



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

2010/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.10/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence

CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza

CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2010/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 2010

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2010/3

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1.	SAP Wartungspreiserhöhung	435
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1.	Ausländische Biere AG	444
2.	Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten-Interchange Fees II	473
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	France Télécom SA/Sunrise Communications AG	499
2.	Ringier AG/Axel Springer AG (GU osteuropäische Aktivitäten)	562
3.	JPMorgan Chase & Co/ gewisse Rohstoffhandelsaktivitäten der RBS Sempra Commodities LLP und The Royal Bank of Scotland pic.	564
4.	Swatch Group AG/Tanzarella SA	565
5.	Jura Holding SA/Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG	566
6.	Barclays/Credit Suisse/Ionbond	567
7.	Migros Beteiligung AG/Iloma Holding AG	568
8.	Emmi/Fromalp	572
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1.	Rechtsverweigerungsbeschwerde – Vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung des Schlussberichts	584
2.	Jelmoli Bonus Card AG gegen Wettbewerbskommission – Kreditkarten-DMIF II (vorsorgliche Massnahmen)	592
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
1.	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek)	606
2.	Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert)	612
3.	Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert)	618
4.	Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel	624
5.	Note explicative de la Commission de la concurrence se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile	628
6.	Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli	632
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	636
	Index (deutsch, français e italiano)	638

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

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. SAP Wartungspreiserhöhung

Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend SAP Wartungspreiserhöhung wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

Rapport final du 28 janvier 2010 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart à l'encontre de SAP pour une augmentation des coûts de maintenance, relative à d'éventuels abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart.

Rapporto finale del 28 gennaio 2010 attinente all'inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart contro SAP per l'aumento dei prezzi di manutenzione in relazione a degli eventuali abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 7 LCart.

A Sachverhalt

A.1 Verfahrensgegenstand

1. Am 7. November 2008 fand im Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Besprechung mit dem Präsidenten der Interessengemeinschaft SAP-Wartung CH (nachfolgend IG SAP-Wartung), einer Gruppierung von SAP-Softwareutzern, statt. Dabei wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass das Softwareunternehmen SAP eine Erhöhung der Preise für die Wartung von ERP-Software¹ plane. Aus Sicht der IG SAP-Wartung erfolgte die Ankündigung der Wartungspreiserhöhung durch SAP während der Sommerferien mit vielen ferienbedingten Abwesenheiten und zudem sehr kurzfristig. Zudem biete das neue Support-Modell keinen Mehrwert, koste jedoch erheblich mehr als bisher. Konkret werde ein neues – einheitliches – Softwarewartungsprodukt, der "SAP Enterprise Support", für alle Softwarenutzer von SAP eingeführt und die Wartungskosten schrittweise in den kommenden vier Jahren von jährlich 17 % auf 22 % des Preises für die gelöste Softwarelizenz erhöht.²

2. Das Sekretariat führte in der Folge eine Marktbeobachtung durch und gab SAP ausserdem Gelegenheit, im Rahmen eines informellen Treffens mit Vertretern des

Sekretariats, welches am 19. Dezember 2008 stattfand, die Sachlage aus Sicht von SAP vorzustellen und zu klären. SAP erläuterte dabei die Eckpunkte des neuen SAP Enterprise Supports, welcher per Mitte 2009 den bisherigen "SAP Standard Support" ablösen soll. Dieser neue Support sei auf dem neusten technologischen Stand. SAP wolle nicht einfach die Preise erhöhen: Der geplanten Erhöhung von jährlich 1,2 % in den kommenden vier Jahren stünden namhafte Leistungsverbesserungen gegenüber.

3. SAP führte weiter aus, dass Mitte 2008 die offizielle Ankündigung der Einführung des SAP Enterprise Support erfolgt sei. Die Einführung des neuen Support-Modells habe verschiedene Gründe gehabt: Die zunehmende Komplexität der betrieblichen Prozesse habe nach Änderungen des Supports gerufen, zumal der bisherige SAP Standard Support seit mehreren Jahren unverändert geblieben sei. Zudem wickelten [60-80] % der Kunden die wichtigsten Geschäftsprozesse über SAP ab. Mit dem neuen SAP Enterprise Support könnten diese Bedürfnisse besser abgedeckt werden, weshalb eine Erweiterung des Standards dringend notwendig gewesen sei. Die letzte Preiserhöhung habe 1998 stattgefunden, als SAP die Wartungspreise von 15 % auf 17 % der Lizenzgebühren erhöht habe.

4. Man könne sich den SAP Enterprise Support dergestalt vorstellen, dass dem bisherigen SAP Standard Support quasi ein Zusatz aufgesetzt werde. Man habe sich bewusst gegen ein Wahlmodell entschieden, bei welchem die Kunden die Auswahl zwischen verschiedenen Support-Kategorien gehabt hätten. Dies wäre dem

¹ ERP-Software steht für Enterprise Resource Planning, eine modular-typisch zusammengesetzte betriebswirtschaftliche Standardsoftware.

² Durch Abschluss des Softwarevertrages und Bezahlung des Preises für die Nutzungsüberlassung erwirbt der Kunde auf unbestimmte Dauer das Recht, die Software für seine Zwecke zu nutzen. Das Urheberrecht der Software bleibt jedoch bei SAP [...].

Ziel, ein allgemein gültiges Standard-Produkt für alle Kunden zu schaffen, zuwidergelaufen. Viele bisher freiwillig durch SAP erbrachten Leistungen seitens SAP würden nun explizit vertraglich festgehalten und den Kunden auch verrechnet.

5. [...]

6. Zur Situation in der Schweiz führten die Vertreter von SAP aus, dass bis anhin keine Vertrags-Kündigungen der rund [...] SAP-Kunden erfolgt seien und ein Kontakt mit Herrn Hartmann von der IG SAP-Wartung CH bestehe. SAP sei über die Absicht der IG-Mitglieder, die Beitragszahlungen bei 17 % zu belassen, informiert worden. Der Spielraum für SAP sei jedoch sehr begrenzt, zumal die Preiserhöhung weltweit umgesetzt und ja auch – wie ausgeführt – ein besseres Produkt angeboten werde.

7. Das SAP-System sei offen, jeder habe Zugang, entsprechend gebe es auch (wenige) Kunden mit Drittwartung. SAP sicherte zu, dem Sekretariat eine Liste dieser Kunden zukommen zu lassen.

8. SAP verneinte im Übrigen allfällige Bedenken, dass ihr Kunden abspringen könnten, die den SAP Enterprise Support nicht übernehmen wollen. Dies, da die SAP-Qualität geschätzt werde und auch unbestritten sei.

9. Da auch nach dem Treffen mit SAP Anhaltspunkte bestanden, dass SAP sich möglicherweise kartellrechtlich nicht korrekt verhalten haben könnte (im Vordergrund stand dabei der Vorwurf eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG), eröffnete das Sekretariat am 27. Januar 2009 eine Vorabklärung.

10. Mit Brief vom 15. Mai 2009 wurde dem Sekretariat im Namen von SAP mitgeteilt, dass SAP beschlossen habe, die Preise für den Enterprise Support umzugestalten. Die neue Preisgestaltung hat vor allem zwei Auswirkungen. Zum einen werden Preiserhöhungen davon abhängig gemacht, ob SAP-Kunden konkrete und messbare Vorteile durch Enterprise Support erhalten. Zum anderen wird SAP ab dem Jahr 2010 die Preiserhöhungen langsamer als ursprünglich vorgesehen durchführen.

11. Ob die Kunden mit dem Enterprise Support einen angemessenen Mehrwert erhalten, soll in einer von SUGEN (Dachorganisation der weltweit wichtigsten SAP-Anwendervereinigungen) und SAP durchgeführten Benchmark Study untersucht werden. Kann die geplante Leistungssteigerung von total 30 %, verteilt über einen Zeitraum von vier Jahren, in einem bestimmten Zeitraum nicht erreicht werden, so wird SAP die jeweilige Preiserhöhung bis zur Erreichung der vorgesehenen Verbesserung aussetzen.

12. Die im Juli 2008 angekündigte stufenweise Preiserhöhung wird um drei Jahre verlängert. Ursprünglich über einen Zeitraum von vier Jahren bis 2012 geplant, läuft die Preisanpassung nun über sieben Jahre bis 2015. Für die Gebühren von SAP Enterprise Support bedeutet dies eine maximale durchschnittliche Erhöhung von 3,1 % für die Jahre ab 2010. Bis Ende 2015 betragen die Preise

für Enterprise Support in Abhängigkeit, dass die geplante Leistungssteigerung erreicht werden kann, weltweit maximal 22 % des Preises für die gelöste Softwarelizenz.

