigkeitsgebiet nicht nach WEMF-Grenzen aus, sondern danach, wo eine Frühzustellung betriebswirtschaftlich durchführbar und von ihren Auftraggebern gewünscht sei.

203. Grundsätzlich wird der räumliche Markt jedoch durch die Marktgegenseite bestimmt: 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 VKU). Marktgegenseite von Frühzustellorganisationen sind Verlagshäuser und Herausgeber von Printmedien. Verlagshäuser und Herausgeber sprechen mit ihren Printmedien eine Leserschaft in überregionalen, regionalen oder lokalen Gebieten an. Für das Gebiet, in welchem eine Leserschaft angesprochen wird und erreicht werden soll, fragen die Verlagshäuser und Herausgeber eine Zustellung ihrer Produkte nach. Dementsprechend richtet sich die räumliche Marktabgrenzung bei der Frühzustellung von Zeitungen nach der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Printmedien.

204. Beispielsweise grenzt die WEKO im Medienbereich einen Lesermarkt für Tageszeitungen ab. Bei Tageszeitungen fragt die Marktgegenseite neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse solche über Ereignisse in ihrer Region nach, um so über die Geschehnisse in ihrer näheren und weiteren Umgebung informiert zu sein. Informationen über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region daher nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in anderen Regionen substituierbar. Deshalb geht die WEKO für die räumlich relevanten Märkte beim Lesermarkt für Tageszeitungen von den WEMF-Gebieten aus.<sup>46</sup> In einem anderen Beispiel des Lesermarktes von Sonntagszeitungen geht die WEKO von einer sprachregionalen Marktabgrenzung aus.<sup>47</sup>

205. Aufgrund der Beziehung zwischen dem Bereich Printmedien und der Frühzustellung legen die zwei Beispiele Tageszeitungen und Sonntagszeitungen für die räumliche Marktabgrenzung eine Orientierung sowohl an den WEMF-Gebieten als auch an den Sprachregionen nahe. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfolgt die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes anhand der Tätigkeitsgebiete der Frühzustellorganisationen. Allerdings sieht die WEKO für künftige Fälle vor, diese Vorgehensweise zu ändern.

206. Gemäss Stellungnahme vom 3. August ist die räumliche Abgrenzung nach WEMF-Gebieten nicht geeignet ([...] und [...]). WEMF-Gebiete hätten nichts mit der Frühzustellung zu tun, weil sie nicht unterscheiden würden, wie die Zeitung zu den Lesern komme. Die räumliche Marktabgrenzung nach WEMF-Gebieten werde für den nachgelagerten Bereich Tageszeitungen herangezogen. Es sei aber häufig der Fall, dass vor- und nachgelagerte Märkte räumlich unterschiedlich abgegrenzt würden.

207. Gegenüber einer Abgrenzung nach WEMF-Gebieten sei vielmehr eine lokale Betrachtung der Tätigkeitsgebiete in der Frühzustellung geboten. Aus Sicht von Frühzustellorganisationen, Verlagen und Haushalte seien einzelne Zustellrouten voneinander weitgehend unabhängig. Für jedes Gebiet oder jede Tour müsse beurteilt werden, ob es unternehmerisch sinnvoll ist, eine Frühzustellung durchzuführen. Dies ergebe sich aus folgenden Aspekten. Zunächst einmal sei für eine Frühzustellorganisation die Anzahl Exemplare pro Route wichtig. Für die Rentabilität einer Route sei eine gewisse Anzahl zu vertragender Exemplare notwendig. Dagegen profitiere eine Frühzustellorganisation kaum von einer hohen Anzahl Routen. Weiter müsse ein Verlag abwägen, welche Gebiete er mit einer Frühzustellung bediene. Dieser Entscheid sei von der Siedlungsdichte abhängig.

<sup>46</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, Rz. 29 ff.

<sup>47</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, Rz. 46.

Bei einer zu geringen Siedlungsdichte werde die Frühzustellung zu teuer. Deshalb betrachte jeder Verlag jedes Gebiet isoliert. Daher seien die Gebiete aus Sicht des Verlages nicht austauschbar, weil er grundsätzlich möglichst viele Leser erreichen will. Schliesslich sei aus Sicht der Leser nur der eigene Briefkasten massgeblich. Die Zustellung an eine andere Adresse sei für den Leser kein Substitut.

208. Dass sich ein Tätigkeitsgebiet aus vielen isoliert zu betrachtenden Routen zusammensetze habe folgende Konsequenzen:

- Tätigkeitsgebiete könnten sich jederzeit verändern. Das Tätigkeitsgebiet sei davon abhängig, wo eine Zustellorganisation welche Titel vertrage.
- Ein Tätigkeitsgebiet könne in mehrere Tätigkeitsgebiete aufgeteilt werden.
- Mehrere Tätigkeitsgebiete könnten in ein Tätigkeitsgebiet zusammengefasst werden.
- Dass Gebiete abgespalten oder zusammengefügt werden, weder erhöhe noch reduziere Marktanteile, weil die einzelnen Gebiete gegenseitig nicht substituierbar seien.

209. Deshalb könnten die Tätigkeitsgebiete der Frühzustellung nach Quartieren oder Stadtteilen isoliert betrachtet werden. Ob dies eine engere räumliche Marktabgrenzung als die Verteilgebiete rechtfertige, könne für die Beurteilung dieses Vorhabens offen gelassen werden.

210. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann aber die Marktabgrenzung nicht offen gelassen werden. Denn ein materiellrechtliches Eingreiffkriterium bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben ist die Voraussetzung, dass der Unternehmenszusammenschluss auf dem fraglichen Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Dazu ist der relevante Markt abzugrenzen.<sup>48</sup>

211. Wie bereits erwähnt erfolgt die Marktabgrenzung grundsätzlich anhand der Marktgegenseite von Frühzustellorganisationen. Die Argumente der Stellungnahme vom 3. August wie die Anzahl Exemplare pro Route aus Gründen der Rentabilität oder einer zu teuren Frühzustellung bei zu geringer Siedlungsdichte sind produzenten-seitige Betrachtungen, welche nicht von der Betrachtung der Marktgegenseite ausgehen. Ob im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist für einen Markt aus der Sicht der Marktgegenseite der ins Recht gefassten Unternehmen zu beurteilen, wobei in der Regel der Fokus auf eine Marktstufe der Wertschöpfungskette zu legen ist.<sup>49</sup>

212. Im vorliegenden Fall ist die Marktgegenseite Verlage und Herausgeber, welche ihre Zeitungen durch Frühzustellorganisationen in der Früh zustellen lassen. Die Nachfrage der Verlage und Herausgeber wo die Zustellung ihrer Titel erfolgen soll, richtet sich nach den Haushalten. Die Gesamtheit aller Haushalte, welche die Zeitung eines Verlages lesen, ergibt dann die Leserschaft. Für die Erreichung dieser Leserschaft fragt der Verlag die Frühzustellung nach. Ob nun ein Haushalt die Zustellung an eine andere Adresse als die eigene als Substitut erachtet, ist somit nicht entscheidend.

213. Die Konsequenzen der von der Stellungnahme vom 3. August geltend gemachten isolierten Betrachtung von Routen stellen keine Hindernisse einer räumlichen Marktabgrenzung nach WEMF-Gebieten dar. Die Konsequenzen, dass ein Tätigkeitsgebiet in mehrere Tätigkeitsgebiete aufgeteilt werden kann und umgekehrt, ermöglicht die Bildung von räumlichen Märkten nach WEMF-Gebieten. Dass sich Tätigkeitsgebiete verändern können, wird durch Änderungen der Marktanteile abgebildet. Ebenso widergeben Marktanteile Vorgänge bei denen Gebiete abgespalten oder zusammengefügt werden.

214. Zudem ist mit einer Abgrenzung nach WEMF-Gebieten auch das geografische Gebiet klar definiert. Mit einer Abgrenzung nach Verteilgebieten ist hingegen nicht eindeutig, welche geografischen Räume zu einem Verteilgebiet gehören. Beispielsweise ist bei der Angabe des Raumes Solothurn als Verteilgebiet nicht eindeutig, ob es sich um den Kanton Solothurn handelt, um gewisse Amtsbezirke oder um gewisse Gemeinden. Dies ist auch der Grund, wieso die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall den Verteilgebieten die WEMF-Gebiete zu Grunde legt.

#### C.4.1.2.3. Nutzermarkt für News-Sites

215. In Anlehnung an den Entscheid Tamedia AG/Espace Media Groupe<sup>50</sup> ist davon auszugehen, dass für die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte keine eindeutigen Kriterien bestehen und der Online-Bereich sich durch grosse Dynamik auszeichnet. Aus diesen Gründen ist im Online-Bereich eine fallweise Marktabgrenzung nötig.

216. Als wichtige Eigenschaft des Internets wird die Unbegrenztheit in der Distanz bewertet. Nutzer können unabhängig von den Gebietsdistanzen Internetseiten und Informationen aufrufen, d.h. Kommunikation kann über weite Entfernungen hinweg stattfinden. Die WEKO hat in einem früheren Entscheid<sup>51</sup> festgehalten, dass die räumliche Abgrenzung eines relevanten Marktes im Bereich des Internets nicht vom Verbreitungsgebiet des Mediums abhängen kann. Die Ubiquität des Internets wird allenfalls durch sprachliche, kulturelle oder inhaltliche Faktoren begrenzt. Diese Faktoren können den räumlich relevanten Markt unter Umständen auf lokale Gebiete oder Regionen eingrenzen. Die Marktgegenseite fragt neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse auch Informationen über Ereignisse in der jeweiligen Region nach. Information über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region daher nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in einer anderen Region substituierbar. Die Nachfrage der Marktgegenseite im vorliegenden Fall ist differenziert zu betrachten.

<sup>48</sup> ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH, PATRIK DUCREY, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1624 f.; Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten, RPW 2006/2, S. 361, E 6.1.3.

<sup>49</sup> Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten, RPW 2006/2, S. 363, E 6.3.2.

<sup>50</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 57 ff.

<sup>51</sup> Tamedia AG-Edipresse SA-Homegate AG, RPW 2005/2, S. 317 ff., Rz. 51.

217. Die räumliche Marktabgrenzung orientiert sich an den Online-Angeboten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Tamedia ist in der Berichterstattung tätig. Ihre Online-Angebote erfassen nebst der internationalen und nationalen auch die regionale Berichterstattung. Insbesondere in den Grossräumen Bern (z. B. Berner Zeitung, Bund) und Zürich (Tagesanzeiger) ist Tamedia in der Regionalberichterstattung tätig. Die Online-Angebote von Tamedia sind vorwiegend in deutscher Sprache verfasst.

218. Das Angebot der News-Site news.search.ch widerspiegelt das Nachfrageverhalten ihrer Besucher: Die Informationen beschränken sich grundsätzlich auf internationale und nationale Ereignisse. Vereinzelt regionale Informationen finden sich in der Kategorie Inland wieder. news.search.ch ist in deutscher, italienischer und französischer Sprache online abrufbar. Im vorliegenden Fall stellen die Sprachregionen eine natürliche räumliche Marktabgrenzung dar.

219. Für vorliegenden Zusammenschluss ergeben die vorgängigen Ausführungen unter der Berücksichtigung der (Online-)News-Sites von Tamedia und RIM (search.ch) die folgenden räumlich relevanten Märkte: Sprachliche, kulturelle und inhaltliche Faktoren grenzen Märkte ab, welche einerseits die Deutschschweiz, die Romandie und die italienische Schweiz umfassen und andererseits die Grossräume Bern und Zürich.

#### **C.4.1.2.4. Markt für (Print-/Online-)Rubrik- und Ankündigungsanzeigen**

##### **Inserenten**

220. Im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission grenzte die REKO/WEF einen Markt für lokale/regionale Rubrikanzeigen und einen Markt für lokale/regionale Ankündigungsanzeigen ab. Gegenstand der Betrachtung war in diesem Fall die Region Bern.

221. Für vorliegenden Fall ist jedoch nicht nur die Region Bern gesondert zu betrachten, vielmehr sind auch die Regionen Zürich, Basel, und Genf in die Betrachtung mit einzubeziehen, zumal die Angebote von Tamedia vorwiegend in deutscher und französischer Sprache verfasst sind und sich RIM (search.ch) bei den Rubrik- und Ankündigungsanzeigen ebenfalls auf die deutsche und französische Sprache beschränkt. Der räumlich relevante Markt für lokale/regionale Rubrikanzeigen umfasst somit die Grossräume Bern, Zürich, Basel und Genf. Dementsprechend ist auch der räumlich relevante Markt für die lokalen/regionalen Ankündigungsanzeigen abzugrenzen.

222. Bei den Rubrik- und Ankündigungsanzeigen kann die Frage nach der inserentenseitig sachlichen Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben offen bleiben. Allerdings erfolgt für diesen Bereich eine Betrachtung unter Berücksichtigung einer räumlichen Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen analog zum Entscheid der WEKO zu NZZ-Espace-Bund.<sup>52</sup> Die Begrenzung für den räumlichen Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen stellen Sprachgrenzen dar, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können. Damit umfasst der räumlich relevante Markt bei den nationalen Rubrik- und

Ankündigungsanzeigen das Gebiet der Deutschschweiz, der französischen Schweiz und der italienischen Schweiz.<sup>53</sup> Letztlich kann aber die räumliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall offen bleiben.

##### **Leser/Nutzer**

223. Im Entscheid Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission grenzte die REKO/WEF einen Markt für lokale/regionale Rubrikanzeigen und einen Markt für lokale/regionale Ankündigungsanzeigen ab. Gegenstand der Betrachtung war in diesem Fall das Produkt 20 Minuten für die Region Bern.

224. Die Marktabgrenzung erfolgt regelmässig aus Sicht der Marktgegenseite, welche in diesem Fall u. a. die Leser/Nutzer der Rubrik- und Ankündigungsanzeigen sind. Das Tätigkeitsgebiet von Tamedia umfasst hauptsächlich den deutschen und französischen Sprachraum. Bei RIM (search.ch) sind die Rubrikanzeigen (Immobilien und Stellen) nur auf deutsch und französisch abrufbar, ebenso sind die Ankündigungsanzeigen (Kino, Events, TV) einzig auf deutsch und französisch abrufbar.

225. Die WEKO ist bereits in einem früheren Fall davon ausgegangen, dass Nutzer von News-Sites zunächst Internetseiten in ihrer Muttersprache besuchen.<sup>54</sup> Ähnlich dürfte es sich Lesern/Nutzern von Rubrik- und Ankündigungsanzeigen verhalten.

226. Obwohl keine eindeutigen Kriterien für die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte bestehen, ist für den vorliegenden Zusammenschluss davon auszugehen, dass vor allem sprachliche, kulturelle und inhaltliche Faktoren die Märkte abgrenzen, sodass für Rubrik- und Ankündigungsanzeigen von räumlich relevanten Märkten auszugehen ist, die einerseits die Deutschschweiz und die Romandie umfassen und andererseits die Grossräume Zürich, Bern, Basel und Genf.

227. Die räumliche Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen erfolgt analog zum Entscheid der WEKO, wobei die Begrenzung für den räumlichen Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen Sprachgrenzen darstellen, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können, zumal bestimmte Zielgruppen erreicht werden sollen.<sup>55</sup> Damit umfasst der räumlich relevante Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen das Gebiet der Deutschschweiz und der Romandie.

#### **C.4.1.2.5. Markt für Online-Firmenwerbung**

228. Vorab ist zu bemerken, dass für die werbeseitige Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ähnliche Überlegungen wie bei nutzerseitigen räumlichen Marktabgrenzungen gelten.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 485 ff., Rz. 50.

<sup>53</sup> Vgl. auch RPW 2007/4, S. 605, Rz. 79.

<sup>54</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 60.

<sup>55</sup> NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 485 ff., Rz. 50.

<sup>56</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 85.



229. Gestützt auf die Entscheidung Tamedia AG/Espace Media Groupe ist für den räumlich relevanten Markt für Online-Firmenwerbung festzuhalten, dass das Verbreitungsgebiet der geringen Beschränkung wegen und aufgrund der Ortsunabhängigkeit im Online-Bereich grundsätzlich nicht als Basis für die räumliche Marktabgrenzung dienen kann.<sup>57</sup> Eher bestimmen Faktoren wie kulturelle und sprachliche Gegebenheiten oder regionale, nationale oder internationale Bezüge eines Produktes oder einer Dienstleistung den räumlich relevanten Markt.

230. Die Zusammenschlussparteien fügen in der Meldung an, dass in jüngster Zeit ein regionaler/lokaler Markt für Online-Firmenwerbung langsam in der Entwicklung sei. Welches die Grundlagen dieser Annahme sind, wird in der Meldung nicht weiter erläutert.

231. Um mehr Informationen zur Fragestellung zu erhalten, ob ein Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung abzugrenzen ist, arbeitete das Sekretariat Fragen aus. Die Antworten der befragten Unternehmen lassen jedoch keine eindeutige Schlussfolgerung über die Abgrenzung von einem nationalen Markt für Online-Firmenwerbung und lokalen/regionalen Märkten für Online-Firmenwerbung zu, da die Antworten sehr unterschiedlich ausgefallen sind. Es gibt Unternehmen, welche angeben, dass Online-Werbung sowohl lokal/regional als auch nach Sprachregionen ausgerichtet ist. Mehrere Unternehmen geben an, dass die Orientierung an den Sprachräumen zentrale Bedeutung habe. Andere Unternehmen geben an, dass die Ausrichtung abhängig von den Kundenwünschen beziehungsweise dessen Zielgruppe sei. Weiter gibt es auch Unternehmen, welche sich mit ihrem Angebot an einem nationalen Markt ausrichten.

232. Das Sekretariat prüfte stichprobenweise die lokale/regionale Online-Firmenwerbung auf diversen Internetseiten. Diese Abklärungen ergeben eine sehr geringe Anzahl lokaler/regionaler Online-Firmenwerbung. Es ist möglich, dass ein Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung im Entstehen ist. Ebenso besteht die Möglichkeit, dass die Schweiz ein eher kleiner Markt ist und es sich daher lohnt, sie im Online-Bereich grossräumig zu bewerben.

233. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird deshalb auf die räumliche Abgrenzung eines lokalen/regionalen Marktes für Online-Firmenwerbung verzichtet. Die WEKO hat bereits in der Entscheid Tamedia AG/Espace Media Groupe analog zur nutzerseitig räumlichen Marktabgrenzung im Online-Bereich einen räumlich relevanten Markt für nationale Online-Firmenwerbung für das Gebiet der Deutschschweiz abgegrenzt.<sup>58</sup> Für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben sind aufgrund der sprachlichen, kulturellen und inhaltlichen Faktoren vorläufig Märkte für nationale Online-Firmenwerbung abzugrenzen, welche das Gebiet der Deutschschweiz, der Romandie sowie der italienischen Schweiz umfassen.

#### **C.4.1.2.6. Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste**

234. Bei der gemäss Rz. 182 ff. hilfsweise verwendeten Marktabgrenzung kann von einem nationalen Markt für Adressverzeichnisse ausgegangen werden, da insbe-

sondere die elektronischen Adressverzeichnisse ausschliesslich als nationale Verzeichnisse angeboten werden.<sup>59</sup>

#### **C.4.1.2.7. Markt für Nutzer von Online-Diensten für Karten**

235. Für die Marktgegenseite ist zentral, dass diejenige Landkarte zur Verfügung steht, auf welcher sich die gesuchte Adresse befindet oder die gesuchte Route abgebildet werden kann. Es ist davon auszugehen, dass die Nutzer eher Adressen in Regionen suchen, welche von ihrem Wohnort in gewisser Entfernung liegen, häufig jedoch in ihrem Heimatland, was einer räumlichen Marktabgrenzung eines nationalen Marktes für Nutzer von Online-Diensten für Karten entsprechen würde. Ob ein engerer oder eine weiterer räumlicher Markt abzugrenzen wäre, kann im vorliegenden Fall jedoch offenbleiben.

#### **C.4.1.2.8. Markt für Nutzer von Online-Suchmaschinen**

236. Der Markt für Nutzer von Online-Suchmaschinen ist aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Zwar kann der Suchende aufgrund der Technik der Suchmaschine im gesamten World Wide Web Informationen abfragen. Allerdings entspricht es auch einem Bedürfnis des Nutzers, spezifisch die Informationen aus seinem Land zu seiner Suchabfrage zu erhalten. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann allerdings eine räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden.

#### **C.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

237. 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.

238. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG kann die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

<sup>57</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605, Rz. 85 ff.

<sup>58</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 90.

<sup>59</sup> Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, S. 54 ff. Rz. 168 ff.

239. Im Nachgang zu den Bundesgerichtsentscheiden in Sachen *Swissgrid* (RPW 2007/2 S. 324 ff.) und *BZ/20 Minuten* (RPW 2007/2 S. 331 ff.) stellt sich die Frage der Auslegung dieser Bestimmung. Zur Diskussion steht insbesondere, ob dem Terminus „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ eigenständige Bedeutung zukommt oder ob die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Marktbeherrschung immanent ist.

240. Die Botschaft zum Kartellgesetz hält fest: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG „genügt nicht für die Genehmigungsverweigerung, sie muss überdies die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen“. Diese Formulierung zwingt gemäss Botschaft zum Kartellgesetz zu einer dynamischen Betrachtungsweise, da aus statischer Sicht die Marktbeherrschung die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb impliziert. Das für die Schweizerische Fusionskontrolle vorgeschlagene Kriterium der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entspreche der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl. 1995 I S. 468 ff.; S. 583 f.).

241. Die Botschaft zum KG geht bei wirksamem Wettbewerb von einem Wettbewerbsverständnis aus, das in enger Anlehnung an die moderne Markt und Wettbewerbstheorie, keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist. „Wettbewerb ist in dieser Sicht ein vielgestaltiger, dynamischer Prozess, und Wettbewerbspolitik hat (hauptsächlich) sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll m.a.W. die in einem Markt handelnden Unternehmen, immer wieder zwingen oder doch anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so kann der Wettbewerb als „wirksam“ bezeichnet werden (Botschaft KG; S. 512; S. 583).“

242. Für eine erhebliche Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs braucht ein Unternehmen keine Monopolstellung: Das Unternehmen braucht in einem Markt nicht das einzige zu sein. Es genügt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Insbesondere hat ein marktbeherrschendes Unternehmen auch dann die Möglichkeit, die zentralen Funktionen des Wettbewerbs erheblich zu hemmen, wenn andere Unternehmen im Markt sind. Selbst bei einem Restwettbewerb hat ein marktbeherrschendes Unternehmen die Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.

243. Dass eine Monopolsituation keine notwendige Bedingung für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist, stellt auch die Europäische Kommission in ihrer EG-Fusionskontrollverordnung fest (Erwägungsgrund 25, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen): In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten.

244. Die Wettbewerbskommission ist zusammen mit einem Teil der Lehre der Auffassung, dass eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt in der Regel zur Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt führt (vgl. Philippe M. Reich, Baker&McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 10 N 25, Jürg Borer, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 10 N 17). Bei einer zweistufigen Prüfung, bei der zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und anschliessend die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geprüft wird, würden dieselben Kriterien zweimal geprüft: Sowohl für die Frage der Marktbeherrschung als auch für jene der möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist auf „die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz des Marktes unter Berücksichtigung des tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbs, der Ein- und Austrittsbedingungen und der Mobilitätsbarrieren“ abzustellen (Patrik Ducrey, SIWR, S. 293 m.V.a. Thomas von Ballmoos, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe? AJP 1999 295 und Rolf Watter/ Urs Lehmann, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, AJP 1996 855). Dennoch wird vorliegend - um den Anforderungen des Bundesgerichts (Bundesgericht i.S. *Swissgrid*, RPW 2007/2 S. 324 und *BZ/20 Minuten*, RPW 2007/2 S. 331 ff.) gerecht zu werden – ein zweistufiges Verfahren angewendet: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob durch das Zusammenschlussvorhaben auf einem der betroffenen Märkte eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussunternehmen begründet oder verstärkt wird. Für den Fall, dass der Zusammenschluss auf einem bestimmten Markt eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt, wird in einem zweiten Schritt im Sinne einer Kontrolle überprüft, ob die marktbeherrschende Stellung den Zusammenschlussunternehmen die Möglichkeit eröffnet wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt aktiv zu beseitigen bzw. ob der Zusammenschluss zu einer so starken Beeinträchtigung der Struktur führt, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt ohne, dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussunternehmen beabsichtigt ist.

### C.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

#### C.4.2.1.1. Frühzustellung von Zeitungen

245. Die Marktanteile im Bereich der Frühzustellung können gemäss Meldung anhand der Umsatzzahlen der betreffenden Zustellorganisationen und auch anhand der ausgetragenen Exemplare abgeschätzt werden. Aller-

dings lässt sich das Marktvolumen nicht verlässlich beziffern.<sup>60</sup> Die Berechnungen der Marktanteile erfolgen aufgrund den Daten der jeweiligen Organisationen und aufgrund von Schätzungen basierend auf öffentlich zugänglichen Leser- und Auflagenzahlen. Tabelle 6 enthält die Marktanteile der Post, der NZZ-Gruppe und von Tamedia im Bereich der Frühzustellung in den Jahren 2006 bis 2008 gemäss Meldung.

Tabelle 6: Marktanteile im Bereich der Frühzustellung für die Jahre 2006 bis 2008

Organisation	Gebiete	WEMF-Gebiete	Marktanteil auf das Tätigkeitsgebiet bezogen
Bevo & EMV	Bern Thun Berner Oberland Solothurn Biel Murten	(15,) 22, 32, 33, 34	[90 – 100 %] (ausser im Raum Solothurn, wo die Vogt-Schild Gruppe tätig ist <sup>61</sup> )
Zuvo	Kanton Zürich Thurgau St. Gallen Appenzell	24, 26, 27, 43, 44	[90 – 100 %]
Prevag	Basel Stadt Basel Land Fricktal (Sonntag)	31	[90 – 100 %]
PVG	Innerschweiz	21, 24	[90 – 100 %]
Epsilon (½: Post, ½: Tamedia) & Bevo FR	Genf Waadt Neuenburg Freiburg	11, 12, 13, 15	~ [60 – 70 %]
Frühzustellung PostMail	Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44	2006: [0 – 10 %] 2007: [0 – 10 %] 2008: [0 – 10 %]
Post/NZZ/Tamedia (ohne DZO)	Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44	[70 – 80 %]
Post/NZZ/Tamedia (mit DZO)			[80 – 90 %]
Frühzustellung DZO <sup>62</sup>	Zürcherland	27, 43	[90 – 100%]

<sup>60</sup> Schweizerische Post – BEVO, RPW 1998/2, S. 265 ff., Rz. 14.

<sup>61</sup> Im März 2009 geht die Vogt-Schild Medien Gruppe rückwirkend per 1. Januar 2009 an die AZ Medien AG über. Die AZ Medien AG ist mit ihrer Vertriebsorganisation AZ Vertriebs AG in der Frühzustellung tätig, an der die Zuvo eine Beteiligung von 25 % hält.

<sup>62</sup> Gemäss Meldung handelt es sich bei der DZO nicht um ein verbundenes Unternehmen nach Art. 5 Abs. 1 VKU. Allerdings werde der Geschäftsbereich Frühzustellung der DZO von der aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierende Bevo übernommen. Der Geschäftsbereich Frühzustellung der DZO wird an die Bevo verkauft.

246. Die Marktanteile für das Gebiet der Teile-Deutschschweiz und der Gebiete in der Romandie berechnet die Meldung auf der Basis der gesamten Menge an Exemplaren in Frühzustellung. Das Verhältnis zwischen der gesamten Menge und der durch Post, NZZ und Tamedia zugestellten Mengen ergibt den Marktanteil.

247. Zur Berechnung der Marktanteile der Post für ihre Frühzustellung PostMail verwendet die Meldung als Grundlage die Summe der von sämtlichen Frühzustellbetrieben in der Deutschschweiz vertragenen Titel. Diese

Summe schätzt die Meldung für das Jahr 2008 auf [...] Exemplare. Im Jahr 2008 stellte die Post [...] Exemplare früh zu. Die von der Post früh zugestellten Menge im Verhältnis zur Summe aller in der Deutschschweiz früh zugestellten Mengen ergibt einen Anteil von ungefähr [0 – 10 %] im Jahr 2008.

248. Der Marktanteil für die Gebiete Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg, in welchen Epsilon tätig ist, kann mit den Angaben in der Meldung berechnet werden (Beilage 22 Meldung). Zur Romandie macht die Meldung folgende Schätzungen für das Jahr 2008:

Tabelle 7: Unternehmen und ihr Zustellvolumen in der Romandie

Unternehmen	Volumen in Mio. Exemplaren
Epsilon	[...]
La Liberté	[...]
Société Neuchâteloise de Presse	[...]
Messageries du Rhône (Wallis)	[...]
BEVO Fribourg	[...]

249. Von diesen in der Meldung angegebenen Unternehmen sind Epsilon, La Liberté, Société Neuchâteloise de Presse und BEVO Fribourg in den (WEMF-)Gebieten Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg tätig. Somit entspricht das Gesamtvolumen für diese Gebiete insgesamt der Summe der Zustellvolumen von Epsilon, La Liberté, Société Neuchâteloise de Presse und BEVO Fribourg: [...] Exemplare. Von diesen [...] Exemplaren wurden [...] Exemplare durch Epsilon früh zugestellt. Dies ergibt einen Marktanteil von ungefähr [60 – 70 %] für Epsilon im Jahr 2008. Weil die WEKO die Übernahme des Schweizergeschäftes von Edipresse durch Tamedia genehmigte fällt dieser Marktanteil wegen der gemeinsamen Kontrolle von Epsilon durch die Post (66 %-Beteiligung) und Tamedia (34 %-Beteiligung) der Post und Tamedia zu. Zu diesem Marktanteil im Zustellgebiet bestehend aus den Gebieten Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg aufgrund der gemeinsamen Kontrolle an Epsilon ist noch der Marktanteil der Bevo FR von ungefähr [0 – 10 %] ([...]) hinzuzurechnen. Somit verfügen die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia im Zustellgebiet bestehend aus den Gebieten Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg über einen gemeinsamen Marktanteil von ungefähr [60 – 70 %].

250. Die Hinweise auf das Gebiet Deutschschweiz in Tabelle 6 der vorläufigen Prüfung erachtet die Stellungnahme vom 10. Juni als zu weitgehend. Die jeweiligen Organisationen würden diese Gebiete nicht vollständig beziehungsweise lückenlos abdecken. Es wäre deshalb zutreffend, von Teilen oder bestimmten Orten der Deutschschweiz zu reden. Im vorliegenden Fall sind die räumlich relevanten Märkte anhand der Zustellgebiete der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen abgegrenzt. Somit bestehen räumlich relevante Märkte für einzelne Gebiete der Schweiz und für Teile der Deutsch-

schweiz. Somit erfasst die räumliche Marktabgrenzung eines Gebietes Teile-Deutschschweiz den Umstand, dass die jeweiligen Organisationen die Deutschschweiz nicht vollständig oder lückenlos abdecken.

251. Marktanteile für Teile-Deutschschweiz haben gemäss Stellungnahme vom 3. August keine Aussagekraft für die Wettbewerbsverhältnisse, weil deren Berechnung ihren Ursprung in einer überholten Arbeitshypothese der Bildung sprachregionaler Frühzustellungsmärkte habe, und in der Schweiz jeweils eine einzige Organisation pro Gebiet tätig sei ([...]). Dazu ist anzumerken, dass die Berechnung der Marktanteile für Teile-Deutschschweiz ihren Ursprung nicht in einer sprachregionalen Betrachtung haben. Die Berechnung dieser Marktanteile richtet sich nach der räumlichen Marktabgrenzung, welche sich ihrerseits nach dem zukünftigen Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo richtet. Auch das Argument, dass nur eine Organisation pro Gebiet tätig ist, weist nicht auf die Bedeutungslosigkeit der Marktanteile hin. Denn würde man dieses Argument für eine Bedeutungslosigkeit von Marktanteilen akzeptieren, wären Marktanteile immer ohne Aussagekraft, wenn nur ein Unternehmen in einem Gebiet tätig ist. Aber Marktanteile dienen eben gerade auch der Bestimmung, welche Unternehmen auf den entsprechenden Märkten tätig sind und welche Grössenverhältnisse auf den entsprechenden Märkten bestehen.

252. Die Angabe, dass Post/NZZ/Tamedia in der Romandie tätig seien, erachtet die Stellungnahme vom 10. Juni als unzutreffend. Die NZZ-Gruppe sei an keiner Frühzustellorganisation in der Romandie beteiligt. Es gebe zwar die Epsilon, ein Gemeinschaftsunternehmen der Post und der Edipresse AG. Aber die Epsilon gehöre nicht zum Zusammenschlussvorhaben: „Vom Zusammenschlussverfahren ist lediglich in Fribourg ein verschwindend kleiner Teil der heutigen Bevo betroffen,

welche in Bezug auf die gesamte Romandie betrachtet marginalst ist.“ Zu diesem Argument ist festzuhalten, dass für eine Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben auch Unternehmen zu berücksichtigen sind, welche verbundene Unternehmen nach Art. 5 VKU darstellen. Damit fliessen auch Unternehmen und Beteiligungen in die Beurteilung ein, welche Teil der Zusammenschluss-transaktion sind (Art. 11 Abs. 1 Bst. a VKU i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VKU). Zudem ist die Epsilon seit Genehmigung der WEKO der Übernahme der Schweizer Aktivitäten der Edipresse-Gruppe durch Tamedia den beiden Unternehmen Post und Tamedia zuzurechnen.

253. Auf allen betrachteten Märkten beträgt der gemeinsame Marktanteil von Post, NZZ-Gruppe und Tamedia mehr als 20 % oder der Marktanteil in der Schweiz beträgt von einem der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr. Somit handelt es sich um vom Zusammenschlussvorhaben betroffene Märkte (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.2. Lesermärkte

254. Die Angaben zu den Marktanteilen beruhen auf den MACH Basic Studien.<sup>63</sup> Für die folgenden WEMF-Gebiete ergeben die Daten der MACH Basic Studien keine betroffenen Lesermärkte für Tageszeitungen.

Tabelle 8: WEMF-Gebiete für die keine betroffenen Märkte bestehen

WEMF-Gebiet	Marktanteile im Jahr 2008	
	Tamedia	NZZ-Gruppe
11 Genève	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
12 Vaud	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
13 Neuchâtel	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
14 Jura	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
15 Fribourg	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
16 Bas-Valais	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
23 Oberwallis	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
28 Bündner Unterland	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
29 Bündner Oberland	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
31 Basel <sup>64</sup>	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
41 Aargau	[10 - 20 %]	[0 – 10 %]
51 Ticino	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]

255. Die Marktanteile gemäss Meldung in den anderen WEMF-Gebieten für das Jahr 2008 sind in Tabelle 9 enthalten. Wie Tabelle 9 zeigt, handelt es sich bei den Lesermärkten für Tageszeitungen in diesen Gebieten um betroffene Märkte (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

<sup>63</sup> MACH Basic ist eine Reichweitenstudie für Presse und Kinos in der Schweiz. Diese Studie ermittelt Daten über die Nutzerschaft der Zeitungen und Zeitschriften sowie der Kinopools in der Schweiz. Für jeden an der Studie teilnehmenden Titel wird die Reichweite „LpA“ publiziert. Diese gibt Auskunft über die Anzahl Leser der Ausgabe eines Titels oder einer Titelkombination im jeweiligen Erscheinungsintervall. Sie misst also die tatsächliche Nutzung eines Mediums.

<sup>64</sup> Berechnungen WEKO, Grundlage MACH Basic 2007-1.

Tabelle 9: Marktanteile in den betroffenen Lesermärkten für Tageszeitungen für das Jahr 2008

WEMF-Gebiet	Tamedia	NZZ-Gruppe	Total
21 Luzern, Obwalden, Nidwalden	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[80 – 90 %]
22 Berner Oberland	[70 – 80 %]	[0 – 10 %]	[80 – 90 %]
24 Zug	[10 – 20 %]	[70 – 80 %]	[80 – 90 %]
25 Uri, Schwyz	[0 – 10 %]	[30 – 40 %]	
26 St. Gallen, Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]
27 Glarus, Obersee	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]
32 Solothurn	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]
33 Berner Seeland	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]
34 Berner Mittelland	[60 – 70 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]
42 Schaffhausen	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]
43 Zürich	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]
44 Thurgau	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[80 – 90 %]

256. Im Lesermarkt für Sonntagszeitungen verfügen die Unternehmen gemäss Meldung über die Marktanteile, welche in Tabelle 10 dargestellt sind.

Tabelle 10: Marktanteile in den Lesermärkten für Sonntagszeitungen für das Jahr 2008

Gebiet	Tamedia	NZZ-Gruppe	Total
Deutschschweiz	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]	[40 – 50 %]
Romandie	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]

257. Weil der gemeinsame Marktanteil von Tamedia und der NZZ-Gruppe bei den Lesermärkten für Sonntagszeitungen im Gebiet der Deutschschweiz mehr als 20 % beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.3. Nutzermärkte für News-Sites

##### Nutzermarkt für News-Sites in der Deutschschweiz

258. Im Online-Bereich für News-Sites ist Tamedia mit verschiedenen Angeboten vertreten, so z.B. mit 20minuten.ch, tagesanzeiger.ch oder radio24.ch. Mit ihren Online-Auftritten erreicht Tamedia unter Einbezug sämtlicher Sites in der Deutschschweiz einen Marktanteil von ungefähr [10 – 20 %] bei den Nutzern. Dabei würde man von einem sachlich relevanten Markt für Nutzer von News-Sites ausgehen.

259. RIM ist im Online-Bereich für News-Sites mit news.search.ch aktiv. Geht man von einer hypothetischen Marktabgrenzung aus, welche den Markt Nutzer-

markt im Online-Bereich für News-Sites umfassen würde, läge der Marktanteil von RIM bei ungefähr [0 – 10 %].

260. Zusammen erreichen folglich Tamedia und RIM ungefähr [10 – 20 %] des hypothetischen Marktes für News-Sites. Es handelt sich somit nicht um einen betroffenen Markt, weshalb sich eine weitere Prüfung erübrigt.

##### Nutzermarkt für News-Sites in der Romandie

261. Geht man von einem sachlich relevanten Markt für Nutzer von News-Sites aus, erreicht Tamedia mit ihren Online-Auftritten unter Einbezug sämtlicher Sites in der französischen Schweiz einen Anteil von ca. [0 – 10 %]. RIM ihrerseits hat bei einer hypothetischen Marktabgrenzung eines Marktes Nutzermarkt im Online-Bereich für News-Sites einen Marktanteil von [0 – 10 %].

262. Zusammen erreichen folglich Tamedia und RIM ungefähr [0 – 10 %] des hypothetischen Marktes für News-Sites in der französischen Schweiz. Es handelt sich somit nicht um einen betroffenen Markt, weshalb sich eine weitere Prüfung erübrigt.

### Nutzermarkt für News-Sites in der italienischen Schweiz

263. Unter Berücksichtigung sämtlicher Sites hat Tamedia bei einer hypothetischen Marktabgrenzung eines Marktes Nutzermarkt im Online-Bereich für News-Sites in der italienischen Schweiz einen Marktanteil von [0 – 10 %] inne. RIM würde bei einer solchen Marktabgrenzung einen Marktanteil von ca. [0 – 10 %] erreichen.

264. Zusammen erreichen Tamedia und RIM weniger als [0 – 10 %] Marktanteil, weshalb kein betroffener Markt vorliegt und eine weitere Prüfung entfällt.

### Nutzermarkt für News-Sites im Grossraum Zürich

265. Geht man von einem sachlich relevanten Markt für Nutzer von News-Sites aus, erreicht Tamedia mit ihren Online-Auftritten unter Einbezug sämtlicher Sites im Grossraum Zürich einen Marktanteil von ca. 10 – 30 %<sup>65</sup>. RIM ihrerseits hätte bei einer solchen Marktabgrenzung einen Marktanteil von ca. [0 – 10 %], geht man davon aus, dass die Nutzung im Grossraum Zürich der Nutzung in der Deutschschweiz entspricht. Es sind keine Gründe ersichtlich, die gegen eine solche Betrachtung sprechen, zumal die regionalen Bezüge auf news.search.ch nicht stark sind. Daher besteht im vorliegenden Fall keine Notwendigkeit für weitere Abklärungen. Der Zuwachs durch RIM beträgt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben schätzungsweise [0 – 10 %].

266. Zusammen erreichten Tamedia und RIM einen Marktanteil von [10 – 40 %]. Selbst wenn jedoch ein betroffener Markt vorliegen würde, ist davon auszugehen, dass die wichtigsten Wettbewerber im nutzerseitigen Online-Bereich für News-Sites (die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, die NZZ-Gruppe sowie Ringier und eine Vielzahl weiterer Internetseiten) eine ausreichend disziplinierende Wirkung hätten, sodass die Prüfung nicht ergibt, dass der Zusammenschluss Tamedia-RIM im Online-Bereich für News-Sites im Grossraum Zürich nutzerseitig eine marktbeherr-

schende Stellung Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

### Nutzermarkt für News-Sites im Grossraum Bern

267. Tamedia hat bei einer hypothetischen Marktabgrenzung eines Marktes Nutzermarkt im Online-Bereich für News-Sites im Grossraum Bern einen Marktanteil von 10 – 30 % inne. RIM ihrerseits hätte bei einer solchen Marktabgrenzung einen Marktanteil von ca. [0 – 10 %], geht man davon aus, dass die Nutzung im Grossraum Bern der Nutzung in der Deutschschweiz entspricht. Es sind keine Gründe ersichtlich, die gegen eine solche Betrachtung sprechen, insbesondere, weil die regionalen Bezüge auf news.search.ch nicht stark sind. Daher ergibt die Prüfung diesbezüglich keine Notwendigkeit für weitere Abklärungen. Der Zuwachs durch RIM beträgt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben schätzungsweise [0 – 10 %].