13. Mit einer Pressemitteilung vom 14. Januar 2010 hat SAP nun bekannt gegeben, dass SAP allen Kunden weltweit eine *Wahlmöglichkeit* zwischen den beiden Produkten SAP Enterprise Support und SAP Standard Support einräumt. Damit können sowohl die bestehenden als auch neue Kunden der SAP dasjenige Support-Modell wählen, welches ihren Anforderungen am besten entspricht. Zudem hat SAP angekündigt, die Preisobergrenzen für die Supportvergütung für 2010 für bestehende SAP-Enterprise-Support-Verträge auf dem Niveau von 2009 zu belassen (d.h. einen maximalen Pflegeprozentsatz von 18,36 % anstatt der angekündigten 18,9 % zu erheben). Für die Jahre 2011-2016 werden für den SAP Enterprise Support maximale Pflegesätze angegeben. Dabei ist eine Erhöhung auf maximal 22 % bis 2016 vorgesehen. SAP Standard Support wird zum derzeit aktuellen Pflegeprozentsatz von 18 % angeboten, wobei künftige Erhöhungen gemäss den vertraglichen Bedingungen möglich sind.

14. [Gemäss vertraglichen Bedingungen ist eine Preiserhöhung grundsätzlich zulässig.]

A.2 SAP

15. 1972 wurde unter der Firma SAP Systemanalyse und Programmentwicklung in Weinheim/D eine GmbH zur Entwicklung von Programmen, welche die Lohnabrechnung und Buchhaltung mittels Grossrechner möglich machten, gegründet. Aus der GmbH wurde im August 1988 die SAP Aktiengesellschaft *Systeme, Anwendungen und Produkte in der Datenverarbeitung*. 2005 wurde SAP zum offiziellen Firmennamen. Heute ist SAP in Europa, im Nahen Osten und Afrika, in Nord- und Südamerika sowie in Asien und dem pazifischen Raum vertreten. Der Hauptsitz befindet sich in Walldorf/D. Nach eigenen Angaben ist die Geschichte von SAP "der stete Aufstieg von einem kleinen 5-Mann-Unternehmen mit Sitz in der Rhein-Neckar-Region zu einem der weltweit grössten unabhängigen Softwareanbieter mit mehr als 51'500 Mitarbeitern und Niederlassungen in mehr als 50 Ländern". SAP ist in der Entwicklung, dem Handel, der Pflege und der Weiterentwicklung von Software und damit zusammenhängenden Dienstleistungen tätig.

16. SAP spezialisierte sich im Laufe der Zeit auf Grosskunden, weshalb auch heute noch Unternehmen mit Jahresumsätzen von über CHF 800 Mio. die Hauptklientel von SAP ausmachen. Allerdings konnte SAP zwischenzeitlich auch zahlreiche KMU-Kunden gewinnen. Diese werden freilich praktisch ausschliesslich durch sogenannte Systemhäuser (von SAP rechtlich unabhängige Partner, welche die Softwarelizenzierung und -wartung anstelle von SAP erbringen) betreut. Im Bereich ERP bietet SAP eigenen Angaben zufolge mehr als 200 verschiedene ERP-Software-Module an. Daneben führt SAP Softwareprodukte für 25 verschiedene Industrien und Applikationen für zahlreiche betriebswirtschaftliche Bereiche.

A.3 Verfahren

17. Das Sekretariat führte vom November 2008 bis Ende Januar 2009 eine Marktbeobachtung durch. In diesem Rahmen analysierte es verschiedene Mitteilungen sowie Informationen und führte zwei informelle Anhörungen mit der IG SAP-Wartung sowie SAP Schweiz³ durch.

18. Nach Auswertung der verschiedenen Informationsquellen eröffnete das Sekretariat mit Schreiben vom 27. Januar 2009 eine Vorabklärung gegen SAP. Gleichtags stellte es SAP einen Fragebogen mit Frist zur Beantwortung bis am 27. Februar 2009 zu. In den folgenden Tagen wurden ausserdem drei weitere grosse Softwareanbieter sowie 13 kleinere Anbieter angeschrieben. Ferner wurden Fragebogen an 20 Mitglieder der IG SAP-Wartung und an [einige] SAP-Kunden verschickt. Letztere [...] Unternehmen gehören gemäss Angabe von SAP [zu jenem Zehntel der] SAP-Kunden, die nicht eine SAP-Wartung beanspruchen. Weiter gingen im April verschiedene Antworten von Schweizer Universitäten ein, die sich am Ausfüllen eines Fragebogens interessiert zeigten. Verschiedene Unternehmen verlangten Fristerstreckungen, welche bis am 27. bzw. 31. März 2009 gewährt wurden. Die Auswertung der Fragebogen erfolgte fortlaufend ab Eingang bis zum 20. April 2009.

19. Mit Brief vom 15. Mai 2009 wurde dem Sekretariat im Namen von SAP mitgeteilt, dass SAP beschlossen habe, Preiserhöhungen davon abhängig zu machen, ob SAP-Kunden konkrete und messbare Vorteile durch das Wartungsangebot Enterprise Support erhalten. Zu diesem Zweck hat SAP ein sog. Benchmarking Programm eingeführt. Das Sekretariat hat daraufhin entschieden, erste Ergebnisse dieses Prozesses abzuwarten, um diese in die Vorabklärung einbeziehen zu können.

20. Mit Brief vom [...] wurde dem Sekretariat im Namen von SAP mitgeteilt, dass SAP aus kommerziellen Gründen beschossen habe, den Kunden weltweit eine Wahlmöglichkeit zwischen den Produkten Enterprise Support und Standard Support einzuräumen. Das Sekretariat hat daraufhin die öffentliche Bekanntgabe dieses Entscheids abgewartet, welche am 14. Januar 2010 durch eine Pressemitteilung von SAP erfolgt ist.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

22. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten. SAP ist ohne weiteres als solches Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. Dem KG 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 öffentli-

cher 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).

24. Die angeschriebenen Unternehmen verneinen entweder besondere staatliche Vorschriften betreffend ERP-Software und deren Wartung oder verweisen auf das Obligationenrecht sowie die Steuergesetzgebung. Diese Vorschriften beschränken allerdings den Wettbewerb auf den vorliegend zu beurteilenden Märkten nicht. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von SAP denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

B.3.1 Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.2 Marktbeherrschende Stellung

26. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob sich SAP tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.1 Sachlich relevanter Markt

B.3.2.1.1 Vorbemerkungen

27. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁴, der hier analog anzuwenden ist). Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale dieses Marktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite.

³ [...]

⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4.

36. SAP macht im Rahmen der Beantwortung des Fragebogens – im Gegensatz zu den obenstehenden Ausführungen – geltend, dass ERP und EAS generische Begriffe darstellten. Obgleich in der Praxis eine stringente Abgrenzung sowie eine einheitliche Verwendung der EAS nicht besteht, bleibt für eine Gleichsetzung von ERP und EAS richtiger Betrachtung gemäss kein Raum.

37. Da die dieser Vorabklärung zugrundeliegende Fragestellung der Rechtmässigkeit einer Wartungspreiserhöhung aus kartellrechtlicher Sicht die ERP-Software als Ganzes betrifft und derzeit keine Hinweise auf ähnliche Verhaltensweisen in anderen Bereichen der EAS bestehen, rechtfertigt sich der Einbezug des (gesamten) ERP-Software-Marktes.

B.3.2.1.4 Eigenheiten des ERP-Marktes

38. Zum Verständnis der Wettbewerbssituation erscheint es sinnvoll, die Eigenheiten und Spezialitäten des ERP-Software-Marktes aufzuzeigen. Auf dem Markt für ERP-Software tummeln sich in der Schweiz Dutzende verschiedene Anbieter, zumeist Klein- und Kleinstunternehmen, welche kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) mit in der Regel einfachen Betriebssoftwarelösungen bedienen. Je grösser die Anforderungen an die Betriebssoftware sind, desto kleiner wird freilich das Teilnehmerfeld möglicher Anbieter der gewünschten Betriebssoftware. Namentlich die Grösse und Internationalität des Unternehmens sowie die Komplexität der Geschäftsbeziehungen schränken die Vielfalt möglicher Produkte und Anbieter entscheidend ein.

39. Mit der Einschränkung der Angebots- und Produktvielfalt geht die Abhängigkeit von der jeweiligen Betriebssoftware und damit deren Anbieter einher. Die Komplexität der Betriebssoftware eines bestimmten Unternehmens führt zwangsläufig zu starken unternehmensspezifischen Anpassungen, ohne die die jeweiligen Betriebsabläufe nicht erfasst werden können. Bei einem Softwarewechsel würden diese regelmässig sehr bedeutenden Investitionen zunichte gemacht werden und in der Praxis ein rasches Wechseln der Betriebssoftware verhindert.

40. Die Betriebssoftware wird von den Softwareanbietern für eine bestimmte Anzahl von Nutzern im jeweiligen Unternehmen lizenziert. Diese Lizenzierung kann entweder *ad personam* geschehen (sogenanntes "Named-User-Konzept") oder – im Sinne eines "Concurrent User-Konzepts" – für eine bestimmte Anzahl gleichzeitiger Benutzer, wobei diesfalls die Identität des jeweiligen Benutzers gleichgültig ist.

41. Die Kosten der Implementierung einer neuen Betriebssoftware schwanken im Einzelfall stark und hängen vom jeweiligen Unternehmen ab. Man geht im allgemeinen davon aus, dass die Einführungskosten (Implementierung) einer neuen Software den fünf- bis zehnfachen Betrag der ursprünglich bezahlten Lizenzkosten ausmachen. Die fortlaufenden Anpassungen der Betriebssoftware an geänderte Umstände der Unternehmenstätigkeit¹² erfordern weitere erhebliche Geldmittel. Als Faustregel kann gelten, dass sich innerhalb von fünf bis zehn Jahren die Initialkosten der Betriebssoftware aufgrund laufender Anpassungsbedarfs wiederholen, so dass mit jährlichen Aufwendungen von 10–20 % der Lizenzkosten

für die Anpassung der Software aufgrund geänderter Geschäftstätigkeiten zu rechnen ist.

42. Ein dritter wesentlicher Kostenpunkt (und letztlich Auslöser der vorliegenden Vorabklärung) stellen die Wartungskosten für die Betriebssoftware dar. Die Wartung der ERP-Software dient namentlich drei Zielsetzungen: Erstens sollen bestehende Fehler der Software präventiv und/oder reaktiv ausgemerzt werden, zweitens nehmen die Wartungsanbieter technologische Anpassungen – Weiterentwicklungen – an der Software vor, drittens müssen schliesslich staatliche Vorschriften (beispielsweise in den Bereichen Steuern oder Sozialversicherungen) softwaremässig erfasst und umgesetzt werden – sogenannte regulatorische Anpassungen. Namentlich der dritte Punkt beinhaltet unabhängig vom Softwareanbieter ein Zwangselement: Die regulatorischen Anpassungen müssen von Gesetzes wegen erfolgen, so dass aus diesem Grund auf eine Softwarewartung nicht verzichtet werden kann. Die anderen Wartungszwecke sind demgegenüber eher entbehrlich: Die Softwarefehlerbehebung kann in einem bestimmten Umfang mittels "working around", d.h. unter Verzicht auf die fehlerhafte Funktion, umgangen werden. Gleiches gilt für die technologische Anpassung (die Aktualisierung) der Software, die im Einzelfall ebenfalls nicht zwingend vorgenommen werden muss.

43. Verschiedene Unternehmen versuchten vor diesem Hintergrund, während Phasen geringfügiger oder keiner regulatorischer Änderungen, die Softwarewartungsverträge zu kündigen und erst bei Bedarf wieder einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen. Da die Lizenzen der Betriebssoftware als Dauerlizenzen ausgestaltet sind und von einer Wartungskündigung nicht berührt werden, erscheint ein solches Vorgehen der Softwarekunden nachvollziehbar. Die Softwareunternehmen akzeptierten denn auch die Wartungskündigungen ohne weiteres, verlangten jedoch hohe Gebühren für die spätere Wiederaufnahme der Softwarewartung.¹³

44. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Rahmen dieser Vorabklärung Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der sachlich relevante Markt der ERP-Software auch deren Wartung umfasst. Dafür spricht insbesondere, dass in der Praxis ERP-Software in der Regel im Zusammenhang mit deren Wartung betrachtet wird und eine effektive und zuverlässige Wartung lediglich durch den jeweiligen Softwarehersteller sichergestellt werden kann.

¹² Ein Unternehmen kauft oder verkauft eine Geschäftseinheit, nimmt neue Aktivitäten auf oder führt bestehende nicht weiter etc.

¹³ Bei Neuabschluss eines Wartungsvertrags verlangten z.B. SAP und Oracle die Nachzahlung [gewisser Gebühren].

B.3.2.2 Räumlich relevanter Markt

45. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Die im vorliegenden Fall bestehende Nachfragestruktur ergibt sich durch die jeweils national vergebenen Lizenzen und die in der Schweiz existierenden Ländergesellschaften. Es ist offensichtlich, dass Betriebssoftware, zumal von international tätigen Unternehmen, auch international nachgefragt werden könnte. Allerdings kennt jedes Land Spezialitäten und Spezifitäten, welche bei der jeweiligen Betriebssoftware zu berücksichtigen sind. Dies zumal bei den regulatorischen Anpassungen, die regelmässig vorgenommen werden müssen und einen wichtigen Teil der Softwarewartung darstellen.¹⁴ Zu denken ist etwa an Vorschriften in den Bereichen Steuern, Sozialversicherung, aber auch an Schweiz-spezifische Anforderungen wie die Sprachenregelung, der elektronische Zahlungsverkehr sowie die Fünfferrundung bei Geldbeträgen.

46. Obwohl Anzeichen für eine Internationalisierung bestehen und die grossen sowie international tätigen Softwareanbieter wie SAP, Oracle und Microsoft die Internationalität des Marktes von ERP-Software und deren Wartung betonen, beruht dieser Markt letztlich doch auf den länderspezifischen Rahmenbedingungen, und die Wartungskonzepte sind auf diese Verhältnisse ausgerichtet. Ein wichtiger Aspekt für die Produktauswahl stellt ein vor Ort zur Verfügung stehender Kundendienst dar. Aufgrund der rechtlichen und technischen Besonderheiten der einzelnen Länder ist ein praktisches Wissen über die jeweiligen "Sitten und Bräuche" wichtig und notwendig. Hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes liegen folglich im Rahmen der vorliegenden

Vorabklärung Anhaltspunkte dafür vor, von einem schweizerischen, nationalen Markt auszugehen.

B.3.3 Marktstellung

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

B.3.3.1 Aktueller Wettbewerb

48. Der Marktanteil von SAP wird von den Wettbewerbern von SAP sowie von SAP selber sehr unterschiedlich beurteilt. SAP selber lieferte im Rahmen des Fragebogens nur Umsatzzahlen im Bereich EAS, nicht jedoch hinsichtlich ERP-Software. Die hierbei angeführten Marktanteilszahlen von [10-20] % (2006) und [10-20] % (2007) sind deshalb als weitaus zu tief einzustufen.

49. Die Marktanteile der einzelnen Unternehmen schwanken je nach Kundenkategorie: Im Bereich Grosskunden, welche komplexe Betriebssoftwarelösungen verlangen, sinkt die Anzahl möglicher Systemanbieter stark, weshalb sich der SAP-Marktanteil, in diesem Kerngebiet von SAP, deutlich höher ausnehmen dürfte als im Gesamtmarkt. Gemäss dem unabhängigen Marktanalysten Gartner wies SAP im Jahr 2007 im Bereich der Lizenzen für ERP-Software einen Marktanteil von [50-60] % auf, während Infor Global Solutions als zweitgrösster Anbieter auf lediglich [0-10] % und Sage auf [0-10] % Marktanteil kamen. Berücksichtigt wurden dabei sämtlichen Unternehmensgrössen.

50. Übersicht über die Marktanteile im Bereich Lizenzvolumen gesamter ERP-Markt (Schweiz):

Anbieter	SAP	Sage	Infor	Oracle	Lawson	Microsoft
2007	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2006	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2005	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	-	[0-10] %
2004	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	-	[0-10] %

Quelle: Gartner.

51. Die Übersicht der Marktanteile im Bereich Lizenzvolumen im ERP-Markt der Schweiz seit dem Jahr 2000 zeigt auf, dass SAP seit längerer Zeit eine deutliche Vormachtstellung mit [50-60] % Marktanteil bei den Neuabschlüssen von ERP-Lizenzen einnimmt. Die nächstgrösseren Unternehmen weisen klar tiefere Marktanteile von unter [0-10] % auf.

52. Betreffend Wartungsumsatz sind keine offiziellen Marktanteilszahlen verfügbar. Die obenstehend beschriebene Funktionsweise des ERP-Marktes¹⁵ verdeutlichte allerdings, dass die Software-Wartung eng mit der Software-Lizenz zusammenhängt. Zudem errechnen sich die Wartungspreise in aller Regel in einem Prozentsatz des Software-Lizenzvolumens. Eine starke Stellung

bei den verkauften Lizenzvolumen führt damit automatisch zu einer ebensolchen Stellung bei der Softwarewartung, zumal der vollständige Verzicht auf Softwarewartung oder eine Wartung durch Drittunternehmen¹⁶ in der Praxis vernachlässigbar sind. Dass Softwarewartung

¹⁴ Siehe hierzu bereits oben Rz. 42.

¹⁵ Siehe oben Rz. 38 ff.