268. Zusammen erreichten Tamedia und RIM einen Marktanteil von [10 – 40 %]. Selbst wenn jedoch ein betroffener Markt vorliegen würde, ist davon auszugehen, dass die wichtigsten Wettbewerber im nutzerseitigen Online-Bereich für News-Sites (die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, Ringier sowie Swisscom eine ausreichend disziplinierende Wirkung hätten, sodass die Prüfung für den Zusammenschluss Tamedia-RIM für News-Sites im Grossraum Bern nutzerseitig keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG ergibt.

#### C.4.2.1.4. (Print-/Online-)Rubrikanzeigen

##### Inserenten (nach Sprachregionen)

269. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien ist RIM keine Anbieterin von Insertionsmöglichkeiten und erreicht dementsprechend keine Marktanteile. Tamedia erzielt mit Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz einen Marktanteil von [0 – 10 %], in der Romandie [0 – 10 %] und in der italienischen Schweiz [0 – 10 %].

Tabelle 11: (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (nach Sprachregionen)

(Print-/Online-) Rubrikanzeigen	Tamedia	RIM	Total
Deutschschweiz	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Romandie	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Italienische Schweiz	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]

270. Für den Markt (Print-Online-)Rubrikanzeigen aus Sicht der Inserenten (nach Sprachregionen) liegt somit kein betroffener Markt vor.

### Nutzer (nach Sprachregionen)

271. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien ist RIM zwar keine Anbieterin von Insertionsmöglichkeiten, sie betreibt aber ein Metaportal für Rubrikanzeigen. Daher können nutzerseitig Zugriffe auf Rubrikanzeigen via search.ch erfolgen. Die Marktanteile von RIM sind sowohl in der Deutschschweiz, in der Romandie als

auch in der italienischen Schweiz [0 – 10 %]. Tamedia erzielt mit Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz einen Marktanteil von ca. [10 – 20 %], in der Romandie ca. [0 – 10 %] und in der italienischen Schweiz ca. [0 – 10 %].

<sup>65</sup> Die vorliegenden Informationen für die Grossräume Bern und Zürich stützen sich auf die Angaben gemäss Tamedia AG/Espace Media Group (RPW 2007/4, S. 605 ff., Rz. 185-188). Eine bedeutsame Änderung der Marktanteile ist nach Meinung des Sekretariates nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden Fall keine weiteren Abklärungen diesbezüglich nötig sind. Der Zuwachs durch RIM beträgt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben schätzungsweise [0 – 10 %].

Tabelle 12: (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (nach Sprachregionen)

(Print-/Online-) Rubrikanzeigen	Tamedia	RIM	Total
Deutschschweiz	ca. [10 – 20 %]	[0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Romandie	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Italienische Schweiz	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

272. Für den Markt (Print-Online-)Rubrikanzeigen aus Sicht der Nutzer (nach Sprachregionen) liegt somit kein betroffener Markt vor.

#### Inserenten (lokal/regional)

273. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien ist RIM keine Anbieterin von Insertionsmöglichkei-

ten und erreicht dementsprechend keine Marktanteile. Tamedia erzielt mit Rubrikanzeigen in den verschiedenen Grossräumen Marktanteile zwischen [0 – 10 %] – [0 – 10 %].

Tabelle 13: (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (regional/lokal)

(Print-/Online-) Rubrikanzeigen	Tamedia	RIM	total
Grossraum Zürich	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Basel	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Bern	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano <sup>66</sup>	ca. [0 – 10 %]	-	ca. [0 – 10 %]

274. Für den Markt (Print-Online-)Rubrikanzeigen liegt aus Sicht der Inserenten (regional/lokal) somit kein betroffener Markt vor.

#### Nutzer (lokal/regional)

275. RIM bietet mit dem Metaportal Lesern/Nutzern von Rubrikanzeigen die Möglichkeit, solche via search.ch ausfindig zu machen. Zwar sei gemäss Meldung eine Unterscheidung zwischen Lesern nationaler und Lesern lokaler/regionaler Rubrikanzeigen nicht möglich, weil die Leser sowohl nationale als auch regionale Rubrikinserate lesen würden. Die Parteien geben aber in der Meldung nutzerseitig die Marktanteile für lokale/regionale Rubrikanzeigen an. Die Marktanteile von RIM sind in sämtlichen Grossräumen [0 – 10 %]. Tamedia erzielt mit Rubrikanzeigen im Grossraum Zürich einen Marktanteil von ca. [10 – 20 %], im Grossraum Bern von ca. [20 – 30 %], sodass allenfalls diese beiden Grossräume betroffene Märkte darstellen könnten.

276. Die Parteien haben diesbezüglich Angaben zum Grossraum Bern gemacht, wo ihnen als stärkste Wettbewerber Ringier ([0 – 10 %]), Scout24 Schweiz AG ([0 – 10 %]) und Naspers/MIH Groupe gegenüberstehen. Diese Situation dürfte auch derjenigen im Grossraum Zürich

entsprechen, wobei hier auch die NZZ-Gruppe als Konkurrentin auftritt.

277. Gemäss Meldung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass in den letzten Jahren zahlreiche Wettbewerber in den Markt eingetreten sind und weitere Markteintritte aktuell stattfinden. Diese Entwicklung wird durch die niedrigen logistischen und finanziellen Hürden für einen Markteintritt im Online-Bereich unterstützt.

<sup>66</sup> Gemäss Meldung ist es den Zusammenschlussparteien mit den verfügbaren Zahlen nicht möglich, das Tessin weiter zu unterteilen und einen Marktanteil für den Raum Lugano zu nennen. Einzig für den gesamten Kanton seien einigermaßen verlässliche Zahlen verfügbar. Nach Schätzung der meldenden Unternehmen kann aber wegen der Kleinräumigkeit des Tessins davon ausgegangen werden, dass die Marktanteile im Grossraum Lugano in etwa den Marktanteilen im gesamten Tessin entsprechen.



Tabelle 14: (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (regional/lokal)

(Print-/Online-) Rubrikanzeigen	Tamedia	RIM	total
Grossraum Zürich	ca. [10 – 20 %]	[0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Grossraum Basel	ca. [10 – 20 %]	[0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Bern	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano <sup>67</sup>	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

### Grossräume Zürich und Bern

278. Zusammen erreichen Tamedia und RIM je in den Grossräumen Zürich und Bern möglicherweise einen Marktanteil >20 %. Selbst wenn aber jeweils ein betroffener Markt vorliegen würde, ist davon auszugehen, dass die wichtigsten Wettbewerber auf der Leser-/Nutzerseite lokaler/regionaler (Print-/Online-)Rubrikanzeigen (Ringier, Scout24 Schweiz AG und Naspers/MIH Group) eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf die Zusammenschlussparteien hätten, sodass die Prüfung keine Begründung oder Verstärkung für eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch den Zusammenschluss Tamedia-RIM im Bereich Leser/Nutzer

von lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in den Grossräumen Bern und Zürich begründet oder verstärkt.

### C.4.2.1.5. (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen Inserenten (nach Sprachregionen)

279. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien (Beilage 20 Meldung) sind sowohl Tamedia als auch RIM Anbieterinnen von Insertionsmöglichkeiten von Ankündigungsanzeigen. Gemeinsam erzielen Tamedia und RIM mit Ankündigungsanzeigen in den verschiedenen Sprachregionen Marktanteile zwischen [0 – 10 %] – [10 – 20 %].

Tabelle 15: (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (nach Sprachregionen)

(Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	Tamedia	RIM	total
Deutschschweiz	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Romandie	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Italienische Schweiz	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

280. Für den Markt (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen liegt auf der Seite der Inserenten (nach Sprachregionen) somit kein betroffener Markt vor.

### Leser/Nutzer (nach Sprachregionen)

281. Tamedia und RIM (event.search.ch) bieten den Lesern/Nutzern in ihren Medien die Möglichkeit, sich über Veranstaltungen und Unterhaltungsprogramme zu informieren. Gemeinsam erreichen Tamedia und RIM in den verschiedenen Sprachregionen Marktanteile von maximal [10 – 20 %].

<sup>67</sup> Gemäss Meldung ist es den Zusammenschlussparteien mit den verfügbaren Zahlen nicht möglich, die italienische Schweiz weiter zu unterteilen und einen Marktanteil für den Raum Lugano zu nennen. Nach Einschätzung der meldenden Unternehmen entsprechen die Marktanteile für den Grossraum Lugano denjenigen für die italienische Schweiz.

Tabelle 16: (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (nach Sprachregionen)

(Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	Tamedia	RIM	total
Deutschschweiz	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Romandie	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Italienische Schweiz	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

282. Für den Markt (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen liegt auf der Seite der Leser/Nutzer (nach Sprachregionen) somit kein betroffener Markt vor.

#### Inserenten (regional/lokal)

283. Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien (Belage 20) sind sowohl Tamedia als auch RIM

Anbieterinnen von Insertionsmöglichkeiten von regionalen/lokalen Ankündigungsanzeigen. Gemeinsam erzielen Tamedia und RIM mit regionalen/lokalen Ankündigungsanzeigen in den verschiedenen Grossräumen Marktanteile zwischen [10 – 20 %] – [10 – 20 %].

Tabelle 17: (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (regional/lokal)

(Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	Tamedia	RIM	total
Grossraum Zürich	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Basel	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Bern	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano <sup>68</sup>	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

284. Für den Markt (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen liegen auf der Seite der Inserenten (regional/lokal) somit keine betroffenen Märkte vor.

#### Leser/Nutzer (regional/lokal)

285. Auf Seiten der Leser/Nutzer von lokalen/regionalen Ankündigungsanzeigen erreichen Tamedia und RIM gemeinsam Marktanteile von teilweise über 20 %.

286. Zwar sei gemäss Meldung eine Unterscheidung zwischen Lesern nationaler und Lesern lokaler/regionaler Ankündigungsanzeigen nicht möglich, weil die Leser/Nutzer nicht zwischen nationalen und lokalen/regionalen Ankündigungen unterscheiden. Die Parteien geben aber in der Meldung nutzerseitig die Marktanteile für lokale/regionale Ankündigungsanzeigen an. Die Marktanteile von RIM sind in sämtlichen Grossräumen [0 – 10 %]. Tamedia erzielt mit Ankündigungsanzeigen im Grossraum Zürich einen Marktanteil von [10 – 20 %], im Grossraum Bern von ca. [20 – 30 %], sodass allenfalls diese beiden Grossräume betroffene Märkte darstellen könnten.

287. Die Parteien haben diesbezüglich Angaben zum Grossraum Bern gemacht, wo ihnen als stärkste Wettbewerber Ringier ([0 – 10 %]), Schweiz Tourismus

([0 – 10 %]) und AZ Medien ([0 – 10 %]) gegenüberreten. Diese Situation dürfte auch derjenigen im Grossraum Zürich entsprechen, wobei hier auch die NZZ-Gruppe als Konkurrentin auftritt. Aufgrund der räumlichen Begebenheiten dürfte jedoch der Einfluss der AZ Medien im Grossraum Bern zu relativieren sein.

288. Gemäss Meldung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass in den letzten Jahren zahlreiche Wettbewerber in den Markt eingetreten sind und weitere Markteintritte aktuell stattfinden. Diese Entwicklung wird durch die niedrigen finanziellen Hürden für einen Markteintritt unterstützt. Hauptfaktor für einen erfolgreichen Markteintritt sei gemäss Zusammenschlussparteien die Entwicklung eines Konzepts, welches möglichst viele potentielle Veranstaltungsbesucher anspricht.

<sup>68</sup> Vgl. Anmerkungen in Fn. 66

Tabelle 18: (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (regional/lokal)

(Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	Tamedia	RIM	Total
Grossraum Zürich	ca. [10 – 20 %]	[0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Basel	ca. [10 – 20 %]	[0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Bern	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano <sup>69</sup>	ca. [0 – 10 %]	[0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

### Grossräume Zürich und Bern

289. Zusammen erreichen Tamedia und RIM je in den Grossräumen Zürich und Bern möglicherweise einen Marktanteil >20 %. Selbst wenn aber jeweils ein betroffener Markt vorliegen würde, ist davon auszugehen, dass die wichtigsten Wettbewerber auf der Leser-/Nutzerseite lokaler/regionaler (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen (Ringier, Schweiz Tourismus und AZ Medien) eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf die Zusammenschlussparteien hätten, sodass die Prüfung keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch den Zusammenschluss Tamedia-RIM im Bereich Le-

ser/Nutzer von lokalen/regionalen (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen in den Grossräumen Bern und Zürich ergibt.

### C.4.2.1.6. Markt für Online-Firmenwerbung

#### Nach Sprachregionen

290. Grenzt man den Markt wie in Rz. 174 ff. beschrieben weiter ab, d.h. grenzt man einen sachlich relevanten Markt für Online-Firmenwerbung nach Sprachregionen ab, welcher Banner- und Suchmaschinenwerbung enthält, ist kein betroffener Markt auszumachen, weshalb sich eine weitere Prüfung erübrigt.

Tabelle 19: Online-Firmenwerbung (Banner- und Suchmaschinenwerbung/nach Sprachregionen)

Online-Firmenwerbung	Tamedia	RIM	Total
Deutschschweiz	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Romandie	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Italienische Schweiz	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

291. Unterteilt man die Online-Firmenwerbung dergestalt, dass je Banner- und Suchmaschinenwerbung nach Sprachregionen zwei unterschiedliche sachlich relevante Märkte bilden, ist der Markt für Suchmaschinenwerbung

nach Sprachregionen nicht betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Eine weitere Prüfung ist daher nicht notwendig.

Tabelle 20: Suchmaschinenwerbung (nach Sprachregionen)

Online-Firmenwerbung/Suchmaschinenwerbung	Tamedia	RIM	Total
Deutschschweiz	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Romandie	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Italienische Schweiz	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

<sup>69</sup>Vgl. Anmerkungen in Fn. 66

292. Für die Bannerwerbung nach Sprachregionen würde sich allerdings ein betroffener Markt in der Deutschschweiz ergeben, da Tamedia und RIM gemeinsame Marktanteile in der Höhe von rund [20 – 30 %] haben.

Tabelle 21: Bannerwerbung (nach Sprachregionen)

Online-Firmenwerbung/Bannerwerbung	Tamedia	RIM	Total
Deutschschweiz	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Romandie	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Italienische Schweiz	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]

293. Die Parteien haben dementsprechend Angaben zur Wettbewerbssituation gemacht und beschrieben, dass ihnen auf nationaler Ebene als stärkste Wettbewerber die Swisscom ([10 – 20 %]), Ringier ([0 – 10 %]) sowie die NZZ-Gruppe ([0 – 10 %]) gegenüberstehen. Diese Situation dürfte derjenigen in der Deutschschweiz entsprechen.

294. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der aktuelle Wettbewerb auch bei einer engeren Marktabgrenzung ausreichend ist und somit die Prüfung für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren Marktabgrenzung auf je einen sachlich relevanten Markt für Suchmaschinen- und Bannerwerbung nach Sprachregionen keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG ergibt.

#### Lokal/regionale Marktabgrenzung

295. Wie vorne in Rz. 229 ff. dargelegt, wird für den vorliegenden Zusammenschluss offengelassen, inwieweit ein Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung besteht. Nachfolgend wird aber dennoch aufgezeigt, wie sich die Wettbewerbssituation bei einer solchen Marktabgrenzung gestalten würde.

296. Geht man von einem lokalen/regionalen Markt für Online-Firmenwerbung aus, welcher Banner- und Suchmaschinenwerbung erfasst, ergeben sich keine betroffene Märkte, weshalb sich eine weitere Prüfung diesbezüglich erübrigt.

Tabelle 22: Online-Firmenwerbung (Banner- und Suchmaschinenwerbung lokal/regional)

Online-Firmenwerbung	Tamedia	RIM	Total
Grossraum Zürich	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Basel	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Bern	ca. [10 – 20 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano (Tessin)	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

297. Unterteilt man die Online-Firmenwerbung dergestalt, dass je lokale/regionale Banner- und Suchmaschinenwerbung zwei unterschiedliche sachlich relevante Märkte bilden, ist der Markt für lokale/regionale Suchmaschinenwerbung ebenfalls nicht betroffen im Sinne vom Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU und eine weitere Prüfung erübrigt sich.

Tabelle 23: Suchmaschinenwerbung (lokal/regional)

Online-Firmenwerbung/Suchmaschinenwerbung	Tamedia	RIM	Total
Grossraum Zürich	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Basel	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Bern	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Genf	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]
Grossraum Lugano (Tessin)	-	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]

298. Bei der lokalen/regionalen Bannerwerbung würde sich allerdings ein betroffener Markt in den Grossräumen Zürich, Basel und Bern ergeben, da Tamedia und RIM gemeinsame Marktanteile in der Höhe von bis zu [30 – 40 %] haben.

Tabelle 24: Bannerwerbung (lokal/regional)

Online-Firmenwerbung/Bannerwerbung	Tamedia	RIM	Total
Grossraum Zürich	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [30 – 40 %]
Grossraum Basel	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Grossraum Bern	ca. [20 – 30 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [20 – 30 %]
Grossraum Genf	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]
Grossraum Lugano (Tessin)	ca. [0 – 10 %]	ca. [0 – 10 %]	ca. [10 – 20 %]

299. Da die betroffenen Märkte alle in der Deutschschweiz liegen, ist davon auszugehen, dass auf lokaler/regionaler Ebene die Wettbewerbssituation mit derjenigen für die Sprachregion Deutschschweiz vergleichbar ist. Die Parteien beschreiben, dass ihnen als stärkste Wettbewerber die Swisscom ([10 – 20 %]), Ringier ([0 – 10 %]) sowie die NZZ-Gruppe ([0 – 10 %]) gegenüberstehen.

300. Vorstehende Ausführungen zeigen, dass der aktuelle Wettbewerb ausreichend erscheint und die Prüfung somit für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren Marktabgrenzung auf je einen sachlich relevanten Markt für lokale/regionale Suchmaschinen- und Bannerwerbung keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG ergibt.

#### C.4.2.1.7. Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste

301. Gemäss Angaben in der Meldung hat RIM mit tel.search.ch als elektronisches Adressverzeichnis einen Marktanteil von [30 – 40 %]. Somit liegt ein betroffener Markt vor. Da Tamedia kein Online-Adressverzeichnis betreibt, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen.

302. Selbst wenn hier aber ein betroffener Markt vorliegt, ist davon auszugehen, dass der wichtigste Wettbewerber Swisscom ([50 – 60 %]), welcher in den letzten drei Jahren stetig Marktanteile hinzugewinnen konnte, eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf die Zusammen-

schlussparteien hat. Zudem ist gemäss Meldung vor kurzem ein Markteintritt durch tel.ch erfolgt, ein Anbieter, welcher gemäss Einschätzung der Zusammenschlussparteien in den nächsten Jahren Marktanteile gewinnen wird, zumal das Angebot ein professionelles Portal mit aktuellen Daten umfasst.

303. Vorstehende Ausführungen liessen die Prüfung zum Schluss kommen, dass der Zusammenschluss Tamedia-RIM im Bereich Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### C.4.2.1.8. Markt für Nutzer von Online-Diensten für Karten

304. Der Marktanteil von map.search.ch liegt bei ca. [20 – 30 %] schweizweit. Tamedia bietet keine Online-Kartensuche an. Somit liegt kein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### C.4.2.1.9. Markt für Nutzer von Online-Suchmaschinen

305. Gemäss den Angaben auf [www.help.ch/online-werbung-kennzahlen.cfm](http://www.help.ch/online-werbung-kennzahlen.cfm) (besucht am 15.05.2009) gehören gemäss 12/2008 Nielsen/Netrating Google, Microsoft, Swisscom, Tamedia sowie Yahoo zu den meistbesuchten CH-Webseiten. Die Online-Nutzungsdaten 03/2009 von Netmetrix zeigen, dass Bluewin, search.ch sowie local.ch zu den meistbesuchten CH-Webseiten

gehören. Nielsen/Netrating und WEMF verwenden unterschiedliche Messmethoden, weshalb unterschiedliche Informationen resultieren. Beachtlich ist auch, dass bei den Angaben von WEMF weder google noch yahoo und Microsoft berücksichtigt sind.

306. Online-Suchmaschinen wie Google, Yahoo oder MSN (Microsoft) sind weltweit tätige Unternehmen, welche länderspezifische Suchmaschinen anbieten (z.B. google.ch, yahoo.ch). Search.ch ist einzig auf die Schweiz bezogen. Aufgrund dieser Konkurrenten kann zusammenfassend festgehalten werden, dass vorliegender Zusammenschluss im Markt für Online-

Suchmaschinen keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

#### C.4.2.2 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten

##### C.4.2.2.1. Lesermärkte

###### I. Aktueller Wettbewerb

307. Nachfolgende Tabelle 25 enthält die Marktanteile von Tamedia und der NZZ-Gruppe sowie der Konkurrenten für die betroffenen Lesermärkte für Tageszeitungen.

Tabelle 25: Marktanteile betroffene Lesermärkte für Tageszeitungen

<b>WEMF-Gebiet 21: Luzern, Obwalden, Nidwalden</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Mittelland Zeitung GES</b>	
2008	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	
2007	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
2006	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
<b>WEMF-Gebiet 22: Berner Oberland</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Le Temps</b>	
2008	[70 – 80 %]	[0 – 10 %]	[80 – 90 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
2007	[70 – 80 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
2006	[70 – 80 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
<b>WEMF-Gebiet 24: Zug</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>		
2008	[10 – 20 %]	[70 – 80 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]		
2007	[10 – 20 %]	[70 – 80 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]		
2006	[10 – 20 %]	[60 – 70 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]		
<b>WEMF-Gebiet 25: Uri, Schwyz</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Die Südostschweiz</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	
2008	[0 – 10 %]	[30 – 40 %]	[40 – 50 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	
2007	[0 – 10 %]	[30 – 40 %]	[40 – 50 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	
2006	[0 – 10 %]	[30 – 40 %]	[40 – 50 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	
<b>WEMF-Gebiet 26: St. Gallen, Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Die Südostschweiz</b>	
2008	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	
2007	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	
2006	[0 – 10 %]	[60 – 70 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	
<b>WEMF-Gebiet 27: Glarus, Obersee</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Die Südostschweiz GES</b>	<b>Zürichsee-Zeitung GES</b>	<b>Ringier (Blick)</b>
2008	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[10 – 20 %]
2007	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[10 – 20 %]	[20 – 30 %]
2006	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]
<b>WEMF-Gebiet 32: Solothurn</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Mittelland Zeitung GES</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Le Temps</b>
2008	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]
2007	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]
2006	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]

<b>WEMF-Gebiet 33: Berner Seeland</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Bieler Tagblatt</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Journal du Jura</b>
2008	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]
2007	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]
2006	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[30 – 40 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]
<b>WEMF-Gebiet 34: Berner Mittelland</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Freiburger Nachrichten</b>	<b>Mittelland Zeitung GES</b>
2008	[60 – 70 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2007	[60 – 70 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2006	[60 – 70 %]	[0 – 10 %]	[70 – 80 %]	[20 – 30 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
<b>WEMF-Gebiet 42: Schaffhausen</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Schaffhauser Nachrichten</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	
2008	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[60 – 70 %]	[10 – 20 %]	
2007	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[20 – 30 %]	[60 – 70 %]	[10 – 20 %]	
2006	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[10 – 20 %]	[60 – 70 %]	[10 – 20 %]	
<b>WEMF-Gebiet 43: Zürich</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Zürcher Oberländer GES</b>	<b>Zürichsee-Zeitung GES</b>
2008	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2007	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2006	[40 – 50 %]	[20 – 30 %]	[60 – 70 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
<b>WEMF-Gebiet 44: Thurgau</b>						
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Blick)</b>	<b>Der Landbote</b>	<b>Schaffhauser Nachrichten</b>
2008	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2007	[50 – 60 %]	[20 – 30 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
2006	[50 – 60 %]	[30 – 40 %]	[80 – 90 %]	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]

308. Tabelle 26 gibt die Marktanteile von Tamedia, der NZZ-Gruppe und der Konkurrenten für den Lesermarkt von Sonntagszeitungen wieder.

Tabelle 26: Marktanteile betroffener Lesermarkt für Sonntagszeitungen

<b>Deutschschweiz</b>					
	<b>Tamedia</b>	<b>NZZ-Gruppe</b>	<b>Tamedia &amp; NZZ-Gruppe</b>	<b>Ringier (Sonntagsblick)</b>	<b>AZ Medien AG (Sonntag)</b>
2008	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]	[40 – 50 %]	[30 – 40 %]	[10 – 20 %]
2007	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[40 – 50 %]	-
2006	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[50 – 60 %]	[40 – 50 %]	-

309. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben findet, soweit aus der Meldung ersichtlich, keine Zusammenlegung der Tätigkeiten bei der Herstellung (wie beispielsweise die journalistische Arbeit) von Printtiteln von Tamedia und der NZZ-Gruppe statt. Allerdings erfolgt durch den Zusammenschluss eine Zusammenlegung der Auslieferungsaktivität Frühzustellung. Die Frühzustellung ist bei abonnierten Zeitungen Bestandteil des Produktes, weil die Leser die Frühzustellung ihrer Zeitungen erwarten. Somit stellt die Frühzustellung für einen Printtitel einen wesentlichen Wettbewerbsfaktor dar. Unter Berücksichtigung dieses Aspekts dienen die für Tamedia

und die NZZ-Gruppe gemeinsam ausgewiesenen Marktanteile der Illustration der Grössenverhältnisse auf den Lesermärkten.

310. In allen betrachteten Gebieten besteht aktuelle Konkurrenz zu den Tageszeitungen der NZZ-Gruppe und Tamedia. Allerdings fällt diese aktuelle Konkurrenz je nach Gebiet stärker oder schwächer aus. Beispielsweise ist die NZZ-Gruppe im WEMF-Gebiet 24 (Zug) mit [70 – 80 %] das marktanteilsstärkste Unternehmen. Oder Tamedia ist zum Beispiel im WEMF-Gebiet 22 (Berner Oberland) das stärkste Unternehmen gemessen in

Marktanteilen. Im Gegensatz zu diesen Marktanteilen verfügen die NZZ-Gruppe über [0 – 10 %] und Tamedia über [10 – 20 %] im WEMF-Gebiet 42 (Schaffhausen). In diesem WEMF-Gebiet ist der marktanteilstärkste Titel die Schaffhauser Nachrichten mit [60 – 70 %].

311. Im Lesermarkt für Sonntagszeitungen teilen sich Tamedia, die NZZ-Gruppe und Ringier (Blick) den Markt im Wesentlichen. Tamedia verfügt im Jahr 2008 über einen Marktanteil von [20 – 30 %], die NZZ-Gruppe über einen Marktanteil von [20 – 30 %] und Ringier (Sonntagsblick) mit [30 – 40 %]. In den Jahren 2004 bis 2008 war der Sonntagsblick die Sonntagszeitung, welche Verluste bei der Nettoreichweite hinnehmen musste.<sup>70</sup>

## II. Potenzieller Wettbewerb

312. Im Bereich der Printmedien konnten vor allem Gratiszeitungen wie beispielsweise 20 Minuten ihre Leserzahl steigern.<sup>71</sup> Die höhere Anzahl von Lesern bei Gratiszeitungen ging teilweise zu Lasten von Tageszeitungen, wobei jüngst auch Gratistitel Verluste erlitten, bzw. eingestellt wurden. Allgemein hat die abonnierte Tagespresse in den Jahren 2004 bis 2008 fast 10 % an Reichweite verloren. Diese Beobachtungen sprechen nicht für den Lesermarkt von Tageszeitungen als interessanter Bereich für Marktzutritte.

313. Bei der Sonntagspresse ist ein schwacher Rückgang in der Reichweite im Jahr 2008 gegenüber dem Vorjahr zu beobachten.<sup>72</sup> Allerdings fanden mit den Zeitungen Südostschweiz am Sonntag, Sonntag und Zentralschweiz am Sonntag in den letzten drei Jahren Zutritte im Markt für Sonntagszeitungen statt. Somit bieten die grösseren Verlage der Schweiz eine Sonntagszeitung an.

## III. Zwischenergebnis

314. Bei den Tageszeitungen ist aktuelle Konkurrenz gegenüber der NZZ-Gruppe und Tamedia vorhanden. Diese aktuelle Konkurrenz gegenüber der NZZ-Gruppe und Tamedia fällt je nach WEMF-Gebiet stärker oder schwächer aus. Die potenzielle Konkurrenz scheint bei den Tageszeitungen eher gering zu sein.

315. Auf dem Lesermarkt für Sonntagszeitungen bieten mehrere Unternehmen ihre Titel an, welche aktuelle Konkurrenten darstellen.

### C.4.2.2.2. Frühzustellung von Zeitungen

#### I. Aktueller Wettbewerb

316. Durch das Zusammenschlussvorhaben sollen die Zuvo, die Prevag, die PVG, die EMV, der Geschäftsbereich Frühzustellung der DZO und der Geschäftsbereich der Frühzustellung der PM in die Bevo eingebracht werden. Diese Einbringung von Unternehmen und Geschäftsbereichen ergibt für die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia bei der Frühzustellung für die entsprechenden Gebiete folgende Marktanteile.

<sup>70</sup> Vgl. Mach Special 2008-2, media trend journal, S. 8 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Mach Special 2008-2, media trend journal, S. 4 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Mach Special 2008-2, media trend journal, S. 8 ff.



Tabelle 27: Marktanteile im Bereich der Frühzustellung für die Jahre 2006 bis 2008

Organisation	Gebiete	WEMF-Gebiete	Marktanteil auf das Tätigkeitsgebiet bezogen
Bevo (ehemals Bevo & EMV)	Bern Thun Berner Oberland Solothurn Biel Murten	(15,) 22, 32, 33, 34	[90 – 100 %] (ausser im Raum Solothurn, wo die Vogt-Schild Gruppe tätig ist <sup>73</sup> )
Bevo (ehemals Zuvo)	Kanton Zürich Thurgau St. Gallen Appenzell	24, 26, 27, 43, 44	[90 – 100 %]
Bevo (ehemals DZO)	Zürcherland	27, 43	[90 – 100 %]
Bevo (ehemals Prevag)	Basel Stadt Basel Land Fricktal (Sonntag)	31	[90 – 100 %]
Bevo (ehemals PVG)	Innerschweiz	21, 24	[90 – 100 %]
Epsilon (½: Post, ½: Tamedia) & Bevo FR	Genf Waadt Neuenburg Freiburg	11, 12, 13, 15	~ [60 – 70 %]
Bevo (ehemals Post/NZZ/Tamedia und DZO)	Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44	[80 – 90 %] (Jahr 2008) [80 – 90 %] (Jahr 2007) [80 – 90 %] (Jahr 2006)

317. Entsprechend diesen Angaben betragen im Bereich der Frühzustellung die Marktanteile für die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia auf fast allen Märkten [90 – 100 %]. Zudem gibt die Meldung an, dass im Gebiet Solothurn, wo die Bevo und die EMV tätig sind, auch die Vogt-Schild-Gruppe mit der Frühzustellung der Solothurner Zeitung, des Grenchner Tagblattes u. a. tätig ist. Deshalb betrage der Marktanteil der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia im Raum Solothurn, wo die Vogt-Schild-Gruppe tätig ist, weniger als [90 – 100 %]. Hierzu macht die Meldung allerdings keine zusätzlichen Angaben. Für den Raum Solothurn können im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen Angaben aus dem Zusammenschlussvorhaben Tamedia AG/Espace Media Groupe herangezogen werden: „Im Raum Solothurn ist die VS Vertriebs GmbH als Tochtergesellschaft der Vogt-Schild Gruppe in diesem Bereich tätig. Laut Schätzungen der Parteien verfügt sie über einen Marktanteil 0 – 10 %.“<sup>74</sup> Folglich verfügen die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia im Raum Solothurn über einen Marktanteil von mindestens 90 %. Dagegen schätzt die Stellungnahme

vom 10. Juni den Marktanteil der Vogt-Schild Gruppe aufgrund der den Parteien vorliegenden Informationen über Anzahl der Verträge und vertragener Exemplare, dass Vogt-Schild im Raum Solothurn grösser als die heutige Bevo ist und ca. [60 – 70 %] Marktanteil haben dürfte.

318. Für die Gebiete Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg weisen die Post und Tamedia aufgrund ihrer Beteiligungen an Epsilon und der Bevo FR einen Marktanteil von ~ [60 – 70 %] auf.

319. Die Post nahm gemäss Meldung im Frühjahr 2008 Aktivitäten im Bereich der Frühzustellung auf. Zuvor war die Post über ihre Beteiligungen an der Bevo und Epsilon in der Frühzustellung tätig.

<sup>73</sup> Im März 2009 geht die Vogt-Schild Medien Gruppe rückwirkend per 1. Januar 2009 an die AZ Medien AG über. Die AZ Medien AG ist mit ihrer Vertriebsorganisation AZ Vertriebs AG in der Frühzustellung tätig, an der die Zuvo eine Beteiligung von 25 % hält.

<sup>74</sup> Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 615, Rz. 116.

320. Grundsätzlich ist jeder vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffene Betrieb gemäss Meldung in einem anderen Gebiet tätig. Darum seien die horizontalen Überschneidungen der heutigen Frühzustellorganisationen gering. Gebietsweise Überschneidungen resultierten aus Frühzustellungen an Werktagen und Frühzustellung an Sonntagen durch unterschiedliche Unternehmen. Weitere Überschneidungen ergeben sich aus der Zustellung des Blicks durch die Post im Gebiet der Deutschschweiz.

321. Die Angaben zu den Marktanteilen zeigen, dass im Markt Frühzustellung von Zeitungen in den in Tabelle 28 aufgeführten Gebieten keine oder kaum aktuelle Konkurrenz besteht. Dass in diesen Gebieten keine oder kaum aktuelle Konkurrenz besteht, war bereits vor einem allfälligen Zusammenschlussvorhaben von Post, NZZ-Gruppe und Tamedia der Fall.

Tabelle 28: Gebiete ohne oder mit wenig aktueller Konkurrenz in der Frühzustellung

Gebiete	WEMF-Gebiete
Bern, Thun, Berner Oberland, Solothurn, Biel, Murten	(15,) 22, 32, 33, 34
Kanton Zürich, Thurgau, St. Gallen, Appenzell	24, 26, 27, 43, 44
Zürcherland	27, 43
Basel Stadt, Basel Land, Fricktal (Sonntag)	31
Innerschweiz	21, 24
Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44

322. Zum Zeitpunkt der Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist das Zusammenschlussvorhaben zwischen Tamedia und Edipresse SA bekannt ([www.tamedia.ch](http://www.tamedia.ch), besucht am 5. Mai 2009). Im Verlauf der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens genehmigte die WEKO die Übernahme der Schweizer Aktivitäten der Edipresse-Gruppe durch Tamedia. Damit ist auch der Raum bestehend aus den Gebieten Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg, ein Gebiet mit geringer aktueller Konkurrenz. In diesem Raum verfügen die Post und Tamedia über einen Marktanteil von ungefähr [60 – 70 %] für das Jahr 2008. Als Konkurrenzunternehmen verbleiben La Liberté mit einem Marktanteil von ungefähr [10 – 20 %] und SNP Société Neuchâteloise de Presse SA mit einem Marktanteil von ungefähr [10 – 20 %].

323. Ein hoher Marktanteil im Bereich der Frühzustellung hat gemäss Meldung keine Bedeutung, weil die Zustellung aufgrund der Realisierbarkeit allfälliger Verbund- und Grössenvorteile nur innerhalb einer Zustelltour ein stark lokaler Markt ist. Insofern hätte ein hoher Marktanteil im Bereich der Frühzustellung keine Bedeutung. Ein Verlag mit hoher Kundendichte könnte seine Titel selber früh zustellen oder durch einen alternativen Partner früh zustellen lassen.<sup>75</sup> Diese Möglichkeiten wären innerhalb kurzer Zeit möglich. Auch ein „hit-and-run-entry“ wäre problemlos möglich. Dies zeige die kurze Vorbereitungszeit von zwei Monaten der Post im Bereich der Frühzustellung.

324. Es ist allerdings fraglich, ob ein Verlag mit einer hohen Kundendichte seine Titel konkurrenzfähig selber zustellen kann. Momentan stellen die Post, die NZZ-Gruppe, Tamedia und Unternehmen, an denen die Zusammenschlussparteien über gemeinsame Kontrolle verfügen, die Mehrheit der Titel zu. Weil die Post, die NZZ-Gruppe, Tamedia und Unternehmen, an denen die

Zusammenschlussparteien über gemeinsame Kontrolle verfügen, die Mehrheit der Titel zustellt, können sie die Frühzustellung zu niedrigen Kosten anbieten. Für einen einzelnen Verlag ist es schwierig, diese Kosten mit einer eigenen Frühzustellung zu unterbieten, um konkurrenzfähig zu sein.

325. Ebenso ist fraglich, ob ein „hit-and-run-entry“ eines Verlages oder eines anderen Unternehmens in der Frühzustellung problemlos möglich ist. Bei einem „hit-and-run-entry“ erfolgt unter bestimmten Voraussetzungen ein augenblicklicher Markteintritt und nachfolgender Marktaustritt durch potenzielle Konkurrenten.<sup>76</sup> Charakteristisch für einen „hit-and-run-entry“ ist der Marktaustritt des zutretenden Unternehmens. Ein Verlag aber ist auf eine dauerhafte Frühzustellung seiner Titel angewiesen. Deshalb ist eine Frühzustellung durch ein „hit-and-run-entry“-Unternehmen nicht besonders geeignet. Somit ist die kurze Vorbereitungszeit der Post im Bereich der Frühzustellung kein Beleg für einen „hit-and-run-entry“: die Post ist immer noch im Markt und plant gemäss Meldung den Ausbau der heute bestehenden Frühzustellung sowie den Betrieb eines zusammenhängenden Frühzustellnetzes für Sonntagszeitungen in den der Deutschschweiz.

326. Zur Fraglichkeit eines „hit-and-run“-Eintritts eines Unternehmens entgegnet die Stellungnahme vom 10. Juni, dass das Konzept des „hit-and-run-entry“ keinen Marktaustritt voraussetzt. Dieses Konzept soll gemäss Stellungnahme vom 10. Juni illustrieren, „dass der betreffende Wettbewerber mit geringem Risiko in den Markt

<sup>75</sup> Vgl. Stellungnahme vom 3. August, [...].

<sup>76</sup> DENNIS CARLTON, JEFFREY PERLOFF, Modern Industrial Organization, 4. Ausgabe, Addison Wesley, 2004, S. 77.

ein- und austreten könnte (Bishop/Walker, *The Economics of EC Competition Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Rz. 7.83: „The firm enters because it believes that there is a profit opportunity knowing that it can exit the market relatively costlessly if the profit opportunity disappears“).“ Somit sei der Nachweis von Marktaustritten nicht erforderlich. Wie allerdings die von der Stellungnahme vom 10. Juni herangezogene Definition zeigt, ist das Wissen um relativ geringe Marktaustrittskosten Voraussetzung für einen „hit-and-run“-Eintritt. Unter welchen Kosten ein Unternehmen den Markt wieder verlassen kann, beeinflussen eben gerade den Entscheid eines Markteintritts: „An important consideration in understanding a firm’s incentive to enter an industry is, paradoxically, the firm’s ability to exit the industry.“<sup>77</sup> Unmittelbarer Markteintritt und darauffolgenden Austritt wird deshalb manchmal „hit-and-run-entry“ genannt. Weil die Post im März 2008 ein eigenes Frühzustellnetz aufbaute, dieses Zustellnetz nach wie vor betreibt und den Ausbau ihres Frühzustellnetzes plant, stellt der Markteintritt der Post kein Beispiel für einen „hit-and-run“-Eintritt dar.

327. Die Stellungnahme vom 3. August macht erneut geltend, dass der Zutritt der Post im Bereich der Frühzustellung ein Hinweis auf die Möglichkeit eines „hit-and-run“-Eintritts ist. Der Zutritt der Post sei ein Hinweis für einen möglichen „hit-and-run“-Eintritt, weil es unerheblich sei, ob die Post nur von vorneherein zeitlich begrenzt eintreten wollte oder nicht. Für die Post hätte ein Marktzutritt ein niedriges Risiko gehabt, weil sie jederzeit austreten könnte. Allerdings kann auch aufgrund dieser Argumentation der Marktzutritt der Post weiterhin nicht als Hinweis für einen „hit-and-run“-Eintritt gewertet werden. Denn unter Befolgung dieser Argumentation würde jeder Marktzutritt mit niedrigem Risiko einen Hinweis für einen „hit-and-run“-Eintritt darstellen. Dies entspräche nicht mehr der Definition eines „hit-and-run“-Eintritts.

328. Zusätzlich machen die Parteien geltend, dass die vorhandene Nachfragemacht die Marktanteile relativiere. Der aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierenden Bevo stünden als Anbieterin eine stark konzentrierte Nachfrage gegenüber, die jeweils vom lokal/regional dominanten Pressetitel geprägt sei. Weil diese gebietsweisen Nachfragemonopole bedeutend schwächer angreifbar wären, habe die Nachfrageseite eine ausserordentlich starke Verhandlungsmacht bezüglich der Konditionen der Frühzustellung. Zudem habe ein Verlagshaus stets die Option, eine eigene Frühzustellung aufzubauen. Der nachfragestarke Zeitungsverlag verfüge aufgrund seines erheblichen Abonnentenkreises über ein hinreichendes Zustellvolumen für den raschen Aufbau einer Zustellorganisation. Diese Situation eines zweiseitigen Monopols führe zu einer sehr schwachen Verhandlungsposition des Anbieters und somit zu einer zusätzlichen Relativierung der vorhandenen Marktanteile.<sup>78</sup>

329. In den betrachteten Gebieten besteht die stark konzentrierte Nachfrage aus den Verlagen NZZ-Gruppe und Tamedia selber oder aus Verlagen, welche die Frühzustellung in Kooperation mit der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia durchführen oder durchführen lassen. Somit fallen die Verlage mit einem erheblichen Abonnentenkreis als Unternehmen mit Nachfragemacht weg. Die anderen Verlage verfügen über eine Gegenmacht entsprechend ihres Abonnentenkreises. Ohne erheblichen

Abonnentenkreis verfügen diese anderen Verlage über keine erhebliche Nachfragemacht.