¹⁶ Drittunternehmen sind Unternehmen, welche unabhängig vom entsprechenden ERP-Softwareunternehmen die Softwarewartung durchführen.

auch in absoluten Zahlen eine wichtige Grösse darstellt, ist daraus ersichtlich, dass gemäss Angaben auf der Netzseite von SAP 40 % des weltweiten Konzernumsatzes mit Softwarewartung generiert werden. Anhaltspunkte, dass dieser Anteil in der Schweiz bedeutend höher oder tiefer ist, bestehen nicht.

53. Der hohe Marktanteil von SAP in Verbindung mit den klar tieferen Marktanteilen der nächstgrösseren Unternehmen bildet ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Inwiefern tatsächlich Marktbeherrschung vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Konkurrenzsituation auf dem relevanten Markt im Folgenden näher zu prüfen.

54. Der aktuelle Wettbewerb auf dem ERP-Markt ist geprägt durch eine grosse Vielfalt von Produkten und Anbietern, welche vorwiegend auf KMU ausgerichtet sind.¹⁷ Betriebsgrösse und Anforderungen an Vielfältigkeit sowie Komplexität der Geschäftsbeziehungen engen die möglichen Produktanbieter stark ein. Wie obenstehend erwähnt,¹⁸ erhöht sich durch das verkleinerte Teilnehmerfeld auch die Abhängigkeit des jeweiligen Anbieters der entsprechenden Betriebssoftware.

55. Die hohen Implementierungs- und Betriebskosten einer ERP-Software resultieren aus dem in der Regel starken unternehmensspezifischen Anpassungsbedarf, ohne den die individuellen Betriebsabläufe eines Unternehmens nicht erfasst werden können. Neben den Lizenzierungskosten, welche bei Abschluss des Softwarevertrags zu entrichten sind, entstehen namhafte Folgekosten. Auch die fortlaufende Anpassung der Software an geänderte Unternehmensabläufe und Aktivitäten erfordern stete Weiterentwicklungskosten für die Software. Die Komplexität einer Softwareumstellung führt demnach nicht nur zu bedeutenden direkten Softwarekosten (Softwarelizenzen, Systemparametrisierung und -entwicklung sowie Datenmigration), sondern auch zu erhöhten allgemeinen Betriebskosten (Projekt Management, Personalschulung, Systemdokumentation, Hardware, Arbeitsausfälle etc.). In der Praxis passen die Softwareunternehmen zudem nicht nur die Betriebssoftware an die Betriebsabläufe des jeweiligen Unternehmens an: Aus Kostengründen und zur Vereinfachung der Software werden vielfach auch – umgekehrt – die Betriebsabläufe an die Software angepasst. Ein Softwarewechsel zieht diesfalls auch eine Anpassung der Geschäftsabläufe nach sich. Hieraus wird ersichtlich, dass die erwähnten Faktoren einen Softwarewechsel wesentlich erschweren, wenn nicht praktisch verunmöglichen.

56. Die befragten Unternehmen rechneten mit einer Umstellungszeit von meist 3–6 Jahren sowie Umstellungskosten von mehreren Millionen Franken, wobei Kosten in Höhe von rund CHF 7000.– bis 26'000.– pro Lizenz angegeben wurden. Die meisten Nennungen bewegten sich zwischen CHF 15'000.– bis 20'000.– pro Anwender. Diese zwar mit etwelchen Unsicherheiten verbundenen Angaben geben zumindest eine Vorstellung von der Grössenordnung, mit welcher Umstellungskosten die Ablösung einer ERP-Software verbunden ist.

57. Hohe Umstellungskosten und lange Umstellungszeiten von mehreren Jahren verunmöglichen eine tatsächliche

Softwareumstellung und damit spürbaren Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern von ERP-Softwaresystemen in der Praxis: weder sind die Systeme untereinander kompatibel, noch kommt Drittwartung in der Praxis in nennenswertem Umfang vor. Hat sich ein Unternehmen mit anderen Worten für ein System entschieden, ist es an dieses System faktisch mittel- bis langfristig gebunden. Vor diesem Hintergrund ist nicht erstaunlich, dass die Softwarehersteller in der Praxis mit hohen Rabatten bis 85 % auf die Listenpreise für Neulizenzierungen locken, um die Kunden an sich binden zu können.

58. SAP verneinte die Frage des Sekretariats, ob sie Bedenken habe, dass ihr zahlenmässig bedeutende Teile von Kunden abspringen könnten, die den SAP Enterprise Support nicht übernehmen wollen. SAP begründete dies damit, dass die SAP-Qualität geschätzt und auch unbestritten sei. Aufgrund der oben aufgezeigten¹⁹ finanziellen und technischen Schwierigkeiten, den Softwareanbieter zu wechseln, glaubten auch die befragten Unternehmen grossmehrheitlich nicht, dass SAP eine relevante Anzahl Kunden verlieren könnte. Dies bestätigt, dass Kunden nach der Wahl eines Softwaresystems mittel- bis langfristig an dieses gebunden sind (sog. lock-in Effekt).

59. Aktueller Wettbewerb besteht nach dem Gesagten lediglich in gewissem Umfang im Bereich der Neulizenzierungen. Auch hier ist – wie bereits erwähnt²⁰ – zu beachten, dass vor allem bei mittleren bis grossen Unternehmen mit komplexen Anforderungen an eine Betriebssoftware nur eine Handvoll Anbieter in der Lage ist, solchen Kundenbedürfnissen entsprechen zu können. Damit ist – namentlich bei grösseren Unternehmen – auch der aktuelle Wettbewerb hinsichtlich Neulizenzierungen stark eingeschränkt.

B.3.3.2 Potentieller Wettbewerb

60. Die Disziplinierungswirkung beziehungsweise Wirksamkeit der potentiellen Konkurrenz hängt insbesondere von drei Faktoren ab: der *Wahrscheinlichkeit* von Marktzutritten, der *Zeitspanne* bis zum Wirksamwerden etwaiger Marktzutritte und dem voraussichtlichen *Ausmass* der Marktzutritte.²¹

61. Das Sekretariat befragte die Softwareunternehmen, ob in den vergangenen fünf Jahren ERP-Software- und/oder Wartungsanbieter zu verzeichnen waren. Die Antworten fielen nicht eindeutig aus. Während SAP etwa betonte, dass viele Neueintritte erfolgten, da in allen Teilbereichen spezialisierte Firmen versuchten, in der Schweiz Fuss zu fassen, verneinten andere Marktzutritte generell oder erwähnten eine Tendenz zur Konsolidierung. Klar ersichtlich ist aus den Antworten immerhin (was auch SAP erwähnte), dass lediglich bei spezialisierten Nischenanbietern Marktzutritte zu verzeichnen waren, während Markteintritte mit einem breiten Produktesortiment ausblieben.

¹⁷ Siehe oben Rz. 38.

¹⁸ Siehe oben Rz. 38.

¹⁹ Vgl. oben Rz. 38 ff.

²⁰ Siehe oben Rz. 38.

²¹ Vgl. dazu RPW 2000/4, S. 627 ff. Rz. 174 ff., sowie ausführlich OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Diss. Freiburg i. Ue. 2002, S. 388 ff. m.w.Hw.

62. Ferner wurde gefragt, ob in den kommenden zwei Jahren Markteintritte neuer Softwareunternehmen zu erwarten seien. Einige Anbieter bejahten dies ohne Begründung, andere verneinten die Frage mit Blick auf den gesättigten Schweizer Markt. Einzelne Unternehmen prognostizierten lediglich Markteintritte von OpenSource-Anbietern, während u.a. SAP für webbasierte Produkte und Lösungen (Internet) Markteintritte voraussagte.

63. Ein von der potentiellen Konkurrenz ausgehender Wettbewerbsdruck besteht nach dem Gesagten für die traditionellen Anbieter von umfassender, komplexer ERP-Software daher kaum, weshalb auf dem relevanten Markt lediglich geringer wirksamer potentieller Aussenwettbewerb herrscht.

64. Zusammenfassend kann zur Marktstellung Folgendes festgehalten werden: SAP weist gemessen an den Unternehmen, welche ERP-Software nachfragen²² einen Marktanteil von [50-60] % auf, wobei dieser Anteil bei mittleren und grossen Unternehmen deutlich höher liegt.²³ Aufgrund der Marktstruktur ohne nennenswerten aktuellen und potentiellen Wettbewerbsdruck²⁴ bestehen starke Indizien, dass sich SAP auf dem relevanten Markt in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Zu prüfen ist im Folgenden, ob das Verhalten von SAP gegenüber den Kunden möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt.

B.3.4 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweise

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

66. SAP hat ihren Kunden im Sommer 2008 mitgeteilt, dass ab 2009 die Einführung des neuen SAP Enterprise Supports erfolge, welcher per Mitte 2009 den bisherigen „SAP Standard Support“ ablösen soll. Dabei müssten die SAP-Kunden [...] diesen einheitlichen Standard übernehmen. Andere Supportmodelle, zumal solche mit einer geringeren Supportkomponente, wären nicht mehr erhältlich. Die Einführung des neuen Wartungsstandards sollte mit einer auf vier Jahre angelegten, stufenweisen Preiserhöhung von 17 % auf 22 % im Jahre 2012 der Softwarelizenzsumme verbunden sein.

67. Am 29. April 2009 teilte SAP den Medien mit, dass sie sich mit 12 "key SAP user groups" auf eine Verschiebung der geplanten Preiserhöhung geeinigt habe. Diese soll erst 2015 (statt 2012) abgeschlossen sein, wobei die Endkosten unverändert bei 22 % zu liegen kommen. Ferner werden als Begleitmassnahme die Kosten des neuen Wartungsstandards bei ausgewählten Unternehmen während vier Jahren ausgewertet.²⁵

68. Sämtliche befragten Unternehmen, zumal auch diejenigen ausserhalb der Vereinigung IG SAP-Wartung Schweiz, beurteilten die geplante Preiserhöhung als negativ und nicht gerechtfertigt.²⁶ Kritisiert wurde *unisono* nicht nur der Preisanstieg an sich, sondern (und vor allem) auch die Tatsache, dass der Preiserhöhung keinerlei Mehrwert gegenüberstehe. Mit anderen Worten

zwinge SAP ihren Kunden ein neues und massiv teureres Support-Modell auf, das ohne konkreten zusätzlichen Nutzen sei. Den Kostenaufschlag von 17 % auf 22 % der Softwarelizenzsumme begründet SAP mit den in den letzten Jahren konstant gehaltenen Kosten für die Softwarepflege, während der Wartungsaufwand erheblich gestiegen sei, namentlich durch die gestiegene Komplexität von Businessfunktionen. Ein reaktiver Support sei nicht mehr genügend, was zu höherem Aufwand bei der Fehleranalyse (und damit Personalaufwand) führe sowie den Einsatz spezieller Analysetools erfordere.

69. Die Ausführungen von SAP anlässlich des Gesprächs mit dem Sekretariat betreffend Mehrleistungen des Enterprise Supports gegenüber dem bisherigen Standard Support blieben vage und unbestimmt. Es entstand vielmehr der Eindruck, dass viele bisher freiwilligen Leistungen seitens SAP nun explizit vertraglich festgehalten und den Kunden auch verrechnet werden sollten. Die Vertreter von SAP führten etwa aus, dass bis anhin (d.h. mit dem Standard Support) die Reaktionszeit bei einem Softwareproblem *de facto* kaum je über eine Stunde betrug, obwohl eine solche Verpflichtung seitens SAP nicht bestand. Nun soll festgehalten werden, dass in einer Stunde eine Analyse und in vier Stunden eine Lösung des Problems erfolgt. Zudem werde explizit vereinbart, dass der Support während täglich 24 Stunden gewährleistet werde. Weitere konkrete und relevante Mehrwerte des neuen Enterprise Support für einen bedeutenden Teil der SAP-Kunden konnten hingegen nicht hinlänglich aufgezeigt werden. Die geplante Preiserhöhung, verbunden mit dem Zwang, den neuen Supportstandard zu übernehmen, könnte deshalb eine Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen.

B.4 Ergebnis

70. Am 14. Januar 2010 hat SAP angekündigt, dass ihre Kunden zwischen den beiden Support-Angeboten SAP Enterprise Support und SAP Standard Support wählen können. Damit konnten die wesentlichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden. Mit der Wahlmöglichkeit erfüllt SAP eine Forderung, welche von der IG SAP-Wartung und einzelnen ihr angeschlossenen Unternehmen immer wieder erhoben wurde. Die SAP-Kunden können nun dasjenige Support-Modell wählen, welches ihren Bedürfnissen am besten entspricht. Allerdings ist zum jetzigen Zeitpunkt unklar, wie sich das Preisverhältnis zwischen den beiden Support-Angeboten entwickeln wird. Für den SAP Enterprise Support ist für die Jahre 2011-2016 eine Erhöhung des Pflegesatzes

²² D.h. unabhängig deren Grösse.

²³ Siehe oben Rz. 39.

²⁴ Dies zumal die Nachfrager nach ERP-Software in der Praxis kaum je mit vernünftigem finanziellen und zeitlichen Aufwand den eigenen Software- oder Wartungsanbieter wechseln können.

²⁵ Vgl. <http://www.sap.com/about/newsroom/press.epx?pressid=11250> (besucht am 29. April 2009).

²⁶ Die konkreten Fragestellung lautete: «SAP plant, die Preise für die Wartung von ERP-Software von 17 % auf 22 % der Softwarelizenzsumme in den kommenden vier Jahren zu erhöhen. Wie beurteilen Sie die geplante Preiserhöhung?».

bis maximal 22 % vorgesehen. Beim SAP Standard Support hat SAP keine entsprechende Spanne für allfällige zukünftige Preiserhöhungen angegeben. Zudem liegt eine wirkliche Wahlmöglichkeit nur dann vor, wenn der SAP Standard Support weiterhin bei unveränderter Qualität angeboten wird. Da aufgrund der vorliegenden Vorabklärung Anzeichen bestehen, dass sich SAP auf dem relevanten Markt unabhängig verhalten kann, erscheint es sinnvoll, die tatsächlichen Marktverhältnisse sowie das Geschäftsgebaren von SAP weiter zu beobachten. Bisher hat sich jedoch die ursprünglich von SAP angekündigte Vorgehensweise auf dem Markt nicht ausgewirkt. Damit liegen keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG vor, weshalb das Sekretariat die vorliegende Vorabklärung schliesst.

C Schlussfolgerungen

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

1. nimmt zur Kenntnis, dass SAP beschlossen hat, den Kunden weltweit eine Wahlmöglichkeit zwischen den Produkten Enterprise Support und Standard Support einzuräumen;
2. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen;
3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
4. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	2. Ausländische Biere AG

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 in Sachen Untersuchung Ausländische Biere AG gemäss Art. 27 ff. KG betreffend allfällige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'enquête Ausländische Biere AG selon l'art. 27 ss LCart concernant d'éventuels accords selon l'art. 5 LCart.

Decisione della Commissione della concorrenza del 28 giugno 2010 in causa inchiesta Ausländische Biere AG giusta l'art. 27 segg. LCart concernente eventuali accordi secondo l'art. 5 LCart.

A. Inhaltsverzeichnis

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Mit Datum vom 30. Oktober 2008 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 ff. des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

2. Gegenstand der Untersuchung sind die Importmöglichkeiten bei bestimmten Biermarken der zwei Brauerei-Gruppen Anheuser-Busch InBev NV/SA (Abinbev¹) mit Hauptsitz in Belgien und Grupo Modelo SAB (Modelo) mit Hauptsitz in Mexiko. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob Importe von bestimmten Biermarken der Brauerei-Gruppen Abinbev und Modelo möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Bei den betrachteten Biermarken handelt es sich um:

- Hoegaarden (Abinbev),
- Stella Artois (Abinbev),
- Leffe (Abinbev),
- Boddingtons (Abinbev),
- Staropramen (Abinbev),
- Corona Extra (Modelo),
- Negra Modelo (Modelo),

- Modelo Especial (Modelo),
- Pacifico Clara (Modelo).

Für eine bessere Übersicht sind diese Biermarken der Brauereien Abinbev und Modelo im Folgenden unter jeweils einem Begriff zusammengefasst. Der Begriff Abinbev-Biere umfasst die obengenannten Biermarken der Brauerei-Gruppe Abinbev. Analog steht der Begriff Modelo-Biere stellvertretend für die obengenannten Biermarken der Brauerei-Gruppe Modelo.

3. Diese Untersuchung wurde aufgrund einer Anzeige der Ausländischen Biere AG (ABAG) eröffnet. In ihrer Klage macht die ABAG geltend, dass Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen, da Parallelimporte von Produkten der Unternehmen Abinbev und Modelo gemäss ihrer Erfahrung faktisch unmöglich seien. Die Anzeige von ABAG betrifft Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen Getränke AG (FSG) und Abinbev sowie zwischen FSG und Modelo. Zuvor bestanden entsprechende Exklusivvereinbarungen zwischen ABAG und den beiden Brauerei-Gruppen Abinbev und Modelo. Gemäss Stellungnahme von ABAG vom 26. Mai (Stellungnahme ABAG) hat sich der Biermarkt und die Beteiligung von dessen Akteuren auf nationaler und internationaler Ebene seit der Auflösung der mit ABAG bestehenden Exklusivverträge stark verändert. Die Marktsituation vor und nach den Vertragsauflösungen seien in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht vergleichbar. Als Veränderungen nennt die Stellungnahme ABAG die Fusion von Inbev und Anheuser-Busch, die Übernahme von Scottish & Newcastle durch das Konsortium Heineken und Carlsberg, der Zusammenschluss der Brauerei-gruppe Heineken-Eichhof sowie die faktische Monopolstellung von Carlsberg/FSG bezüglich Inbev- und Modelo-Produkten in der Schweiz. Seit der Übernahme von Scottish & Newcastle durch Carlsberg und Heineken in den Jahren 2008/09 hätten sich die Marktanteile zugunsten von FSG verschoben. Mit diesem Akt hätte FSG das exklusive Vertriebsrecht für die Marken Kronenbourg,

¹ Im November 2008 übernahm die Brauerei-Gruppe Inbev die US-amerikanische Brauerei-Gruppe Anheuser-Busch Inc.