330. Zur Nachfragemacht von Verlagen ergänzt die Stellungnahme vom 10. Juni, dass die entsprechenden Verlage schon heute an verschiedenen Frühzustellorganisationen beteiligt sind. Es sei nicht ersichtlich, wie der Nachfragedruck durch die Verlage aufgrund der neuen Bevo wegfielen. Tamedia und die NZZ-Gruppe könnten die Bevo verlassen und könnten diesen Umstand gegenüber der Bevo ausspielen. Andere Verlage müsste die Bevo gemäss Aktionärsbindungsvertrag diskriminierungsfrei behandeln, sodass die Nachfragemacht der beteiligten Verlage indirekt auch Drittverlagen zugute kommen werde.

331. Die Meldung und die Stellungnahme vom 10. Juni berufen sich auch auf das Urteil „Bronner“ des Europäischen Gerichtshofes (Bronner-Urteil, Urteil vom 26. November 1998, RS. C-7/97, Slg. 1998, I-7791). Bronner, ein österreichisches Verlagshaus, verlangte Zugang zum landesweiten Vertriebssystem von Mediaprint, dem grössten Zeitungsverlagshause Österreichs. Diesen Zugang verlangte Bronner gegen ein angemessenes Entgelt. Der Europäische Gerichtshof wurde dann von einem österreichischen Gericht angefragt, ob die Verweigerung des Zugangs gegenüber Bronner durch Mediaprint zu ihrem Zustellnetz den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Zur Begründung, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliege, machte Bronner geltend, die Postzustellung, die in der Regel erst am späten Vormittag erfolge, stelle keine gleichwertige Alternative zur Hauszustellung dar. Ausserdem wäre es für sie angesichts ihrer geringen Abonnentenzahl völlig unrentabel, eine eigene Hauszustellung zu organisieren.

332. Zur Fragestellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wies der Europäische Gerichtshof das österreichische Gericht zuerst auf die Marktabgrenzung hin. Insbesondere sei zu prüfen, ob die Hauszustellungssysteme einen besonderen Markt darstellen oder ob andere Arten des Zeitungsvertriebs, wie der Laden- oder Kioskverkauf oder die Postzustellung mit ihnen in einem Masse austauschbar sind, dass sie ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Ob eine marktbeherrschende Stellung von Mediaprint vorlag, entschied der Europäische Gerichtshof nicht abschliessend. Der Europäische Gerichtshof äusserte sich zu einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung folgendermassen: Wenn sich „ergeben sollte, dass ein besonderer Markt für Hauszustellungssysteme besteht und dass zwischen dem landesweit betriebenen System der Antragsgegnerinnen und anderen, regionalen Systemen kein ausreichender Grad der Austauschbarkeit besteht, so folgte daraus zwingend, dass die Antragsgegnerinnen, die nach den

<sup>77</sup> DENNIS CARLTON, JEFFREY PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 4. Ausgabe, Addison Wesley, 2004, S. 77.

<sup>78</sup> Die Meldung verweist in dieser Hinsicht auf *The Monopolies Commission, Cigarette Filter Rods: A Report on the Supply and Exports of Cigarette Filter Rods*, Juli 1969, S. 57, Tz. 187 ff.; SIMON BISHOP, MIKE WALKER, *The Economics EC Competition Law Concepts*, 2. Auflage, 2002, Rz. 7.81.

Angaben des Vorlagebeschlusses Betreiberin des einzigen landesweiten Hauszustellungssystems in Österreich sind, auf dem so definierten Markt eine tatsächliche Monopolstellung und damit eine beherrschende Stellung innehaben.“

333. Zur Frage eines Missbrauches war der Europäische Gerichtshof der Ansicht, dass keiner vorlag. Die Verweigerung des Zugangs von Bronner durch Mediaprint stellte nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes keinen Missbrauch dar, weil für Tageszeitungen andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf, bestünden - auch wenn sie für den Vertrieb bestimmter Tageszeitungen weniger günstig sein dürften - und von den Verlegern dieser Tageszeitungen auch in Anspruch genommen würden. Zudem wären keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, jedem anderen Verleger von Tageszeitungen - allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern - die Errichtung eines eigenen landesweiten Hauszustellungssystems und dessen Nutzung für den Vertrieb der eigenen Tageszeitungen unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren. Schliesslich genüge die Behauptung, dass die Schaffung eines solchen Systems wegen der geringen Auflagenhöhe der zu vertreibenden Zeitung oder Zeitungen unrentabel sei, nicht dafür, dass die Schaffung eines solchen Systems keine realistische potentielle Alternative darstelle und daher der Zugang zum bestehenden System unverzichtbar sei. Der Zugang zum bestehenden System könnte nur dann als unverzichtbar angesehen werden, wenn zumindest dargetan wäre, dass es unrentabel wäre, für den Vertrieb von Tageszeitungen mit einer Auflagenhöhe, die mit derjenigen der anhand des vorhandenen Systems vertriebenen Tageszeitungen vergleichbar wäre, ein zweites Hauszustellungssystem zu schaffen.

334. Wie bereits erwähnt, beurteilte der Europäische Gerichtshof im Fall Bronner die Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung von Mediaprint nicht abschliessend. Aber beim Zusammenschlussvorhaben zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia ist die Fragestellung nach einer marktbeherrschenden Stellung zentral. Es geht beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht um die Beurteilung eines allfälligen Missbrauchs durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Zudem wird der alternative Vertriebsweg der Postzustellung (Tageszustellung), den der Europäische Gerichtshof im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben als mögliche Alternative zur Frühzustellung nennt, von einer der Zusammenschlussparteien angeboten. Des Weiteren stellt die Tageszustellung via Post im vorliegenden Fall kein genügendes Substitut zur Frühzustellung dar. Andernfalls gehörten die Tageszustellung und die Frühzustellung zum gleichen sachlich relevanten Markt.

335. Die Stellungnahme vom 3. August bringt vor, dass sich die Parteien nie auf den Aspekt der Beurteilung eines allfälligen Missbrauchs im Fall Bronner berufen hätten ([...]). Die Beurteilung des Europäischen Gerichtshofes im Fall Bronner sei vor allem in Bezug auf den potenziellen Wettbewerb aufschlussreich. Es werde dargelegt, dass ein Wettbewerber ein alternatives Netz ohne weiteres aufbauen könne und belege die von den

Parteien geltend gemachte Angreifbarkeit der Frühzustellung.

336. Wie oben ausgeführt, behandelt der Europäische Gerichtshof im Fall Bronner die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Namentlich geht es um die Fragestellung der wesentlichen Einrichtung (essential facility): Unter welchen Bedingungen ist ein Marktbeherrscher nicht verpflichtet, Einrichtungen, die er mit leistungsgerechten Mitteln geschaffen hat, mit Wettbewerbern zu teilen?<sup>79</sup> Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall Bronner wird dann zusammen mit anderen Urteilen als Praxisbildung zur wesentlichen Einrichtung herangezogen. Fälle mit Bezug zu wesentlichen Einrichtungen weisen Besonderheiten auf, welche es rechtfertigen, diese Fälle in einer gesonderten Fallgruppe zusammenzufassen.

## II. Potenzieller Wettbewerb

337. Für die Erbringung der Dienstleistung Frühzustellung besteht keine Konzessionspflicht. Denn die sogenannte Wettbewerbsdienste nach Art. 10 ff. VPG, zu denen auch die Frühzustellung zählt, fallen nicht unter die Konzessionspflicht ([www.postreg.admin.ch](http://www.postreg.admin.ch), besucht am 5. Mai 2009).

338. Rechtliche Vorschriften, welche einen Markteintritt erschweren können, bestehen aufgrund des Sonntags- und Nachtfahrverbots. Art. 91 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11) sieht ein grundsätzliches Sonntags- und Nachtfahrverbot für schwere Motorwagen, gewerbliche Traktoren und Arbeitsmotorwagen, bestimmte Sattelmotorfahrzeuge sowie Fahrzeuge, die einen Anhänger mit einem zulässigen Gesamtgewicht von über 3,5 Tonnen mitführen, vor. Gemäss Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV sind im Rahmen der Beförderung von Briefen und Paketen Fahrten der Schweizerischen Post im Rahmen der Universaldienstverpflichtung (Art. 2 des Postgesetzes vom 30. April 1997; PG; SR 783.0) von diesem grundsätzlichen Verbot ausgenommen. Dabei kann die Post bei solchen Fahrten einen Viertel des Ladevolumens mit Transportgütern aus dem Bereich der Wettbewerbsdienste auffüllen. Dadurch kann die Post ein grosses Volumen an Zeitungen an Sonntagen und in der Nacht transportieren, während dies für andere Unternehmen verboten ist. Gerade bei der Frühzustellung ist der Transport an Sonntagen und in der Nacht entscheidend, weil die Zeitungen den Abonnenten frühmorgens zugestellt werden müssen.

339. In den Wettbewerbsdiensten betrifft die Ausnahme der Post vom Sonntags- und Nachtfahrverbot einen Viertel ihres Ladevolumens. Dadurch kann die Post zu den Zeiten des Sonntags- und Nachtfahrverbots für die Frühzustellung notwendige Transporte durchführen. Einem potenziellen Konkurrenten ist dies nicht möglich. Folglich

<sup>79</sup> Vgl. WERNHARD MÖSCHEL, in: Immenga/ Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG /Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Art. 82 EGV Rz. 239; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 67, Fn. 53.

ist das Zeitfenster für die Durchführung von für die Frühzustellung notwendigen Transporten für potenzielle Konkurrenten kleiner im Vergleich zum Zeitfenster der Post. Dies bedeutet ein Wettbewerbsnachteil bei einem Marktzutritt von potenziellen Konkurrenten gegenüber der Post.

340. In der Befragung vom 28. April 2009 wurde auch die Frage nach allfälligen rechtlichen Vorschriften gestellt, welche einen Markteintritt im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen erschweren oder verunmöglichen könnten. Von den mit dem Fragebogen für Frühzustellung von Zeitungen befragten Kreise wurden das Sonntags- und Nachtfahrverbot nicht als rechtliche Vorschrift erwähnt, welche einen Markteintritt erschweren oder verunmöglichen könnte. Dagegen nannten etwas mehr als 40 % der mit dem Fragebogen für Zustelldienste befragten Kreise das Sonntags- und Nachtfahrverbot als rechtliche Vorschrift, welche für private Anbieter den Markteintritt in die Frühzustellung von Zeitungen erschweren oder verunmöglichen könnte.

341. Dagegen vertritt die Stellungnahme vom 10. Juni, dass das Nachtfahrverbot der Post in der Frühzustellung keinen besonderen Wettbewerbsvorteil schaffe und somit auch nicht potenziellen Wettbewerb behindere. In der Frühzustellung müssten Zeitungen von der Druckerei oder von Zwischenlagern in der Nacht an die Depots geschafft werden, wo sie die Verträge in kleinen Bündeln auf ihre Handkarren, Mopeds, u. ä. aufladen würden. Es gäbe in der Schweiz tausende solcher Depots. Diese Depots könnten mit Lastwagen von mehr als 3.5 Tonnen Gesamtgewicht nicht sinnvoll bedient werden. Eine sinnvolle Bedienung erfolge durch kleine Transportwagen. Diese fielen nicht unter das Nachtfahrverbot. Zudem gehöre der Transport zu den Depots nicht zur eigentlichen Frühzustellung. Dies belege [...].

342. Allerdings schliesst der Mustervertrag nicht aus, dass die Post in Verbindung mit der Frühzustellung auch den Transport zu den Depots vornimmt. Zudem bieten Lastwagenhersteller Transportwagen spezifisch für den Verteilverkehr. Diese Lastwagen verfügen über ein Gesamtgewicht von mehr als 3.5 Tonnen. Als Beispiel können der Volvo FL oder der Mercedes Atego dienen (www.volvo.com und www.mercedes.ch beide besucht am 23. Juni 2009). Diese Lastwagen sind für eine schnelle Ware Zustellung noch vor dem morgendlichen Berufsverkehr und für Auslieferungsfahrten durch enge Gassen oder Zufahrten konzipiert.

343. Wie die Stellungnahme vom 10. Juni erachtet auch die Stellungnahme vom 3. August das Nachtfahrverbot als keine rechtliche Markteintrittsschranke. Die Logistik habe sich darauf eingestellt und verwende Fahrzeuge, welche vom Nachtfahrverbot nicht erfasst seien. Zudem

gehöre der Transport der Titel zu den Verträge depots gar nicht zur Frühzustellung. Selbst wenn die Post diese Dienstleistung erbringen würde, erachtet die Stellungnahme vom 3. August eine Belieferung mit den von der Post nachts gefahrenen Lastwagen als abwegige Annahme.

344. Gemäss Meldung sind den beteiligten Unternehmen in den letzten fünf Jahren keine Marktzutritte bekannt. Zu Marktzutritten ergänzt die Stellungnahme vom 10. Juni die Meldung mit Angaben zu Marktzutritten. Jüngere Beispiele, welche „den Walliser Boten, die Vogt-Schild Gruppe und im Tessin Corriere del Ticino betreffen,“ widerlegten die Darstellung der vorläufigen Prüfung, dass für Verlage der Aufbau einer eigenen Frühzustellung schwierig sei. Der Walliser Bote würde im Wallis seit März 2004 vom Verlag selbst vertragen. Im Tessin führe der Verlag Corriere del Ticino die Frühzustellung seit dem Jahr 2009 selbst durch. Diese Beispiele würden zeigen, dass der Aufbau einer Frühzustellorganisation regional möglich sei. In der Stellungnahme vom 3. August wird erneut geltend gemacht, dass die Beispiele die Möglichkeit des Aufbaus einer Frühzustellorganisation belegen. Als Beleg für die Möglichkeit des Aufbaus einer Frühzustellorganisation spiele es keine Rolle, wo der Aufbau stattfindet.

345. Diese von der Stellungnahme vom 10. Juni und der Stellungnahme vom 3. August dargelegten Beispiele für Marktzutritte als Gegenbeweise für einen schwierigen Aufbau einer eigenen Frühzustellung von Verlagen sind kritisch zu werten. Denn erstens erfolgt der Marktzutritt des Corriere del Ticino und des Walliser Boten nicht in einem der vorliegend betroffenen Märkte. Für den Raum Tessin bestehen aufgrund der Angaben in der Meldung weder bei der Frühzustellung von Zeitungen, noch bei den Lesermärkten betroffene Märkte. Ähnliches gilt für den Marktzutritt des Walliser Boten. Der Raum Wallis wird kein Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo sein, wie die Stellungnahme vom 3. August ausführt ([...]). Zweitens bietet sich mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben gemäss Meldung die Gelegenheit, die heute bestehende Frühzustellung auszubauen und in der Deutschschweiz neu ein zusammenhängendes Frühzustellnetz für Sonntagszeitungen zu betreiben. Somit sind die Situationen vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia nicht mittelbar miteinander vergleichbar.

346. Zu den Kosten, welche ein Marktzutritt verursacht, macht die Meldung für verschiedene Gebiete Angaben. Diese Kosten sind in Tabelle 29 dargestellt. Bei diesen Marktzutrittskosten handelt es sich um die Kosten zur Schaffung der Voraussetzungen für eine Tätigkeit in dem entsprechenden Gebiet. Es handelt sich nicht um die Kosten für den laufenden, operativen Betrieb.

Tabelle 29: Marktzutrittskosten im Bereich Frühzustellung für verschiedene Gebiete

Gebiet	Kosten	
Deutschschweiz	Kosten für Personal	CHF [...]
	Projektkosten	CHF [...]
	Büroinfrastruktur	CHF [...]
		CHF [...]
Ausgewählte Orte in der Deutschschweiz (Agglomerationen Basel, Bern, Luzern, St. Gallen, Zug und Zürich, die sich in die Gebiete Berner Ober-, See- und Mittelland, Schwyz, Uri, Appenzell, Aargau, Solothurn, Schaffhausen und Thurgau erstrecken.	Kosten für Personal	CHF [...]
	Projektkosten	CHF [...]
	Miete	CHF [...]
	Total	CHF [...]
Romandie	Kosten für Personal	CHF [...]
	Projektkosten	CHF [...]
	Miete	CHF [...]
	Total	CHF [...]
St. Galler Rheintal (Markteintritt anhand des „Rheintalers“ im St. Galler Rheintal)	Kosten für Personal	CHF [...]
	Projektkosten	CHF [...]
	Miete	CHF [...]
	Total	CHF [...]

347. Die Dauer für die Durchführung eines Markteintritts beträgt je nach Grösse des zu bearbeitenden Gebietes zwischen [...] und [...]. So dauert ein Marktzutritt in der Deutschschweiz ungefähr [...]. Ein Marktzutritt in den ausgewählten Orten der Deutschschweiz, der Romandie oder des St. Galler Rheintals dauert ungefähr [...].

348. Wie bereits erwähnt, besteht in den verschiedenen Gebieten bereits vor dem Zusammenschluss keine oder kaum aktuelle Konkurrenz. Im Fall Tamedia AG/Espace Media Groupe (RPW 2007/4, S. 615, Rz. 117 m. a. H.) geht die WEKO im Bereich der Frühzustellung von der Existenz einer Konkurrenz um den Markt aus. Diese Konkurrenz um den Markt wird von den potenziellen Konkurrenten geführt. Bei diesen potenziellen Konkurrenten handelt es sich um die Post, die Verfassungsorganisationen, die bisher in anderen Gebieten tätig sind, oder Unternehmen aus dem Bereich Direktmarketing.

349. Von diesen potenziellen Konkurrenten scheidet die Post durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aus.

350. Ebenso entfallen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als potenzielle Konkurrenz die meisten von den Verfassungsorganisationen, die bisher in anderen Gebieten tätig sind. Denn die Bevo, die EMV, die Zuvo, die Frühzustellung der DZO, die Prevag, die PVG und die Frühzustellung der Post werden in der Bevo zusammengelegt. Auch die Schazo AG und die Südostschweiz Pressevertrieb AG können nicht als potenzielle Konkurrenz gelten. Über diese beiden Unternehmen übt die in die Bevo eingehende Zuvo zusammen mit dem jeweiligen Drittaktionär die gemeinsame Kontrolle aus. Aus denselben Gründen stellen die AZ Vertriebs AG und Epsilon keine potenzielle Konkurrenz dar. Die in die Bevo

eingehende Zuvo hält eine Beteiligung von 25 % an der AZ Vertriebs. Über Epsilon üben die Post und Tamedia seit Genehmigung der Übernahme der Schweizer Aktivitäten der Edipresse-Gruppe durch Tamedia gemeinsame Kontrolle aus.

351. Zur potenziellen Konkurrenz gibt die Meldung an, dass jedes Unternehmen in der Lage ist, eine Frühzustellung aufzubauen. Der Aufbau einer Frühzustellung eigne sich für Unternehmen mit spezifischem Know-How oder einer bestehenden Grundauslastung. Somit kämen Verlagshäuser, Anbieter von Kurier- und Expressleistungen, Zustellorganisationen für nichtadressierte Sendungen und ausländische Postgesellschaften in Frage. Als potenzielle Konkurrenz nennt die Meldung folgende Unternehmen:

- Vogt-Schild Gruppe,
- Lokal dominierende Verlage,
- swissdirectmail,
- Migros,
- Coop,
- Ringier,
- Valora,
- Regionale Kurierdienste.

352. Mit swissdirectmail nennt die Meldung auch Unternehmen aus dem Bereich Direktmarketing, welche potenzielle Konkurrenten im Wettbewerb um den Markt darstellen könnten. Bei swissdirectmail handelt es sich um einen privatwirtschaftlich organisierten Verbund von Schweizer Verfassungsorganisationen. swissdirectmail

verteilt unadressierte Werbesendungen (www.swissdirect mail.ch, besucht am 12. Mai 2009).

353. Ausländische Unternehmen, welche die Frühzustellung in der Schweiz aufnehmen könnten, sind gemäss Meldung:

- Arriva GmbH (Südkurier D),
- Fiege Gruppe F-Log (D),
- Redmail GmbH (A),
- TNT (NL),

- Deutsche Post (DHL, D),
- La Poste (F).

354. Einige in der Meldung als potenzielle Konkurrenz genannten Unternehmen stammen gegenüber der Frühzustellung aus anderen Bereichen der Zustelldienstleistungen. Zur Beurteilung dieser Unternehmen als potenzielle Konkurrenz, müssen die Verhältnisse in diesen anderen Zustelldienstleistungen herangezogen werden. Eine Übersicht der Zustelldienstleistungen in der Schweiz sind in Tabelle 30 aufgeführt.

Tabelle 30: Zustelldienstleistungen der Post (www.postreg.admin.ch, besucht am 13. Mai 2009)

Grundversorgung		Wettbewerbsdienste
Reservierte Dienste (Monopol)	Nicht reservierte Dienste	
Adressierte inländische und aus dem Ausland eingehende Briefe bis 100 g (1. Juli 2009 50 g)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adressierte inländische und aus dem Ausland eingehende Briefe über 100 g</li> <li>- Adressierte Pakete bis 20 kg</li> <li>- Briefe ins Ausland</li> <li>- Ein- / Auszahlungen und Überweisungen</li> <li>- Abonnierte Zeitungen und Zeitschriften im ordentlichen Zustellgang</li> </ul>	<p>Wichtigste Beispiele:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nicht adressierte inländische Briefe und Pakete bis 20 kg</li> <li>- Pakete über 20 kg</li> <li>- Express</li> <li>- Abonnierte Zeitungen und Zeitschriften in der Frühzustellung</li> </ul>

355. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sind die Grössenverhältnisse bei diesen Zustelldiensten zu berücksichtigen, weil die Mehrheit der von der Meldung als potenzielle Konkurrenz angegebenen Unternehmen in teilweise diesen Zustelldienstleistungen tätig

sind. Zu den Grössenverhältnissen bei den Zustelldienstleistungen macht die Meldung Angaben für die folgenden Bereiche. Es handelt sich dabei um eine Betrachtung, welche die gesamte Schweiz umfasst.

Tabelle 31: Grössenverhältnisse für die gesamte Schweiz bei den Zustelldienstleistungen

Bereich	Unternehmen	Anteil		
		2006	2007	2008
Briefe national (über 100 g)	Post	[90 – 100 %]	[90 – 100 %]	[90 – 100 %]
Briefe Import	Post	≈ [90 – 100 %]	≈ [90 – 100 %]	≈ [90 – 100 %]
Abonnierte Zeitungen (Tageszustellung)	Post	[90 – 100 %]	[90 – 100 %]	[90 – 100 %]
Sendungen ohne Adresse	Post	[50 – 60 %]	[50 – 60 %]	[50 – 60 %]
	Epsilon (Post & Tamedia)	[10 – 20 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	DMC (50 % Post)	[10 – 20 %]	[10 – 20 %]	[10 – 20 %]
	swissdirect-mail	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]
Pakete	Post	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]	[70 – 80 %]
	DHL	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	DPD	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	Sonstige	[10 – 20 %]	[10 – 20 %]	[10 – 20 %]
Kurier & Express (gleichtags)	Post	[40 – 50 %]	[40 – 50 %]	[50 – 60 %]
	Citytrans Kurier	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	Kurier AG ZH	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	NES AG	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	Sonstige	[30 – 40 %]	[30 – 40 %]	[20 – 30 %]

356. Die Angaben in Tabelle 31 zeigen, dass die Post in allen Bereichen der Zustelldienstleistungen das in Anteilen gemessen stärkste Unternehmen ist. Im Bereich unadressierte Sendungen machen die Unternehmen, an denen die Post keine Beteiligungen hält, einen Anteil von [20 – 30 %] im Jahr 2008 aus. Es handelt sich dabei um die Unternehmen des Verbundes swissdirectmail. Bei der Paketzustellung halten die Konkurrenten im Jahr 2008 insgesamt einen Anteil von [20 – 30 %]. Dieser Anteil von [20 – 30 %] teilt sich auf die zwei Unternehmen DHL, DPD und Sonstige auf. Im Bereich der Kurier & Express-Zustellung machen die Konkurrenzunternehmen im Jahr 2008 zusammengefasst [40 – 50 %] aus. Dies sind die zwei Unternehmen Citytrans Kurier, die Kurier AG ZH und Sonstige. In den anderen betrachteten Bereichen bedient die Post zwischen [90 – 100 %] und [90 – 100 %] der Kundschaft.

357. Folglich sind die Unternehmen mit Tätigkeiten in Zustelldienstleistungen im Vergleich zur Post gemessen in Marktanteilen kleiner. Aufgrund dieser Grössenverhältnisse ist die Bedeutung dieser Unternehmen als potenzielle Konkurrenz fraglich.

358. Im Zusammenhang mit potenzieller Konkurrenz steht die Darlegung der Meldung, dass es sich bei der Frühzustellung um ein natürliches Monopol handelt. Weil

es sich bei der Frühzustellung um ein natürliches Monopol handle, seien die mitunter hohen Marktanteile der von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Unternehmen oder Unternehmensteile ohne Aussagekraft für deren Marktmacht in den betreffenden Regionen. Die jeweils hohen Marktanteile resultierten aus dessen besonderer Beschaffenheit und gäben isoliert betrachtet keinen Aufschluss über die Marktmacht.

359. Zu den natürlichen Monopolen berufen sich die Meldung und die Stellungnahme vom 3. August ([...]) auf die Wettbewerbskommission und ökonomische Literatur. Bei der Abstützung auf die Wettbewerbskommission gibt die Meldung an: „In gängiger Praxis hat die Wettbewerbskommission festgestellt, dass es sich bei der Frühzustellung um natürliche Monopole handelt (Tamedia AG/Espace Media Groupe, RPW 2007/4, S. 615, Rz. 117; AZ Vertriebs AG, S. 157, Rz. 17; Südostschweiz Pressevertrieb AG, RPW 2000/2, S. 230).“ Allerdings geht die Wettbewerbskommission in den zitierten Entscheidungen davon aus, dass die Struktur des Marktes bei der Frühzustellung Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist. Damit stellt die Wettbewerbskommission aber nicht, wie von der Meldung und der Stellungnahme vom 3. August behauptet, fest, dass es sich bei der Frühzustellung um ein natürliches Monopol handelt. Für die Wettbewerbskommission weist die Frühzustellung



Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf. Wegen dieser Eigenschaften eines natürlichen Monopols folgt die Wettbewerbskommission in ihren bisherigen Entscheidungen, dass es kaum zu aktueller Konkurrenz im Markt kommen wird. Vielmehr existiert eine Konkurrenz um den Markt, welcher durch die potenziellen Konkurrenten geführt wird.

360. Gemäss Stellungnahme vom 3. August werden in der Schweiz die niedrigsten Durchschnittskosten erreicht, wenn nur eine Organisation das auf eine Route entfallende Volumen verträgt ([...]). Deswegen sei die Frühzustellung ein natürliches Monopol. Eine empirische Studie zur Tageszustellung adressierter Briefsendungen in der Schweiz<sup>80</sup> belege diese Feststellung: „The finding shows that the cost of serving a market of size  $y$  over a municipal territory with one delivery unit is lower than the cost of serving the same market with  $n$  competitive delivery units that install parallel facilities everywhere. Therefore, side-by-side competition is less cost-efficient than the monopolistic distribution of postal services.“ Diese Erkenntnis für die Tageszustellung adressierter Briefsendungen sei uneingeschränkt analog auf die Frühzustellung anwendbar.

361. Damit sei empirisch belegt, dass die Frühzustellung durch eine einzige Organisation am kosteneffizientesten sei, selbst in städtischen Gebieten (Stellungnahme vom 3. August, [...]). Dazu nennt die Stellungnahme vom 3. August eine Analyse von Cohen und Chu sowie von Roy.<sup>81</sup> Cohen und Chu zeigen, dass die Zustellkosten mit zwei Unternehmen rund 50 % höher seien als durch ein Unternehmen. Roy schliesst auf eine geringere Subadditivität in der Stadt. Aber die Zustellung sei auch dort ein natürliches Monopol. Die Stellungnahme vom 3. August erwähnt auch andere Literatur zu natürlichen Monopolen in der Zustellung. Diese andere empirische Literatur weist darauf hin, ein natürliches Monopol in Städten mit vielen Geschäftskunden nicht gegeben sein könnte.<sup>82</sup> Dieses Resultat beziehe sich aber auf die Tageszustellung von Briefsendungen. Geschäftskunden erhielten diese in ein Postfach zugestellt oder mittels spezieller Zustellfahrten ausserhalb der normalen Touren. Dies sei allerdings für die Frühzustellung irrelevant, da die Verträge keine Massenerlieferung an einzelne Empfänger machen würden und dies auch nicht könnten. Aufgrund dieser Resultate sei praktisch auszuschliessen, dass in der Schweiz auf denselben Routen langfristig zwei Anbieter parallel tätig sein könnten. Selbst bei der dichtesten Besiedelung wäre es notwendig, dass beide einen Marktanteil nahe bei 50 % hätten. Falls aber in einem Gebiet nur eine auflagenstärkste Zeitung existiere, wäre eine 50:50-Verteilung gar nicht möglich. Gerade bei sinkenden Auflagenzahlen sei ein Nebeneinander von Frühzustellorganisationen zu teuer habe in der Schweiz und in ausländischen Frühzustellmärkten noch nie Bestand gehabt.

362. Dazu gilt es festzuhalten, dass ein Teil der in der Stellungnahme vom 3. August zitierten Literatur bei der Fragestellung des natürlichen Monopols auf die Verhältnisse in der Siedlungsdichte hinweisen.<sup>83</sup> Bei der Zustellung könne man davon ausgehen, dass in ländlichen Regionen deutliche Dichtevorteile existierten. Somit sei dort ein natürliches Monopol gegeben. Dies sei hingegen in städtischen Gebieten fraglich und dürfte je nach Be-

siedlungsstruktur und nach dem Anteil von privaten und geschäftlichen Empfängern unterschiedlich sein. In gewerblichen und Bürogebieten bestünden keine bedeutsamen Subadditivitäten. Zudem gilt es festzuhalten, dass das Resultat der Studie zur Tageszustellung adressierter Briefsendungen in der Schweiz für die Kosten der Bedienung eines Marktes mit einer Grösse  $y$  für ein Gemeindegebiet gilt (*cost of serving a market of size  $y$  over a municipal territory*). Dies ist keine Aussage für ein räumliches Gebiet, welches aus mehreren Gemeinden besteht, wie dies bei Tätigkeitsgebieten von Frühzustellorganisationen der Fall ist.

363. Zur Angreifbarkeit von natürlichen Monopolen stützt die Meldung für ökonomische Literatur auf Knieps als Beispiel ab.<sup>84</sup> Zusätzlich verweist die Meldung auf andere Literatur.<sup>85</sup> Aufgrund der ökonomischen theoretischen und angewandten Literatur sei es unbestritten, „dass die (Früh-) Zustellung ein angreifbares natürliches Monopol darstellt (Zum Beispiel Knieps, Does the System of Letter Conveyance constitute a bottleneck resource?, S. 12, Beilage 27 Meldung: „...economies of scale, however, are not combined with irreversible costs, as both delivery personnel and delivery vehicles are mobile factors, their deployment not irreversibly tied to a specific delivery district.“).“ Gemäss Meldung ist der Grossteil der in der Zustellung anfallenden Kosten fix (d. h. mengenunabhängig) und stellt im Wesentlichen Personalkosten dar. Diese niedrigen Anfangsinvestitionen könnten leicht wieder rückgängig gemacht werden. Dadurch verringere sich das unternehmerische Risiko. Es bestünden keine Marktzutrittschranken in Form von sunk costs. Die Zustellung gelte daher in der ökonomischen Literatur als problemlos angreifbar; „es besteht keine Markt-Irreversibilität.“

<sup>80</sup> MEHDI FARSI, MASSIMO FILIPPINI, URS TRINKNER, Economies of scale, density and scope in Swiss Post's Mail Delivery, in: Liberalization of the Postal and Delivery Sector, Crew/Kleindorfer [Hrsg.], Edward Elgar, 2006, S. 100.

<sup>81</sup> ROBERT COHEN, EDWARD CHU, A Measure of Scale Economies for Postal Systems, in: Managing Change in the Postal Delivery Industries, Crew/Kleindorfer [Hrsg.], Boston, Dordrecht, London: Kluwer, 1997, S. 115 – 132; BERNARD ROY, Analyse techno-économique des coûts des travaux extérieurs de la distribution postale, in: Economie Postale, Toledano [Hrsg.], Economica, S. 166.

<sup>82</sup> JÖRN KRUSE, ANDREAS LIEBE, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, Ökonomische Studie im Auftrag des Bundesverbandes Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Januar 2005, S. 32.

<sup>83</sup> JÖRN KRUSE, ANDREAS LIEBE, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, Ökonomische Studie im Auftrag des Bundesverbandes Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Januar 2005, S. 42.

<sup>84</sup> GÜNTER KNEIPS, Does the System of Letter Conveyance Constitute a Bottleneck Resource?, Papier präsentiert am Königswinter Seminar, Contestability and Barriers to Entry in Postal Markets, November 2002, revidierte Version, Dezember 2002.

<sup>85</sup> JÖRN KRUSE, ANDREAS LIEBE, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, HWWA Report 257, Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv, 2005; JOHN C. PANZAR, Reconciling Competition, Downstream Access and Universal Service in Postal Markets, in: Postal and Delivery Services: Delivering on Competition, Crew/Kleindorfer [Hrsg.], 2003; JOHN C. PANZAR, Are Postal Markets contestable?, in: Contestability and Barriers to Entry in Postal Markets, Kuhlentkampff/Niederprüm [Hrsg.], 2002; SECO, Bericht zur Dienstleistungsliberalisierung im Vergleich zur EU, 2005; STEPHAN VATERLAUS, HEIKE WORM, JÖRG WILD, HARALD TELSNER, Liberalisierung und Performance in Netzsektoren, Strukturberichterstattung, im Auftrag des SECO, 2003; STEPHAN VATERLAUS, PATRICK ZENHÄUSERN, Postmarkt Schweiz: Folgerungen aus dem schwedischen Beispiel und der ökonomischen Theorie, Die Volkswirtschaft, 2007.

364. Die Stellungnahme vom 3. August macht ergänzende Angaben zur Angreifbarkeit von Zustellmonopolen. In der Literatur würden Zustellmonopole einhellig als angreifbar angesehen: „Im Ergebnis gilt, dass bei der Zustellung keine signifikanten Markt-Irreversibilitäten bestehen. Wenn dies als Einzeldienstleistung marktfähig wäre, würden diese Märkte aufgrund fehlender Irreversibilität, und weil auch keine anderen (genügend hohen) Markteintrittsbarrieren ersichtlich sind, weitgehend bestreitbar sein. Auch ein monopolistisches Zustellunternehmen, das zu teuer anbietet, müsste grundsätzlich mit Markteintritt rechnen. Die Marktkräfte würden die Preise in der Nähe der effizienten halten.“<sup>86</sup> Die Vertragung gelte als klassisches Beispiel einer Branche mit geringen „sunk costs“.<sup>87</sup> Aufgrund der Literatur zur Zustellung und der Unabhängigkeit einzelner Touren einer Frühzustellorganisation sowohl in betriebswirtschaftlicher als auch in logistischer Sicht ist gemäss Stellungnahme vom 3. August ein Marktzutritt in der Frühzustellung lokal beschränkt möglich ([...]). Zudem seien die erforderlichen Investitionen zum Aufbau einer Frühzustellorganisation niedrig und jederzeit reversibel. Dies führe zu einem geringen unternehmerischen Risiko eines Markteintritts.

365. Gemäss Stellungnahme vom 3. August beziehen sich diese Ausführungen sowie sämtliche weitere empirische Literatur zur Angreifbarkeit der Zustellung auf die Tageszustellung. Die Tageszustellung werde trotz der engen Verbundenheit mit dem vorgelagerten Prozess der Sortierung als angreifbar angesehen. Demgegenüber sei die Frühzustellung logistisch völlig unabhängig von vorgelagerten Prozessen und somit einzeln marktfähig. Eine vertikale Verbundenheit zwischen Verlag und Frühzustellorganisation begründe aus logistischen Gründen keine Einschränkung der Angreifbarkeit.

366. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann jedoch nicht von einer problemlosen Angreifbarkeit der Frühzustellung ausgegangen werden. Der Grund ist die vertikale Verbundenheit des Zeitungsgeschäfts der NZZ-Gruppe und Tamedia mit dem Frühzustellungs-geschäft der NZZ-Gruppe, von Tamedia und der Post.<sup>88</sup> Die von der Meldung zitierte Literatur geht bei der Analyse von Zustelldienstleistungen allgemein von Postunternehmen aus. Deshalb berücksichtigt die zitierte Literatur die vertikale Verbundenheit zwischen Verlagshäusern und Frühzustellunternehmen nicht. Gerade diese Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung stellt für die potenziellen Konkurrenten eine Schwierigkeit dar. Damit die potenziellen Konkurrenten eine Frühzustellung aufnehmen können, müssen diese die Titel von auflagenstarken Verlagen zustellen. Gerade in den betrachteten Gebieten stellen die auflagenstarken Verlage die NZZ-Gruppe und Tamedia selber dar oder Verlage, für welche in der Frühzustellung eine Kooperation mit der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia besteht. Deshalb ist der Markt der Frühzustellung nicht problemlos angreifbar.

367. Zu der vertikalen Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung geben die Meldung und die Stellungnahme vom 3. August ([...] und [...]) an, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer vertikalen Desintegration der heute in die Verlage integrierten Zustellorganisationen führt. Bisher hätte jeweils der Verlag der lokal/regional stärksten Zeitung die Zustellung in ihrem

Gebiet kontrolliert. Verlage mit Zeitungen von lokal geringer Dichte hätten sich dadurch der Frühzustellung der stärkeren Zeitung anschliessen müssen. Mit dieser stärkeren Zeitung stünden die Verlage mit Zeitungen von lokal geringerer Dichte im Wettbewerb um Leser- und Anzeigenkunden. Im Gegensatz dazu sei die angestrebte Plattform von Post, NZZ-Gruppe und Tamedia neutral. Denn die Post habe keine eigenen Verlagsinteressen. Deshalb habe die Post einen uneingeschränkten Anreiz, auch künftig und verstärkt Drittverlagen weiterhin ihre Dienste anzubieten. Damit würde die Gefahr des Ausschlusses von kleinen Titel von der Frühzustellung durch das Zusammenschlussvorhaben sinken. Zudem wird gemäss Stellungnahme vom 3. August durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine neue vertikale Verbundenheit geschaffen ([...]). Vielmehr werde diese reduziert, weil die Post als neutrale Partnerin mit mehrheitlicher Beteiligung hinzukomme. Sollte eine vertikale Verbundenheit in der Frühzustellung ein Problem darstellen, dann bestünde diese seit es die Frühzustellung gäbe.

368. Diese Betrachtungsweise vernachlässigt allerdings die gemeinsame Kontrolle der neu entstehenden Bevo durch die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia. Somit ist die vertikale Verbundenheit zwischen Zeitungsgeschäft und Frühzustellung nach wie vor gegeben. Zum Aspekt der vertikalen Verbundenheit zwischen Zeitungsgeschäft und Frühzustellung widerspricht die Stellungnahme vom 10. Juni der vorläufigen Prüfung. Aus den Beilagen der Meldung ergebe sich, dass Drittverlage in keiner Weise gehindert oder diskriminiert seien, die neue Bevo als Frühzustellorganisation zu beauftragen. Die Bevo sei eine eigenständige Frühzustellorganisation mit eigener Geschäftsführung und Betriebsorganisation, welche rentabel arbeiten müsse. Von der NZZ-Gruppe und von Tamedia werde sie in keiner Weise bevorzugt oder bezuschusst. Zudem könnten die NZZ-Gruppe und Tamedia keine Sonderbehandlung verlangen. Dienstleistungsverträge würden gemäss Aktionärbindungsvertrag zu marktgerechten Bedingungen und im Einklang mit wettbewerbsrechtlichen Anforderungen mit der NZZ-Gruppe und Tamedia abgeschlossen. Verträge mit Drittverlagen würden ebenfalls zu marktgerechten Konditionen abgeschlossen. Diese Konditionen seien diskriminierungsfrei und im Einklang mit den Anforderungen aus dem Wettbewerbsrechte auszugestalten. Die neue Bevo habe weder ein Interesse, noch die Möglichkeit, Drittverlage zu benachteiligen oder zu diskriminieren.

<sup>86</sup> JÖRN KRUSE, ANDREAS LIEBE, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, Ökonomische Studie im Auftrag des Bundesverbandes Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Januar 2005.

<sup>87</sup> GÜNTER KNEIPS, Does the System of Letter Conveyance Constitute a Bottleneck Resource?, in: Contestability and Barriers to Entry in Postal Markets, Papers presented at the 7th Königswinter Seminar, Königswinter, 17-19 November, Kulenkampff/Niederprüm [Hrsg.], Bad Honnef. 2006, S. 12.

<sup>88</sup> Vertikale Restriktionen können als strategische Markteintrittsschranken dienen, falls diese den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten erschweren. Insbesondere kann die vertikale Integration bei hochkonzentrierten Beschaffungsmärkten oder Distributionswegen eine strukturelle Markteintrittsbarriere sein (Quality of Service on Postal Markets and Its Impacts on Barriers to Entry, in: Contestability and Barriers to Entry in Postal Markets, Kulenkampff/Niederprüm [Hrsg.], 2002, S. 73; Jörn Kruse, Andreas Liebe, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, HWWA Report 257, Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archiv, 2005, S. 51).