Guinness Stout, Kilkenny, San Miguel, Franziskaner und Grimbergen erhalten. Die damalige Vertreiberin von Kronenbourg (die ehemalige Gastrodrink, bis zu deren Löschung im Jahre 2009 als "Scottish & Newcastle Switzerland SA" firmierend) hätte sich damals als Nr. 4 auf dem Schweizer Markt bezeichnet (nach FSG, Heineken und Eichhof). Andere Produkte wie Foster's, John Smith's, Strongbow, Newcastle Brown Ale und weitere Produkte seien an die Heineken-Gruppe gegangen. Es sei davon auszugehen, dass FSG mit "private label"-Produktionen einen Anteil von über 50 % habe. Im Übrigen habe FSG kommuniziert, dass dank dieser neuen Marken im Jahr 2009 eine Verkaufssteigerung erzielt wurde, ohne hierzu explizit auf Modelo- und Abinbev-Produkte zu verweisen, welche ebenfalls Bestandteil dieser Produkte waren.² Des Weiteren habe ein leitender Mitarbeiter von FSG anlässlich einer Sitzung [...] erwähnt, dass FSG mit ausländischen Bieren "weit über 200 000 hl aufgebaut habe". Diesbezüglich sei nicht von Aufbau, sondern vielmehr von Übernahmen zu reden. So habe FSG auch im Bereich Premium-Import eine beherrschende Stellung, da der überwiegende Anteil der Importbiere Billigbiere für Discounter und Grossverteiler seien.

4. Zu diesen Ausführungen der Stellungnahme ABAG muss erstens festgehalten werden, dass die WEKO praxismässig nicht einen einzigen Markt für die Produktion von Bier abgrenzt.³ Deshalb können Marktanteile nicht verwendet werden, welche anhand der Biersteuer berechnet wären, wie es die Stellungnahme ABAG verlangt. Anhand der Biersteuer berechnete Werte würden beispielsweise die Trennung zwischen Horeka- und Detailhandelskanal nicht berücksichtigen. Zudem fällt vorliegender Untersuchungsgegenstand in den Bereich der Distribution von Bier in der Schweiz. Insofern kann auch die Angabe der Stellungnahme ABAG zum Marktanteil von FSG nicht übernommen werden.

5. Zweitens ist festzuhalten, dass es aufgrund der Anzeige von ABAG in der vorliegenden Untersuchung um bestimmte Biermarken der Brauereien von Abinbev und Modelo geht. Unter den von der Stellungnahme ABAG aufgezählten Biermarken befinden sich keine, welche in der vorliegenden Untersuchung betrachtet werden. Zudem entfällt von den aufgezählten Biermarken nur eine auf die Unternehmen Abinbev oder Modelo: Die Biermarke Franziskaner ist dem Unternehmen Abinbev zuzuordnen.

6. Drittens muss zum Verweis der Stellungnahme ABAG, dass FSG kommuniziert habe, dass dank der aufgezählten Marken im Jahr 2009 eine Verkaufssteigerung erzielt wurde, ohne hierzu explizit auf Modelo- und Abinbev-Produkte zu verweisen, folgendes festgehalten werden. Aus der Stellungnahme ABAG ist ersichtlich, dass FSG als Hauptgrund für das Wachstum die Integration der Biermarken "1664" und "Kronenbourg" aufgrund der Übernahme von Scottish & Newcastle durch die Carlsberg-Gruppe bezeichnet. Ohne diese Integration wäre der Umsatz von FSG um 1,2 % gesunken. Damit ist kein Rückschluss auf die Effekte von Abinbev- und Modelo-Bieren in der Form möglich, wie es die Stellungnahme ABAG beschreibt. Weitere Ausführungen zur Marktabgrenzung, den Grössenverhältnissen und den Marktanteilen folgen in Abschnitt B.3.

7. Für ABAG ist vor dem Hintergrund der Veränderung der Marktsituation seit Auflösung der Verträge von ABAG und Abinbev sowie ABAG und Modelo fraglich, weshalb sich die Untersuchung auch gegen ABAG richte. Dazu muss festgehalten werden, dass die Berücksichtigung der Exklusivvereinbarungen zwischen ABAG und Abinbev sowie ABAG und Modelo in der vorliegenden Untersuchung nicht fraglich ist. Der Grund ist, dass ABAG ehemalige Vertriebspartnerin von Abinbev und Modelo war, mit denen sie Exklusivvereinbarungen abgeschlossen hatte. Dieser Umstand ist unabhängig von allfälligen Veränderungen in der Marktsituation. [...] So verfügte ABAG über Exklusivverträge über die heutigen Abinbev-Biere von [...] bis [...].

8. Ebenso unabhängig von allfälligen Veränderungen in der Marktsituation bestand eine Exklusivvereinbarung zwischen ABAG und Modelo. ABAG schloss mit Eurocermex (europäische Zweigniederlassung von Modelo) im Jahr [...] Exklusivverträge ab. Die Auflösung dieser Vertragsverhältnisse erfolgte auf den [...]. FSG löste die ABAG als Exklusivimportunternehmen für Modelo-Biere per [...] ab. Bezüglich den Abinbev-Bieren ist FSG seit [...] Exklusivimporteurin. In Bezug auf die obengenannten Biermarken tritt FSG als Distributorin und nicht als Produzentin am Markt auf. Deshalb sind Abinbev sowie Modelo im vorliegenden Fall nicht auf der gleichen Marktstufe wie FSG in ihrer Funktion als Distributorin tätig.

9. Beide Brauereien Abinbev und Modelo verkaufen ihre Produkte mit einem Vertriebssystem, welches die ganze Welt umfasst. Im Rahmen dieses Vertriebssystems verkaufen Abinbev und Modelo ihre Produkte in einigen Ländern mit eigenen Distributionsunternehmen. In anderen Ländern verkaufen Modelo und Abinbev ihre Produkte in Kooperation mit anderen Brauereien oder lassen ihre Produkte von fremden Distributionsunternehmen verkaufen. Diese Vorgehensweise des Verkaufs durch fremde Distributionsunternehmen trifft für die Schweiz zu. In der Schweiz übernehmen Unternehmen die Distribution von Abinbev- und Modelo-Bieren, welche nicht zu diesen beiden Brauereigruppen gehören. Für die Distribution ihrer Biere in der Schweiz verwenden Abinbev und Modelo Exklusivvereinbarungen, welche Teil des welt- bzw. europaweiten Vertriebssystems von jeweils Abinbev und Modelo sind. Weil aufgrund der Exklusivvereinbarungen in der Schweiz ein Unternehmen die Biere von jeweils Abinbev und Modelo direkt beim Produzenten exklusiv bezieht und in die Schweiz importiert und weil die entsprechenden Exklusivvereinbarungen Teil des welt- bzw. europaweiten Vertriebssystems von jeweils Abinbev und Modelo sind, ist die Möglichkeit von Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz der zentrale Gegenstand im vorliegenden Fall.

² Die Stellungnahme ABAG verweist auf einen Medienbericht von FSG und gibt in Rz. 11 und Rz. 50 an, dass genaue Marktanteile jederzeit pro Firma über die Abrechnung der Biersteuer jederzeit ermittelt werden könnten.

³ Vgl. Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 427 ff.

10. Der Übersicht halber und zur Illustration der grundsätzlichen Situation stellt Abbildung 1 das Vertriebssystem von Abinbev und Modelo anhand der vorhandenen Informationen dar. Mit dem in Abbildung 1 dargestellten Vertriebssystem verkauft die Brauerei-Gruppe BG ihre Produkte in den Ländern A, B, C und D. In diesen vier Ländern sind mehrere mögliche Distributoren 1 bis N tätig. Diese Distributoren nehmen die Vermarktung und den Verkauf an die Endkonsumenten vor. Bei diesen Distributoren kann es sich um andere Brauerei-Gruppen

oder um unabhängige reine Distributionsunternehmen handeln. In den Ländern A und C verfügt die BG über eigene Niederlassungen vor Ort. Entsprechend vermarktet die BG in den Ländern A und C als vertikal integriertes Unternehmen ihre Produkte selber. Demgegenüber ist die BG in den Ländern B und D nicht mit eigenen Unternehmen vertreten. Daher übernimmt in den Ländern B und D ein fremdes Unternehmen die Vermarktung und den Verkauf der Produkte von der BG.

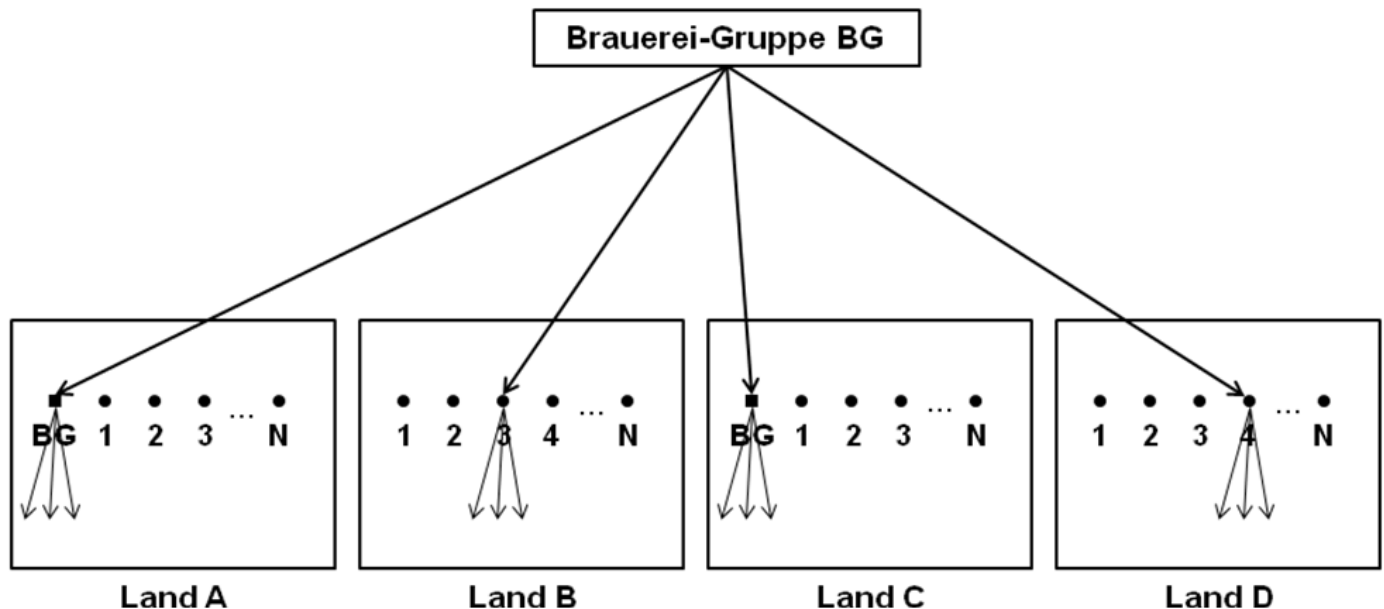


Abbildung 1: Abstrakte Darstellung eines möglichen Vertriebssystems

A.2. Unternehmen

11. Die ABAG ist im Bereich der Distribution von ausländischen Bieren tätig. Gemäss eigenen Angaben unter www.auslaendischebiere.ch (besucht am 27. August 2009) beliefert die ABAG verschiedene Kunden aus Gastronomie, Handel und Privathaushalt mit Getränken. Bei diesen Getränken handelt es sich vorwiegend um Biere ausländischer Hersteller wie beispielsweise das Red Stripe aus Jamaika oder das Coors Light aus den Vereinigten Staaten von Amerika. Neben Bier verkauft die ABAG auch ausländische Mineralwasser und Süssgetränke. Zudem sei die ABAG bestrebt, mit Getränkeproduzenten auf partnerschaftlicher Basis zusammenarbeiten und eine neutrale Distributionsfunktion wahrzunehmen. Gemäss Stellungnahme ABAG ist zu präzisieren, dass ABAG rund [...] ihrer Menge an weitere Getränkehändler liefert, welche ihrerseits in die Gastronomie liefern. Im Unterschied zu FSG mit einem vertikal integrierten Vertriebssystem sei ABAG bezüglich keiner der von ihr gehandelten Produkte in ein vertikales Exklusivvertriebssystem eingebunden. Allerdings war ABAG Teil des Vertriebssystems von Abinbev und Modelo. ABAG war in dieses Vertriebssystem über Exklusivvereinbarungen eingebunden.

12. FSG ist ein schweizerischer Getränkehersteller mit Hauptsitz in Rheinfelden. Gemäss eigenen Angaben unter www.feldschloessen.ch (besucht am 27. August 2009) ist FSG die führende Brauerei und die grösste Getränkehändlerin der Schweiz. FSG stellt eigene Biermarken her, zum Beispiel Feldschlösschen und Cardinal, und vertreibt Biere anderer Brauereien wie beispielsweise das Bier 1664. Zudem ist FSG im Bereich Mineralwasser und Süssgetränke tätig (zum Beispiel Arkina, Rhäzünser oder Elmer Citro). Als gesamtschweizerisch tätiges Unternehmen ist FSG mit einem Distributionssystem von 17 Getränkeverteilzentren in der ganzen Schweiz präsent. Im Jahr 2000 erfolgte die Übernahme der FSG-Getränkegruppe durch die dänische Brauerei-Gruppe Carlsberg. Die Carlsberg-Gruppe ist gemäss Angaben von FSG unter www.feldschloessen.com (besucht am 27. August 2009) weltweit die Nummer vier unter den Brauereigruppen. Diese Beschreibung des Tätigkeitsbereiches korrigiert die Stellungnahme FSG in Bezug auf Mineralwasser. FSG sei neben dem Bereich Bier nur noch im Bereich der Produktion von Mineralwasser tätig, nicht aber im Bereich Süssgetränke. Die Marke Elmer Citro sei bereits vor Jahren an die Fenaco-Gruppe verkauft worden. Trotz des Verkaufes von Elmer Citro scheint FSG im Bereich Süssgetränke tätig zu sein. Gemäss eigenen

Angaben würden die Partnerprodukte von Schweppes das umfangreiche Angebot der eigenen Mineralwässer Rhazünser und Arkina abrunden.⁴

13. Gemäss eigenen Angaben von Abinbev unter www.ab-inbev.com (besucht am 27. August 2009) ist Abinbev die weltweit führende Brauerei-Gruppe. Abinbev führt ihre Geschäftstätigkeiten von mehr als 30 Ländern aus. Insgesamt verfügt Abinbev über fast 300 Biermarken. Davon sind die bekanntesten Biermarken Budweiser, Stella Artois, Beck's, Leffe und Hoegaarden. Der Hauptsitz von Abinbev befindet sich in Leuven, Belgien. Gemäss eigenen Angaben unter www.ab-inbev.com (besucht am 11. Dezember 2009) setzt Abinbev ungefähr 120'000 Personen in weltweit 25 Ländern ein. Abinbev unterteilt ihren Wirkungsraum in sechs operative Zonen: Nordamerika, Lateinamerika Nord, Lateinamerika Süd, Westeuropa, Zentral- und Osteuropa und Asien-Pazifik-Raum. Diesen Wirkungsraum bearbeitet Abinbev sowohl mit eigenen Unternehmen als auch mit fremden Unternehmen über Lizenzvereinbarungen.

14. Die Grupo Modelo (Modelo) ist gemäss eigenen Angaben unter www.gmodelo.com (besucht am 27. August 2009) das marktführende Unternehmen in Mexiko in der Produktion, der Distribution und der Vermarktung von Bier. In Mexiko verfügt Modelo über sieben Brauereianlagen. Modelo produziert und vertreibt 13 Biermarken. Dies sind beispielsweise Biermarken wie das weltweit bekannte Bier Corona Extra oder die Biermarke Victoria. Modelo exportiert fünf Biermarken und ist in 159 Ländern präsent. Die Bearbeitung dieser Länder erfolgt teilweise mit eigenen Unternehmen und Zweigniederlassungen sowie teilweise mit fremden Unternehmen. So hat Modelo gemäss eigenen Angaben (Grupo Modelo, annual report 2008, S. 4) im Jahr 2008 seine globale Präsenz mittels strategischer Verbindungen mit Importunternehmen, welche die der entsprechenden Region angepassten Leistungen erbringen, gefestigt und ausgebaut. Modelo beabsichtigt die Schaffung solider internationaler Partnerschaften mit globalen Brauereigruppen und unabhängigen Distributoren für den Import ihrer Produkte in den entsprechenden Ländern. Dementsprechend nennt Modelo als eine neue Partnerschaft diejenige mit Carlsberg bzw. Feldschlösschen, wodurch Modelo die exklusive Vermarktung von Modelo-Bieren in der Schweiz überträgt. Anheuser-Busch, und somit Abinbev, ist an Modelo beteiligt. Allerdings verfügt Anheuser-Busch nicht über die Stimmrechte für eine Kontrolle von Modelo. Eurocermex SA (Eurocermex) mit Sitz in Brüssel gehört zu Modelo und vertritt diese in Europa. Im vorliegenden Verfahren hat die WEKO ausschliesslich mit Eurocermex korrespondiert. Allerdings wird im Folgenden mit dem Begriff Modelo die Modelo-Gruppe verstanden, welche auch Eurocermex umfasst.