369. Trotz diesen Ausführungen muss noch einmal betont werden, dass die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia gemeinsame Kontrolle über die neu entstehende Bevo ausüben wollen. Demnach können die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia auch gemeinsam die marktgerechten Konditionen festlegen und was „diskriminierungsfrei“ bedeutet. Zudem geht es bei der vertikalen Verbundenheit grundsätzlich um die Fragestellung der Möglichkeit des Aufbaus von Frühzustellorganisationen durch potenzielle Konkurrenten. Wie bereits erwähnt, müssen potenzielle Konkurrenten für die Durchführung einer Frühzustellung die Titel von auflagenstarken Verlagen zustellen. Zu dieser Fragestellung wurde in der Befragung nach den Zeitungstiteln gefragt, welche für eine Frühzustellung von Zeitungen ohne Verluste notwendig sind. Insgesamt enthielten etwas mehr als 40 % der Antworten Angaben zu dieser Frage. Von den Befragten, welche nicht auf die Frage antworteten, gaben einige an, dass sie die Frage aus Mangel an Erfahrung nicht beantworten könnten. Drei Unternehmen gaben anstelle von bestimmten Titeln allgemein Tageszeitungen an oder, dass es grundsätzlich genüge, den regionalen/lokalen Platzhirschen zu verteilen. Es müssten im entsprechenden Gebiet möglichst alle grösseren Titel über die jeweilige Frühzustellorganisation verteilt werden

und die in Betracht kommenden Titel müssten eine Mindestpenetration aufweisen. Denn die Penetration oder Dichte der zu bedienenden Briefkästen bestimmt die Kostensituation. Falls nur der Titel eines einzelnen Verlages früh zugestellt werden kann, gäbe es eine relativ schwache Deckung, was wiederum zu hohen Kosten führe. Deshalb ermögliche die Zugehörigkeit zu einem überregionalen Netz, wie es in der aktuellen Konstellation der Fall sei, zusätzlich Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Dies wiederum würde die Zustellung des eigenen Produktes verbilligen. Kann eine Frühzustellorganisation den lokalen/regionalen „Platzhirschen“ früh zustellen, würden die schwächer penetrierenden Zeitungen gezwungen, mit dieser Organisation oder über die traditionelle Briefzustellung der Post ihre Abonnenten zu bedienen.

370. Im Gegensatz zu diesen Angaben wurden in der Befragung für die einzelnen WEMF-Gebiete spezifisch Titel genannt, welche für eine Frühzustellung ohne Verluste notwendig sind. Diese Titel sind in Tabelle 32 enthalten. Die Auflistung der genannten Titel in Tabelle 32 sind für die Zustellgebiete der neu entstehenden Bevo aufgeführt.

Tabelle 32: In Befragung genannte Titel für Frühzustellung ohne Verluste

Organisation	Gebiete	WEMF-Gebiete	Titel für Frühzustellung ohne Verluste
Bevo (ehemals Bevo & EMV)	Bern Thun Berner Oberland Solothurn Biel Murten	22 Berner Oberland	Berner Oberländer (Tamedia)
		32 Solothurn	Blick (Ringier), Solothurner Zeitung (Verbund Mittellandzeitung), Solothurner Tagblatt (Tamedia), Berner Zeitung (Tamedia), Tagesanzeiger (Tamedia), NZZ (NZZ-Gruppe)
		33 Berner Seeland	Berner Zeitung (Tamedia)
		34 Berner Mittelland	Berner Zeitung (Tamedia)
		(15 Fribourg)	La Liberté)
Bevo (ehemals Zuvo)	Kanton Zürich Thurgau St. Gallen Appenzell	24 Zug	Neue Zuger Zeitung (NZZ-Gruppe)
		26 St. Gallen / AI / AR	St. Galler Tagblatt (NZZ-Gruppe)
		27 Glarus / Obersee	
		43 Zürich	Tagesanzeiger (Tamedia), NZZ (NZZ-Gruppe)
		44 Thurgau	Thurgauer Tagblatt (NZZ-Gruppe), Thurgauer Zeitung (Tamedia)
Bevo (ehemals DZO)	Zürcherland	27 Glarus / Obersee	
		43 Zürich	Tagesanzeiger (Tamedia), NZZ (NZZ-Gruppe)
Bevo (ehemals Prevag)	Basel Stadt Basel Land Fricktal (Sonntag)	31 Basel	Basler Zeitung
Bevo (ehemals PVG)	Innerschweiz	21 Luzern / OW / NW	Neue Luzerner Zeitung (NZZ-Gruppe)
		24 Zug	Neue Zuger Zeitung (NZZ-Gruppe)
Epsilon (½: Post, ½: Tamedia) & Bevo FR	Genf Waadt Neuenburg	11 Genève	Tribune de Genève (Edipresse)
		12 Vaud	24 heures (Edipresse), Le Matin (Edipresse)

Organisation	Gebiete	WEMF-Gebiete	Titel für Frühzustellung ohne Verluste
	Freiburg	13 Neuchâtel	L'express (Société Neuchâteloise de Presse)
		15 Fribourg	La Liberté
Bevo (ehemals Post/NZZ/Tamedia und DZO)	Deutschschweiz		Blick (Ringier), NZZ (NZZ-Gruppe), Tagesanzeiger (Tamedia) und Regionalzeitungen

371. Die Angaben in Tabelle 32 zeigen die Bedeutung von spezifischen Tageszeitungen für die Durchführung einer Frühzustellung ohne Verluste. Für die WEMF-Gebiete 21 Luzern, 22 Berner Oberland, 24 Zug, 26 St. Gallen / AI / AR, 33 Berner Seeland, 34 Berner Mittelland, 43 Zürich, und 44 Thurgau werden die für eine Frühzustellung ohne Verluste notwendigen Titel von Tamedia und der NZZ-Gruppe herausgegeben. Dies zeigt, dass durch die vertikale Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung in diesen Gebieten aufgrund der Angaben in der Befragung kein weiterer Anbieter die Frühzustellung aufnehmen kann. Im WEMF-Gebiet 32 Solothurn gehören der Blick und die Solothurner Zeitung nicht zu Tamedia oder der NZZ-Gruppe. Ebenfalls für das Gebiet der Deutschschweiz sind der Blick und allenfalls gewisse Regionalzeitungen nicht Tamedia oder der NZZ-Gruppe zuzurechnen. Allerdings erfolgt die Frühzustellung des Blick bereits durch die Post. Somit erscheint der Marktzutritt einer Frühzustellorganisation im Raum Solothurn und im Gebiet der Deutschschweiz als eher unwahrscheinlich.

372. Für die Gebiete Genf (WEMF-Gebiet 11), Waadt (WEMF-Gebiet 12), Neuenburg (WEMF-Gebiet 13) und Freiburg (WEMF-Gebiet 15) zeigt die Tabelle 32, dass für die Gebiete Genf und Waadt die notwendigen Titel von Edipresse stammen. Nach der Übernahme des Schweizergeschäfts der Edipresse durch Tamedia sind diese notwendigen Titel Tamedia zuzurechnen. Neben den notwendigen Edipresse- beziehungsweise Tamedia-Titeln sind im Tätigkeitsgebiet, welches die Gebiete Genf, Waadt, Neuenburg und Freiburg umfasst, weitere Titel für eine Frühzustellung ohne Verluste notwendig. Im Gebiet Neuenburg ist der Titel der Société Neuchâteloise de Presse für eine verlustfreie Frühzustellung notwendig. Der Titel von La Liberté ist für eine Frühzustellung ohne Verluste im Raum Freiburg notwendig.

373. Zudem zeigt die Befragung zu den notwendigen Titeln für eine Frühzustellung ohne Verluste, dass auch beim Aufbau einer regionalen Frühzustellorganisation gewisse Titel Voraussetzung für eine rentable Zustellung sind. Für das WEMF-Gebiet 23 Oberwallis ergibt die Befragung als notwendigen Titel den Walliser Boten. Im WEMF-Gebiet 51 Ticino sei der notwendige Titel der Corriere del Ticino. Dies sind gerade die Beispiele, welche die Stellungnahme vom 10. Juni für die Möglichkeit des Aufbaus einer regionalen Frühzustellorganisation angibt.

374. Im Zusammenhang mit der vertikalen Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung ist folgende grundsätzliche Feststellung zu den Vorbringen in der Stellungnahme vom 10. Juni zu machen. Die Stel-

lungnahme vom 10. Juni hält fest, dass die NZZ-Gruppe und Tamedia die Bevo verlassen können und diesen Umstand gegenüber der Bevo ausspielen ([...] Stellungnahme vom 10. Juni) könnten. Diese Nachfragemacht der beteiligten Verlage würde somit auch den anderen Verlagen aufgrund deren diskriminierungsfreien Behandlung zugute kommen. Durch eine mögliche Ablösung der NZZ-Gruppe und Tamedia von der Bevo würden die NZZ-Gruppe und Tamedia mittelfristig die Stellung potenzieller Wettbewerber einnehmen. In einem solchen Fall wären die NZZ-Gruppe und Tamedia frei, eine eigene Organisation aufzubauen oder einen Dritten zu beauftragen ([...] Stellungnahme vom 10. Juni). „Da sie über auflagenstarke, weitläufig abonnierte Titel verfügen, ist ihnen dieser Schritt immer möglich.“ Dies ergebe einen Druck auf die Bevo, ihre Dienstleistungen möglichst effizient und kostengünstig zu erbringen. Aufgrund dieser Angaben kann nun davon ausgegangen werden, dass die NZZ-Gruppe und Tamedia innerhalb der neu entstehenden Bevo über eine starke Verhandlungsmacht verfügen. Der Grund sind gemäss Stellungnahme vom 10. Juni die auflagenstarken, weitläufig abonnierten Titel. Somit können die NZZ-Gruppe und Tamedia diese Verhandlungsmacht in der Bevo nutzen, um ihre Interessen durchsetzen zu können. Dies wiederum relativiert die in der Stellungnahme vom 10. Juni geltend gemachte Vonselbständigung der neuen Bevo. Es besteht eine vertikale Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung.

375. In Bezug auf Tabelle 32 bemängelt die Stellungnahme vom 3. August, dass die Gebiete weggelassen sind, welche nicht zum Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo zählen werden. Für diese Gebiete hätten die befragten Unternehmen Zeitungen als notwendig angegeben, welche vom Mutterverlagshaus der dort jeweils tätigen Frühzustellorganisation herausgegeben würden. Somit belege Tabelle 32 in erster Linie, dass die Tätigkeit einer Frühzustellorganisation massgeblich von der Auftragsvergabe der lokal führenden Zeitung geprägt sei. Die neue Bevo [...].

376. In Tabelle 32 sind nur die Gebiete enthalten, in welchen die neue Bevo gemäss Angaben der Meldung, der Stellungnahme vom 10. Juni und der Stellungnahme vom 3. August tätig sein wird. Es handelt sich dabei auch um die Gebiete, in denen die NZZ-Gruppe und Tamedia über die für eine verlustfreie Frühzustellung notwendigen Titel verfügen. Schliesslich sind es die Gebiete, welche aufgrund des Zusammenschlussvorhabens kritisch sind (vgl. Tabelle 33).

377. Gemäss Stellungnahme vom 3. August ziehe das Sekretariat widersprüchliche Schlussfolgerungen aus der

Beteiligung der NZZ-Gruppe und Tamedia an der neuen Bevo ([...]). Dieser Widerspruch bestünde, weil das Sekretariat einerseits von einer gemeinsamen Festlegung der Konditionen für die Frühzustellung und andererseits von einer starken Verhandlungsmacht von der NZZ-Gruppe und Tamedia in der neuen Bevo ausgehe. Des Weiteren geht die Stellungnahme vom 3. August bei der erwähnten Verhandlungsmacht von einer marktbezogenen Verhandlungsmacht der NZZ-Gruppe und Tamedia aus. Es gehe nicht um eine Verhandlungsmacht innerhalb der Bevo, sondern um eine Verhandlungsmacht gegenüber der Bevo als externe Frühzustellorganisation. Die NZZ-Gruppe und Tamedia hätten die erwähnte Verhandlungsmacht immer, und sie hätte nichts mit der gemeinsamen Kontrolle zu tun.

378. Die beiden Aspekte der gemeinsamen Festlegung von Konditionen und einer starken Verhandlungsmacht stellen allerdings keinen Widerspruch dar: Die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia verfügen in der geplanten neuen Bevo über gemeinsame Kontrolle. Zudem kann von einer starken Verhandlungsmacht der NZZ-Gruppe und von Tamedia aufgrund des Volumens, welches sie in die neue Bevo einbringen, ausgegangen werden. Folglich können die NZZ-Gruppe und Tamedia ihre Interessen in der neuen Bevo geltend machen. Die NZZ-Gruppe und Tamedia können ihre Verhandlungsmacht innerhalb der neuen Bevo einsetzen. Würden die NZZ-Gruppe und Tamedia ihre Verhandlungsmacht gegenüber der neuen Bevo einsetzen, würden sie die Verhandlungsmacht gegenüber sich selber einsetzen, weil sie über gemeinsame Kontrolle an der neuen Bevo verfügen.

379. Die Stellungnahme vom 3. August geht zudem von einer Intensivierung des potenziellen Wettbewerbs durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aus. Diese Intensivierung finde statt, weil die NZZ-Gruppe und Tamedia starke potenzielle Wettbewerber darstellten ([...] und [...]). Dieses Argument versteht die NZZ-Gruppe und Tamedia, welche am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen sind und bereits in der Frühzustellung tätig sind, als potenzielle Konkurrenz. Aber bei potenziellen Wettbewerbern handelt es sich um Unternehmen, welche neu auf den Markt treten.<sup>89</sup> Zudem impliziert die Argumentation in der Stellungnahme vom 3. August, dass die NZZ-Gruppe und Tamedia potenzielle Konkurrenz zu sich selber darstellen. Somit können die NZZ-Gruppe und Tamedia keine potenziellen Wettbewerber darstellen. Unternehmen können nicht gegenüber sich selber potenzielle Konkurrenz darstellen. Dies würde implizieren, dass ein Unternehmen gegenüber sich selber eine disziplinierende Wirkung hat.

380. Als Beleg für eine Intensivierung des potenziellen Wettbewerbs durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zitiert die Stellungnahme vom 3. August auch die Wettbewerbskommission. Die Wettbewerbskommission ziehe im Zusammenhang mit der Fragestellung des potenziellen Wettbewerbs im Fall AZ Vertriebs AG (RPW 2002/1, S. 158, Rz. 19) folgende Schlussfolgerung: *„Dies bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass selbst bei vertikaler Integration der Zustellung in den Zeitungsbeziehungsweise Zeitschriftenverlag eine Vergabe der Zustellung an einen Dritten, also eine Auslagerung, im*

*Interesse des Verlags bleiben wird, falls die eigene Zustellorganisation (im vorliegenden Fall die AZ Vertriebs AG) nicht zumindest ebenso effizient, das heisst kostengünstig, arbeiten sollte wie unabhängige Zustellorganisationen.“* Auf diesen zitierten Satz hin folgt allerdings ein weiterer Satz: *„Aus diesem Grund wird die Existenz von potenziellen Konkurrenten wie der Post, der PVG und der PREVAG in Zukunft disziplinierend wirken.“* Damit werden aber eben gerade nicht die Zusammenschlussparteien als potenzielle Konkurrenz gewürdigt, sondern Dritte. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben allerdings können diese drei Unternehmen nicht als potenzielle Konkurrenz gelten. Die Post ist im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligtes Unternehmen, die PVG ist ein vom Zusammenschlussvorhaben miterfasstes Unternehmen und die Prevag gehört zu 100 % der Post.

### III. Zwischenergebnis

381. Es gibt keine oder kaum aktuelle Konkurrenz bei der Frühzustellung von Zeitungen in den von Tabelle 33 genannten Gebieten. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben besteht eine vertikale Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung. Als das in der Schweiz stärkste Zustellunternehmen fällt die Post als Konkurrenz weg. Die potenzielle Konkurrenz ist für die in Tabelle 33 genannten Gebiete als schwach einzustufen. Weil keine oder kaum aktuelle Konkurrenz besteht und die potenzielle Konkurrenz als schwach einzustufen ist, begründet das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung für die in Tabelle 33 genannten Gebiete.

<sup>89</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 13; ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH, PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1405; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 121.

Tabelle 33: Gebiete ohne oder mit wenig aktueller Konkurrenz, in denen die potenzielle Konkurrenz als schwach einzustufen ist

Gebiete	WEMF-Gebiete
Bern, Thun, Berner Oberland, Solothurn, Biel, Murten	(15,) 22, 32, 33, 34
Kanton Zürich, Thurgau, St. Gallen, Appenzell	24, 26, 27, 43, 44
Zürcherland	27, 43
Basel Stadt, Basel Land, Fricktal (Sonntag)	31
Innerschweiz	21, 24
Teile-Deutschschweiz	21, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44

382. Dieses Zwischenergebnis ist konsistent mit der Entscheidung der EU-Kommission vom 6. August 2007 zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Finnland von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG (2007/564/EG; L 215/21). Gemäss Richtlinie 2004/17/EG kann die Zuschlagserteilung durch Auftraggeber für Aufträge, die die Ausübung von Postdiensten ermöglichen sollen, von der Richtlinie ausnehmen, wenn die Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgeübt wird, auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist (Art. 30 Abs. 1 Richtlinie 2004/17/EG). Zur Ausnahme von bestimmten postalischen Diensten von der Richtlinie 2004/17/EG (L 134/I) vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste stellte Finnland im Namen der finnischen Post einen Antrag. Unter beantragten auszunehmenden Dienste fiel auch die Frühzustellung von Zeitungen. Die Frühzustellung definiert die EU-Kommission als morgendliche Zustellung von Zeitungen, die mindestens dreimal pro Woche erscheinen, an sieben Tagen in der Woche. Bei diesem Dienst hat die finnische Post zum Zeitpunkt des Antrags einen geschätzten Marktanteil von fast drei Viertel (74 %). Der Marktanteil des grössten Wettbewerbers beträgt annähernd 10 %. Angesichts des hohen Marktanteils der finnischen Post und umgekehrt des relativ niedrigen Marktanteils sogar ihres grössten Konkurrenten, sollte gemäss EU-Kommission der Schluss gezogen werden, dass die Frühzustellung von Zeitungen in Finnland nicht unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist.<sup>90</sup> Daher finde Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17/EG auf Verträge, die die Ausübung dieser Tätigkeit in Finnland ermöglichen sollen, keine Anwendung.

383. Diese Bezugnahme auf die Entscheidung der EU-Kommission zur Ausnahme bestimmter Dienste hält die Stellungnahme vom 3. August in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht für unzutreffend. Die EU-Kommission habe bloss eine summarische Analyse anhand von Marktanteilen ohne Berücksichtigung potenzieller Konkurrenz vorgenommen, obwohl eine Beurteilung gemäss Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG auch auf den potenziellen Wettbewerb abstellen sollte. Zudem stelle die Beurteilung der EU-Kommission keine wettbewerbsrechtliche Entscheidung dar. Daher sollte sich das Sekretariat nicht an diesem Entscheid orientieren oder daran sein Ergebnis verifizieren. „Es würde damit den potenziellen Wett-

bewerb ausser Acht lassen und einen groben Beurteilungsfehler begehen.“

384. Die EU-Kommission wendet beim Verfahren zur Feststellung, ob eine bestimmte Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, die Kriterien des Gemeinschaftsrechtes an. Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG hält ausdrücklich fest, dass unter die Kriterien zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auch die Frage nach dem möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter der betreffenden Waren und Dienstleistungen fällt. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung der EU-Kommission in Einklang mit dem Kriterium des möglichen Vorhandenseins anderer Wettbewerber steht. Selbst wenn dem nicht so wäre, kann der Vorwurf der Vernachlässigung einer Analyse der potenziellen Konkurrenz im vorliegenden Fall nicht anerkannt werden: Die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia berücksichtigt das Kriterium der potenziellen Konkurrenz.

#### IV. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt der Frühzustellung von Zeitungen

385. Im Entscheid in Sachen Swissgrid geht das Bundesgericht auf die Tragweite von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ein, namentlich auf den Nebensatz „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ (BGE 133 II 104, E. 6.; RPW 2007/2, S. 324 ff.). Dabei kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vorliegt, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Demnach muss dieses Unternehmen über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Markt zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die marktbeherrschende Stellung muss die Gefahr der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen.

<sup>90</sup> Ob eine Tätigkeit im Sinne von Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17/EG unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, wird gemäss Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG nach Kriterien festgestellt, die mit den Wettbewerbsbestimmungen des Vertrags in Einklang stehen, wie den Merkmalen der betreffenden Waren und Dienstleistungen, dem Vorhandensein alternativer Waren und Dienstleistungen, den Preisen und dem tatsächlichen oder möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter der betreffenden Waren und Dienstleistungen.

An der erforderlichen Wettbewerbswirkung eines Fusionsvorhabens fehlt es, wenn auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb besteht und wenn vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten wäre. Es ist entscheidend, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb besteht.

386. Für die Parteien ist gemäss Stellungnahme vom 10. Juni die aktuelle Konkurrenzsituation kein Grund für Anhaltspunkte einer marktbeherrschenden Stellung, weil sich der Zusammenschluss nicht auf die Konkurrenzverhältnisse auswirke. Die Situation sei mit derjenigen im Fall Swissgrid vergleichbar. Auch das Stromübertragungsnetz sei ein natürliches Monopol ohne aktuellen Wettbewerb. Wie bei Swissgrid erfolge im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine Addition von Gebieten aufgrund der Zusammenfassung von Gebieten. Für eine Zusammenfassung von einzelnen Gebieten in einem Netz habe das Bundesgericht bestätigt, dass die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben seien. Im Gegensatz zur Stromübertragung, wo es hohe sunk costs gebe, sei der Frühzustellungsmarkt jedoch wegen der tiefen Marktzutrittsschranken jederzeit angreifbar. Auf dem relevanten Markt müssten durch das Zusammenschlussvorhaben Veränderungen eintreten. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erfülle diese Voraussetzungen nicht. Dazu wiederholt die Stellungnahme vom 3. August, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in zum Swissgrid-Urteil des Bundesgerichts vergleichbarer Weise keine Kausalität für die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Frühzustellungsmarkt aufweise. Weil ein Frühzustellnetz im Vergleich zu einem nicht-duplizierbaren Übertragungsnetz ohne Weiteres von einem Verlag oder einer anderen Organisation neu aufgebaut werden könne, gelte vorliegend erst recht, dass die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht erfüllt seien.

387. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben besteht aber eine Kausalität für die Änderungen in den Wettbewerbsverhältnissen aufgrund des Zusammenschlusses. Vor einem allfälligen Zusammenschluss zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia ist die Post in der Frühzustellung mit der Prevag, einem internen Geschäftsbereich bei der Postmail AG, der Beteiligung mit gemeinsamer Kontrolle an der Bevo und der Beteiligung mit gemeinsamer Kontrolle an der Epsilon tätig. Die Übernahme der Prevag durch die Post erfolgte im Juni 2008. Mit dem internen Geschäftsbereich der PostMail nahm die Post die Frühzustellung des Blick im März 2008 auf. Gemeinsame Kontrolle (heute zusammen mit Tamedia) an der Bevo erlangte die Post im Jahr 1998. Die gemeinsame Kontrolle an der Epsilon besteht seit spätestens dem Jahr 2000 (RPW 200/3, S. 458). Die NZZ-Gruppe und Tamedia sind vor einem allfälligen Zusammenschluss zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia gemeinsam mit der Zuvo, der PVG, der Beteiligung mit gemeinsamer Kontrolle an der Schazo via Zuvo und der Beteiligung mit gemeinsamer Kontrolle an der Südostschweiz Pressevertrieb AG via Zuvo in der Frühzustellung tätig. Weitere Frühzustellung betreibt Tamedia mit der EMV.

388. Diese Angaben zeigen, dass vor einem allfälligen Zusammenschluss zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia verschiedene Verflechtungen in der Frühzustellung bestehen. Weil die Verflechtungen zwischen mehreren verschiedenen Unternehmen über mehrere verschiedene Frühzustellorganisationen bestehen, ist eine Koordination der verschiedenen Frühzustellorganisationen schwerfällig. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfolgt eine Entflechtung und Zusammenlegung der Frühzustellorganisationen Zuvo, Bevo, EMV, PVG und Prevag unter einem Dach. Zudem soll auch die DZO in diese Frühzustellorganisation eingehen. Diese Entflechtung und Integration erlaubt eine Koordination der ehemals verschiedenen Frühzustellorganisationen gemeinsam durch die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia. Vor einem allfälligen Zusammenschluss zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia konnte nicht ausgeschlossen werden, dass die verschiedenen Frühzustellorganisationen in die Gebiete der anderen eindringen. Beispielsweise geben die NZZ-Gruppe und Tamedia Sonntagszeitungen heraus, für welche sie eine Frühzustellung für die Deutschschweiz nachfragen. Nach einem Zusammenschluss von Post, NZZ-Gruppe und Tamedia verschmelzen die verschiedenen Frühzustellorganisationen zu einer Einheit. Die Koordination der zusammengelegten Frühzustellorganisationen ist viel einfacher als ohne Zusammenlegung. Vor allem bedeuten Änderungen bei den Zustellgebieten nach einer Zusammenlegung unternehmensinterne Verschiebungen. Wenn dagegen ohne Zusammenlegung die Frühzustellorganisationen Änderungen in ihren Zustellgebieten vornehmen, stellen diese Änderungen nicht nur unternehmensinterne Verschiebungen dar.

389. Gemäss Stellungnahme vom 3. August ist es unzutreffend, dass die verschiedenen miteinander verflochtenen Frühzustellorganisationen ohne Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sich gegenseitig konkurrieren. Weil diese Unternehmen mit wesentlichen Beteiligungsquoten untereinander verflochten und wechselseitig für die Verlage der anderen Organisationen tätig seien, würden gegenseitige Übergriffe unwahrscheinlich. Bisläng seien Übergriffe auch nicht zu beobachten gewesen. Das Zusammenschlussvorhaben ändere daran nichts.

390. Der Aufbau der Frühzustellung der Zeitung Blick zeigt aber, dass die Post in die Gebiete der anderen Frühzustellorganisationen eingedrungen ist. Seit März 2008 verträgt die Post den Blick in den Ballungsgebieten Bern, Basel, Aarau, Luzern, Zürich und St. Gallen sowie in weiteren grösseren Deutschschweizer Städten.<sup>91</sup> Abbildung 1 stellt die Gebiete dar, in welchen die Post den Blick früh zustellt. Ein Vergleich dieser Darstellung mit den Tätigkeitsgebieten der Bevo, der Zuvo, der EMV und der PVG zeigt, dass die Post in deren Gebiete eingedrungen ist.<sup>92</sup> Diese Beobachtung ist von wesentlicher Bedeutung. Erstens, die Post baute eine Frühzustellung

<sup>91</sup> <http://www.ringier.ch/index.cfm?id=6538&detail=true>, besucht am 18. Mai 2009.

<sup>92</sup> Tabelle 4 enthält unter anderem die Tätigkeitsgebiete der Bevo, der Zuvo, der EMV und der PVG, wie sie die Meldung in [...] angibt.

in Gebieten auf, in denen bereits andere Frühzustellorganisationen tätig waren und immer noch sind. Zweitens, die Post wurde im Zustellgebiet der (bisherigen) Bevo tätig. Diese Feststellung ist wesentlich, weil die Post über die (bisherige) Bevo zusammen mit Tamedia gemeinsame Kontrolle ausübt. Denn grundsätzlich kann ein Unternehmen geringere Anreize haben, mit einem Unternehmen in Konkurrenz zu treten, wenn es Beteiligungen am anderen Unternehmen hält.<sup>93</sup> Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Beteiligung keinen kontrollierenden Einfluss auf das Konkurrenzunternehmen beinhaltet.

391. Die Angaben in Rz. 82 zeigen auch, dass die Post ihre Aktivitäten in der Frühzustellung seit dem Jahr 2008 intensiviert. Mit der Frühzustellung des Blick und der Akquisition der Prevag im Jahr 2008 nahm die Post die Frühzustellung in Gebieten auf, in denen sie vorher nicht tätig war. Aufgrund dieser Aktivitäten und der Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz kam die vorläufige Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zum Schluss, dass die Post über eine etablierte Position in der Frühzustellung verfügt. Diese Schlussfolgerung hält die Stellungnahme vom 10. Juni für falsch: „Die Post hat derzeit keine etablierte Position“. Gemäss Medienmitteilung der Post vom 18. Juni 2008 ([www.post.ch](http://www.post.ch), besucht am 26. Juni 2009) hat die Post mit dem Aufbau einer eigenen Frühzustellorganisation für den Blick ihr Engagement in der Frühzustellung erhöht. Die Post wolle ihr Angebot der Frühzustellung weiter ausbauen und ihre Position in diesem Marktsegment stärken. Durch den Kauf der Zustellorganisation Prevag biete sich der Post die Chance, die Frühzustellung des Blicks mit derjenigen von Prevag zusammenzuführen. Damit könne die Post Grosskunden in der Verlagsbranche ein umfassendes Angebot für Zustelllösungen von Tages- und Sonntagszeitungen unterbreiten. Mit ihrem Engagement in der Frühzustellung stärke die Post ihr Kerngeschäft. Diese Einschätzung der Post zur eigenen Position in der Frühzustellung stimmt mit derjenigen der vorläufigen Prüfung überein. Auch die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens lässt auf eine etablierte Position der Post bei der Frühzustellung schliessen. Zudem lassen die Aussagen in der Medienmitteilung und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben den Schluss zu, dass die Post ihre Aktivitäten in der Frühzustellung noch weiter ausbauen will. Ein Ausbau der Aktivitäten in der Frühzustellung durch die Post ohne Zusammenlegung der Frühzustellorganisationen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia würde deshalb intensiveren Wettbewerb bedeuten. Somit wird zu erwartender vermehrter Wettbewerb sowie die Möglichkeit vermehrten Wettbewerb zu erwarten durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben beseitigt.

392. Gegenüber einem zu erwartenden vermehrten Wettbewerb hält die Stellungnahme vom 3. August fest: „Kein Ausbau der Aktivitäten der Post in der Frühzustellung ohne das Vorhaben“ ([...]). Als Begründung gibt die Stellungnahme an, dass in der Schweiz ein Nebeneinander von mehreren Frühzustellorganisationen im selben Gebiet auf Dauer nicht standhält. Die jeweiligen Durchschnittskosten und Preise wären zu hoch. Zwei parallel tätige Frühzustellungsnetze wären unrealistisch, eine grosse Ausnahme von kurzfristiger Dauer. Dies gelte erst recht bei Berücksichtigung der sinkenden Auflagenzah-

len bei Tages- und Sonntagszeitungen. In der Vergangenheit wäre es immer zu Konsolidierungen parallel tätiger Frühzustellungsnetze gekommen.

393. Selbst wenn die Post ihre Aktivitäten in der Frühzustellung nicht ausbaut, fällt sie durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als wichtiges Konkurrenzunternehmen weg, sei es als aktuelle Konkurrentin oder als potenzielle Konkurrentin. Zudem lässt eine Präsentation der Post den Schluss zu, dass sie sich im Bereich der Frühzustellung behaupten will.<sup>94</sup> Diese Präsentation stellt die Neuausrichtung der Post im Bereich der Frühzustellung dar:

<sup>93</sup> MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 144.

<sup>94</sup> *Perspektiven eines Postunternehmens in der digitalen Medienzukunft*, EUROFORUM Trend- und Zukunftsmanagement, Köln, 23. April 2008, abrufbar unter <http://www.alexandria.unisg.ch/EXPORT/DL/46471.ppt>, besucht am 13. August 2009.



## Die Post der Zukunft Beispiel Zustellung von Printmedien

### Bisher

- Frühzustellung durch Verlage in Agglomerationen
- Tageszustellung durch die Post
- Verkauf Blick (Ringier, grösste Tageszeitung der Schweiz) am Kiosk

### Neu

- Frühzustellung durch die Post / Zustellpartner in ausgewählten Regionen
- Tageszeitung früher beim Leser (vor dem Frühstück)
- Tageszeitung näher beim Leser (Hauszustellung)

Perspektiven eines Postunternehmens in der digitalen Medienzukunft  
- Die Schweizerische Post

EUROFORUM Trend- und Zukunftsmanagement  
23. April 2008, Seite 18

Abbildung 2: Folie 18 der Präsentation Perspektiven eines Postunternehmens in der digitalen Medienzukunft anlässlich der Veranstaltung EUROFORUM Trend- und Zukunftsmanagement (Koeln), April 2008 (abrufbar unter [www.alexandria.unisg.ch/Publikationen/46470](http://www.alexandria.unisg.ch/Publikationen/46470), besucht am 10. August 2009).

394. Anhand dieser Präsentation ist ersichtlich, dass die Post neu die Frühzustellung durchführen will. Demgegenüber erfolgte die Frühzustellung bisher durch Verlage in Agglomerationen. Zudem hebt die Präsentation für die Post der Zukunft eine flächendeckende Zustellung in der Schweiz am Ausgabetag hervor.

395. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben entsteht auch die Möglichkeit der Beseitigung des wirklichen Wettbewerbs, indem es die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen und regionale/lokale Marktzutritte zu verhindern. Zur Verdeutlichung dieser Möglichkeit sei angenommen, ein lokaler Wettbewerber besteht bereits im Markt oder ein Markteintritt in die Frühzustellung finde lokal oder auf einen bestimmten Titel beschränkt statt. In dem Fall stellt dieses Unternehmen gegenüber der neuen Bevo einen Randwettbewerber (fringe firm) dar. Gemäss Shepherd können marktbeherrschende Unternehmen Randwettbewerber aufgrund von Imperfektionen, heftigem Widerstand und Preisdiskriminierung aus dem Markt drängen.<sup>95</sup> Das marktbeherrschende Unternehmen kann seine Preise anpassen, um den Randwettbewerber in der Marktnische des lokalen oder auf einen bestimmten Titel beschränkten Raum zu konkurrieren. Dagegen kann das marktbeherrschende Unternehmen in den anderen Räumen die Preise auf dem gewinnmaximierenden Niveau belassen.

396. Zu dieser Möglichkeit der Verdrängung von lokal oder auf einen bestimmten Titel beschränkten tätigen Frühzustellorganisationen macht die Stellungnahme vom

3. August geltend, dass diese schon längst hätten stattfinden müssen. In der Schweiz gebe es verschiedene kleinere Organisationen, welche von grösseren Organisationen wie der Zuvo oder ähnlichen längst hätten attackiert werden müssen, wenn die Annahmen in der vorläufigen Beurteilung zutreffen würden. Die Frühzustellung aber sei dadurch geprägt, dass die Organisation in einem Gebiet vom auflagenstärksten Verlag „vorbestimmt“ werde. Es gebe bei der Frühzustellung keine aktuelle Konkurrenz. Zudem wäre eine Quersubventionierung von Gebieten, in denen eine Frühzustellorganisation andere Organisationen verdrängen will, unwahrscheinlich. Durch eine Quersubventionierung würde die Frühzustellorganisation die Gebietsteile verlieren, aus denen sie die Mittel für die Quersubventionierung schöpfe. Die dort ansässigen Verlage könnten ausweichen oder eine eigene Organisation gründen, um den Subventionsaufschlag zu vermeiden.

397. Art. 10 Abs. 2 KG verlangt die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Deshalb genügt es, darzulegen, dass bei einem Zusammenschlussvorhaben ein neu entstehendes Unternehmen über die Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verfügt. Es muss nicht dargelegt werden, dass das neu entstehende

<sup>95</sup> WILLIAM SHEPHERD, *The Economics of Industrial Organization*, Waveland Press Inc., 4. Auflage, 1999, S. 207.

Unternehmen in jedem Fall tatsächlich wirksamen Wettbewerb beseitigt. Angenommen die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens setze den Nachweis der tatsächlichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in jedem Fall voraus, könnte das neu entstehende Unternehmen bis zum Entscheid des Bundesgerichts mit der Wettbewerbsbeseitigung zuwarten. Weil das Unternehmen zuwarten würde, wäre die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs nicht ausgeschöpft und der Wettbewerb nicht beseitigt. Das Bundesgericht als letzte Instanz würde den Zusammenschluss freigeben. Nach der Freigabe des Zusammenschlusses könnte das Unternehmen dann den Wettbewerb beseitigen. Auf diese Weise könnte die Zusammenschlusskontrolle immer umgangen werden. Es wäre unmöglich, ein Zusammenschlussvorhaben zu verbieten. Zudem schliesst eine allfällige Beobachtung, dass in der Vergangenheit keine Verdrängung stattfand, die Möglichkeit der Verdrängung durch die neue Bevo nicht aus. Mit der neuen Bevo werden die Aktivitäten mehrerer Frühzustellorganisationen zusammengelegt. Es wird auch eine Ausweitung der Anzahl Titel mit einer grösseren Ausdehnung erwartet ([...] Stellungnahme vom 3. August). Damit verfügt die neue Bevo über mehr Möglichkeiten als vor dem Zusammenschluss. Diese neue Möglichkeiten beinhalten auch die Verdrängung anderer Wettbewerber, falls solche lokal oder auf bestimmte Gebiete beschränkt Frühzustellungsaktivitäten aufnehmen. Gerade weil die neue Bevo die auflagenstärksten Titel zustellt.

398. Beim Argument der unwahrscheinlichen Quersubventionierung geht die Stellungnahme vom 3. August von gleichzeitig erfolgenden Markteintritten im gesamten Gebiet der neuen Bevo aus. Würde eine Quersubventionierung eines Gebietes durch höhere Preise in anderen Gebieten erfolgen, würden neue Wettbewerber in die Gebiete mit den höheren Preisen eintreten. Damit dies zutreffen kann, müssten die Eintritte mehr oder weniger zeitgleich erfolgen. Bei Marktzutritten in lokal beschränkten Gebieten wie einzelnen Zustell Touren oder einzelnen Gemeinden, wie es die Meldung und die Stellungnahmen vom 10. Juni und 3. August geltend machen, müssten diese in einer Vielzahl von kleinen Gebieten erfolgen. Denn das Tätigkeitsgebiet der neuen Bevo setzt sich aus einer Vielzahl von Zustell Touren oder Gemeinden zusammen. Dann erscheint es unwahrscheinlich, dass in den vielen verschiedenen lokal beschränkten geografischen Räumen des Tätigkeitsgebietes der neuen Bevo mehr oder weniger zeitgleich Marktzutritte erfolgen.

399. Marktzutritte in verschiedenen Gebieten in ähnlichen Zeitpunkten werden im vorliegenden Fall durch die vertikale Verbundenheit zusätzlich gehemmt. Mit der NZZ-Gruppe und Tamedia kontrollieren zwei Verlage mit verschiedenen Tätigkeiten im Bereich Printmedien die neue Bevo mit: Diese vertikale Verbundenheit ist der vertikalen Integration sehr nahe. Vertikale Integration kann Markteintrittsschranken aufbauen.<sup>96</sup> Zwei mögliche Argumente sind die Folgenden. In einem ersten Argument besteht vertikale Integration aus Effizienzgründen. Bei diesem Fall verfügen nicht-integrierte Wettbewerber über Kostennachteile. Nicht-integrierte Wettbewerber können weitere Nachteile verspüren. Die nicht-integrierten Wettbewerber können einer ruinösen Preisunterbietung, unbefriedigendem Service oder Liefer- und

Bezugsverweigerungen ausgesetzt sein. In allen Fällen besteht für ein neu eintretendes Unternehmen ein zusätzliches Risiko für einen Eintritt unter solchen Verhältnissen. Dies erlaubt dem integrierten Unternehmen höhere langfristige Monopolprofite zu erzielen als es ohne vertikale Integration möglich wäre.

400. Das zweite Argument betrifft die Umgehung dieser Schwierigkeiten. Für ein neu eintretendes Unternehmen ist eine Möglichkeit zur Umgehung dieser Schwierigkeiten dem Grad der vertikalen Integration des etablierten Unternehmens gleichzukommen. Diese Möglichkeit ist allerdings beschränkt, weil ein vertikal integrierter Markteintritt einen höheren Finanzbedarf impliziert als ein nicht-integrierter Eintritt. Dementsprechend können für einen vertikalen Markteintritt Schranken in Form von Finanzbedarf bestehen. Somit können erhöhte Kosten des Finanzbedarfs oder vollständiges Unvermögen der Beschaffung von genügenden finanziellen Mitteln die Profite des etablierten Unternehmens abschirmen. Probleme der Finanzbeschaffung reduzieren den Pool potenzieller Wettbewerber. Allerdings wirken Probleme der Finanzbeschaffung höchstwahrscheinlich auf kleine potenzielle Wettbewerber. Grössere Unternehmen stehen nicht den gleichen Finanzbeschaffungs nachteilen gegenüber wie kleine Unternehmen. Dann ist weniger klar, dass etablierte Unternehmen langfristig Monopolprofite erwirtschaften können, ohne Eintritte zu provozieren. Jedoch können etablierte Unternehmen über einen leichten Vorteil gegenüber allen potenziellen Wettbewerbern verfügen, weil ihnen ihre etablierte Position an sich einen Vorteil bei der Mittelbeschaffung verleiht, indem es das subjektive Risiko der Geldgeber reduziert.

401. Gerade für einen kleineren Verlag oder für eine kleinere Zustellorganisation treffen vorher genannte Argumente zu. Ein kleineres Unternehmen verfügt im Vergleich zur Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia über geringere Möglichkeiten bei der Beschaffung von finanziellen Mitteln. Somit sind kleine Verlage mit den oben beschriebenen Problemen konfrontiert. Aufgrund obiger Argumentation ist es für diese Unternehmen schwierig in den Markt einzutreten und sie sind der Möglichkeit einer Verdrängung ausgesetzt.

402. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Dieser Artikel will sicherstellen, dass diesem Aspekt z.B. bei der geografischen Marktabgrenzung genügend Rechnung getragen wird (vgl. BBI 1995 I 586). Auch gemäss herrschender Lehre sind die mit zu berücksichtigenden Kriterien in Art. 10 Abs. 4 KG keine selbständigen, zusätzlichen oder korrigierenden Kriterien im Anschluss an die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Zusammenschlusses, sondern sind in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung zu integrieren. So verlange die ausdrückliche Nennung des

<sup>96</sup> ROGER CLARKE, *Industrial Economics*, Wiley-Blackwell, Neuauflage 1994, S. 192 f.

Kriteriums „Marktentwicklung“ eine bewusste Auseinandersetzung mit den zukünftigen Folgen eines Zusammenschlusses (vgl. P. DUCREY in Homburger et. al. „Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz“, Zürich 1997, Art. 10, Rz. 35 ff.). Die Ausführungen oben zu den Marktschranken und zur marktbeherrschenden Stellung beinhalten die in Art. 10 Abs. 4 KG verlangte dynamische Betrachtungsweise; sie brauchen hier nicht wiederholt zu werden.

403. Gemäss Stellungnahme vom 3. August ([...]) sind im Rahmen der Gesamtmarkt Betrachtung nach Art. 10 Abs. 4 KG auch Effizienzwirkungen zu berücksichtigen. Insbesondere seien wohlfahrtsökonomische Vorteile zu berücksichtigen, welche aus Effizienzvorteilen resultieren. Aus Art. 1 KG solle das Kartellgesetz volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen verhindern. Diese Vorgabe stamme aus Art. 94 Abs. 2 und Art. 96 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Daraus schliesse die Literatur, dass die kartellgesetzliche Beurteilung von Zusammenschlüssen auf die Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt abstellen müsse.<sup>97</sup>

404. Für den Aspekt der Gesamtmarkt Betrachtung bei Unternehmenszusammenschlüssen zitiert die Stellungnahme allerdings Ausführungen, welche sich auf die Grundlagen und den grundsätzlichen Zweck des Kartellgesetzes beziehen. Es handelt sich dabei nicht um Ausführungen spezifisch zu Art. 10 Abs. 4 KG. Dagegen beziehen sich nachfolgende Darstellungen auf Ausführungen spezifisch zu Art. 10 Abs. 4 KG. Grundsätzlich ergibt Art. 10 Abs. 4 KG eine dynamische Betrachtungsweise bei der Zusammenschlusskontrolle: Es ist nach der „Offenheit der Märkte“ zu fragen.<sup>98</sup> In diesem Sinne besteht die Frage, ob für neu eintretende Wettbewerber unüberwindliche Markteintrittsschranken bestehen oder diese Markteintrittsschranken überwindbar sind. Ist demzufolge in Zukunft mit neuen Konkurrenten zu rechnen, welche die durch den Zusammenschluss begründete oder verstärkte marktbeherrschende Stellung angreifen und ganz oder teilweise beseitigen könnten. Gemäss Art. 10 Abs. 4 KG muss die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigen.<sup>99</sup> Allerdings stellen diese zwei Faktoren streng genommen keine zusätzlichen Beurteilungskriterien dar. Die Norm fixiert den zeitlichen und räumlichen Rahmen für die Berücksichtigung der zwei Faktoren Marktentwicklung und Stellung im internationalen Wettbewerb. Zum Faktor der Stellung im internationalen Wettbewerb ist hinzuzufügen, dass dieser bei Unternehmenszusammenschlüssen wichtig ist, welche generell eine internationale Dimension aufweisen.

405. Obige Darstellungen von Ausführungen spezifisch zu Art. 10 Abs. 4 KG führen somit nicht dazu, dass Art. 10 Abs. 4 KG eine Berücksichtigung von Effizienzwirkungen im Rahmen einer Gesamtmarkt Betrachtung impliziert. Im Rahmen von Art. 10 Abs. 4 KG sind keine Effizienzwirkungen zu berücksichtigen. Die Literatur bezieht sich mit dem Aspekt der sogenannten Gesamtmarkt Betrachtung auch nicht auf Art. 10 Abs. 4 KG. Diese Gesamtmarkt Betrachtung findet zu Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG

Erwähnung. Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG erfolgen untenstehend unter Abschnitt V (Rz. 407).

406. Der Zusammenschluss wird somit zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen, durch die wirksamer Wettbewerb in den Märkten der Frühzustellung von Zeitungen in den Tabelle 33 genannten Gebieten beseitigt werden kann.

V. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt

407. Dem Tatbestandsmerkmal von Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein Zusammenschluss unterschiedliche Auswirkungen auf die einzelnen betroffenen Märkte haben kann.<sup>100</sup> Deshalb hat die Wettbewerbskommission eine sogenannte Gesamtmarkt Betrachtung anzustellen. Wird durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, hat die WEKO zu prüfen, ob es nicht auf einem anderen Markt zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.<sup>101</sup>

408. Als Verbesserung gibt die Stellungnahme vom 3. August positive Auswirkungen auf den Leser- und Inseratemärkten für die Tages- und Sonntagszeitungen an ([...]). Dazu würden auch Effizienzvorteile und damit auch Wohlfahrtsgewinne zählen. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bestünden Wohlfahrtsgewinne in Form eines verbesserten Angebots an Exemplaren und Titeln, welche im Abonnement morgens lieferbar seien. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben schaffe „ein reichhaltigeres Angebot an frühgestelltem Abonnements“. Zudem würden Gebiete erschlossen, wo bisher überhaupt keine Frühzustellung möglich war. Wenn ein Verlag erst einmal in einem neu erschlossenen Gebiet Abonnements mit Frühzustellung anbieten würde, würden aufgrund des Wettbewerbsdrucks auch andere Verlage mitziehen. Dadurch resultierte für die Konsumenten ein erheblicher Zuwachs an Nutzen.

<sup>97</sup> MARC AMSTUTZ, MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch [Hrsg.], Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2004, S. 74 und S. 77 f., m. w. H. auf ROGER GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, recht, Heft 20, 2002, S. 65 f.; JULIA XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Schulthess, 2002 S. 103f.; PIERRE TERCIER, Introduction générale, in: Droit de la concurrence, Tercier/Bovet [Hrsg.], Genf, Basel, München, Helbing & Lichtenhahn, 2002, S. 12, Rz. 56; KLAUS A. VALLENDER, Skizze des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Sonderband, Bern, Stämpfli, 1999, S. 25 f.

<sup>98</sup> ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH, PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1626 f.

<sup>99</sup> SILVIO VENTURI, in: Commentaire romand – Droit de la concurrence, Tercier/Bovet [Hrsg.], Genf, Basel, München, Helbing & Lichtenhahn, 2002, S. 552, Rz. 96 ff.

<sup>100</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 817 ff.

<sup>101</sup> PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David [Hrsg.], Basel 2000, S. 295; PATRIK DUCREY, JENS DROLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 10, Rz. 30 ff.

409. Diese Effekte seien nach Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG zwingend zu berücksichtigen und mit den Auswirkungen auf den Märkten für die Frühzustellung abzuwägen. Hierzu zitiert die Stellungnahme den Entscheid SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG der WEKO (RPW 2007/4, S. 567, Rz. 54). In diesem Entscheid aber geht die WEKO für die schweizerische Fusionskontrolle von einer eingeschränkten Rolle von Effizienzgründen in Prüfungen aus. Damit fällt nach Auffassung der WEKO eine zwingende Berücksichtigung von Effizienz- und Wohlfahrtseffekten bereits dahin. Allerdings ist die WEKO der Auffassung, dass eine Prüfung von Effizienzgründen in einer Prüfung wohl auch nur innerhalb des durch Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG festgelegten Rahmens Bedeutung erlangen. Somit gilt es nachfolgend abzuklären, welches der festgelegte Rahmen von Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG ist.

410. Bei Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG wird auch von einer negativen Eingriffsvoraussetzung gesprochen.<sup>102</sup> Dies ist der Fall, weil ein Zusammenschluss zugelassen werden kann, obwohl er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, wenn der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, ob es sich bei den betroffenen Märkten um dynamische oder eher stagnierende Märkte handelt. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem stagnierenden Markt oder sogar schrumpfenden Markt kann durchaus mit der Verstärkung des Wettbewerbs auf einem dynamischen und zukunftsträchtigen Markt aufgewogen werden. Die Botschaft zum Kartellgesetz hält dazu fest, dass derartige Erwägungen insbesondere dann zu einer differenzierten Bewertung eines Zusammenschlusses führen, wenn eine marktbeherrschende Stellung auf einem absterbenden Markt begründet, gleichzeitig aber der Wettbewerb auf einem zukunftsträchtigen Markt verstärkt wird.<sup>103</sup> Eine Gesamtmarkt Betrachtung ist insbesondere auch bei konglomerale Zusammenschlüssen geboten, die zu einer vertikalen oder konglomerale Integration führen.<sup>104</sup> Denn diese Zusammenschlüsse haben vielfach den Zweck, neue Produktmärkte zu erschliessen. Damit können sich konglomerale Zusammenschlüsse insgesamt wettbewerbsintensivierend auswirken.

411. Aus diesen Ausführungen der juristischen Literatur zur Merkmalsausprägung von Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG ist ersichtlich, dass sich diese Norm auf eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bezieht. Einer Effizienz- oder Wohlfahrtseinrede kann somit nicht stattgegeben werden. Selbst wenn dies möglich sein sollte, entspricht vorliegende Situation gerade dem umgekehrten Fall, den die Literatur nennt. Erwägungen im Rahmen einer Gesamtmarkt Betrachtung führen insbesondere dann zu einer differenzierten Bewertung, wenn ein Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb auf einem dynamischen und zukunftsträchtigen Markt verstärken. Aber gerade die Printmedien weisen gemäss den Parteien keine zukunftsträchtige Entwicklung auf. Die Einnahmen der Printmedien sind gemäss Meldung im Vergleich zu Fernseh- und Onlinemedien

stark rückläufig ([...]). Zu stetig sinkenden Leserzahlen kämen schwindende Werbeeinnahmen. Dazu ergänzt die Stellungnahme vom 10. Juni, dass vor allem die Tageszeitungen sich in einer schwierigen, wenn nicht sogar krisenhaften Situation befänden ([...]). Neben der allgemeinen Wirtschaftskrise gingen diese Schwierigkeiten zu einem wesentlichen Teil von der elektronischen Verbreitung von Nachrichten über das Internet aus und führten konjunkturabhängig zu sinkenden Auflagenzahlen. Mit den sinkenden Auflagenzahlen würden auch die Inserateinnahmen sinken. Diese Angaben werden von der Stellungnahme vom 3. August bestätigt ([...]). Aufgrund dieser Angaben, kann für Leser- und Inseratemärkten bei den Tages- und Sonntagszeitungen nicht von einem zukunftsträchtigen Markt gesprochen werden.

412. Dass der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, ist aufgrund vorangehender Ausführungen nicht ersichtlich.

VI. Ergebnis für die Märkte der Frühzustellung von Zeitungen in den Tabelle 33 genannten Gebieten

413. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben begründet eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG.

### C.5 Schlussfolgerungen

414. Bei der Frühzustellung von Zeitungen gibt es nach der Fusion keine oder kaum aktuelle Konkurrenz in den in Tabelle 33 genannten Gebieten. Die potenzielle Konkurrenz ist als schwach einzustufen. Die potenzielle Konkurrenz wird durch die Beteiligung und die Mitkontrolle an der neuen Frühzustellorganisation neutralisiert. Diese Schlussfolgerung ergibt sich vor allem aus folgenden Umständen: die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia verfügen über eine etablierte Position bei der Frühzustellung; die Post verfügt über eine starke Position bei den anderen Zustelldienstleistungen als der Frühzustellung, sodass in den Bereichen dieser anderen Zustelldienstleistungen keine mit der Post vergleichbare Unternehmen bestehen; die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia verfügen über Beteiligungen an den anderen in der Schweiz tätigen Frühzustellorganisationen und verfügen über eine gemeinsame Kontrolle der Mehrheit dieser Unternehmen; die vertikale Verbundenheit des Verlagsgeschäfts und der Frühzustellung durch einen Zusammenschluss zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia hindert potenzielle Konkurrenten an einem Marktzutritt in die Frühzustellung.

415. Durch die Zusammenlegung der Frühzustellorganisationen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia entfällt zu erwartender vermehrter Wettbewerb. Zudem eröffnet das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit, Marktzutritte zu verhindern.

<sup>102</sup> ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH, PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1630.

<sup>103</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl. 1995 I S. 585.

<sup>104</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 817 ff.

416. Aus diesen Gründen ergab die Prüfung, dass das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Post, der NZZ-Gruppe und Tamedia in der ursprünglichen Form eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet (Art. 10 Abs. 2 KG).

### C.6 Bedingungen und Auflagen

417. Gemäss Meldung entsteht durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine Gesellschaft, über welche die Post, die NZZ-Gruppe und die Tamedia gemeinsam Kontrolle ausüben sollen. Damit würde eine vertikale Verbundenheit zwischen Frühzustellung und Verlagsgeschäft bestehen.<sup>105</sup> Die NZZ-Gruppe und die Tamedia wären Kunden bei der Gesellschaft, an welcher sie zugleich beteiligt wären und welche sie mitkontrollieren würden. Diese vertikale Verbundenheit würde potenzielle Konkurrenz an einem Marktzutritt in die Frühzustellung hindern. Um den Problemen aufgrund der vertikalen Verbundenheit entgegenzutreten, kann das Zusammenschlussvorhaben nur unter Bedingungen zugelassen werden. Die Probleme entfallen, wenn keine Beteiligung der NZZ-Gruppe und Tamedia am Kapital der neuen Gesellschaft besteht und die NZZ-Gruppe und Tamedia auf keine Art eine (Mit-)Kontrolle über sie ausüben. Ein Verbot des Zusammenschlusses wäre unter den gegebenen Verhältnissen unverhältnismässig. Mit einem Verzicht auf die Beteiligung und die Mitkontrolle der NZZ-Gruppe und Tamedia an der neuen Frühzustellorganisation können die Bedenken der WEKO ausgeräumt werden. Damit wird das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter den Bedingungen zugelassen, dass spätestens zum Zeitpunkt des Closing die NZZ-Gruppe und Tamedia an der neu entstehenden Gesellschaft keine Beteiligungen halten und dass sowohl die NZZ-Gruppe als auch die Tamedia durch keinen Vorgang nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V. mit Art. 1 und Art. 2 VKU eine (Mit-)Kontrolle über die neu geschaffene Gesellschaft oder Teile davon erlangen.<sup>106</sup>

418. Ziel der Bedingungen ist der Verzicht auf die Beteiligungen der NZZ-Gruppe und der Tamedia an der neu entstehenden Gesellschaft und auch der Verzicht auf eine gemeinsame Kontrolle durch die Post, die NZZ-Gruppe und der Tamedia. Selbstverständlich dürfen keine anderen Mittel bestehen, durch welche die NZZ-Gruppe und/oder die Tamedia eine (Mit-)Kontrolle an der neu entstehenden Gesellschaft erlangen.<sup>107</sup> Wenn die Post, die NZZ-Gruppe und Tamedia die neu entstehende Frühzustellorganisation nicht mehr gemeinsam kontrollieren, wird das Problem der vertikalen Verbundenheit zwischen Verlagsgeschäft und Frühzustellung und damit der fehlenden potenziellen Konkurrenz entschärft.

419. Gemäss Zuschrift vom 11. September 2009 sind die Parteien unpräjudiziell zu einer Modifikation des Zusammenschlussvorhabens entsprechend der obigen Bedingungen bereit, wenn die WEKO die Nebenabreden gemäss [...] der Meldung gutheisst und die NZZ-Gruppe und die Tamedia das Recht haben, je ein Mitglied mit Informationsrechten für den Verwaltungsrat der neu entstehenden Gesellschaft zu benennen. Für die Benennung von Verwaltungsratsmitgliedern werden die Parteien gemäss Zuschrift vom 11. September 2009 „[...] ab-

schliessen beziehungsweise [...] anpassen, so dass [...]“.

420. Die beiden Parteien haben gegenüber dem Dienstleister eine reine Kundenbeziehung. Diese Kundenbeziehung können sie selbstverständlich absichern. Die Parteien wünschen für eine solche Absicherung auch die Einsitznahme in den Verwaltungsrat der neuen Frühzustellorganisation. Es obliegt in diesem Zeitpunkt der WEKO nicht, in diesem Fusionskontrollverfahren zu den Einzelheiten der vertraglichen Ausgestaltung Stellung zu nehmen.

### D KOSTEN

421. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Post, die NZZ-Gruppe, die Tamedia, die Bevo und die RIM.

422. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben.

423. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.- gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.-. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe erkennbar, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 200.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

424. Die Gebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt CHF [...], bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von CHF [...] für die Prüfung.

425. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Somit haften die Post, die NZZ-Gruppe, die Tamedia, die Bevo und die RIM solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

<sup>105</sup> Vgl. Ausführungen vorne in Abschnitt C.4.2.2.2. (Rz. 365 ff.).

<sup>106</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 727 ff.

<sup>107</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 727 ff.

**E DISPOSITIV**

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia wird unter den Bedingungen zugelassen, dass die NZZ-Gruppe und Tamedia am Kapital der neuen Frühzustellorganisation nicht beteiligt sind und auf keine Art eine (Mit-)Kontrolle über sie ausüben.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 50, 51, 54 und 55 KG belegt werden.

3. [Verfahrenskosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung]

B 2.3

**3. Merck & Co./Schering-Plough**

*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. Oktober 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. Oktober 2009*

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Merck & Co. Inc. (Merck) und Schering-Plough Corporation (SP) auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag wird wie folgt begründet:

**A SACHVERHALT****A.1 Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 25. September 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.

2. Merck und SP haben am 8. März 2009 eine Fusionsvereinbarung abgeschlossen. Gemäss dieser Vereinbarungserklärung wird SP mit Merck fusionieren, wobei SP als Gesellschaft weiterexistiert, aber in Merck umfirmiert wird.

3. Das Zusammenschlussvorhaben ist den Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union gemeldet worden. Mit Entscheid vom 22. Oktober 2009 wurde der Zusammenschluss genehmigt.

**A.2 Die beteiligten Unternehmen**

4. Merck ist ein nach dem Recht des US-Bundesstaats New Jersey konstituiertes Unternehmen mit Sitz in Whitehouse Station, New Jersey, USA. Merck ist ein forschungs- und entwicklungsorientiertes, global tätiges Pharmaunternehmen. Es entwickelt, produziert und vermarktet verschreibungspflichtige Medikamente im Bereich der Humanmedizin. Merck ist seit dem 18. September 2009 nicht mehr im veterinärmedizinischen Bereich tätig. Grund dafür ist der Verkauf der 50 %-Beteiligung an der Merial Limited an sanofi aventis S.A. Diese Übernahme wurde durch die Europäische Kommission am 15. September 2009 genehmigt.<sup>1</sup> Im Bereich von Humanimpfstoffen ist Merck an einem Joint Venture mit Sanofi Pasteur beteiligt, welches als Sanofi Pasteur MSD (SPMSD) in Produktion und Vertrieb tätig ist. Die Produkte von Merck werden in mehr als 140 Ländern verkauft. Merck beschäftigt weltweit 55'200 Mitarbeiter. In der Schweiz ist Merck durch seine Tochtergesellschaften **Merck Sharp & Dohme-Chibret AG** in Opfikon, welche mit 130 Mitarbeitern einen Jahresumsatz von ca. CHF 150 Mio. erzielt, sowie mit der Merck Sharp & Dohme (Schweiz) GmbH in Sion, welche mit 6 Mitar-

beitern im Bereich Einkauf bei externen Herstellern tätig ist, vertreten.

5. SP ist ebenfalls ein nach dem Recht des US-Bundesstaates New Jersey konstituiertes Unternehmen mit Sitz in Kenilworth, New Jersey, USA. SP ist in den drei Bereichen Humanpharmazeutik, Veterinärmedizin sowie rezeptfreien Gesundheitsprodukten tätig. In allen drei Bereichen ist SP sowohl in Forschung und Entwicklung als auch in der Produktion und Vermarktung tätig. Im Jahr 2008 beschäftigte SP weltweit 51'000 Mitarbeiter. In der Schweiz ist SP über seine Tochtergesellschaft **Essex Chemie AG** in Luzern vertreten, welche im Bereich des Vertriebes tätig ist. Im Weiteren ist SP in der Schweiz durch die Wertheimstein Chemie AG in Schachen vertreten, welche mit 170 Mitarbeitern im Bereich der Forschung und Entwicklung tätig ist und keine Handelstätigkeit und somit auch keine externen Umsätze erzielt.

**A.3 Ziel des Zusammenschlusses**

6. Die Parteien haben für den Zusammenschluss die Möglichkeit der Diversifizierung in wichtigen therapeutischen Gebieten als einen der Hauptgründe genannt. Im Weiteren machen die Parteien auch geltend, dass das neue Unternehmen über eine breitere und tiefere Produktpipeline verfügen wird, so dass sich die Anzahl der neuen Medikamente, die sich bei Merck zur Zeit in Phase III<sup>2</sup> befinden, verdoppeln werden. Auch wird der Zusammenschluss zu einer geografischen Diversifizierung führen, was insbesondere ein Wachstum in den Schwellenländern bedeutet. Als weitere Vorteile werden Kostensynergien genannt, sowie die Komplementarität der Marketing- und Verkaufsbereiche.

**B ERWÄGUNGEN****B.1 Geltungsbereich**

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

<sup>1</sup> Vgl. Merck, sanofi-aventis und SP haben zusätzlich zur erwähnten Vereinbarung über den Teilübergang eine Call-Option vereinbart. Gemäss dieser hat Sanofi-aventis das Recht, innerhalb von 100 Tagen seit dem Vollzug des Vorhabens die Call-Option auszuüben und so den veterinärmedizinischen Bereich von SP mit Merial zusammenzuführen. Somit entstünde ein zu gleichen Teilen von Merck und Sanofi-aventis gehaltenes Joint Venture im Bereich Veterinärmedizin. Die Ausübung der Call-Option durch Sanofi-aventis wäre in verschiedenen Ländern, voraussichtlich auch unter dem KG und der VKU, meldepflichtig.

<sup>2</sup> In der klinischen Phase III wird die Wirkung des Medikaments an einer grösseren Anzahl Patienten unter praxisnahen Bedingungen getestet, die Markteinführungsparameter definiert, die endgültigen Darreichungsformen entwickelt sowie der Wirkstoff für die Einführung produziert.

### B.1.1 Unternehmen

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

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, durch welchen zwei oder mehr Unternehmen zu einem fusionieren.

10. Gemäss dem Zusammenschlussvertrag vom 8. März 2009 fusionieren SP und Merck in eine kombinierte Unternehmenseinheit auf der Grundlage eines Bar- und Aktiengeschäfts. Die Aktionäre von Merck und SP werden zu Aktionäre der fusionierten Einheit. Die Aktionäre von SP erhalten dabei für jede SP-Aktie 0.5767 Aktien des gemeinsamen Unternehmens sowie USD 10.50 in bar. Der gesamte Transaktionswert beläuft sich somit auf ca. USD 41 Mrd.

11. Beim geplanten Zusammenschluss handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

### B.3 Meldepflicht

13. Der konsolidierte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich im Jahr 2008 bei Merck auf CHF 30'812 Mio., während jener von SP CHF 22'384 Mio. betrug.

14. Damit erreichen beide beteiligten Unternehmen im Jahr 2008 einen gemeinsamen Umsatz von CHF 53'196 Mio., womit der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten ist.

15. In der Schweiz erzielte Merck im Geschäftsjahr 2008 einen Umsatz von CHF [...] Mio., der Umsatz von SP im selben Jahr betrug CHF [...] Mio.

16. Beide beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2008 in der Schweiz jeweils mehr als CHF 100 Mio. Umsatz erzielt, weshalb der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt ist.

17. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist somit gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

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

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

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

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

### B.4.1 Relevante Märkte bei Humanpharmazeutischen Produkten

#### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

21. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index<sup>3</sup>) eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation wird von der World Health Organisation (WHO) anerkannt und wurde sowohl von der Wettbewerbskommission<sup>4</sup> als auch von der EU-Kommission<sup>5</sup> angewandt.

22. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffanteilen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.

23. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden wie etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel oder kassenpflichtige gemäss Spezialitätenliste (SL) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.

24. Merck und SP vertreiben ihre Produkte generell durch Grossisten und Verteiler, die ihrerseits Apotheken, Ärzte, Kliniken, Spitäler und andere Grosskunden beliefern.

25. Der sachlich relevante Markt wird auf Stufe Herstellung durch die entsprechenden humanpharmazeutischen Produkte und ihre Klassifikation definiert.

<sup>3</sup> <http://www.ephmra.org>.

<sup>4</sup> Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange (RPW 1998/1, S. 62 ff.), Hoechst/Rhône-Poulenc (RPW 1999/3), Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC (RPW 2001/2, S. 338 ff.), Pfizer Inc./Pharmacia Corp. (RPW 2003/2, S. 314 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. z.B. IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28. September 1995, IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17. Juli 1996, IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13. September 1997, COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia, Entscheidung vom 27. Februar 2003; COMP/M.4691, Schering-Plough/Organon Biosciences, Entscheidung vom 11. Oktober 2007.



#### B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

27. Gemäss ständiger Praxis ist bei Fusionen im Pharmabereich von einem nationalen Markt auszugehen<sup>6</sup>. Es gibt keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

#### B.4.1.3 Stellung von Merck und SP auf dem Gesamtmarkt Schweiz

28. Im Gesamtmarkt für Medikamente wird mehr als die Hälfte des Umsatzes über die Apotheken erwirtschaftet (siehe Tabelle 1 im Anhang). In diesem Bereich erreichen Merck und SP nach dem Zusammenschluss ihre niedrigste Platzierung (siehe Tabelle 3 im Anhang), während sie beim Vertrieb über die Spitäler (siehe Tabelle 5 im Anhang), dem Bereich mit dem kleinsten Anteil am Gesamtmarkt, ihre höchste Platzierung haben.

29. Nach dem Zusammenschluss werden Merck und SP den dritten Rang mit [5-10] % im schweizerischen Gesamtmarkt für Pharmaprodukte belegen (siehe Tabelle 2 im Anhang). Da Merck und SP einzeln über fast identische Marktanteile verfügen, entsteht dadurch ein deutlich grösseres Unternehmen, welches einen ähnlichen Marktanteil aufweist wie bis anhin grössere Konkurrenten (AstraZeneca, sanofi-aventis). Die Differenz zum Marktführer Novartis beträgt allerdings immer noch über [0.1-5] %.

30. Im Bereich des Vertriebes an die Apotheken werden Merck und SP nach dem Zusammenschluss mit einem Marktanteil von [5-10] % den vierten Platz belegen, während sie davor auf den Plätzen acht bzw. fünfzehn rangierten (siehe Tabelle 3 im Anhang). Dahinter sind mit nur einem kleinen Abstand namhafte Konkurrenten, während die Differenz zum Marktführer Novartis doch [5-10] % beträgt.

31. Im Bereich Vertrieb an die selbst dispensierenden Ärzte gemäss Umsatz 2008 werden Merck und SP von den Plätzen zehn und zwölf nach dem Zusammenschluss auf den vierten Platz mit einem Marktanteil von [5-10] % vorstossen (siehe Tabelle 4 im Anhang). Davor liegen noch namhafte Konkurrenten, insbesondere Novartis mit einem Marktanteil von über 10 %.

32. Nach dem Zusammenschluss werden Merck und SP im Bereich Vertrieb an die Spitäler gemäss Umsatz 2008 neu mit [5-10] % Marktanteil den zweiten Platz belegen. Auf dem ersten Platz verbleibt Marktführer Roche Pharma Schweiz mit einem Marktanteil von [10-20] % (siehe Tabelle 5 im Anhang).

#### B.4.1.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

33. 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.

34. Nachfolgend werden die Märkte (betroffene Produktkategorien) im Bereich Humanarzneimittel vorgestellt, die durch den Zusammenschluss betroffen sind (vgl. Rz. 21 ff.).

#### B.4.1.4.1. Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20 %

35. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben in der ATC-3 bzw. ATC-4-Klassifikationen folgende zwei Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten in der Schweiz, die zu einem gemeinsamen Marktanteil von 20 % oder mehr führen:

##### a) ATC-3: R01B, R06A, R03J und ATC-4: R01A1, R01A6, R01A7 (Allergische Rhinitis)

36. Produkte gegen allergische Rhinitis befinden sich auf verschiedenen ATC-3 Stufen bzw. ATC-4 Stufen. Als allergische Rhinitis bezeichnet man die durch allergische Reaktion hervorgerufene Entzündungen der Nasenschleimhäute. Die Behandlung konzentriert sich hauptsächlich auf die Erleichterung der Symptome.

37. Merck verkauft in diesem Segment das Medikament **Singulair**, welches sich in der ATC-3 Stufe R03J befindet. Dieses Medikament ist in der Schweiz auch für die saisonal bedingte allergische Rhinitis bei Patienten indiziert, welche bereits Asthmamedikamente zu sich nehmen. Dieses Medikament dient somit primär der Behandlung von Asthmapatienten, die ebenfalls an allergischer Rhinitis leiden. Die Produkte von SP in diesem Bereich sind **Nasonex** (ATC-4 Stufe R1A1), **Claritin** (ATC-3 Stufe R06A) und **Aerius** (ATC-3 Stufe R06A).

38. Mit Ausnahme von Claritin sind die Medikamente patentgeschützt. Alle Medikamente sind verschreibungspflichtig und befinden sich, mit Ausnahme von Claritin-Pollen, auf der Spezialitätenliste (SL).

<sup>6</sup> Medikamentenpreis Thalidomid, RPW 2006/3, S. 433, N. 46; Sanofi-Synthelabo SA/Aventis SA, RPW 2004/3, S. 812, N. 24; Pfizer Inc./Pharmacia Corp., RPW 2003/2, S. 315, N. 25 ff.; Hoechst/Rhône-Poulenc, RPW 1999/3, S. 513 ff.; Roche/Corange, RPW 1998/1, S. 61, N. 29.

**Tabelle 1: Marktanteile in der Schweiz, ATC-3 Stufen R01B + R06A sowie ATC-4 Stufen R01A1 + R01A6 + R01A7**

Unternehmen	Produkt	Marktanteil 2006	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008
MERCK	Singulair R03J	[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
SP	Nasonex R01A1 Claritine R06A Clarinex/Aerius R06A	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Parteien kombiniert		[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
UCB	Xyzal R06A Zytrec R06A	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
GLAXOSMITHKLINE	Flutinasal R01A1 Avamys R01A1, Beconasol R01A1 Semprex R06A	[10-20] %	[0.1-10] %	[10-20] %
SANOFI-AVENTIS	Nasacort R01A1 Tilarin R01A6 Telfast R06A Mizollen R06A	[0.1-10] %	[10-20] %	[0.1-10] %
SPIRIG	Cortinasal R01A1 Cetrin R06A	[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
NOVARTIS	Cetallerg R06A Fenistil R06A Tavegyl R06A Lorado R06A	[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
ASTRAZENECA	Rhinocort R01A1	[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
Übrige		[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
Verkäufe insgesamt:		CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.

Quelle: IMS; Angabe der Parteien

### Aktueller Wettbewerb

39. Die Parteien halten es für richtig, den Markt nach der jeweiligen ATC-3 Klasse zu definieren und sehen aufgrund der unterschiedlichen therapeutischen Anwendungen, der Einsatzmethoden, der Einnahmearten sowie der täglichen Behandlungskosten keinen Grund für einen weitergehende Marktdefinition. Damit würde es zu keiner Überlappung kommen, da sich das Produkt Singulair von Merck in einer anderen ATC-3 Klasse befindet als die Produkte von SP. Somit liegen auch keine betroffenen Märkte vor.

40. Da gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission Produkte aus den ATC-3 Klassen R01A und R01B substituierbar sind<sup>7</sup>, gehen die Parteien subsidiär von zwei - hypothetischen Märkten aus, nämlich „dem Markt für sämtliche Behandlung gegen allergische Rhinitis“ (umfasst die ATC-4 Klassen R01A1, R01A6, R01A7 und die ATC-3 Klassen R01B, R06A, R03J) und „dem Markt für sämtliche Behandlungen gegen allergische Rhinitis, mit Ausnahme von Nasalpräparaten“ (umfasst die ATC-3 Klassen R06A und R03J). Im Weiteren gehen die Parteien auch davon aus, dass sowohl verschreibungspflichtige wie auch rezeptfreie Produkte in einem Austauschverhältnis stehen, da viele Medikamente gegen Rhinitis ohne Arztkonsultation direkt in einer Apotheke bezogen werden. Zudem würde das Produkt Singulair nur in [...] aller im Jahr 2008 getätigten Verkäufe für die Behandlung von allergischer Rhinitis bei Asthmapatienten eingesetzt.

41. Bezieht man nur verschreibungspflichtige Medikamente ein (mit Nasalpräparaten), so erreicht Singulair von Merck lediglich einen Marktanteil von [0.1-10] % (siehe Tabelle 1). Die Produkte von SP erreichen dagegen

zusammen einen Anteil von [30-40] %. Damit wird nur eine kleine Marktanteilsaddition von [30-40] % erreicht. Würde man zusätzlich auch nicht verschreibungspflichtige Medikamente mit einbeziehen, so wäre der Marktanteil noch kleiner. Zudem befinden sich immer noch zahlreiche weitere Konkurrenten im Markt, wenn gleich diese auch über jeweils einen kleineren Marktanteil verfügen. Überdies handelt es sich bei allen fraglichen Medikamenten um SL-Präparate. Gemäss Art. 67 Abs. 2 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) bedürfen Erhöhungen der in der SL festgesetzten Preise einer Bewilligung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG). Gemäss Art. 36 Abs. 2 der Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) lehnt das BAG Preiserhöhungsgesuche ab, sofern die Überprüfung ergibt, dass der ersuchte Preis zu hoch ist.

<sup>7</sup> RPW 2003/2, S. 332, Rz. 65.

42. Aufgrund der Daten der Tabelle 1 erreicht der HHI nach Zusammenschluss 2166 und der Delta-Wert HHI 148<sup>8</sup>. Trotzdem gibt es wegen den unterschiedlichen Marktanteilen der verschiedenen Unternehmen keine Anhaltspunkte, dass eine kollektive Marktbeherrschung in diesem Bereich entstehen könnte.

43. Bezüglich des potentiellen Wettbewerbs im vorliegenden Produktsegment haben gemäss Angaben der Parteien mehrere Unternehmen diverse Produkte in Phase III. [...].

44. Somit kann im vorliegenden Fall die Marktdefinition offen gelassen werden. Selbst wenn bei den Produkten von Merck und SP eine Überlappung vorliegen sollte, liegen keine Anzeichen vor, dass einen marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

#### b) J02A (Systemische Antifungale Medikamente)

45. Systemische antifungale Medikamente werden gemäss ATC-Klassifikation auf der 3. Stufe als J02A bezeichnet und können nicht weiter in ATC4 Klassen unterteilt werden. Sie dienen zur Behandlung von systemischen fungalen Infektionen, welche eines oder mehrere Organe befallen. Dies unterscheidet sie von oberflächli-

chen fungalen Infektionen, welche nur auf der obersten Hautschicht auftreten. Die meisten Patienten, welche an einer systemischen fungalen Infektion leiden, sind durch eine Krankheit wie AIDS oder auch durch eine Chemotherapie bereits im Immunsystem geschwächt. Die häufigste Art einer systemischen Pilzinfektion ist durch Pilze der Gattung der Candida. Systemische fungale Infektionen können sowohl zu lebensgefährlichen, invasiven Störungen als auch zu nicht-lebensgefährlichen Infektionen führen. Die antifungalen Medikamente können in die drei Hauptgruppen Azole, Echinocandine und Polyene unterteilt werden, wobei sich diese hinsichtlich ihrer Zusammensetzung und Abwendungsmethoden sowie des Anwendungsspektrums unterscheiden.

46. Das antifungale Medikament von Merck im J02A-Segment ist **Cancidas** (Wirkstoff: Caspofungin), dessen Patentschutz im [...] ausläuft. Das Produkt von SP in diesem Segment ist **Noxafil** (Wirkstoff: Posaconazol), dessen Patentschutz im [...] ausläuft. Beide Medikamente sind verschreibungspflichtig und befinden sich auf der SL.

**Tabelle 2: Marktanteile in der Schweiz, ATC-3 Stufe J02A**

Unternehmen	Produkt	Marktanteil 2006	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008
MERCK	Cancidas	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
SP	Noxafil	-	[0.1-10] %	[0.1-10] %
Parteien kombiniert		[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %
PFIZER	Diflucan Vfend	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %
NOVARTIS	Flucunazol Sandoz /Flunizol Itraconazol Sandoz Lamisil Terbifil	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
RATIOPHARM	Flucunazol Mepha Itraconazol Mepha Terbinafin Mepha	[0.1-10] %	[0.1-10] %	[0.1-10] %
ÜBRIGE		[30-40] %	[20-30] %	[20-30] %
Verkäufe insgesamt:		CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.

Quelle: Angaben der Parteien

#### Aktueller Wettbewerb

47. Die Parteien machen geltend, dass die Produkte keine Substitute darstellen und im Gegenteil als komplementär anzusehen seien. Bei systemischen antifungalen Medikamenten könne eine Unterscheidung in zwei Kategorien gemacht werden, nämlich in Produkte zur Behandlung von leichten Infektionen und auf der anderen Seite solche für die Behandlung von mittleren bis schweren Infektionen. Das Produkt Cancidas von Merck werde zur Behandlung von mittleren und schweren Infektionen, insbesondere von invasiven Candida, verwendet und werde meistens in einem Spital intravenös verabreicht. Auch verlaufe eine solche Infektion in 40 % der Fälle tödlich. Noxafil von SP dagegen werde nicht zur Behandlung von Candida eingesetzt, sondern bei leichten Pilzinfektionen sowie zur Prophylaxe. Es werde

oral eingenommen und meistens vom Arzt als erste Wahl verschrieben. Zudem seien die Preisdifferenzen

<sup>8</sup> Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols). Gemäss Praxis der EU-Kommission stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Liegt der HHI hingegen zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert über 250 oder ist der HHI höher als 2'000 und der Delta-Wert grösser als 150 müssen zusätzliche Kriterien (z.B. betreffend potenzielle Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung) erfüllt sein, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss grundsätzlich nicht eingehend prüft (Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rz. 19 f), RPW 2008/4, S. 617.

beträchtlich, da Cancidas rund drei Mal so teuer ist wie Noxafil. Allerdings erreicht Merck mit Cancidas im Bereich für die Behandlung von mittleren und schweren Pilzinfektionen für das Jahr 2008 einen Marktanteil [30-40] %, wo der Wert von 30 % überschritten ist und somit wieder ein betroffener Markt vorliegt, was aber vorliegend zu keiner marktbeherrschenden Stellung führt (für die Beurteilungskriterien siehe Rz. 51). Mit Pfizer existiert zudem noch ein grösserer Konkurrent mit [40-50] % Marktanteil.

48. Auf der ATC-3 Stufe lag der Marktanteil von Merck in diesem Segment in den letzten drei Jahren bei knapp unter oder genau [20-30] %. Der Marktanteil von SP mit [0.1-10] % und [0.1-10] % in den beiden letzten Jahren ist eher im unteren Bereich. Damit ist die Marktanteilsaddition gering (HHI-nach Zusammenschluss: 1751 und Delta-Wert HHI: 230) und liegt für das Jahr 2008 gesamthaft mit [20-30] % immer noch hinter dem grössten namhaften Konkurrenten Pfizer, welcher einen Marktanteil von [20-30] % erreicht. Zudem ist mit Novartis ein weiterer Konkurrent mit [10-20] % Anteil im Markt. Sowohl bei Cancidas als auch bei Noxafil handelt es sich um SL-Präparate, womit eine Preiserhöhung vom BAG genehmigt werden muss (siehe Rz. 41).

49. Vorliegend kann die Markttabgrenzung offen gelassen werden, da auch innerhalb der gleichen ATC-3 Stufe keine Anzeichen für die Begründung oder Verstärkung

einer marktbeherrschenden Stellung vorhanden sind, womit sich eine genauere Markttabgrenzung erübrigt.

50. Da genügend aktueller Wettbewerb herrscht, erübrigt sich eine Analyse des potenziellen Wettbewerbes.

#### B.4.1.4.2. Produktsegmente, in denen nur Merck aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30 % verfügt

51. Auch bei fehlender direkter horizontaler Überlappungen ist bei Märkten, in denen Merck allein mehr als 30% Marktanteil hat, noch zu prüfen ob vertikale Überlappungen bestehen. Dabei – auch in Anlehnung an die europäische Praxis<sup>9</sup> – muss geprüft werden, ob SP auf solchen Märkten ein potentieller Wettbewerber von Merck ist (z.B. wenn Produkte in der Pipeline bestehen), ob SP Inhaber geistiger Eigentumsrechte auf einem dieser Märkte oder auf einem benachbarten Produktsegment tätig ist, welches mit diesem Produktsegment eng verknüpft ist.

52. Basierend auf die ATC-3-Klassifikation (bzw. ATC-4-Klassifikation für Impfstoffe) und aufgrund der von den Parteien eingereichten Informationen bestehen folgende Produktsegmente, in denen Merck allein oder gemeinsam mit SPMSD, nicht aber SP, in der Schweiz aktiv ist und Merck bzw. SPMSD Marktanteile von mehr als 30 % erreicht bzw. erreichen:

**Tabelle 3: Medikamente von Merck mit 30 % oder mehr Marktanteil (2008)**

Marktanteile in %					
ATC3 / 4	Bereich	Merck / SPMSD	U <sub>2</sub>	U <sub>3</sub>	U <sub>4</sub>
D11A	Andere Dermatika (Behandlung von Haarausfall) (Propecia)	[30-40] %	[30-40] % Bayer	[0.1-10] % Vifor	[0.1-10] % Merz Pharma
J01P	Andere beta-lactam Antibiotika (Invanz, Ziemant/Tiemant)	[50-60] %	[40-50] % AstraZeneca	[0.1-10] % Bristol-Myers	
<b>Impfstoffe</b>					
J07A1	Influenza (Mutagrip)	[30-40] %	[30-40] % Glaxo-SmithKline	[20-30] % Solvay	
J07A7	Pneumokokken-(polysaccharide) Impfstoffe (Pneumovax 23)	100 %			
J07A9	Weitere Impfstoffe				
davon	Humane Papillomviren (Gardasil)	100 %			
	Gelbfieber (Stamari)	100 %			
	Zoster (Zostavax)	100 %			
J07B1	Kombinierte Impfstoffe mit einer Tetanus-Komponente				
davon	Td-IPV (Revaxis)	[80-90] %	[10-20] % Novartis		

Quelle: Angaben der Parteien

<sup>9</sup> Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Anhang 1 „Form-

blatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäss Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates“.

53. Diese Angaben sind von den Parteien eingereicht worden und basieren auf der ATC-Klassifikation Stufe 3. Von einer definitiven sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz. 22) kann man in diesen Fällen absehen, da bei allen oben aufgeführten Produktsegmenten SP keine Produkte in einem vor- oder nachgelagerten Markt vertreibt, [...] hat und keine Konkurrenzprodukte besitzt, die ausserhalb der Schweiz verkauft werden und die in eines dieser Produktsegmente fallen. Zudem ist SP in keinem

angrenzenden Produktsegment tätig und hält keine Immaterialgüterrechte in einem dieser Produktsegmente.

#### A.1.1.1.1 Produktsegmente, in denen nur SP aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30 % verfügt

54. Das gleiche Vorgehen wird im Zusammenhang mit den folgenden Produkten von SP durchgeführt.

**Tabelle 4: Medikamente von SP mit 30% oder mehr Marktanteil (2008)**

Marktanteile in %					
ATC3	Bereich	SP	U <sub>2</sub>	U <sub>3</sub>	U <sub>4</sub>
A14A	Anabolika zur systemischen Anwendung (Deca-Durabolin)	100%			
D07A	Reine topische Corticosteroide (Celestone/Celestone Chronodose und Elocon)	[40-50]%	[30-40]%, GlaxoSmithKline	[0.1-10]%, Abbot	[0.1-10]%, Vifor
D07B	Topische Corticosteroide, Kombinationen (Diprogenta, Diprosalic und Triderm)	[30-40]%	[10-20]%, Spirig	[10-20]%, Leo Pharma	[10-20]%, Sanofi
L04A	Immunsuppressive Substanzen (Remicade)	[30-40]%	[10-20]%, Celgene	[10-20]%, Novartis	[10-20]%, Roche
G03X	Behandlung von Östrogenmangel (+ G03C und G03F) (Livial)	[30-40]%	[20-30]%, Novartis	[10-20]%, Novo Nordisk	[0.1-10]%, Solvay
	Behandlung von Gehirntumoren (Temodal)	100%			

55. Für diese von den Parteien definierten Produktsegmente, in denen SP, aber nicht Merck, aktiv ist, gelten ebenfalls die oben gemachten Erwägungen: Merck hat keine Produkte in einem vor- oder nachgelagerten Markt, [...] und keine Konkurrenzprodukte, die ausserhalb der Schweiz verkauft werden und die in eines dieser Produktsegmente fallen. Zudem ist Merck in keinem angrenzenden Produktsegment tätig und hält keine Immaterialgüterrechte in einem dieser Produktsegmente.

56. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Zusammenschluss auf Märkten, in denen nur ein Unternehmen aktiv ist und einen Marktanteil von mehr als 30 % hat, keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

#### B.4.2 Ergebnis

##### Betroffene Märkte, in welchem beide Parteien tätig sind:

57. In den beiden betroffenen Märkten zeigt sich, dass die Marktanteilsadditionen gering ausfallen und andere

Konkurrenten vorhanden sind. Zudem handelt es sich um SL-Präparate. Preiserhöhungen sind somit auch nach dem Zusammenschluss nicht ohne Genehmigung des BAG möglich.

##### Betroffene Märkte, in denen lediglich eine der Parteien tätig ist:

58. In den betroffenen Märkten, in denen nur eine der beiden Parteien tätig ist, hat sich herausgestellt, dass genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist. In keinem der betroffenen Märkte hat das jeweils andere Unternehmen [...], keine geistigen Eigentumsrechte und ist auch nicht in einem benachbarten Produktsegment tätig.

##### Fazit

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

## Anhang

Tabelle 1: Gesamtmarkt aufgeteilt nach Bereichen gemäss Umsatz 2008

Bereich	Verkauf (Total: CHF [...] Mio.)	Anteil
Apotheken	CHF [...] Mio.	[50-60] %
Selbst dispensierende Ärzte	CHF [...]Mio.	[20-30] %
Spitäler	CHF [...]Mio.	[20-30] %

Quelle: Angaben der Parteien

Tabelle 2: Nationale Marktanteile der Unternehmen gemäss Umsatz 2008

Vor dem geplanten Zusammenschluss			Nach dem geplanten Zusammenschluss		
Rang	Unternehmen	MA %	Rang	Unternehmen	MA %
1	Novartis	[10-20]	1	Novartis	[10-20]
2	Pfizer/Wyeth	[5-10]	2	Pfizer/Wyeth	[5-10]
3	AstraZeneca	[5-10]	<b>3</b>	<b>MSP (inkl. 50 % SPMSD)</b>	<b>[5-10]</b>
4	sanofi-aventis	[5-10]	4	AstraZeneca	[5-10]
5	GlaxoSmithKline	[5-10]	5	sanofi-aventis	[5-10]
6	Roche	[5-10]	6	GlaxoSmithKline	[5-10]
7	Bayer HealthCare	[0.1-5]	7	Roche	[5-10]
8	Mepha	[0.1-5]	8	Bayer HealthCare	[0.1-5]
<b>9</b>	<b>Merck</b>	<b>[0.1-5]</b>	9	Mepha	[0.1-5]
<b>10</b>	<b>SP</b>	<b>[0.1-5]</b>	10	Johnson & Johnson	[0.1-5]
<b>21</b>	<b>SPMSD</b>	<b>[0.1-5]</b>			

Quelle: IMS Health, Angabe der Parteien

Tabelle 3: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die Apotheken gemäss Umsatz 2008

Vor dem geplanten Zusammenschluss			Nach dem geplanten Zusammenschluss		
Rang	Unternehmen	MA %	Rang	Unternehmen	MA %
1	Novartis	[10-20]	1	Novartis	[10-20]
2	Pfizer/Wyeth	[5-10]	2	Pfizer/Wyeth	[5-10]
3	AstraZeneca	[5-10]	3	AstraZeneca	[5-10]
4	sanofi-aventis	[5-10]	<b>4</b>	<b>MSP (inkl. 50 % SPMSD)</b>	<b>[5-10]</b>
5	Bayer HealthCare	[5-10]	5	sanofi-aventis	[5-10]
6	GlaxoSmithKline	[5-10]	6	Bayer HealthCare	[5-10]
7	Mepha	[0.1-5]	7	GlaxoSmithKline	[5-10]
<b>8</b>	<b>Merck</b>	<b>[0.1-5]</b>	8	Mepha	[0.1-5]
9	Johnson & Johnson	[0.1-5]	9	Johnson & Johnson	[0.1-5]
10	Roche	[0.1-5]	10	Roche	[0.1-5]
<b>15</b>	<b>SP</b>	<b>[0.1-5]</b>			
<b>33</b>	<b>SPMSD</b>	<b>[0.1-5]</b>			

Quelle: IMS, Angabe der Parteien

**Tabelle 4: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die selbst dispensierenden Ärzte gemäss Umsatz 2008**

Vor dem geplanten Zusammenschluss			Nach dem geplanten Zusammenschluss		
Rang	Unternehmen	MA %	Rang	Unternehmen	MA %
1	Novartis	[10-20]	1	Novartis	[10-20]
2	Pfizer/Wyeth	[5-10]	2	Pfizer/Wyeth	[5-10]
3	AstraZeneca	[5-10]	3	AstraZeneca	[5-10]
4	sanofi-aventis	[5-10]	<b>4</b>	<b>MSP (inkl. 50 % SPMSD)</b>	<b>[5-10]</b>
5	GlaxoSmithKline	[5-10]	5	sanofi-aventis	[5-10]
6	Roche	[0.1-5]	6	GlaxoSmithKline	[5-10]
7	Mepha	[0.1-5]	7	Roche	[0.1-5]
8	Spirig	[0.1-5]	8	Mepha	[0.1-5]
9	Bayer HealthCare	[0.1-5]	9	Spirig	[0.1-5]
<b>10</b>	<b>Merck</b>	<b>[0.1-5]</b>	10	Bayer HealthCare	[0.1-5]
<b>12</b>	<b>SP</b>	<b>[0.1-5]</b>			
<b>13</b>	<b>SPMSD</b>	<b>[0.1-5]</b>			

Quelle: IMS, Angabe der Parteien

**Tabelle 5: Marktanteil der Unternehmen im Bereich Vertrieb an die Spitäler gemäss Umsatz 2008**

Vor dem geplanten Zusammenschluss			Nach dem geplanten Zusammenschluss		
Rang	Unternehmen	MA %	Rang	Unternehmen	MA %
1	Roche Pharma Schweiz	[10-20]	1	Roche Pharma Schweiz	[10-20]
2	Novartis	[5-10]	<b>2</b>	<b>MSP (inkl. 50 % SPMSD)</b>	<b>[5-10]</b>
3	sanofi-aventis	[5-10]	3	Novartis	[5-10]
4	GSK Pharma	[5-10]	4	sanofi-aventis	[5-10]
5	Pfizer/Wyeth	[5-10]	5	GSK Pharma	[5-10]
<b>6</b>	<b>SP</b>	<b>[5-10]</b>	6	Pfizer/Wyeth	[5-10]
7	AstraZeneca	[5-10]	7	AstraZeneca	[5-10]
8	B. Braun Melsungen	[0.1-5]	8	B. Braun Melsungen	[0.1-5]
9	Bristol-Myers Squibb	[0.1-5]	9	Bristol-Myers Squibb	[0.1-5]
10	Eli Lilly	[0.1-5]	10	Eli Lilly	[0.1-5]
<b>12</b>	<b>Merck</b>	<b>[0.1-5]</b>			
<b>17</b>	<b>SPMSD</b>	<b>[0.1-5]</b>			

Quelle: IMS, Angabe der Parteien

B 2.3

**4. Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service 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*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. November 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. November 2009*

**A SACHVERHALT**

1. Am 30. Oktober 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Emmi Interfrais SA (nachfolgend: Emmi Interfrais) den Erwerb über einen Teilbereich der Kellenberger Frisch Service AG (nachfolgend: KFS). Damit erlangt Emmi die vollständige und alleinige Kontrolle über einen Teilbereich der KFS.

**A.1 Beteiligte Unternehmen****A.1.1 Emmi Interfrais SA**

2. Die Emmi Interfrais ist aus einem Zusammenschluss der Bär Interfromage SA und der Emmi Frischpool AG entstanden. Sie befasst sich ausschliesslich mit dem Grosshandelsgeschäft und beliefert Grossverbraucher sowie unorganisierte und freie Detailhandelsgeschäfte in der ganzen Schweiz mit Frischprodukten. Die Aktivitäten sind schwergewichtig auf Milch, Milchprodukte und Käse ausgerichtet. Das Sortiment der Emmi Interfrais wird mit Produkten der Emmi AG und mit Produkten von externen Lieferanten ergänzt.

3. Mehrheitsaktionärin der Emmi Interfrais ist die Emmi AG, welcher 61 % des gesamten Kapitals der Emmi Interfrais angehört. Beteiligt sind auch die Schweizer Milchproduzenten (SMP) als Genossenschaftsverband der regionalen Milchproduzentenorganisationen (35 %) und die LATI – Federazione Ticinese Produttori di Latte als Organisation der Milchproduzenten (4 %). Ungeachtet dieser Minderheitsbeteiligungen wird die Emmi Interfrais innerhalb der Emmi AG vollständig wie eine Konzerngesellschaft geführt.

**A.1.2 Unternehmensteil von Kellenberger Frisch Service AG**

4. Das zweite am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen ist ein Unternehmensteil von KFS. Im Wesentlichen handelt es sich bei diesem Unternehmensteil um einen Kundenstamm von ungefähr 200 Detailhändlern aus den Kantonen Freiburg, Bern und Baselland. Detaillierte Ausführungen zu diesem Unternehmensteil folgen in Abschnitt B.1.2.1.

5. Obwohl KFS im vorliegenden Fall nicht ein beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) darstellt, ist

eine Beschreibung der Aktivitäten von KFS notwendig. Gemäss Meldeentwurf vom 30. Oktober 2009 haben sich die Aktivitäten der KFS seit dem Zusammenschluss „fenaco/Kellenberger Frisch Service AG“<sup>1</sup> nicht verändert. Demnach bezweckt KFS den Einkauf, Vertrieb und Transport von Lebensmitteln aller Art im In- und Ausland, insbesondere von sämtlichen Produkten des täglichen Frischbedarfs. Gemäss eigenen Angaben unter [www.kellenbergerfs.ch](http://www.kellenbergerfs.ch) besteht das Sortiment von KFS beispielsweise aus Früchten und Gemüse, küchenfertigen Produkten, gekühlten Produkten, Tiefkühlprodukten, Backwaren, Saucenprodukten und Molkereiprodukten.

6. Infolge des Zusammenschlusses „fenaco/Kellenberger Frisch Service AG“ ist die KFS eine Tochtergesellschaft der Frigemo AG, welche ihrerseits eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Genossenschaftsverbandes fenaco bildet. Die strategische Führung erfolgt über die Frigemo AG.

7. Der Genossenschaftsverband fenaco (nachfolgend: fenaco) ist eine organisierte Unternehmensgruppe der schweizerischen Agrarwirtschaft. Ihr Kernauftrag besteht in der Versorgung der angeschlossenen Bauern (und weiterer Kreise) mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln und Hilfsgütern sowie in der genossenschaftlichen Übernahme und Verwertung der Ernte. Die fenaco versorgt die Landwirte mit Produktionsmitteln, übernimmt deren Erzeugnisse, veredelt diese und vermarktet sie.<sup>2</sup> Zur besseren Auslastung der Infrastruktur der angeschlossenen lokalen Genossenschaften hat fenaco überdies die Detailhandelsketten Landi und Volg aufgebaut, und sie betreibt unter der Marke Agrola auch ein Tankstellennetz.

**A.2 Hintergründe des Zusammenschlusses**

8. Die Zusammenschlussparteien nennen als Auslöser des Zusammenschlussvorhabens den strategischen Entscheid der KFS, ihr Geschäft geographisch zu restrukturieren und ihre Aktivitäten zukünftig auf den Raum Zürich/Ostschweiz zu fokussieren.

9. Für die Emmi Interfrais geht es bei diesem Kauf in erster Linie darum, sich einen bestehenden Absatzkanal zu erhalten, die bestehende Infrastruktur noch besser auszulasten sowie Synergiegewinne zu schaffen.

10. Am 2. Oktober 2009 reichten die beteiligten Unternehmen ein Gesuch um erleichterte Meldung i. S. von Art. 12 VKU für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ein. Sie beantragten, die Angaben nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d – f VKU nur für die wirtschaftlich betroffenen Märkte für Lebensmittelgrossisten, welche zur Versorgung lokaler Geschäfte mit gekühlt zu transportierenden Lebensmitteln resp. (alternativ) mit Milchprodukten versorgen, machen zu müssen.

<sup>1</sup> RPW 2008/2, S. 268 ff.

<sup>2</sup> Vgl. [www.fenaco.com](http://www.fenaco.com).



11. Nach Art. 12 VKU können die beteiligten Unternehmen und das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) vor der Meldung eines Zusammenschlusses Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 teilte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien mit, dass es Angaben zum Beschaffungsmarkt für Detailhändler und zu den Absatzmärkten für Detailhändler bez. Molkereiprodukten, Käse und Speiseeis verlange. Zudem befreite das Sekretariat die Zusammenschlussparteien von den Angaben zum Beschaffungsmarkt für Grossverbraucher und zum Absatzmarkt für Grossverbraucher, falls die betroffenen Mitarbeiter bei KFS für die Belieferung der Grossverbraucher nicht tätig gewesen sind.

12. Am 30. Oktober 2009 ging beim Sekretariat die vollständige Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ein, welche inhaltlich der vom Sekretariat vorgeschlagenen einvernehmlichen Festlegung der erleichterten Meldung gemäss Art. 12 VKU entspricht.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

14. 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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

##### B.1.2.1 Unternehmensteil

16. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU kann nicht nur ein ganzes Unternehmen, sondern auch ein Unternehmensteil Gegenstand einer Kontrollübernahme sein. Ein solcher Unternehmensteil liegt im Allgemeinen vor, wenn der Gegenstand des Zusammenschlusses eine gewisse Marktpräsenz (allenfalls auch marktstrategische Bedeutung) hat und ihm ein eigener Umsatz zugerechnet werden kann.<sup>3</sup> Ebenfalls liegt dies vor, wenn eine gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu gehören nebst techni-

scher Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u. Ä., der Übergang verschiedener Verträge (Mietverträge u. Ä.) und Übergang der Arbeitsverhältnisse.<sup>4</sup>

17. Im Fall "Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG"<sup>5</sup> wurden die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert. Im Fall "Swisscom AG/Verizon Switzerland"<sup>6</sup> wurde die Übertragung von Kundenverträgen sowie des vormals für die Betreuung dieser Kunden zuständigen Personals von Verizon und weitere Objekte (gewisse Mobilien und Verträge, "Know-how", Geschäftsbücher und Unterlagen) ebenfalls als Unternehmensteil betrachtet.

18. 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.<sup>7</sup> Die Übertragung des Kundenstamms eines Geschäftsbereichs kann diese Kriterien erfüllen, wenn dadurch ein Geschäftsbereich mit Marktumsatz übertragen wird.<sup>8</sup> Folglich setzte die EU-Kommission einen Kundentransfer gegen eine Gegenleistung einer Übertragung von Aktiven gleich.

19. Im vorliegenden Fall übernimmt die Emmi Interfrais von der KFS einen Kundenstamm von ungefähr 200 Detailhändlern aus den Kantonen Freiburg, Bern und Baselland. Allerdings übernimmt die Emmi Interfrais weder einen integralen Geschäftsbereich mit Aktiven und Passiven, noch werden physische Unternehmensteile durch das Zusammenschlussvorhaben übergehen. Sie tritt auch nicht in bestehende Lieferverträge der KFS ein. Allerdings übergibt die KFS infolge des Zusammenschlussvorhabens ihre Tätigkeit in der Versorgung von Detailhändlern in mehreren Regionen (Kantone Freiburg, Baselland und Bern). Zusätzlich übernimmt die Emmi Interfrais gemäss Meldung die betroffenen Mitarbeiter sowohl zur Absicherung der bestehenden Kundenbeziehungen als auch um einen allfälligen Imageschaden zu vermeiden. Daher handelt es sich also um die Übertragung eines Kundenstamms mittels einer Gegenleistung, die nicht nur in Form einer finanziellen Vergütung, aber auch aus anderen immateriellen Aktiven wie die Übertragung der betroffenen Mitarbeiter besteht.

<sup>3</sup> JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Ad Art. 4, Rz. 30; SILVIO VENTURI, Ad Art. 4 Abs. 3 Rz. 18, in: Pierre Tercier, Christian Bovet (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002.

<sup>4</sup> Vgl. RETO JACOBS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, S. 271 ff., S. 275, in: Rolf H. Weber, Mathis Berger, Rolf Auf der Maur, IT-Outsourcing, ICT Rechtspraxis I, Zürich/Basel/Genf 2003.

<sup>5</sup> RPW 2001/1, S. 136 ff.

<sup>6</sup> RPW 2008/3, S. 416 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2009 C 43/10, S. 18 ff., Ziff. 24 ff.

<sup>8</sup> Ibid. S. 18, Rz. 24 ff.; vgl. "ECS/IEH", COMP/M.2857, Rz. 9.

20. Die vorliegende Übertragung des Kundenstamms ist somit als Unternehmensteil zu qualifizieren. Eine analoge Vorgehensweise wählt auch die EU-Kommission in der Sache "ECS/IEH".<sup>9</sup>

### B.1.2.2 Kontrollerwerb

21. Die Parteien haben eine Vereinbarung abgeschlossen, in welcher festgehalten wird, dass als Kaufs- bzw. Verkaufsobjekte ein Kundenstamm und Verträge des zu übertragenden Personals an die Emmi Interfrais übergehen. Durch diese Transaktion erwirbt somit Emmi Interfrais die alleinige Kontrolle über die betreffenden Objekte bzw. den betreffenden Unternehmensteil.

### B.1.2.3 Ergebnis

22. Beim Kontrollerwerb durch Emmi Interfrais von Kunden und Verträgen des zu übertragenden Personals der KFS handelt es sich aus vorgenannten Gründen um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

23. Gemäss Art. 3 Abs. 2 VKU gelten die Emmi Interfrais und der übernommene Teil der KFS als beteiligte Unternehmen.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## B.3 Meldepflicht

25. Ein Zusammenschlussvorhaben ist ungeachtet der Umsätze der beteiligten Unternehmen meldepflichtig, 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 (Art. 9 Abs. 4 KG).

26. Mit Verfügung vom 6. März 2006 stellte die WEKO fest, dass Emmi durch den Zusammenschluss mit der Aargauer Zentralmolkerei AG (AZM) – Fall "Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM"<sup>10</sup> – auf den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung i. S. von Art. 4 Abs. 2 KG erlangt. Folglich hat Emmi alle Zusammenschlussvorhaben zu melden, die einen Markt betreffen, der zu den genannten Märkten vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

27. Unter benachbarten Märkten sind in der Regel Märkte von Gütern und Dienstleistungen zu verstehen, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>11</sup> Wie in einer durch Emmi AG ersuchten Beratung betreffend die Meldepflicht aufgezeigt wurde, umfasst diese Definition nicht alle möglichen Fälle von Benachbarkeit, welche insbesondere auch im Falle komplementärer Beziehungen vorliegen kann.<sup>12</sup> Molkerei- und Käseprodukte, welche – wie nachfolgend aufgezeigt wird – das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft, sind keine direkten Substitute zu den Produkten, bei denen Emmi über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Analog zu den Märkten für

Jogurt, Quark und Dessertprodukte bestehen aber verschiedenen Argumente dafür, die Märkte für Käse und Molkereiprodukte als benachbarte Märkte zu betrachten: gemeinsamer Rohstoff Milch, teilweise vorhandene Angebotsumstellungsflexibilität, für den Molkereisektor typische Kuppelproduktion und Sortimentskonzept beim Vertrieb von Milchprodukten.<sup>13</sup>

28. Aufgrund vorangehender Ausführungen stellen die Märkte Molkereiprodukte und Käse benachbarte Märkte zu den Märkten dar, auf welchen Emmi eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von den Umsätzen von Emmi und KFS aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

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

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

30. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (B.4.1.). In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt (B.4.2.).

### B.4.1 Relevante Märkte

#### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

##### B.4.1.1.1 Vorbemerkungen

32. In der Abgrenzung der relevanten Märkte scheinen einleitend drei Vorbemerkungen hilfreich. Erstens kann bezüglich der betroffenen Industrie grundsätzlich an den Entscheid der Wettbewerbskommission i. S. "fenaco/Kellenberger Frisch Service AG" verwiesen werden.<sup>14</sup> In diesem Entscheid beschreibt die Wettbewerbskommission die Marktstufen und die Industriestruktur zwischen Produktion (durch die Landwirte) und Endkonsumenten. Im vorliegenden Fall befinden sich die beteiligten Unternehmen auf den selben Marktstufen betreffend die Distribution von Lebensmitteln.

<sup>9</sup> Vgl. Fn 8.

<sup>10</sup> RPW 2006/2, S. 261 ff.

<sup>11</sup> RPW 2006/4, S. 622, Rz. 5.

<sup>12</sup> RPW 2006/4, S. 622.

<sup>13</sup> RPW 2006/4, S. 622, Rz. 10.

<sup>14</sup> RPW 2008/2, S. 270-271, Rz. 19-21.

33. Zweitens ist festzustellen, dass KFS einen Teil ihres Umsatzes mit dem Vertrieb von Obst, Gemüse, Milchprodukten, küchenfertigen Frischprodukten ("Küfe-Produkte") und Tiefkühlprodukten an Grosskonsumenten erzielt.<sup>15</sup> Dieser Markt wurde von der Wettbewerbskommission im Entscheid "transgourmet Holding AG"<sup>16</sup> als Grossverbrauchermarkt abgegrenzt. Darunter versteht man den Markt zur regelmässigen Versorgung der Grossverbraucher in der Gastronomie, industriellen Betrieben (Heime, Spitäler und Kantinen) und der Zusatzgastronomie (z. B. Autobahnraststätten, Sportstätten, Catering-Betriebe) mit Food und Near-Food-Produkten.

34. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den Kunden, welche vereinbarungsgemäss von der KFS zu Emmi Interfrais transferiert werden sollen, gemäss Meldung ausschliesslich um freie, unorganisierte Detailhandelsgeschäfte. Zudem waren die übernommenen Mitarbeiter bisher ausschliesslich mit der Betreuung von Detailhandelskunden befasst. Somit erübrigt sich im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die Betrachtung des Grossverbrauchermarktes.

35. Drittens können Unternehmenszusammenschlüsse Auswirkungen auf die Absatz- und die Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben.<sup>17</sup> Im Detailhandelsmarkt ist daher im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen:

- a) den Absatzmärkten, auf denen die Grossverteiler als Anbieter den Detailhändlern gegenüberstehen; und
- b) den Beschaffungsmärkten, auf denen die Grossverteiler als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen.

36. Zwischen den Absatz- und Beschaffungsmärkten bestehen enge Interdependenzen. So ist das Verhalten der Akteure auf den Beschaffungsmärkten (Grossverteiler als Nachfrager, Hersteller als Anbieter) abhängig von der Nachfrage der Detailhändler. Somit wirken sich die Bedürfnisse der Detailhändler über die Grossverteiler auf den Hersteller aus.<sup>18</sup>

#### **B.4.1.1.2. Absatzmarkt**

37. Die Versorgung von Detailhändlern mit Lebensmitteln ist eine Logistikdienstleistung, die zwischen den Herstellern und den Detailhändlern anzusiedeln ist. Im erwähnten Entscheid "fenaco/Kellenberger Frisch Service SA" hat die Wettbewerbskommission für den Grossverbrauchermarkt als mögliche Anbieter diejenigen in Betracht gezogen, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern und diejenigen, bei denen die Grossverbraucher die Waren selber abholen (sog. "Cash & Carry"). Dabei beeinflussen Faktoren wie Lagermöglichkeiten, nachgefragte Menge, Transportmöglichkeiten und so weiter die Wahl zwischen Zustellgrosshändlern und Cash & Carry Abholmärkte. Die auf diesen Faktoren beruhenden Bedürfnisse von den Grossverbrauchern werden durch Cash & Carry Abholmärkte und Zustellgrosshändler gleichermaßen befriedigt. Somit ordnete die Wettbewerbskommission im Entscheid "fenaco/Kellenberger Frisch Service AG" die Zustellgrosshändler sowie die Cash & Carry Abholmärkte demselben sachlich relevanten Markt zu.<sup>19</sup> Dasselbe gilt gemäss

Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auch im Detailhandelskanal.

38. Daher ist für den Detailhandelskanal zu prüfen, ob Cash & Carry Angebote tatsächlich eine Alternative aus Sicht der Detailhändler bilden. Aus ökonomischer Sicht wird die Wahl zwischen Zustellgrosshändlern und Cash & Carry Märkten von verschiedenen Faktoren wie Lagermöglichkeiten, nachgefragte Menge, Transportmöglichkeiten, Sicherstellung der Kühlkette und so weiter beeinflusst. Analog wie im Grossverbrauchermarkt sind dies das zentrale Entscheidkriterium der Nachfrager (Detailisten) und nicht die Frage, ob das gewünschte Produkt geliefert wird oder abgeholt werden muss. Zudem bieten Cash & Carry Abholmärkte den Detailhändlern auch Lösungen zur Sicherstellung der Kühlkette an.<sup>20</sup> Aus diesen Gründen ist es sinnvoll Cash & Carry Märkte analog zum Grossverbrauchermarkt zu behandeln. Die Grossverteiler sowie die Cash & Carry Abholmärkte sind folglich demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.

39. Eine weitere Frage bezüglich der Segmentierung des Absatzmarktes nach Produktgruppen oder Waren-gattungen muss im vorliegenden Fall erneut aufgeworfen werden. Da sich die Nachfrage der Kunden von Detailhändlern auf ein umfassendes Sortiment richtet, besteht unumstritten seitens des Detailhandels eine Nachfrage nach einem Gesamtsortiment. In casu stellt sich jedoch die Frage, ob der Detailhändlermarkt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nichtsdestotrotz in verschiedene Produktgruppen unterteilt werden sollte.

40. Sowohl für den Grossverbrauchermarkt als auch für den Detailhandelsmarkt wurde diese Frage in verschiedenen Entscheidungen der Wettbewerbskommission offen gelassen.<sup>21</sup> Im Fall "CoopForte" wurde beobachtet, dass es für Detailhändler im Normalfall nicht möglich ist, ihr Gesamtsortiment komplett von ein- und demselben Hersteller zu beziehen, weshalb die Rede von einem einheitlichen Markt für die Versorgung der Detailhändler nicht unproblematisch erscheint.<sup>22</sup>

41. Zwar handelt es sich im Gegensatz zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben im Fall "CoopForte" um den organisierten Detailhandel. Trotzdem ist die im Fall "CoopForte" vorgenommene Aufteilung von Bereichen in die Anzahl Märkte wie es Produktgruppen gibt, vorliegend aus folgenden Gründen entscheidend. Erstens

<sup>15</sup> RPW 2008/2, S. 271, Rz. 22 ff.

<sup>16</sup> RPW 2005/2, S. 342 ff.

<sup>17</sup> Vgl. "CoopForte", RPW 2005/1, S. 146 ff., Rz. 25 ff.; "transGourmet Holding AG", RPW 2005/2, S. 343 ff., Rz. 17 ff.; "fenaco/Kellenberger Frisch Service SA", RPW 2008/2, S. 271 ff., Rz. 31 ff.; in der EU: "Rewe/Meinl", COMP/M.1221; "Carrefour/Promodes", COMP/M.1684.

<sup>18</sup> Vgl. "Coop/Waro", RPW 2003/3, S. 563, Rz 26 ff.

<sup>19</sup> RPW 2008/2, S. 271, Rz. 24.

<sup>20</sup> Vgl. z. B. <http://www.prodega.ch/DE/artikel/Pages/freezy.aspx> (am 27. November 2009 zum letzten Mal abgerufen).

<sup>21</sup> Vgl. etwa "transgourmet Holding AG", RPW 2005/2, S. 343, Rz. 22; "fenaco/Kellenberger Frisch Services AG", RPW 2008/2, S. 271 bez. 272, resp. Rz. 25 und 33.

<sup>22</sup> RPW 2005/1, S. 150, Rz. 32.

beziehen die selbständigen lokalen Detaillisten ihr Sortiment auch von verschiedenen Anbietern. Zweitens ist auch festzustellen, dass verschiedene Anbieter gemäss Meldung beide Segmente bearbeiten. Dementsprechend können grundsätzlich ebenso viele Märkte unterschieden werden, wie es Produktgruppen gibt.

42. Im vorliegenden Fall wurden die beteiligten Unternehmen aufgefordert, Zahlenmaterial für die durch das Zusammenschlussvorhaben betroffenen Bereiche einzureichen. Eine solche Forderung rechtfertigte sich nicht nur aus den im vorherigen Abschnitt erwähnten Gründen, sondern auch wegen der Stellung und Bedeutung der Emmi- resp. fenaco-Gruppe auf verschiedenen Stufen der betrachteten Industrien. Da die Marktanteile nach Angaben der beteiligten Unternehmen jedoch selbst bei einer engen Marktabgrenzung nach den erwähnten Produktgruppen weit unterhalb von 20 % liegen und somit absatzseitig kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, kann eine abschliessende Marktabgrenzung im vorliegenden Fall erneut offen bleiben.

#### **B.4.1.1.3. Beschaffungsmarkt**

43. Im bereits mehrfach zitierten Entscheid "fenaco/Kellenberger Frisch Service AG" stellte die Wettbewerbskommission fest, dass die Hersteller von Lebensmitteln die Marktgegenseite der Verteiler von Lebensmitteln an Detailhandelsunternehmen auf der Beschaffungsseite bilden.<sup>23</sup> Diesen stehen verschiedene Absatzkanäle zur Verfügung, so beispielsweise E-Commerce, Export, Vertrieb an Grosskonsumenten (z. B. Restaurants, Spitäler Catering) und an Grossverteiler. Sie können die Detailhändler aber auch direkt beliefern.<sup>24</sup>

44. Im vorliegenden Fall bilden die Hersteller von Molkereiprodukten, Käse und Speiseeis die Marktgegenseite der Verteiler. Zudem ist zu beobachten, dass KFS bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben nach Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mit Molkereiprodukten und Käse von der Emmi Interfrais beliefert wurde. Auf eine abschliessende Abgrenzung der Beschaffungsmärkte wird im vorliegenden Fall verzichtet, da die Marktanteile bei jeder denkbaren Marktabgrenzung weit unterhalb von 20 % liegen und somit beschaffungsseitig kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

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

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

##### **B.4.1.2.1. Absatzmarkt**

46. Distributionsunternehmen können grundsätzlich Unternehmen in der ganzen Schweiz beliefern. Für den Grossverbrauchermarkt hat die Wettbewerbskommission im bereits erwähnten Fall "transgourmet Holding AG" festgestellt, dass der Grosshandelsmarkt stark zerstückelt ist und rund 70 % des Marktes vom regionalen Belieferungsgrosshandel, von den Produzenten selber sowie vom Fach- und Detailhandel versorgt werden.<sup>25</sup>

47. Analog zum Grossverbrauchermarkt findet das Prinzip der Substitutionskette im Detailhandelsbereich An-

wendung. Die Substitutionskette dehnt den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz aus. Es ist somit von einem nationalen Markt auszugehen.

##### **B.4.1.2.2. Beschaffungsmarkt**

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

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

49. 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.

50. Die Marktanteile von Emmi Interfrais und des veräusserten Unternehmensteils zusammen bewegen sich bei den betrachteten Märkten Distribution von Molkereiprodukten und Distribution von Käse in den Jahren 2006 bis 2008 zwischen 3,2 % und 4,7 %. Für das Jahr 2008 gibt die Meldung einen gemeinsamen Marktanteil von 3,3 % im Markt für die Distribution von Molkereiprodukten an. Der gemeinsame Marktanteil im Markt für die Distribution von Käse betrage 3,4 % im Jahr 2008. Somit betragen die Marktanteile von Emmi Interfrais und des veräusserten Unternehmensteils anhand der Angaben in der Meldung im Markt für die Distribution von Molkereiprodukten und im Markt für die Distribution von Käse weniger als 20 %.

51. Gemäss Meldung beträgt der gemeinsame Marktanteil von Emmi Interfrais und dem übernommenen Kundenstamm im Jahr 2008 auf dem Beschaffungsmarkt bei Molkereiprodukten 1,2 % und auf dem Beschaffungsmarkt beim Käse 1,3 %. Über die Jahre 2006 bis 2008 bewegen sich die Marktanteile auf den Beschaffungsmärkten nach Angaben der Meldung zwischen 1,2 % und 1,8 %. Dementsprechend betragen liegen die gemeinsamen Marktanteile von Emmi Interfrais und des veräusserten Unternehmensteils für die betrachteten Märkte unter 20 %.

52. Es handelt sich somit nicht um vom Zusammenschluss betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

<sup>23</sup> RPW 2008/2, S. 272, Rz. 34.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Vgl. "transgourmet Holding AG", RPW 2005/2, S. 344, Rz. 29; "fenaco/Kellenberger Frisch Services AG", RPW 2008/2, S. 272, Rz. 39.

### B.4.3 Ergebnis

53. Im vorliegenden Fall sind keine Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 Abs. 1 KG sind daher nicht gegeben.

### C NEBENABREDEN, KONKURRENZVERBOT

54. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z. B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.<sup>26</sup> Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen – wie vorliegend – im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z. B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.<sup>27</sup> Würde auf Konkurrenzverbote verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und "dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen" könnte.<sup>28</sup>

55. Gemäss Meldung ist wesentlich, dass die übernommenen Kunden in der Wahl ihrer Lieferanten völlig frei bleiben. Insbesondere könnten die Kunden jederzeit zu einem anderen Lieferanten wechseln, falls sie mit der Emmi Interfrais aus irgendwelchen Gründen nicht zusammenarbeiten möchten oder mit deren Dienstleistungen nicht zufrieden sein sollten. Daher sind sich die Parteien bewusst, dass der von der KFS mit diesen Kunden bisher erwirtschaftete Umsatz kaum integral wird transferiert werden können. Diese Unsicherheit habe sich jedoch ausschliesslich in der Kaufpreisfindung niedergeschlagen. Aber KFS werde die Überführung der Kunden auf Emmi Interfrais jedoch mit besten Kräften unterstützen. Aus diesem Grund haben sich gemäss Meldung KFS und der Genossenschaftsverband fenaco (für sich und die gesamte Gruppe) verpflichtet, die von Emmi Interfrais übernommenen Kunden gemäss Kundenliste (Anhang 1 zur Vereinbarung zwischen Emmi Interfrais und KFS betreffend Übertragung von Kunden [Vereinbarung]) während zwei Jahren nicht mit Molkerei- und Käseprodukten zu beliefern (Ziff. 1.5 Vereinbarung). Andere Produkte wie beispielsweise frische Früchte und Gemüse sind ausdrücklich von diesem Wettbewerbsverbot nicht erfasst.

56. Die Parteien haben zudem eine Spezialregelung vorgesehen, mit welcher statt des Konkurrenzverbotes ein flexibler Preisbildungsmechanismus vereinbart worden sei (Vereinbarung Ziff. 2.2). Es stellt sich zuerst die Frage, ob diese Spezialregelung bezüglich dem Preisbildungsmechanismus analog zu Wettbewerbsverboten zu prüfen ist.

57. Der erwähnte flexible Preisbildungsmechanismus ist in der Vereinbarung im Abschnitt "Kaufpreisanpassungen" dargestellt (Ziff. 2.2 Vereinbarung). Mit dem Preisbildungsmechanismus legen Emmi Interfrais und KFS Rückerstattungspauschalen für den Fall fest, dass Unternehmen des von Emmi Interfrais übernommenen Kundenstamms nach dem Vollzug der vorliegenden Transaktion von Gesellschaften oder Betriebsteilen der fenaco-Gruppe mit Milchprodukten (d. h. Molkerei- oder Käseprodukte) beliefert werden. Die Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt des Eintreffens dieser Situation und dem Zeitpunkt des Vollzugs der vorliegenden Transaktion bestimmt die Höhe der Rückerstattungspauschalen: Je grösser die Zeitspanne, desto kleiner die Rückerstattungspauschale pro Kunde. Aufgrund der Vereinbarung ist die fenaco-Gruppe gegenüber KFS bis zu fünf Jahren nach Vollzug der Transaktion rückerstattungspflichtig.

58. Aus ökonomischer Sicht schafft eine solche Regel Anreize für die verpflichteten Unternehmen, d. h. die ganze fenaco-Gruppe, während fünf Jahren nicht in Wettbewerb mit dem den Kundenstamm kaufenden Unternehmen zu treten. Während das Wettbewerbsverbot zivilrechtliche Mittel (Nichterfüllung des Vertrages) vorsieht, stellen die Kaufpreisanpassung finanzielle negative Anreize – d. h. aus ökonomischer Sicht Sanktionen – im Fall einer Konkurrenzierung dar. Sie bildet folglich mit dem Wettbewerbsverbot ein globales Anreizsystem, welches gewährleisten soll, dass der Erwerber den vollen Wert der übertragenen materiellen und immateriellen Vermögenswerte erhält. Die von den Parteien getroffene Entscheidung, diese Regel in der Vereinbarung unter dem Abschnitt "Kaufpreisanpassungen" aufzuführen, ändert nichts an deren wettbewerbsrechtlichen Implikationen.

59. Schliesslich haben KFS und Emmi Interfrais eine Rückvergütung pro Rata von Emmi Interfrais an KFS für einen Schachtbeitrag an Selecta vereinbart, falls Emmi Interfrais den Kunden Selecta für die Direktbelieferung übernimmt (Ziff. 1.3 Vereinbarung). Somit ist Selecta nicht Teil des von KFS an Emmi Interfrais übertragenen Kundenstamms und bleibt Kunde von KFS. Daher kann diese Klausel nicht als mit der Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und für dieses notwendig angesehen werden.

<sup>26</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 248.

<sup>27</sup> MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 ff., 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI 2005/C 56/03, Rz. 18 (nachfolgend: Bekanntmachung); ULRICH IMMENGA, TORSTEN KÖRBER, in: Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Art. 8 FKVO, S. 633, Rz. 46.

<sup>28</sup> BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, sic! 2001, S. 481 ff.; ferner Bekanntmachung, Rz. 18.

60. Folglich sind die beiden Dispositionen Wettbewerbsverbot und Kaufpreisanpassungen als Nebenabreden des Zusammenschlussvorhabens zu betrachten und unterliegen den üblichen grundsätzlichen Bedingungen: Unmittelbare Verbundenheit und Notwendigkeit von Nebenabreden für die Durchführung von Zusammenschlussvorhaben.

61. Aus dem Konkurrenzverbot von zwei Jahren und den Kaufpreisanpassungen für fünf Jahre, welche beide für die Belieferung von Unternehmen des übertragenen Kundenstamms durch die fenaco-Gruppe gelten, ergeben sich zwei Fragestellungen. Eine erste Fragestellung ist die Notwendigkeit der Verpflichtung der gesamten fenaco-Gruppe im Rahmen des Konkurrenzverbotes und der Kaufpreisanpassungen für die Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Die zweite Fragestellung betrifft die Notwendigkeit der Dauer, welche die Parteien für das Konkurrenzverbot und die Kaufpreisanpassungen vereinbaren.

62. Im Zusammenhang mit den zwei Fragestellungen ist die Wettbewerbskommission grundsätzlich der Ansicht, dass im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen die Qualifizierung von horizontalen Konkurrenzverboten als Wettbewerbsabreden dann entbehrlich ist, wenn die Konkurrenzverbote räumlich, sachlich und zeitlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.<sup>29</sup> Dies entspricht dem in der neuen EU-Bekanntmachung gewählten und auch im schweizerischen Schrifttum vorgeschlagenen Vorgehen, wonach Konkurrenzverbote dann nicht als Wettbewerbsabreden zu behandeln sind (und damit nicht auf ihre Unzulässigkeit überprüft werden müssen), wenn die damit verbundene Einschränkung "mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig" ist, so dass diesfalls allein die Fusionskontrollverordnung anwendbar sei.<sup>30</sup> Bei Einschränkungen hingegen, die nicht als mit der Durchführung eines Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden können, bleiben die Artikel 81 und 82 EG-Vertrag grundsätzlich anwendbar. In der Schweiz spricht die Doktrin für eine analoge Lösung.<sup>31</sup>

### C.1 Verpflichtete Unternehmen

63. In Bezug auf das Ausmass der für ein Wettbewerbsverbot zu verpflichtenden Unternehmen hält die EU-Bekanntmachung fest: „Der Veräusserer kann sich selbst, seine Tochtergesellschaften und Handelsvertreter zur Beachtung des Wettbewerbsverbots verpflichten. Die Verpflichtung allerdings, Dritten ähnliche Beschränkungen aufzuerlegen, würde nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden.“

64. Allerdings gelte gemäss IMMENGA/KÖRBER das Gleiche, wenn sich die Muttergesellschaft des Veräusserers verpflichtet, mit dem veräusserten Unternehmen oder Unternehmensteil nicht in den Wettbewerb zu treten.<sup>32</sup> Dabei verweisen IMMENGA/KÖRBER auf die Entscheide der EU-Kommission im Fall "Seagram/MCA" und im Fall "Employers Reinsurance Corporation/Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft AG".<sup>33</sup> Im ersten erwähnten Fall entschied die EU-Kommission, dass die Verpflichtung

von Mutter- und Grossmuttergesellschaft zur Beachtung eines Wettbewerbsverbotes eine notwendige Nebenabrede darstellt.<sup>34</sup> In analoger Weise behandelte die EU-Kommission im Fall "Employers Reinsurance Corporation/Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft AG" die Verpflichtung der Muttergesellschaft, für eine gewisse Zeitspanne nicht in Konkurrenz zum veräusserten Unternehmensteil zu treten.<sup>35</sup> Ein der Meldung beigelegtes Gutachten bestätigt, dass diese europäische Praxis sich mit der vom EuGH in der Entscheidung "Leichtmetallheizkörper" entwickelten Doktrin der „wirtschaftlichen Einheit“ begründen lässt.<sup>36</sup> Nach dieser Doktrin ist im Rahmen des Wettbewerbsrechts unter dem Begriff des Unternehmens „eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird“. Deshalb sei es zulässig, dass Wettbewerbsverbote auch der Konzerngesellschaft überbunden würden.<sup>37</sup>

65. Im vorliegenden Fall gehöre die KFS, als Tochtergesellschaft der Frigemo AG, welche ihrerseits eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Genossenschaftsverbandes fenaco bilde, zur fenaco-Gruppe. Zudem erfolgt gemäss Meldung die strategische Führung der KFS durch die Frigemo SA.

66. Aufgrund vorangehender Ausführungen erachtet die Wettbewerbskommission beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die Verpflichtung der gesamten fenaco-Gruppe im Rahmen des Konkurrenzverbotes und der Kaufpreisanpassungen als notwendig für die Durchführung des Zusammenschlussvorhabens.

### C.2 Dauer der vereinbarten Nebenabrede

67. Die zwei vorgesehenen Mechanismen zur Gewährleistung des Erwerbs des vollen Werts der übertragenen Vermögenswerte umfassen unterschiedliche Zeiträume. Das Wettbewerbsverbot beträgt zwei Jahre und ist folglich in zeitlicher Hinsicht als notwendig für die Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zu erachten. Im Gegensatz zum Wettbewerbsverbot erstreckt sich die vereinbarte Kaufpreisanpassung über einen Zeitraum von fünf Jahren.

<sup>29</sup> „ISS/Edelweissfm“, RPW 2006/4, S. 682 ff., Rz. 41.

<sup>30</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005/C 56/03.

<sup>31</sup> SILVIO VENTURI, Ad Art. 10, Rz. 111, in: Pierre Tercier, Christian Bovet (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002.

<sup>32</sup> Vgl. ULRICH IMMENGA, TORSTEN KÖRBER, in: Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG /Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Art. 8 FKVO, S. 635, Rz. 54.

<sup>33</sup> „Seagram/MCA“, COMP/M.589; „Employers Reinsurance Corporation/Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft“, COMP/M.601.

<sup>34</sup> Vgl. „Seagram/MCA“, COMP/M.589, Rz. 16.

<sup>35</sup> Vgl. „Employers Reinsurance Corporation/Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft AG“, COMP/M.601 Rz. 16; die genaue Dauer der Verpflichtung stellt ein Geschäftsgeheimnis dar.

<sup>36</sup> „Leichtmetallheizkörper“, Urteil des EuGH vom 12.07.1984 – 170/83.

<sup>37</sup> U. a. mit den erwähnten Entscheidungen „Seagram/MCA“ und „Employers Reinsurance Corporation/Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft“ als Grundlage des Gutachtens.

68. Im bereits mehrmals erwähnten Entscheid "ISS/Edelweissfm" hat die Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten ihre Praxis nach der EU-Bekanntmachung gerichtet.<sup>38</sup> Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt somit drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird. Längere Fristen - bis fünf Jahre - können, sowohl in der EU als auch in der Schweiz, beim Nachweis von aussergewöhnlichen Umständen gewährt werden. Aussergewöhnliche Umstände liegen beispielsweise vor, wenn die Kunden dem veräussernden Unternehmen länger als zwei beziehungsweise drei Jahre treu bleiben würden (Kundenloyalität), oder wenn Produktzyklen in der konkreten Branche besonders lang sind.

69. Im Abschnitt Marktzutritte gibt die Meldung an, dass es auf einem so stark zersplitterten Markt wie demjenigen zur Versorgung lokaler Geschäfte mit Lebensmitteln laufend zu Veränderungen kommt. Zudem sei die Bindung der Abnehmer an ihren Lieferanten regelmässig nur sehr lose. Soweit sich eine attraktive Möglichkeit biete, werde die Ware zum Teil sehr kurzfristig auch aus anderen Quellen bezogen. Dies weist nicht auf eine hohe Kundenloyalität gegenüber der veräussernden KFS hin. Des Weiteren kann in den vorliegend betrachteten Bereichen nicht von langen Produktzyklen ausgegangen werden: Die Dienstleistung der Belieferung eines Kunden mit Milchprodukten und die Milchprodukte selber weisen keine langen Produktzyklen auf.<sup>39</sup>

70. Somit sind im vorliegenden Fall weder aussergewöhnliche Umstände ersichtlich, noch eine Übertragung von Know-how, welche eine längere Frist als zwei Jahre für die Kaufpreisanpassungen rechtfertigen. Somit können die Kaufpreisanpassungen, welche über die Dauer von zwei Jahren hinausgehen nicht als notwendig für die Durchführung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erachtet werden. Folglich fallen die Kaufpreisanpassungen mit Dauer von über zwei Jahren nicht unter das Konzentrationsprivileg.

### **C.3 Schlussfolgerung Nebenabreden, Konkurrenzverbot**

Zusammenfassend betrachtet, fallen die Verpflichtung der gesamten fenaco-Gruppe im Rahmen des Konkurrenzverbotes und der Kaufpreisanpassungen und die Dauer von zwei Jahren für das Konkurrenzverbot sowie für die Kaufpreisanpassungen unter das Konzentrationsprivileg.

---

<sup>38</sup> „ISS/Edelweissfm“, RPW 2006/4, S. 689, Rz. 38.

<sup>39</sup> Die EU-Kommission erachtete die Produktzyklen von schweren Lastwagen als lang („Volvo/Renault V.I.“, COMP/M.1980, Rz. 56).

B 2.3

**5. Nokia Corporation/SAP 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 7. Dezember 2009*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Dezember 2009*

**A SACHVERHALT**

1. Am 5. November 2009 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Nokia Corporation und SAP AG (nachfolgend die „beteiligten Unternehmen“), ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit (Vollfunktionsunternehmen) erfüllt.
2. Nokia Corporation („Nokia“) produziert eine breite Palette von mobilen Geräten mit entsprechenden Dienstleistungen und Software, welche Kunden ermöglichen, Musik, Navigation, Video, Television, Bilder, Spiele, Geschäftsmobilität und anderes zu erleben.
3. SAP AG („SAP“) ist ein Anbieter von Unternehmenssoftware. SAP entwickelt, produziert und verkauft eine umfangreiche Palette von Unternehmenssoftwarelösungen. Zudem bietet SAP darauf abgestimmte Supportleistungen, Beratungs- und Wartungsleistungen und Schulungen für die Implementierung von Softwarelösungen an.
4. Das Gemeinschaftsunternehmen (dessen Firma noch nicht bestimmt ist) wird im Bereich Produktauthentifikations- und Antifälschungs-Dienstleistungen für Unternehmen und Behörden (d.h. B2B) tätig sein. Jegliche Ausweitung von diesem Tätigkeitsumfang (insbesondere auf Dienstleistungen für Privatpersonen [B2C]) benötigt die Zustimmung der beteiligten Unternehmen und des Drittinvestors Giesecke & Devrient GmbH („G&D“), solange dieser mindestens 20 % der Anteile des Gemeinschaftsunternehmens hält.
5. Seit 2006 bietet Nokia die Möglichkeit der Produktauthentifizierung über das Mobiltelefon an, mit dem Ziel, Unternehmen und Staaten in der Bekämpfung von Produktfälschungen zu unterstützen und Konsumenten die Möglichkeit zu geben, über die jeweilige Marke zuverlässige Produktinformationen zu erhalten. SAP hat einen Kundenstamm mit einer beträchtlichen Anzahl bekannter Markennamen, die unter Produktfälschungen leiden. Zudem verfügt SAP bereits über die Basistechnologie und die grundlegenden Softwarelösungen, die für das Angebot weltweiter Antifälschungs-Dienstleistungen eingesetzt werden können. SAP und Nokia sehen Möglichkeiten, zusammenzuarbeiten, um weltweite Produktauthentifikations- und Antifälschungs-Lösungen auf den Markt zu bringen.
6. Die beteiligten Unternehmen beabsichtigen, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit (Vollfunktionsunternehmen) erfüllt. SAP und Nokia werden je 40 % der Anteilsrechte halten und das Unternehmen gemeinsam kontrollieren. Ein Drittinvestor, G&D, wird die restlichen 20 % der Aktien halten.
7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist in der Schweiz meldepflichtig, da die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG und Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt sind.
8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 29. Oktober 2009 bei der Europäischen Kommission als Short Form CO gemeldet. Die Europäische Kommission hat am 26. November 2009 der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens zugestimmt.
9. Gegenwärtig bietet SAP keine Produktauthentifikations- und Antifälschungs-Dienstleistungen für Unternehmen und Behörden an. Nokia hat eine sehr limitierte Präsenz auf diesem Markt über ein 2007 in China lanciertes B2B Produkt, welches die Möglichkeit der Produktidentifikation über das Mobiltelefon bot. Der Marktanteil von Nokia beträgt gegenwärtig [ $<5$  %]. Die aktuelle Wettbewerbssituation auf dem Markt für Produktauthentifikations- und Antifälschungs-Dienstleistungen ist stark fragmentiert, es gibt keinen Marktleader. Es gibt jedoch eine Reihe von bestehenden Wettbewerbern, die in diesem Markt bereits tätig sind und eine Reihe von potentiellen globalen Wettbewerbern, die die Kapazität haben, Wettbewerber des geplanten Gemeinschaftsunternehmens zu werden.
10. Zwischen den Geschäftstätigkeiten von SAP und Nokia gibt es keine Überlappungen. SAP ist auf dem EAS-Markt (enterprise application software) aktiv und Nokia ist im Mobilgeräte-Markt tätig.
11. Zusammenfassend sind keine wettbewerblich relevanten Auswirkungen ersichtlich, da es keine horizontalen Überlappungen zwischen den beteiligten Unternehmen gibt, aktueller und potentieller Wettbewerb herrscht und sich der betreffende Markt in starkem Wachstum befindet.
12. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses gemäss Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.



B 2.3

**6. Canon/Océ**

*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 21. Dezember 2009*

1. Am 23. November 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Canon Inc. (nachfolgend: Canon) und Océ N.V. (nachfolgend: Océ) erhalten. Danach beabsichtigt Canon, Océ mittels Aktienkauf zu erwerben. Der Kontrollerwerb soll auf dem Weg eines öffentlichen Übernahmeangebotes erreicht werden.

2. Canon ist eine börsenkotierte Gesellschaft mit Sitz in Tokyo. Sie ist weltweit in den Bereichen der bildverarbeitenden Geräte („imaging equipment“) und den damit verbundenen Informationssystemen für den Heim- und Bürogebrauch tätig. Die Produkte von Canon können in drei Produktgruppen unterteilt werden: Büromaschinen und Kameras sowie optische und andere Produkte. Das Angebot von Canon umfasst Kopiermaschinen, Tintenstrahl- und Laserdrucker, Kameras, Videogeräte, medizinische Geräte und Halbleitergeräte. Sie produziert und vertreibt ihre Produkte über Tochtergesellschaften in Japan, Amerika, Europa, Asien und Ozeanien und unterhält ein weltweites Forschungs- und Entwicklungsnetzwerk mit Gesellschaften in den Vereinigten Staaten, Europa, Asien und Australien. Canon ist in über 110 Nationen tätig. Canon hält 100 % an der niederländischen Canon Europa N.V. Letztere hält 100% des Aktienkapitals der Canon SA mit Sitz in Genf und beherrscht ausserdem die an der SIX Swiss Exchange (SIX) kotierte Canon (Schweiz) AG. Canon (Schweiz) AG ihrerseits hält 100 % an Walter Rentsch Immobilien AG.

3. Océ ist eine börsenkotierte Gesellschaft mit Sitz in Venlo, Niederlande. Sie entwickelt und liefert Produkte und Dienstleistungen für das Print- und Dokumentenmanagement von Dokumenten in Farbe oder Schwarzweiss

einerseits sowie in Normal- und Grossformat andererseits. Das Angebot richtet sich an professionelle Benutzer, Bildungseinrichtungen, Industrie-, Bau- und Architekturunternehmen sowie Werbe- und Grafikfirmen. Zum Produktangebot zählen Drucker, Kopierer, Grossformat-Scanner, Software, Verbrauchsmaterial, „Imaging Supplies“ (bedruckbare Medien), Dienstleistungen zur Systemintegration und zur Auslagerung von „Dokumentenmanagement-Aktivitäten“ sowie die Vermietung von Drucksystemen. Das Portfolio von Océ wird durch ausgewählte OEM-Geräte ergänzt. Océ erbringt ihre Service-Leistungen als Teil einer Gesamtlösung, welche von der Erbringung einer ersten Beratung bis zur Wartung der Systeme reicht. Océ ist in 100 Nationen geschäftlich tätig und in mehr als 30 von diesen hat sie ihre eigenen Verkaufs- und Dienstleistungsorganisationen. In Europa, den Vereinigten Staaten, Kanada und Singapur betreibt Océ einen eigenen Forschungs- und Produktionsbetrieb. Océ (Schweiz) AG, mit Sitz in Opfikon, wird zu 100 % von Océ beherrscht.

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 16. November 2009 auch der Europäischen Kommission (COMP/M.5672) gemeldet. Diese hat am 22. Dezember 2009 dem Zusammenschlussvorhaben vorbehaltlos zugestimmt.

5. Die Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten lieferte keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung oder deren Verstärkung. Dies erklärt sich unter anderem daraus, dass das Kerngeschäft von Océ auf Hochgeschwindigkeitsprodukte bezogen ist, wogegen Canon sich mehr im Bereich der langsamen bis mittelschnellen Büroprodukte bewegt. Aufgrund dieses komplementären Charakters des Zusammenschlussvorhabens resultieren keine signifikanten Marktanteilsadditionen.

6. Da durch diesen Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird, konnte auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG verzichtet werden.

B 2	<b>4. Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG</b> Sanctions selon l'article 50 ss LCart Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
B 2.4	<b>1. 7x2 AG</b>

*Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG*

*Sanctions selon l'article 50 ss LCart*

*Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart*

*Sanktionsverfügung vom 3. November 2008 in Sachen Verstösse gegen die Auskunftspflicht gemäss Art. 52 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend die Vorabklärung Taxizentralen Zürich.*

#### **A. SACHVERHALT**

1. Im Mai 2007 sind dem Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) in einer Anzeige bestimmte Verhaltensweisen der in der Stadt Zürich aktiven Taxizentralen<sup>1</sup> geschildert worden, welche möglicherweise eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellen. Die Anzeiger wiesen unter anderem darauf hin, dass einerseits die Taxizentralen der Stadt Zürich zu hohe Anschlussgebühren verlangen würden und dass andererseits diese Gebühren bei allen Taxizentralen ähnlich hoch seien.

2. Das Sekretariat hat am 29. November 2007 in diesem Zusammenhang eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet. Zwecks Klärung des Sachverhalts hat das Sekretariat gleichentags den vier in der Stadt Zürich tätigen Taxizentralen Alpha Taxi AG, Taxi 444, 7x2 AG und Jung AG einen Fragebogen zur Beantwortung bis zum 3. Januar 2008 zugestellt. Mit Mahnung vom 8. Januar 2008 machte das Sekretariat die 7x2 AG darauf aufmerksam, dass der Fragebogen vom 29. November 2007 bis anhin nicht beantwortet worden sei, und setzte dem Unternehmen eine Nachfrist bis zum 8. Februar 2008 mit der Androhung, dass bei erneuter nicht oder nicht vollständiger Beantwortung die Wettbewerbsbehörden eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung erlassen werden. Anlässlich des vom Sekretariat veranlassten Telefongesprächs vom 26. Februar 2008 sicherte die 7x2 AG dem Sekretariat zu, den Fragebogen bis zum 3. März 2008 beantwortet zurückzusenden. Nachdem auch diese Frist ungenutzt verstrichen war, verlängerte das Sekretariat per E-Mail am 13. März 2008 – ohne ein entsprechendes Gesuch der 7x2 AG – die Frist letztmals bis zum 18. März 2008. Die 7x2 AG wurde erneut darauf hingewiesen, dass bei Nichtbeachtung dieser Frist die Weko eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung erlassen werde.

3. Nachdem auch diese letzte Frist ungenutzt verstrichen war, hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 2. April 2008 eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung („Zwischenverfügung“) gegen die 7x2 AG erlassen. Ziffer 1 des Dispositivs dieser Verfügung verpflichtete die 7x2

AG, den im Rahmen der Vorabklärung in Sachen „21-0266: Taxizentralen Zürich“ gesendeten Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet einzureichen, unter Androhung von Sanktionen gemäss Art. 52 und Art. 55 KG im Unterlassungsfall. Weiter wurden der 7x2 AG die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 860.- auferlegt.

4. Dennoch hat es die 7x2 AG unterlassen, den Fragebogen vom 29. November 2007 innert Frist beantwortet einzureichen. Sie hat den Fragebogen bis zum heutigen Tag nicht beantwortet. Da die 7x2 AG gegen die Zwischenverfügung keine Beschwerde eingereicht hat, ist diese in Rechtskraft erwachsen.

5. Am 3. Juni 2008 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 52 KG gegen die 7x2 AG wegen eines möglichen Verstosses gegen die Zwischenverfügung. Die Eröffnung des Sanktionsverfahrens gemäss Art. 52 KG wurde der 7x2 AG per eingeschriebenem Brief am selben Tag mitgeteilt. In diesem Schreiben wurde der 7x2 AG die Möglichkeit gegeben, bis am 16. Juni 2008 zum Verdacht eines Verstosses gegen Art. 52 KG Stellung zu nehmen. Die 7x2 AG hat diese Frist kommentarlos verstreichen lassen.

6. Am 3. September 2008 hat das Sekretariat der 7x2 AG einen Entwurf der vorliegenden Sanktionsverfügung per eingeschriebenem Brief zugestellt. Der 7x2 AG wurde eine Frist bis am 6. Oktober 2008 eingeräumt, um eine schriftliche Stellungnahme zum Sanktionsverfügungsentwurf einzureichen. Die 7x2 AG hat bis zum heutigen Tag keine Stellungnahme eingereicht.

#### **B ERWÄGUNGEN**

##### **B.1 Geltungsbereich und Verfügungsadressaten**

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

8. Die 7x2 AG ist als ein solches Unternehmen zu qualifizieren. Als Adressatin der Zwischenverfügung, auf welcher das am 3. Juni 2008 eröffnete Sanktionsverfahren beruht, ist sie alleinige Adressatin der vorliegenden Verfügung.

<sup>1</sup> Eine Taxizentrale ist ein Unternehmen, welches den angeschlossenen Taxis/Taxibetrieben gegen Bezahlung einer monatlichen Gebühr Fahrtaufträge vermittelt.

## B.2 Zuständigkeit

9. Gegenstand des vorliegenden Sanktionsverfahrens bildet die Frage, ob die 7x2 AG durch ihr Verhalten gegen Art. 52 KG verstossen hat. Verstösse gemäss Art. 52 KG werden vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission untersucht und von der Wettbewerbskommission („Weko“) beurteilt (Art. 53 Abs. 1 KG).

10. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zum Erlass von Verwaltungssanktionen gemäss Art. 52 KG ist somit gegeben.

## B.3 Anwendbares Recht

11. Art. 57 KG sieht für Strafverfahren gemäss Art. 54 ff. KG gegen natürliche Personen explizit die Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht („VStrR“)<sup>2</sup> vor. Art. 53 KG, der das Verfahren betreffend der hier in Frage stehenden Verwaltungssanktionen nach Art. 49a ff. KG gegen Unternehmen regelt, enthält diesen Verweis auf das Verwaltungsstrafrecht hingegen nicht. Nach konstanter Rechtsprechung der Weko und aufgrund der Gesetzessystematik sowie des Wortlauts dieser Bestimmung sind deshalb e contrario auf Sanktionsverfahren nach Art. 49a ff. KG gemäss Art. 53 i.V.m. Art. 39 KG grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren („VwVG“)<sup>3</sup> anwendbar<sup>4</sup>. Der teilweise in der Lehre vertretenen Auffassung, wonach auf Verfahren nach Art. 49a ff. KG aus rechtstaatlichen Gesichtspunkten das VStrR zur Anwendung gelangen sollte<sup>5</sup>, wird insofern Rechnung getragen, als im vorliegenden Verfahren neben dem VwVG ergänzend auch allfällige weiter gehende fundamentale Grund- und Verfahrensrechte beachtet werden, welche sich aus der EMRK<sup>6</sup>, der BV<sup>7</sup> und dem VStrR zum Schutz der Parteien ergeben, soweit ihre Anwendung auf juristische Personen im Kartellsanktionsverfahren indiziert erscheint und im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenteilung zwischen Weko und Sekretariat sachgerecht ist<sup>8</sup>.

## B.4 Verstoss gegen Artikel 52 KG

### B.4.1 Einleitung

12. Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind die Mittel, mit denen die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten erzwungen wird<sup>9</sup>. Mit der Androhung von Verwaltungssanktionen soll die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht zur Einhaltung einer Anordnung der Wettbewerbsbehörden mittelbar erzwungen werden. Dabei ist einerseits zu beachten, dass die zu Grunde liegende Pflicht, in casu die Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2007, nicht mit der Begleichung der Sanktion entfällt<sup>10</sup>. Andererseits führt die nachträgliche Beantwortung des Fragebogens nicht zu einer Befreiung von der Verwaltungssanktion.

### B.4.2 Tatbestand von Artikel 52 KG

13. Gemäss Art. 52 KG wird ein Unternehmen, welches die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit einem Betrag bis zu CHF 100'000.- belastet. Die Verletzungshandlungen betreffen einerseits die allgemeine Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG, welche für Verfahrensbeteiligte und Dritte gilt, und andererseits Pflichten gemäss Art. 15 VKU<sup>11</sup>, welcher die spezifischen Auskunftspflichten der

beteiligten Unternehmen und Dritter im Zusammenhang mit gemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen statuiert<sup>12</sup>.

### B.4.3 Unternehmen

14. Ein Verstoss gemäss Art. 52 KG muss durch ein „Unternehmen“ erfolgen. Da Art. 52 KG in direktem Zusammenhang mit Art. 40 KG und Art. 15 VKU steht, sind Normadressaten von Art. 52 KG grundsätzlich alle in Art. 40 KG und Art. 15 VKU zur Auskunft und Vorlage von Urkunden verpflichteten Unternehmen<sup>13</sup>.

15. In der vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission erlassenen Zwischenverfügung gegen die 7x2 AG wurde das Bestehen der Auskunftspflicht nach Art. 40 KG der 7x2 AG im Zusammenhang mit der am 29. November 2007 in Sachen „21-0266: Taxizentralen Zürich“ eröffneten Vorabklärung rechtskräftig festgestellt.

16. Die 7x2 AG ist als Normadressatin von Art. 52 KG zu betrachten.

### B.4.4 Verletzungshandlung

17. Art. 52 KG sanktioniert die mangelhafte oder ausbleibende Erfüllung der Auskunftspflicht oder der Pflicht zur Vorlage von Urkunden. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen.

18. In Ziffer 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung wurde die 7x2 AG verpflichtet, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet zu retournieren.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR); SR 313.0.

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG); SR 172.021.

<sup>4</sup> Dazu und zum Folgenden RPW 2006/1, S. 146 Rz. 40 ff. (Flughafen Zürich AG/Valet Parking, Verfahren nach Art. 50 ff. KG [„Sanktionsverfahren Unique“]) und die dort vorgenommenen Verweise. RPW 2006/4, S. 636 Rz. 64 (Flughafen Zürich AG/Valet Parking, Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG [„Untersuchung Unique“]).

<sup>5</sup> PATRIK DUCREY, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 53 N 3 ff.; HANS WIPRÄCHTIGER/SVEN ZIMMERLIN, Sanktionen und Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz, in: Niggli/Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und Strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, S. 219 f.

<sup>6</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK); SR 0.101.

<sup>7</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV); SR 101.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 147 Rz. 43 (Sanktionsverfahren Unique).

<sup>9</sup> DUCREY (Fn. 5), Vorbem. zu Art. 50-57 N 14.

<sup>10</sup> RPW 2006/1, S. 147 Rz. 45 (Sanktionsverfahren Unique); DUCREY (Fn. 5), Vorbem. zu Art. 50-57 N 15.

<sup>11</sup> Verordnung vom 17.06.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU); SR 251.4.

<sup>12</sup> DUCREY (Fn. 5), Art. 52 N 1.

<sup>13</sup> Ibid., N 4.

19. Die 7x2 AG hat es unterlassen, den Fragebogen innert Frist beantwortet zurückzusenden. Sie ist dieser Pflicht gar bis zum heutigen Tag nicht nachgekommen. Die Verletzungshandlung gemäss Art. 52 KG ist somit gegeben.

#### B.4.5 Vorwerfbarkeit

20. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können<sup>14</sup>. Dies kommt in der Botschaft deutlich zum Ausdruck, indem sie festhält, dass die Verwaltungssanktionen, im Gegensatz zu den strafrechtlichen Sanktionen, kein Verschulden voraussetzen<sup>15</sup>. Aus diesem Grund führte die Weko in ihrer früheren Praxis aus, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist<sup>16</sup>.

21. Die Rechtsprechung der REKO/WEF zu Art. 51 KG legt jedoch den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden kann, sondern dass vielmehr auch das subjektive Element des Verschuldens mitberücksichtigt werden muss<sup>17</sup>. In Anlehnung an diesen Entscheid der REKO/WEF hat die Weko ihre Praxis angepasst und berücksichtigt seither auch Verschuldenselemente<sup>18</sup>. Ein Verschulden liegt 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>19</sup>. Die Verletzungshandlung – in casu der Verstoss gegen die Auskunftspflicht – muss dem Unternehmen somit zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können<sup>20</sup>. Dabei ist es nicht notwendig, dass die Sorgfaltspflichtverletzung in der Person eines bestimmten Angehörigen des Unternehmens (Organ, Angestellte) vorliegt, sondern vielmehr muss genügen, dass die Sorgfaltspflichtverletzung, begangen durch die Mitarbeitenden des Unternehmens, dem Unternehmen als solchem zugeschrieben werden kann<sup>21</sup>. Die Sorgfaltspflichtverletzung kann insbesondere in einem Organisationsverschulden des Unternehmens bestehen.

22. Aus dem Gesagten folgt, dass die 7x2 AG alles (zumutbare) Mögliche und Notwendige hätte vorkehren müssen, um der in Ziffer 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung festgelegten Pflicht, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet einzureichen, nachzukommen. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist dies im vorliegenden Fall unterblieben.

23. Am 29. November 2007 wurde der 7x2 AG die Eröffnung der Vorabklärung in Sachen „21-0266: Taxizentralen Zürich“ mitgeteilt und der Fragebogen zur Beantwortung bis am 3. Januar 2008 zugestellt. Diese Frist liess die 7x2 AG ohne Reaktion ablaufen. Weiter liess die 7x2 AG die mit Mahnschreiben vom 8. Januar 2008 bis am 8. Februar 2008 gesetzte Nachfrist, die zwei Fristverlängerungen vom 26. Februar 2008 und 13. März 2008 (welche vom Sekretariat ohne entsprechendes Gesuch der 7x2 AG gewährt wurden) und die in der Zwischenverfügung festgesetzte Frist verstreichen, ohne irgendwelche Angaben zu liefern. Anlässlich der erfolgten Telefonge-

spräche mit dem Geschäftsführer der 7x2 AG, Herrn Urs Rudin, welche ausnahmslos auf Initiative des Sekretariats erfolgten, wurden nie Gründe geltend gemacht, die der Beantwortung des Fragebogens hätten im Weg stehen können. Vielmehr wurde jedes Mal die Absicht geäussert, den Fragebogen demnächst dem Sekretariat einzureichen. Ausgenommen davon ist das letzte Telefongespräch vom 21. April 2008 (also nach Ablauf der in der Zwischenverfügung festgesetzten Frist), anlässlich welchem Herr Rudin mitgeteilt hat, dass er krank gewesen sei und dass er erst am 21. April 2008 die Arbeit wieder aufgenommen hätte. Herr Rudin hat weiter gesagt, dass er den Fragebogen beantworten und dabei auf seine krankheitsbedingte Abwesenheit hinweisen werde. Wie lange bzw. ob er überhaupt krank gewesen ist und inwiefern dieser Umstand die 7x2 AG daran gehindert hat, den Fragebogen zu beantworten, ist ungewiss, denn bis zum heutigen Tag hat das Sekretariat keine Angaben seitens der 7x2 AG erhalten. Auch auf das Schreiben vom 3. Juni 2008, mit welchem der 7x2 AG die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens nach Art. 52 KG mitgeteilt wurde, erfolgte keine Antwort und die 7x2 AG hat von der dort eingeräumten Möglichkeit, sich bis am 16. Juni 2008 zum Sachverhalt zu äussern, keinen Gebrauch gemacht. Seit Beginn der Vorabklärung hat sich die 7x2 AG somit völlig passiv verhalten und ist sämtlichen Aufforderungen des Sekretariats nicht nachgekommen.

24. Die 7x2 AG hatte durch ihren Geschäftsführer Herrn Urs Rudin Kenntnis darüber, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen sie eine Zwischenverfügung erlassen hatte, welche die 7x2 AG unter anderem verpflichtete, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 zu beantworten. Die 7x2 AG hat es ohne irgendwelche Angaben unterlassen, dieser Pflicht nachzukommen. In einer solchen Situation ist von einer Firma – welcher die Eröffnung einer Vorabklärung mitgeteilt, ein Fragebogen zugestellt und gegen welche eine Zwischenverfügung erlassen wird – zu erwarten, dass sie zumindest in Kontakt mit der untersuchenden Behörde tritt und/oder die ihr zur Verfügung stehenden Rechte

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 169 Rz. 197 (Sanktionsverfahren Unique).

<sup>15</sup> Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, S. 2002 ff., insb. S. 2034.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 152 Rz. 35 (BNP/Paribas); RPW 2000/2, S. 262 Rz. 30 (X/C-AG und D-AG); RPW 1998/4, S. 617 Rz. 21 ff. (Curti & Co. AG).

<sup>17</sup> Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, S. 393 ff. und S. 398 ff. (Rhône-Poulenc/Merck).

<sup>18</sup> RPW 2007/2, S. 233 Rz. 306 ff. (Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern); RPW 2007/2, S. 298 Rz. 392 f. (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/1, S. 169 Rz. 197 ff. (Sanktionsverfahren Unique); RPW 2002/3, S. 533 Rz. 47 ff. (Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben).

<sup>19</sup> Vgl. RPW 2006/1, S. 169 Rz. 198 (Sanktionsverfahren Unique) und die dort vorgenommenen Verweise.

<sup>20</sup> JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 52 N 3 i.V.m. Art. 49a N 11.

<sup>21</sup> CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 71 f.

ausübt und der ihr auferlegten Verpflichtungen nachkommt. Ihr passives Verhalten stellt somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung dar, welche sich die 7x2 AG anrechnen lassen muss. Ob dies auf Organisationsmängel oder auf Sorgfaltspflichtverletzungen ihrer Mitarbeiter zurückzuführen ist, braucht hier nicht näher untersucht zu werden (vgl. Rz. 21).

25. Aus dem Gesagten folgt, dass eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung der 7x2 AG vorliegt, welche die „Vorwerfbarkeit“ begründet.

#### B.4.6 Sanktionsausschlussgründe

26. Eine Sanktionierung entfällt in denjenigen Fällen, in welchen Auskunftsverweigerungsgründe (vgl. Art. 16 VwVG) die Auskunftspflicht einschränken oder gar aufheben oder in welchen die Auskunftspflicht noch nicht rechtskräftig festgestellt worden ist und die Parteien ihr Vorhandensein bestreiten.

27. Vorliegend wurde die Auskunftspflicht der 7x2 AG im Zusammenhang mit der am 29. November 2007 in Sachen „21-0266: Taxizentralen Zürich“ eröffneten Vorabklärung rechtskräftig festgestellt (vgl. Rz. 4 und 15). Gründe, welche einer Sanktionierung des Verstosses gegen dieselbe entgegenstehen würden, sind keine ersichtlich. Solche wurden im Übrigen von der 7x2 AG auch nicht geltend gemacht.

#### B.4.7 Fazit

28. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die 7x2 AG der in Ziffer 1 der Zwischenverfügung festgesetzten Auskunftspflicht nicht nachgekommen ist und durch dieses Verhalten den Tatbestand von Art. 52 KG erfüllt.

### B.5 Verwaltungssanktion

#### B.5.1 Einleitung

29. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 52 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einer Busse bis zu CHF 100'000.-. Im Folgenden ist zu prüfen, anhand welcher Kriterien die Höhe des Betrages der Verwaltungssanktion im konkreten Fall festzusetzen ist.

30. Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hat die Weko den Sanktionsbetrag nach pflichtgemässen Ermessen festzusetzen. Eingeschränkt wird das Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung (s. Art. 5 Abs. 2 und 8 BV)<sup>22</sup>. Die Höhe der Busse bemisst sich nach den konkreten Umständen, muss für das Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten<sup>23</sup>. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Grösse des Unternehmens und die Art und Schwere des Verstosses. Das Gesetz selbst schreibt lediglich vor, dass als Maximalhöhe die Sanktion CHF 100'000.- nicht übersteigen darf.

31. Fraglich ist, ob auch subjektive Sachverhaltselemente bei der Bemessung von Verwaltungssanktionen nach Art. 52 KG zu berücksichtigen sind. In ihrer jüngeren Praxis zu Art. 51 KG hat die Weko diese Frage zunächst verneint und ausschliesslich objektive Kriterien berücksichtigen wollen<sup>24</sup>, alsdann aber wieder bejaht<sup>25</sup>. Subjektive Elemente wurden auch bei der Sanktionsbemessung in Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG berücksichtigt<sup>26</sup>. Da Verschuldenselemente eine Tatbestandsvorausset-

zung von Art. 52 KG darstellen (s. Rz. 20 ff.), liegt es nahe, diese auch bei der Bemessung der Sanktion in Betracht zu ziehen<sup>27</sup>. Ihre Berücksichtigung soll demnach grundsätzlich bei den erschwerenden/mildernden Umständen erfolgen<sup>28</sup>.

#### B.5.2 Sanktionsbemessung

32. Massgebend für die Bemessung der Sanktion sind die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze, die Rechtsprechung insbesondere der Reko/WEF bzw. des Bundesverwaltungsgerichts<sup>29</sup> zu kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen und die in der KG-Sanktionsverordnung<sup>30</sup> festgehaltenen Prinzipien, welche soweit möglich mutatis mutandis herbeizuziehen sind.

##### B.5.2.1 Wirtschaftliche Bedeutung des betroffenen Unternehmens

33. Genaue Angaben bezüglich der 7x2 AG liegen den Wettbewerbsbehörden nicht vor. So sind insbesondere die Grösse des Unternehmens, die Anzahl angeschlossener Taxis und die jährlichen Umsätze nicht bekannt. Diese Angaben bildeten einen Teil der mit dem Fragebogen vom 29. November 2007 eingeforderten Auskünfte. Die wirtschaftliche Bedeutung der 7x2 AG muss somit anhand der zur Verfügung stehenden Informationen – eingereichten Anzeige, ausgewerteten Fragebögen der zwei anderen in der Stadt Zürich tätigen Taxizentralen (Alpha Taxi AG und Taxi 444)<sup>31</sup> sowie öffentlich zugänglichen Informationen – ermittelt werden.

<sup>22</sup> Vgl. auch RPW 2006/1, S. 175 Rz. 240 (Sanktionsverfahren Unique).

<sup>23</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., S. 153.

<sup>24</sup> RPW 1998/4, S. 618 f. Rz. 28 (Curti & Co. AG).

<sup>25</sup> RPW 2002/3, S. 536 Rz. 60 (National-Versicherungsgesellschaft/Coop Leben).

<sup>26</sup> RPW 2006/1, S. 176 Rz. 245 (Sanktionsverfahren Unique).

<sup>27</sup> Vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. 5 Wettbewerbsrecht, Teilbd. 2 Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 520 und 525, der die Berücksichtigung von subjektiven Kriterien bejaht, sie aber lediglich ergänzend hinzutreten lässt. Zumindest indirekt bejahend auch DUCREY (Fn. 5), Art. 52 N 21, indem er bei der Sanktionsbemessung auch den Umstand berücksichtigt, ob es sich um eine erstmalige oder um eine wiederholte Verletzung der Auskunft handelt. Vgl. auch ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Ackermann/Donatsch/Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 601, die den Verzicht der Weko im Rahmen von Art. 51 KG auf die Berücksichtigung von subjektiven Tatbestandselementen als problematisch betrachten.

<sup>28</sup> TAGMANN (Fn. 21), S. 230.

<sup>29</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-2157/2006) vom 3. Oktober 2007, RPW 2007/4, S. 653 ff. E 4.3.4 i.V.m. E 4.3.1.

<sup>30</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG); SR 251.5.

<sup>31</sup> Die Taxizentrale Jung AG befindet sich nicht auf demselben sachlich relevanten Markt wie Alpha Taxi AG, Taxi 444 und 7x2 AG, denn sie bietet keine Fahr- und anderen Aufträge an selbständig erwerbende Taxihalter an (sämtliche Fahrer/innen sind bei ihr im Arbeitnehmer-/Arbeitgeberverhältnis angestellt). Aus diesem Grund hat sie den Fragebogen nicht beantworten müssen.

34. Da die der 7x2 AG angeschlossenen Taxibetriebe nicht in einem Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis zur Taxizentrale stehen, sind diese nicht als Mitarbeiter der Taxizentrale zu betrachten. Als Mitarbeiter der 7x2 AG gelten demnach nur diejenigen Personen, die für die Taxizentrale administrativen/geschäftsführenden Aufgaben nachgehen. Aus der Homepage der 7x2 AG wird ersichtlich, dass das Zentralenteam aus 7 Mitarbeitenden (darunter ein Lernender) besteht<sup>32</sup>. Wie viele Angestellte noch hinzukommen, ist – abgesehen vom Geschäftsführer – ungewiss<sup>33</sup>. Ihre Anzahl dürfte sich allerdings in Grenzen halten, denn die Kernaufgabe der Taxizentrale, Taxibestellungen entgegenzunehmen und den angeschlossenen Taxifahrern weiterzuleiten, wird vom Zentralenteam ausgeführt. Weiter ist aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen davon auszugehen, dass die 7x2 AG einen kleineren Umsatz aufweist als Alpha Taxi AG und Taxi 444<sup>34</sup>. Als Richtwert wird demnach von einem jährlichen Umsatz in der Schweiz von höchstens [CHF 2-5 Mio.]<sup>35</sup> ausgegangen.

35. Daraus folgt, dass die 7x2 AG in etwa die Grösse eines Kleinstunternehmens im Sinne von Ziffer 4 der KMU-Bekanntmachung aufweisen dürfte<sup>36</sup>.

#### **B.5.2.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses**

36. Die Prüfung der Schwere des Verstosses der 7x2 AG gegen die Auskunftspflicht muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Art. 52 KG erfolgen, der, als Verfahrensvorschrift, die Sachverhaltsermittlung erleichtern soll.

37. Die 7x2 AG hat die Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2007 komplett verweigert. Die Verweigerung umfasst nicht bloss einzelne Fragen, sondern erstreckt sich vielmehr auf den ganzen Fragebogen. Das Sekretariat hat der 7x2 AG mehrmals die Möglichkeit eingeräumt, die ausstehende Beantwortung des Fragebogens nachzuholen, und hat der 7x2 AG, ohne entsprechendes Gesuch ihrerseits, mehrere Fristverlängerungen gewährt. Diese wurden von der 7x2 AG nicht genutzt (s. Rz. 2 ff. und 23). Auch die am 2. April 2008 erlassene Zwischenverfügung hat keine Folgen gezeitigt. Die 7x2 AG ist sämtlichen Aufforderungen der Wettbewerbsbehörden nicht nachgekommen und hat es bis zum heutigen Tag unterlassen, den Fragebogen zu beantworten bzw. irgendwelche Angaben in diesem Zusammenhang zu liefern.

38. Hinzu kommt, dass aufgrund der sehr kleinen Anzahl versendeter Fragebögen<sup>37</sup> das Verhalten der 7x2 AG die Wettbewerbsbehörden in der Aufklärung des Sachverhalts erheblich beeinträchtigt.

39. Es liegt somit ein besonders schwerer Fall von Auskunftspflichtverletzung vor.

#### **B.5.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände**

40. In einem letzten Schritt gilt es schliesslich zu prüfen, ob erschwerende oder mildernde Umstände vorliegen, die die Sanktionsberechnung zu beeinflussen vermögen.

41. Im vorliegenden Fall sind weder mildernde noch erschwerende Umstände ersichtlich. Denn es liegen weder Elemente vor, welche die Verletzung der Auskunftspflicht

rechtfertigen noch solche, welche diese zusätzlich erschweren.

#### **B.5.2.4 Fazit**

42. Wenn einerseits die Grösse der 7x2 AG für die Festsetzung eines Betrags im tiefen Bereich spricht, erfordert andererseits die Schwere des begangenen Verstosses eine gewisse Sanktionshärte.

43. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und auch in analoger Anwendung der KG-Sanktionsverordnung scheint ein Betrag von CHF 10'000.- als der Grösse der 7x2 AG und deren begangenen Verstoss angemessen.

### **B.6 Ergebnis**

44. Indem die 7x2 AG der in Ziffer 1 des Dispositivs der rechtskräftigen Zwischenverfügung festgehaltenen Pflicht, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 zu beantworten, nicht nachgekommen ist, hat sie den Tatbestand von Art. 52 KG erfüllt.

45. Aufgrund der gemachten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Weko eine Verwaltungsanktion in der Höhe von CHF 10'000.- als dem Verstoss von 7x2 AG gegen Art. 52 KG angemessen.

### **C Kosten**

46. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung-KG<sup>38</sup> ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. In Verwaltungsanktionsverfahren nach Art. 49a ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn den Verfügungsadressaten sanktionierbares Verhalten nachgewiesen wird. Im vorliegenden Fall konnte der 7x2 AG ein Verstoss gegen Art. 52 KG nachgewiesen werden, weshalb sie die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat.

<sup>32</sup> <http://www.zueritaxi.ch/Mitarbeiter.htm>; besucht am 03.11.2008.

<sup>33</sup> Aus der Datenbank des zentralen Firmenindex der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Zefix) ist ersichtlich, dass neben dem Geschäftsführer Herrn Urs Rudin zwei weiteren Verwaltungsratsmitgliedern und einer zu zwei kollektivunterschriftsberechtigten Person im Handelsregister eingetragen sind (<http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGHTML?chnr=0203025690&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0>; besucht am 03.11.2008). Ob diese Personen auch in einem Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis zur 7x2 AG stehen und somit als Mitarbeitende der 7x2 AG zu betrachten sind, ist jedoch ungewiss.

<sup>34</sup> Im Jahr 2007 erzielten Alpha Taxi AG und Taxi 444 je einen Umsatz von ca. [CHF 2-5 Mio.] Aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen sollte die 7x2 AG weniger angeschlossene Wagen aufweisen als Alpha Taxi AG und Taxi 444, was zu einem tieferen Umsatz führen dürfte.

<sup>35</sup> Vgl. Fn. 34.

<sup>36</sup> Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005 (KMU-Bekanntmachung; <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Bekanntmachung-KMU-D.pdf?lang=de>; besucht am 03.11.2008).

<sup>37</sup> Von den vier gesendeten Fragebögen sind für die Vorabklärung nur deren drei von Bedeutung (diejenigen von Alpha Taxi AG, Taxi 444 und 7x2 AG). Vgl. Fn. 31.

<sup>38</sup> Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung-KG); SR 251.2.

47. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 Gebührenverordnung-KG). Die Stundenansätze von CHF 100 – 400 richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäftes und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 2 Stunden à CHF 200.- und 4 Stunden à CHF 120.-, insgesamt CHF 880.-. Diese Kosten hat die 7x2 AG zu tragen.

#### **D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die 7x2 AG der im Dispositiv der Zwischenverfügung vom 2. April 2008 festgehaltenen Pflicht, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet zurückzusenden, nicht nachgekommen ist und damit gegen Art. 52 KG verstossen hat.
2. Die 7x2 AG wird gestützt auf Art. 52 KG zur Zahlung einer Verwaltungsanktion von CHF 10'000.- ver-

pflichtet. Dieser Betrag ist innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Eröffnung dieser Verfügung mittels beiliegendem Einzahlungsschein zu begleichen.

3. Die Kosten für die vorliegende Verfügung in der Höhe von CHF 880.- werden der 7x2 AG auferlegt.
4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung derselben beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbehelfen und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:  
- 7x2 AG, Seebacherstrasse 4, 8052 Zürich

## C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

### C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C.1	<b>1. Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Switchplus AG</b>
-----	---

Verfügung (HE090014) des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. November 2009 in Sachen cyon GmbH, Dynamic-net.ch AG, Genotec AG, Green.ch AG, Hostpoint AG, INFOMANIAK NETWORK SA, Multimedia Networks AG, VTX Datacomm AG, Webland AG, Cyberlink AG gegen Switch – Teleinformatikdienste für Lehre und Forschung betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen).

#### Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

I.

1. Mit Eingabe vom 24. September 2009 stellten die Klägerinnen folgendes Massnahmebegehren

"1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung zu verbieten,

a) auf der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) oder auf anderen Websites die switchplus AG gegenüber anderen Marktteilnehmern bevorzugt darzustellen, die switchplus AG gegenüber anderen Marktteilnehmern bevorzugt in die Navigation der Website zu integrieren und/oder Aussagen zu machen, zu veröffentlichen oder für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen welche bezwecken, die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der switchplus AG gegenüber den Dienstleistungen anderer Marktteilnehmer zu fördern; insbesondere

b) 1. auf der Startseite der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) eine Option für die Registrierung von Domain Namen bei switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch aufzuführen;

2. auf der Startseite der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) das Logo von switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch darzustellen;

3. auf der Startseite der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) bzw. dort aufrufbaren Info-Fenstern switchplus gegenüber anderen Wholesale-Partnern von Switch besonders hervorzuheben;

4. auf der unter der URL [www.switch.ch/de/all/](http://www.switch.ch/de/all/) zugänglichen Information für alle Internetbenutzer switchplus besonders zu erwähnen oder Links zu switchplus anzubringen;

5. die werbende Aussage "Sie haben noch keinen Domain-Namen registriert? Wir empfehlen Ihnen [www.switchplus.ch](http://www.switchplus.ch)." sowie sinnverwandte Aussagen zu verwenden, zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen;

6. die werbende Aussage "Internet-Dienstleistungen rund um die Registrierung von Domain-Namen und ein faires Preis-Leistungs-Verhältnis: Das dürfen Sie bei switchplus erwarten. Was switchplus von anderen Anbietern unterscheidet? Die richtige Mischung aus Qualität und Service." sowie sinnverwandte Aussagen zu verwenden, zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen;

7. die unter den URLs [www.switch.ch/de/all/id/switchplusinfo/index.html](http://www.switch.ch/de/all/id/switchplusinfo/index.html), [www.switch.ch/de/about/profile/switchplus\\_info/](http://www.switch.ch/de/about/profile/switchplus_info/) oder [www.switch.ch/de/all/id/switchplus-info/contact/](http://www.switch.ch/de/all/id/switchplus-info/contact/) zugänglich gemachten Anpreisungen von switchplus weiterhin ganz oder teilweise zu verbreiten bzw. zugänglich zu machen;

8. das Logo switchplus mit dem Zusatz "Internet Services by SWITCH" zu verwenden oder in anderer Weise einer Verwechslung von Switch und switchplus Vorschub zu leisten.

2. Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei **ohne Anhörung der Gegenpartei** als superprovisorische Verfügung zu erlassen, eventualiter als provisorisches Verbot unter raschmöglicher Vorladung der Parteien.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

2. Mit Verfügung vom 25. September 2009 wurde der Beklagten mit sofortiger Wirkung und unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall verboten,

a) auf der Startseite der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) eine Option für die Registrierung von Domain Namen bei switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch aufzuführen;



b) auf der Startseite der Website [www.switch.ch](http://www.switch.ch) das Logo von switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch darzustellen. Dies bezog sich auf folgende Startseite:


SWITCH Page 1 of 1

Start | Sitemap | News | Kontakt de | fr | it | en

SWITCH  
Serving Swiss Universities

Für alle Internetbenutzer    Für Hochschulen    Über SWITCH    Suche:  An

## SWITCH Junior Web Award: jetzt anmelden!



**Domain-Namen registrieren**



www.

bei switchplus.ch  
 einen Partner wählen  
 bei nic.ch

[Weiter >>](#)

**Domain-Namen verwalten**

Adressänderung & Verwaltung  
Halter suchen (WHOIS)

**Weitere Dienste**

Webcam Zürich  
Software herunterladen

[Alle Inhalte für Internetnutzer anzeigen](#)

**Hochschulangehörige**

Mobiler Internetzugang  
SMS-Versand

**Für Studierende**

Online-Vorlesungen

**Für Lehre & Forschung**

Wissenschaftliches Rechnen

**Für Informatikdienste**

Authentifizierung (AAI)  
Hochschulnetzwerk

[Alle Inhalte für Hochschulen anzeigen](#)

**Unsere Mission**

SWITCH entwickelt für die Hochschulen in der Schweiz netzbasierte Dienstleistungen und ist die Registrierungsstelle für .ch und .li Domain-Namen.

**Informationen zu SWITCH**

Stellenangebote  
Kontakt & Anfahrt  
News & Publikationen

**Nachwuchsförderung**

Junior Web Award

[Alle Inhalte über SWITCH anzeigen](#)

23.09.2009

**Für ein sicheres Internet: SWITCH führt DNSSEC Testbetrieb durch**

[Weiterlesen](#)  
[weitere News im Überblick](#)

© 2009 SWITCH | Rechtliches

<http://www.switch.ch/> BIS 28.09.2009

Im übrigen wurde der Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme ohne vorherige Anhörung der Gegenseite abgewiesen.

Den Klägerinnen wurde gleichzeitig eine einmal kurz erstreckbare Frist bis 5. Oktober 2009 angesetzt, um als Sicherheitsleistung eine Zahlung von CHF 100'000.-- bei

der Obergerichtskasse zu leisten. Dies unter der Androhung, dass bei Säumnis die angeordnete Massnahme aufgehoben werde.

3. In der Folge setzte die Beklagte am 28. September 2009 die superprovisorische Anordnung um, und zwar so, dass nicht nur die Option switchplus entfernt wurde, sondern auch die Option Partner:

SWITCH Page 1 of 1

Start | Sitemap | News | Kontakt de | fr | it | en

**SWITCH**  
Serving Swiss Universities

Für alle Internetbenutzer    Für Hochschulen    Über SWITCH    Suche:  An



**Domain-Namen registrieren**

www.  [Weiter >>](#)

**Domain-Namen verwalten**

Adressänderung & Verwaltung  
Halter suchen (WHOIS)

**Weitere Dienste**

Webcam Zürich  
Software herunterladen

[Alle Inhalte für Internetnutzer anzeigen](#)

**Hochschulangehörige**

Mobiler Internetzugang  
SMS-Versand

**Für Studierende**

Online-Vorlesungen

**Für Lehre & Forschung**

Wissenschaftliches Rechnen

**Für Informatikdienste**

Authentifizierung (AAI)  
Hochschulnetzwerk

[Alle Inhalte für Hochschulen anzeigen](#)

**Unsere Mission**

SWITCH entwickelt für die Hochschulen in der Schweiz netzbasierte Dienstleistungen und ist die Registrierungsstelle für .ch und .il Domain-Namen.

**Informationen zu SWITCH**

Stellenangebote  
Kontakt & Anfahrt  
News & Publikationen

**Nachwuchsförderung**

Junior Web Award

[Alle Inhalte über SWITCH anzeigen](#)

06.10.2009

**SWITCH warnt vor Trick-Angeboten**

SWITCH, die offizielle Registrierungsstelle für Internetadressen in der Schweiz und Liechtenstein, warnt vor tausenden Angeboten für Domain-Namen.

[Weiterlesen](#)

[weitere News im Überblick](#)

© 2009 SWITCH | Rechtliches

http://www.switch.ch/ 09.10.2009

4. Am 29. September 2009 erging an die Parteien eine Vorladung auf den 14. Oktober 2009 zur Verhandlung über die Aufrechterhaltung der super-provisorischen Anordnung und über das Massnahmebegehren.

5. Ein von der Beklagten am 1. Oktober 2009 eingereichtes Vorverschiebungsgesuch wurde mit Verfügung vom gleichen Tag abgewiesen (Prot. S. 4f.).

6. Innert erstreckter Frist leisteten die Klägerinnen am 8. Oktober 2009 die ihnen auferlegte Sicherheitsleistung von CHF 100'000.--.

7. Anlässlich der Verhandlung vom 14. Oktober 2009 verblieben das Gericht und die Parteien dahingehend, dass die Beklagte noch detailliertere Angaben über die wöchentlichen Neuregistrierungen einreiche, zu welchen dann die Klägerinnen noch Stellungnahmen könnten (Prot. S. 26).

8. Die entsprechende Eingabe der Beklagten erfolgte am 15. Oktober 2009.

9. Mit ihrer Stellungnahme vom 20. Oktober 2009 beantragten die Klägerinnen, die beklagtischen Beilagen [...] aus dem Recht zu weisen, weil diese nicht beweiskräftig seien, eventualiter der Beklagten aufzugeben, die Zahlen um die Werte von switchplus zu ergänzen.

10. Hierzu wurde mit Verfügung vom 22. Oktober 2009 festgehalten, die Klägerinnen würden verkennen, dass die Frage der Beweistauglichkeit einer Urkunde eine Frage der Würdigung des Beweismittels sei, deren Zulässigkeit als Beweismittel aber in keiner Weise tangiere, weshalb die fraglichen Urkunden nicht aus dem Recht zu weisen seien. Sodann sei es im Zivilprozess Sache der Parteien, was sie vorbringen wollen und was nicht, weshalb der Beklagten nicht aufgegeben werden könne, Zahlen offenzulegen, die sie nicht offenlegen wolle - wobei es Sache des Gerichts sei, das Verhalten der Beklagten zu würdigen. Schliesslich wurde erwogen, dass die Klägerinnen zwar zu den neu eingereichten Urkunden der Beklagten hätten Stellung nehmen dürfen, dass aber die übrigen Ausführungen in ihrer Eingabe (Ziff. II. - IV., 7 -18) aus dem Recht zu weisen seien, weil den Klägerinnen diesbezüglich kein weiterer Vortrag zugestanden habe (Prot. S. 11f.).

II.

### 1. Parteistandpunkte

a) Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte sei die Registerbetreiberin im Sinne von Art. 14a AEFV, womit sie exklusiv die Registrierungsstelle (Registry) für die ccTLDs .ch (und .li) betreibe. Sie habe im Bereich der eigentlichen Registrierung diesbezüglicher Domain-Namen eine Monopolstellung, sie sei ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Solche verhielten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderten oder die Marktgegenseite benachteiligten (Art. 7 Abs. 1 KG). Die Beklagte missbrauche ihre Stellung durch die in den Rechtsbegehren angeführten Verhaltensweisen, indem sie ihre Partner (darunter die Klägerinnen) zu Gunsten der switchplus diskriminiere, indem sie (u.a) auf ihrer Startseite www.switch.ch das Logo von switchplus (d.h. ihrer Tochtergesellschaft

Switchplus AG) als einziges Logo eines Wholesale-Partners aufführe und indem sie im Eintragungsfeld für neu zu registrierende Domains als erste und standardmässig vorgegebene Option switchplus.ch anführe, während die anderen Partner nur über einen Umweg (und unter Verlust des eingegebenen Domain-Namens) angesteuert werden könnten. Auf dieser Startseite würden die Weichen gestellt, und Kunden, die wegen der geschilderten Bevorzugung zu switchplus gingen, seien für die anderen Partner verloren, was zu einem erheblichen Kundenverlust bei den Partnern führen müsse - nicht nur für die Registrierung sondern auch für das nachfolgende lukrative Hosting -, der sich nicht leicht wiedergutmachen lasse, weil Kunden erfahrungsgemäss nicht mehr wechselten.

b) Die Beklagte macht geltend, das Zivilgericht sei sachlich nicht zuständig, weil die Tätigkeit der Beklagten als Registry unter Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG (besondere Rechte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben) falle, und die Tätigkeit als Registrar unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG (staatlicher Markt oder Preisordnung). Zuständig sei das BAKOM. Falls die Zuständigkeit doch geben sein sollte, fehle es den Klägerinnen, ausser 5, 6 und 9, an der Aktivlegitimation, da sie nicht als Registrar tätig seien. Eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten werde bestritten, ebenso ein missbräuchliches Verhalten der Beklagten. Das beanstandete Verhalten sei im übrigen nicht relevant, weil die Klägerinnen keinen wesentlichen Teil ihrer Kunden über switch.ch akquirierten.

### 2. Sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichts

Es trifft zu, dass die Tätigkeit der Beklagten als Registry unter Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG (besondere Rechte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben) fällt, und ihre Tätigkeit als Registrar unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG (staatliche Markt- oder Preisordnung).

Aber die Beklagte ist, wie sie sagt, verpflichtet, ein Grosshandelsangebot für Registrare zu machen. Wie sie das genau vornehmen wolle, habe sie vom BAKOM absegnen zu lassen. Die Beklagte verweist dafür auf Ziff. 3.2 Bst. c TAV, wo es heisst, „Die technischen und administrativen Voraussetzungen, welche die Registerbetreiberin für ihr Grosshandelsangebot festlegen kann, müssen transparent und nicht diskriminierend sein“. Das BAKOM prüfe und genehmige das Grosshandelsangebot, d.h. für die Prüfung des Diskriminierungsverbots sei das BAKOM und nicht die Zivilgerichte zuständig (KA Ziff. 9 und 10).

Richtig ist, dass, soweit das BAKOM zuständig ist, die Zivilgerichte nicht zuständig sind. Was das BAKOM nach der zitierten TAV-Bestimmung zu prüfen hat, ist indes, ob „die technischen und administrativen Voraussetzungen“ „transparent und nicht diskriminierend“ sind. Diese Prüfung ist Sache des BAKOM.

Darum geht es hier im Verfahren aber nicht. Die „technischen und administrativen Voraussetzungen“ sind hier kein Thema. Thema ist, was das Rechtsbegehren enthält, und da geht es um Verhaltensweisen der Beklagten, nämlich Textausführungen auf ihrer Website, von denen die Kläger behaupten, sie stellten eine Bevorzugung der switchplus bzw. eine Diskriminierung der Klägerinnen dar. Das ist kein Prüfthema des BAKOM. Es

geht vorliegend entsprechend in keiner Weise um die technischen und administrativen Voraussetzungen, welche die Beklagte als Registerbetreiberin für ihr Grosshandelsangebot festlegt, sondern es geht darum, wie sie einen dieser Registrare, die switchplus, auf ihrer Website präsentiert.

Die sachliche Zuständigkeit des Zivilrichters zur Beurteilung des Rechtsbegehrens ist deshalb gegeben.

### 3. Aktivlegitimation der Klägerinnen

a) Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerinnen 1, 2, 3, 4, 7, 8 und 10, da diese nicht als Registrare tätig seien. Hierzu machen die Klägerinnen geltend, diejenigen Klägerinnen, die Wholesale-Partner seien, seien bereits heute direkt betroffen, die anderen seien zumindest indirekt betroffen, da ja die Beklagte bereits kommuniziert habe, dass sie in diesen zusätzlichen Markt der Internetdienstleistungen usw. eindringen wolle. Dann seien auch die übrigen Klägerinnen direkt betroffen (Prot. S. 14).

b) Die Beklagte stellt switchplus auf ihrer Website wie folgt vor:

**Die Stiftung SWITCH lanciert switchplus als neuen Anbieter von Dienstleistungen rund um Domain-Namen.**

#### Wer ist switchplus?

switchplus ag ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft von SWITCH.

Viele Kunden von SWITCH wünschen, dass SWITCH zusätzliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit Domain-Namen anbietet. Das ist nicht neu, wurde 2009 aber erstmals im Rahmen einer Kundenumfrage klar bestätigt. Um diesem Kundenwunsch gerecht zu werden und zusätzliche Dienstleistungen erbringen zu können, wurde die Tochtergesellschaft switchplus ag gegründet. **Sie wird als gleichberechtigter SWITCH-Partner für die Registrierung von Domain-Namen auftreten.**

#### Zielmarkt von switchplus

switchplus wird standardisierte, einfache Dienstleistungen für private Kunden und Kleinunternehmen anbieten. Zu Beginn wird switchplus die Registrierung von Domain-Namen (zum selben Preis wie bei SWITCH) anbieten. Zusätzliche Dienstleistungen wie E-Mail und Webhosting folgen noch in diesem Jahr respektive Anfang 2010.

#### Die Rolle von SWITCH

SWITCH bleibt Registrierungsstelle für .ch und .li Domain-Namen. Bestehende Kunden von SWITCH verwalten ihre Domain-Namen weiterhin auf der Website www.nic.ch.

**Mit der Lancierung von switchplus leistet SWITCH zudem einen wesentlichen Beitrag zur eigenen Zukunftssicherung im Bereich Internet Domains. Denn im Jahr 2015 läuft der Vertrag mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) aus. Ob und in welcher Form ein neuer Vertrag zustande kommen wird, ist unklar. Für SWITCH entsteht dadurch ein substantielles Risiko – so-**

**wohl auf der Ertragsseite als auch für die in diesem Bereich beschäftigten Mitarbeitenden. Deshalb muss SWITCH bereits heute an der Zukunftssicherung für den Bereich Internet Domains arbeiten.**

Es geht der Beklagten demnach mit switchplus um ihre Zukunftssicherung für die Zeit nach dem Auslaufen des BAKOM-Vertrages. Dafür will sie switchplus aufbauen. Anfänglich wird switchplus die Registrierung von Domain-Namen anbieten; zusätzliche Dienstleistungen wie E-Mail und Webhosting sollen noch in diesem Jahr respektive Anfang 2010 folgen.

Mit Letzterem sind ersichtlich nicht nur die Registrare, sondern auch die anderen Klägerinnen betroffen, wenn auch nur am Rande. Deren Aktivlegitimation ist deshalb zu bejahen.

### 4. Prozessbeitritt der NovaTrend Services GmbH

a) Anlässlich der Verhandlung ersuchte die NovaTrend Services GmbH darum, dass sie als weitere Klägerin zugelassen werde; dies sei mit Zustimmung der Beklagten möglich (Prot. S. 12). Die Beklagte hat dieses Ansinnen indes abgelehnt (Prot. S. 20).

b) Ein Prozessbeitritt einer weiteren Partei ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich (§§ 43ff. ZPO) und jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, wenn überhaupt (bei analoger Anwendung von § 49 ZPO), nur mit Zustimmung der Gegenseite möglich. Nachdem diese hier fehlt, kann die NovaTrend Services GmbH als Klägerin nicht zugelassen werden.

### III.

#### 1. Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen - u.a. zur vorläufigen Vollstreckung streitiger Unterlassungsansprüche, wie vorliegend beantragt, - werden nach Art. 17 KG in Verbindung mit Art. 28c Abs. 1 ZGB dann angeordnet, wenn der Antragssteller glaubhaft macht, dass zum einen die Gegenpartei eine gegen das Kartellgesetz verstossende Handlung begangen hat oder vorzunehmen beabsichtigt und dass ihm daraus zum anderen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, der nur durch die vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann.

#### 2. Verstoss gegen das Kartellgesetz

Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz liegt dann vor, wenn die Klägerin zum einen marktmächtig ist und zum anderen diese Marktmacht ausnützt, um Wettbewerber gegenüber eigenen Unternehmensteilen ungleich zu behandeln.

#### a) Marktmacht

Die Beklagte legte auf ihrer (angegriffenen) Website dar, man könne wählen, ob man bei switchplus, bei einem Partner oder bei nic.ch registrieren möchte. Zu letzterem führte die Beklagte aus:

„Die Registrierung von Domain-Namen bei SWITCH erreichen sie ab sofort unter www.nic.ch. SWITCH hat sich für diesen neuen Ablauf entschieden, um das vom BAKOM (..) konzessionierte Geschäft klarer vom Auftrag der Stiftung zu trennen - das Entwickeln von Dienstleis-

tungen speziell im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien für die Hochschulen in der Schweiz“.

Ob die Beklagte tatsächlich, wie ihren Ausführungen entnommen werden muss, mit dem vom BAKOM konzessionierten Geschäft etwas macht, das nicht unter den Auftrag der Stiftung fällt, braucht hier nicht weiter behandelt zu werden.

Wichtig ist, dass die Beklagte in diesem konzessionierten Bereich der eigentlichen Registrierung von Domain-Namen (Registry) einzige Anbieterin ist, jedenfalls für .ch und .li.

Die Beklagte macht allerdings geltend, diese nationalen Domains seien aus Sicht der Nachfrageseite substituierbar mit internationalen Domains, namentlich .com. Das trifft in dieser Eindeutigkeit indes nicht zu. Wohl gibt es Unternehmen in der Schweiz, die - aus welchen Gründen auch immer - unter .com auftreten wollen. Aber wer in der Schweiz mit der nationalen Domain .ch auftreten will, und das sind bisher offenbar 1,3 Mio. Fälle, der ist auf die Beklagte angewiesen; es gibt keinen anderen Weg zu diesen Domains.

Es ist deshalb glaubhaft gemacht, dass Marktmacht im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gegeben ist, und zwar Marktmacht der Beklagten in ihrer Funktion als Registry. Dabei handelt es sich sogar um absolute Marktmacht.

#### b) Gleichbehandlung

Wie oben Ziff. II. 3. b ausgeführt, geht es der Beklagten mit switchplus um ihre Zukunftssicherung für die Zeit nach dem Auslaufen des BAKOM-Vertrages. Dafür will die Beklagte switchplus aufbauen.

Das ist erlaubt. Nicht erlaubt ist es, switchplus dort, wo die Beklagte Marktmacht hat, zu bevorzugen.

Dies zu tun, bestreitet die Beklagte. Sie behauptet sogar, „switchplus wird von der Beklagten gleich wie jeder andere Registrar behandelt“. Diese Behauptung lässt indes die gebührende Ernsthaftigkeit vermissen.

Was die superprovisorische Massnahme verbietet, nämlich

„a) auf der Startseite der Website www.switch.ch eine Option für die Registrierung von Domain Namen bei switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch aufzuführen;

b) auf der Startseite der Website www.switch.ch das Logo von switchplus als einzigem Wholesale-Partner von Switch darzustellen.“,

zeigt eindeutig, dass die Beklagte switchplus eben nicht wie jeden anderen Registrar behandelt. Sie bevorzugt damit vielmehr switchplus und diskriminiert gleichzeitig die anderen Registrare. Das steht ausser Frage.

Und diese Bevorzugung nimmt die Beklagte genau dort vor, wo sie als Registry marktmächtig ist. Wer irgendetwas im Zusammenhang mit .ch Domain Namen in Erfahrung bringen will, z.B. wem ein bestimmter Domain Namen gehört oder wie die Registrierung genau läuft, der geht zum Registry, auf switch.ch.

Und dort, auf der Startseite, beim ersten Angebot - Domain-Namen registrieren -, taucht prominent das Banner von switchplus auf und ist switchplus vorgegeben als Registrar (siehe Abbildung der Seite oben in Ziff. I. 2.). Dazu kommt noch, dass der eingegebene gewünschte Domain Name, wenn man die Wahl switchplus belässt, direkt auf Verfügbarkeit geprüft wird, während er bei Wahl der Partner verschwindet, was diese Alternative verglichen mit switchplus ersichtlich unattraktiv macht.

D.h., die Beklagte nutzt ihre Marktmacht als Registry aus, um einen der Registrare, ihre Tochter, zu bevorzugen. Genau das darf sie nicht. Es besteht gemäss Auffassung der WEKO eine Pflicht marktbeherrschender Unternehmen, Wettbewerber in vor- oder nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten, wie namentlich Tochtergesellschaften (Baker & McKenzie, Handkommentar zum KG, Art. 7 N 17 mit Verweisen).

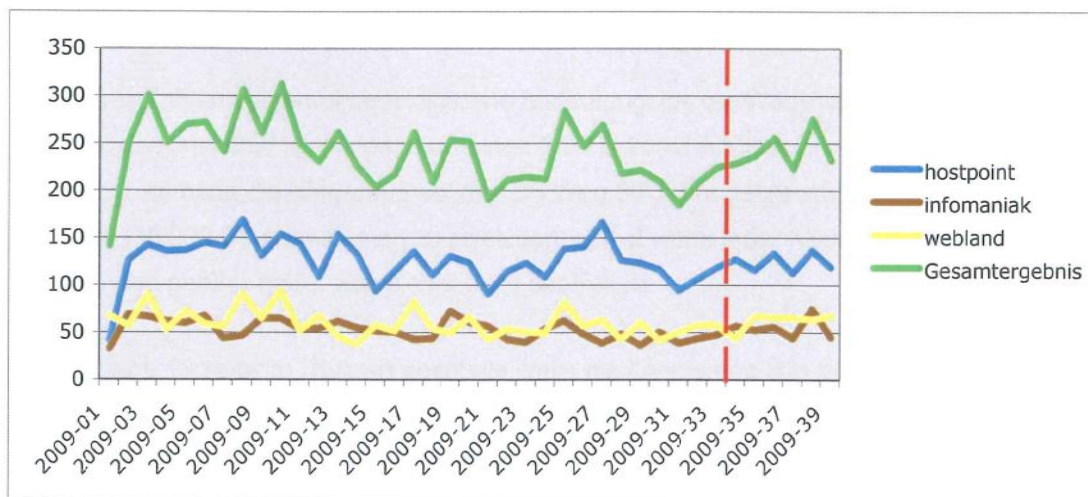
Es ist deshalb glaubhaft gemacht, dass die Beklagte mit dem behandelten Verhalten Art. 7 Abs. 1 KG verletzt.

#### 3. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

Die Klägerinnen machen zum Nachteil, wie schon erwähnt, geltend, auf der Startseite der Beklagten würden die Weichen gestellt, und Kunden, die wegen der geschilderten Bevorzugung zu switchplus gingen, seien für die anderen Partner verloren, was zu einem erheblichen Kundenverlust bei den Partnern führen müsse - nicht nur für die Registrierung, sondern auch für das nachfolgende lukrative Hosting -, der sich nicht leicht wiedergutmachen lasse, weil Kunden erfahrungsgemäss nicht mehr wechselten.

Die Beklagte bringt hierzu vor, die Website der Beklagten sei für die Klägerinnen kein massgeblicher Akquisitionskanal. Dies zeige insbesondere die Anzahl der Klicks, welche auf den Links auf der Partnerliste vorgenommen würden. Die lägen bei ca. 3,5 Klicks pro Tag und Partner.

Betrachte man die Neuregistrierung von Domain-Namen durch diejenigen Klägerinnen, die Registrare seien, so sei überhaupt keine Veränderung zwischen Kalenderwoche 34 und 39 feststellbar, obwohl am Montag der Kalenderwoche 34 die Lancierung von switchplus und das Aufschalten der Website erfolgt sei (rote Linie). Die Zahlen scheinen sogar eher einen leichten Aufwärtstrend auszuweisen:



Hierzu sagten die Klägerinnen: „Die vorgebrachten Zahlen und Statistiken können nur mit Nichtwissen bestritten werden. Es gibt die Regel, dass man nur derjenigen Statistik glauben soll, die man selber gefälscht hat. Dies ist zwar weit hergeholt, aber trifft vorliegend ganz besonders zu“ (Prot. S. 17).

Mit Nichtwissen lassen sich nur behauptete Sachverhalte aus einer fremden Sphäre bestreiten, hier geht es aber um die Neuregistrierungen durch die Klägerinnen 5 (Hostpoint), 6 (Infomaniak) und 9 (Webland), d.h. um einen Sachverhalt, an dem diese Klägerinnen mitgewirkt haben und den sie bestens beurteilen können. Sie wissen je, wie viele Neukunden sie wann registriert haben. Die entsprechenden Angaben der Beklagten sind deshalb mangels genügender Bestreitung durch die Klägerinnen als unbestritten zu betrachten. Damit ist davon auszugehen, dass der beanstandete Auftritt von switchplus auf der Website der Beklagten jedenfalls nicht zu einem Rückgang der Neuanmeldungen dieser Klägerinnen in absoluten Zahlen geführt hat. Möglich wäre noch ein prozentualer Rückgang im Verhältnis zur Gesamtzahl der Anmeldungen, aber das würde voraussetzen, dass die Gesamtzahl erheblich gestiegen ist. Das behaupten nicht einmal die Klägerinnen. Sie bringen zwar Vorbehalte zu den entsprechenden Aufstellungen der Beklagten an. Diese betreffen vorab die fehlende Aufteilung SWITCH/switchplus, beinhalten aber keine Behauptung einer Zunahme der Gesamtneuregistrierungen. Eine solche hat es ganz offensichtlich nicht gegeben. Damit hat aus dem angefochtenen Auftritt der switchplus auch kein prozentualer Rückgang bei den Neuregistrierungen der Klägerinnen stattgefunden.

Entsprechend kann von keinem relevanten, geschweige denn von einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, der durch die Vorkehren gemäss Rechtsbegehren den Klägerinnen drohte und nur mit der beantragten Massnahme zu vermeiden sei, keine Rede sein. Ein solcher Nachteil ist nicht glaubhaft gemacht.

Das gilt für die Klägerinnen 5, 6 und 9, und erst recht für die anderen Klägerinnen, die nicht Registrare sind.

Im übrigen zeigt auch folgende Überlegung, dass ein Nachteil, der ein Ausmass annimmt, das unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit die Anordnung

einer Massnahme angezeigt erscheinen liesse, nicht vorliegt:

Das Gericht musste zur Festlegung der von den Klägerinnen zu leistenden Sicherheit abschätzen, welcher Schaden der Beklagten aus der superprovisorischen Anordnung entstehen könnte. Das Gericht kam - allerdings freihändig - auf CHF 100'000.--. Die Klägerinnen beantragen eine Aufhebung dieser Sicherheit, eventualiter eine Herabsetzung auf CHF 20'000.--. Zur Begründung machen sie geltend: „Das Gericht hat die schwierige Aufgabe gehabt, die Höhe des potentiellen Schadens zu schätzen. Der Schaden ist unermesslich, aber er ist nicht unermesslich gross, sondern unermesslich klein. Dementsprechend sollte die Sicherheitsleistung tiefer angesetzt werden. Eigentlich ist überhaupt keine erforderlich und wenn, dann höchstens in symbolischer Höhe von maximal CHF 20'000.--“ (Prot. S. 19).

Der Schaden, der der Beklagten aus der Massnahme erwachsen könnte, besteht darin, dass wegen der wegfallenden Bevorzugung der switchplus (ihrer hundertprozentigen Tochter) auf der Website der Beklagten, die switchplus weniger Neuregistrierungen akquiriert, als sie dies mit dem angefochtenen Auftritt könnte. Und genau das, was der Beklagten (bzw. ihrer Tochter) wegen der Massnahme entginge (erhöhte Akquirierung von Neuregistrierungen), ist nicht nur ihr Schaden, sondern das ist gleichzeitig auch der Nachteil der Klägerinnen (denen diese von switchplus zusätzlich akquirierten Neuregistrierungen entgehen), der mit der Massnahme verhindert werden soll. Und hierzu sagen die Klägerinnen, dieser Schaden der Beklagten sei unermesslich klein. Mit anderen Worten, die Anordnung der Massnahme wirkt sich gemäss Klägerinnen nicht negativ auf die Beklagte aus, ihr entgehen keine Neuregistrierungen, was aber auch bedeutet, dass der angefochtene Auftritt der Beklagten den Klägerinnen keine Neuregistrierungen wegnimmt. Da bleibt für einen Nachteil kein Raum.

Dies führt zur Abweisung des Massnahmebegehrens, ohne dass noch auf die einzelnen Rechtsbegehren eingegangen werden müsste.

#### 4. Superprovisorische Anordnung

Ist das Massnahmebegehren abzuweisen, entfällt auch die Grundlage für die ergangene superprovisorische

Anordnung. Diese ist deshalb mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

III.

1. Ausgangsgemäss werden die Klägerinnen solidarisch kosten- und entschädigungspflichtig.
2. Der Streitwert beträgt über CHF 100'000.--.
3. Bei der Festlegung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Aufwand im Verhältnis zum Streitwert sehr gross war.

**Der Einzelrichter verfügt:**

1. Die NovaTrend Services GmbH wird als Klägerin nicht zugelassen.
2. Das klägerische Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die superprovisorische Anordnung vom 25. September 2009 ist mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'200.--.
5. Die Kosten werden den Klägerinnen unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag je zu 1/10 auferlegt.
6. Die Klägerinnen werden, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag von CHF 8'300.--, verpflichtet, der Beklagten je eine Prozessentschädigung von CHF 830.-- zu bezahlen.

7. Der Beklagten läuft eine Frist von 20 Tagen ab Rechtskraft dieser Verfügung, um beim zuständigen Richter auf Inanspruchnahme der von den Klägerinnen geleisteten Sicherheit zu klagen und den Einzelrichter darüber zu unterrichten, widrigenfalls die Sicherheit den Klägerinnen freigegeben würde.

8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an

a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden;

b) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.

Die Rechtsmittelfristen laufen während der Gerichtsferien.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die NovaTrend Services GmbH, und an das Sekretariat der Wettbewerbskommission je gegen Empfangsbestätigung sowie an die Obergerichtskasse.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
BB Bundesbeschluss  
BBI Bundesblatt  
BG Bundesgesetz  
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
BGer Bundesgericht  
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
BR Bundesrat  
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
BV Bundesverfassung  
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
CE Communauté Européenne  
CE Conseil des Etats  
CF Conseil fédéral  
CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
CO Code des obligations  
Cost. Costituzione federale  
CPC Code (cantonal) de procédure civile  
CPS Code pénal suisse  
cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
LF Loi fédérale / Legge federale  
LL Legge federale sul lavoro  
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade  
Verordnung über  
Gebrauchsgegenstände  
Gewerblicher Rechtsschutz  
und Urheberrecht  
Gemeinschaftsunternehmen



OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	<b>T</b>	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
<b>P</b>		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>Q</b>			
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>X</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Y</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	<b>Z</b>	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise -
  - Abrede 339 ff., 350, 388, 438, 440, 442, 452, 456 ff., 461 f., 465
  - Acquiring -
  - Anhörung 387, 467 f.
  - Apotheker/innen 358, 369
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen 429
- C**
- D**
- Debitkarten -
  - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 437, 439
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung -
  - Erheblichkeit -
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte 435, 443
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 349, 351, 369, 381
- I**
- Indizienbeweis 341, 343
  - Interchange Fee -
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 357, 372, 446
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 342, 350, 383, 386, 388, 405, 438, 446 f., 451 f., 462
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
- Krankenversicherer -
  - Kreditkarten -
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
  - marktbeherrschende Stellung 351, 355, 368 f., 372, 381, 387, 392, 395 ff., 402, 404, 410, 412, 414 ff., 422, 432 f., 438 ff.
  - Marktgegenseite 342, 351, 369, 392, 394 ff., 401 ff., 443 f., 453, 455, 470
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 405
  - Marktzutrittsschranken 428, 434
  - Meldepflicht 350 f., 387, 391, 442 f., 453, 459
  - Missbrauch 422 f., 438, 470
- N**
- Netzwerk 460
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb 358, 363 f., 374, 381, 419, 423, 432 f., 437
  - Preisabrede 343, 346
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 436 f.
- R**
- Rabatte -
  - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 382, 456, 461 ff.
  - Senkung Herstellkosten -
  - Submission 339 ff.
  - Submissionskartell 343
- T**
- Tarife -
  - Tarifvertrag -
  - Tierärzte/innen 369
  - Transparenzmassnahmen -
- U**

---

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 339 f., 344, 347 f., 356 f., 379, 462

**W**

unzulässige Wettbewerbsabrede 345

Wettbewerb um den Markt 425

**V**

**X**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

**Y**

Veröffentlichung -

**Z**

Verschulden 463

Zahlungsmittel -

Vierparteiensysteme -

zweiseitige Märkte -

vorbehaltene Vorschriften 341, 350, 391, 443, 453

vorgezogene Recyclinggebühren -