15. Gemäss Stellungnahme ABAG ist es unverständlich und inkonsistent, "weshalb auf der einen Seite die Abhängigkeiten verschiedener Unternehmen wie Anheuser-Busch, Carlsberg bzw. Feldschlösschen und Eurocermex zum Modelo-Konzern aufgezeigt werden und auf der anderen Seite demgegenüber „ausschliesslich“ mit Eurocermex korrespondiert wurde". Im Übrigen gebe es Eurocermex heute nicht mehr. Das Europa-Geschäft würde heute von GModelo mit Sitz in Spanien abgewickelt. Die strategischen Entscheide würden ausschliess-

lich in Mexico City getroffen. Zu diesen Vorwürfen kann erläutert werden, dass nicht nur Unternehmen oder Abhängigkeiten zwischen Unternehmen dargestellt werden können oder dürfen, mit denen korrespondiert wurde. Es ist sinnvoll, weitere Unternehmen und deren Beziehungen aufzuzeigen. Zudem führte das Sekretariat die Korrespondenz mit Eurocermex über eine von Eurocermex beauftragte Rechtsvertretung. Das Sekretariat darf und muss sich gestützt auf eine Vollmacht, die nie widerrufen wurde, auf die Übermittlung an die zuständigen Stellen und Einheiten des entsprechenden Unternehmens verlassen, selbst bei geänderten Verhältnissen innerhalb des Unternehmens. Zudem bezieht sich ABAG bei der Einverlangung der Erklärung für die Belieferung mit Abinbev- und Modelo-Bieren auf die Europaimporteure (vgl. 48 f.). Dies ist ein weiterer Beleg für die konsistente Korrespondenzführung des Sekretariats. Überdies ist auf der Internetseite von Modelo in englischer Sprache auch Eurocermex als ausländische Vertretung aufgeführt. Auf der Internetseite in spanischer Sprache hingegen nicht.

A.3. Verfahren

16. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurde am 29. September 2007 per E-Mail durch die ABAG informiert, dass die FSG beabsichtige, einen Vertrag über den Exklusivimport der Biermarken Bodingtons, Staropramen, Stella Artois, Hoegaarden, Leffe, Bellevue und Corona Extra mit den jeweiligen Brauereien Abinbev (damals Inbev) und Modelo abzuschliessen. Entsprechende Verträge bestanden zuvor zwischen der ABAG und Modelo bzw. Abinbev (damals Inbev).

17. Da die beiden betroffenen Brauereien Abinbev und Modelo ihre Niederlassungen im Ausland haben, wurde im Rahmen einer Marktbeobachtung keine Befragung der beiden Brauereien durch das Sekretariat vorgenommen. Für die Stellungnahme ABAG ist es ernüchternd, dass keine Befragung der beiden Brauereien Abinbev und Modelo vorgenommen wurde, weil diese ihre Niederlassung im Ausland haben. Zu einem späteren Zeitpunkt hätten dann die beiden Brauereien einen (anderen) Fragenkatalog beantwortet. Deshalb kann sich die Stellungnahme ABAG dem Eindruck zu zurückhaltender Abklärungs- und Untersuchungsaktivitäten des Sekretariats nicht verwehren. Das Abstellen auf unsubstanzierte und nicht weiter belegte Behauptungen von FSG genüge in dieser Hinsicht nicht.

18. Diese Vorwürfe der Stellungnahme ABAG sind unzutreffend. Abinbev und Modelo wurden im Rahmen einer Marktbeobachtung nicht befragt, da die beiden Brauereigruppen keine Niederlassungen in der Schweiz haben. Im Rahmen der Untersuchung wurden dann Abinbev und Modelo befragt. Im Vergleich zu Marktbeobachtungen gehen die Ermittlungshandlungen bei Untersuchungen nach Art. 27 KG verständlicherweise tiefer. Im Rahmen der Vorabklärung und der Untersuchung befragte das Sekretariat verschiedene Unternehmen. Bei diesen Unternehmen handelt es sich um schweizerische

⁴ <http://www.feldschloesschen.com/Marken/Markenwelten/Pages/default.aspx>, besucht am 14. Mai 2010.

und ausländische Unternehmen. Die Befragungen dieser Unternehmen ist in Abschnitt B.5.2.1 ausführlicher dargestellt und widerlegt die Vorwürfe der Stellungnahme ABAG, das Sekretariat sei in der objektiven Abklärung zurückhaltend und würde sich nur auf Behauptungen von FSG stützen. Zudem bestehen bei der Befragung von ausländischen Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten. Abschnitt B.1 zum Geltungsbereich geht spezifisch auf diese Problematik ein.

19. Am 12. November 2007 fand eine Besprechung mit Vertretern der ABAG und deren Rechtsvertretung in den Räumlichkeiten des Sekretariates statt. Anlässlich dieser Besprechung konkretisierte die ABAG ihre Vorwürfe dahingehend, dass sie im Verhalten der FSG die Lieferbedingungen betreffend einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b Kartellgesetz, KG) sehen würde. Zudem wurde durch die ABAG geltend gemacht, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen könnte, da Parallelimporte gemäss ihrer Erfahrung faktisch unmöglich seien.

20. Im Nachgang zu dieser Besprechung wurde ein Auskunftsbegehren an die FSG verfasst, mit welchem Fragen in Bezug auf allfällige unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 4 KG gestellt wurden.

21. Mit Schreiben vom 23. November 2007 wurde der ABAG mitgeteilt, dass aus Sicht des Sekretariats weder der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 noch derjenige von Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder b des KG erfüllt sei.

22. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2007 wandte sich die ABAG an das Sekretariat und teilte mit, dass sie der Ansicht sei, dass ein Kartellrechtsverstoss vorliege.

23. Mit Schreiben vom 16. Januar 2008 wandte sich die ABAG erneut an das Sekretariat und machte mittels E-Mailkorrespondenz mit einem französischen Unternehmen geltend, dass Parallelimporte in die Schweiz nicht möglich bzw. Passivverkäufe in die Schweiz verboten seien.

24. Das Sekretariat wandte sich darauf am 28. Januar 2008 an FSG und verlangte die Benennung der im ersten Schreiben vom 19. November 2007 erwähnten Lieferanten, welche Parallelimporte in die Schweiz vornehmen.

25. FSG antwortete mit Schreiben vom 12. bzw. 17. März 2008 und dokumentierte anhand verschiedener Beispiele, dass Parallelimporte der Biermarken Abinbev und Modelo möglich seien und praktiziert würden.

26. Aufgrund des Berichts zur Marktbeobachtung vom 16. April 2008 hat das Sekretariat in Absprache mit der WEKO am 20. Mai 2008 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet, um zu prüfen, ob Parallelimporte von Bier der Brauereien Abinbev (damals Inbev) und/oder Modelo tatsächlich möglich sind und ob sie praktiziert werden.

27. Zur Klärung dieser Fragen wurden Fragenbogen an die ABAG, die FSG und an acht weitere Unternehmen versendet. Dabei handelte es sich um sechs schweizerische und zwei ausländische Unternehmen.

28. Gestützt auf die erlangten Informationen ergab sich für das Sekretariat am 8. Juli 2008 folgendes Bild:

- Parallelimporte für Abinbev- und Modelo-Biere sind möglich und finden statt.
- Die ABAG importiert selbst die entsprechenden Biere von ausländischen Händlern.
- Der Umsatzrückgang der ABAG ist grösstenteils dem Umstand zuzuschreiben, dass ihr vormals grösster Abnehmer, die FSG, nun selbst Exklusivimporteur der Abinbev- und Modelo-Biere ist.

Demnach war zu diesem Zeitpunkt nicht davon auszugehen, dass Anhaltspunkte für ein kartellrechtswidriges Verhalten nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen. In Wiederholung zu den Eingaben vom 25. Juni 2008 und 12. August 2008 hält die Stellungnahme ABAG fest, dass der Umsatzrückgang von ABAG auf die Vertriebsübertragung und die aktive Abwerbung beziehungsweise Umpolung von Kunden zu FSG, nicht aber auf den Rückgang des "Feldschlösschen-Umsatzes" bei ABAG zurückzuführen sei.

29. Mit Zuschrift vom 8. Juli 2008 legte das Sekretariat ABAG die wesentlichen Feststellungen der Vorabklärung dar. Dazu nahm ABAG am 12. August 2008 Stellung und verwies darauf, dass nach ihrer Ansicht ein Kartellrechtsverstoss bejaht werden müsse.

30. Am 30. Oktober 2008 wurde eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob Importe von Abinbev- und Modelo-Bieren möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.

31. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt. Die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgte am 7. November 2008 (S. 54), im Bundesblatt am 18. November 2008 (BBI 2008 8835).

32. Zur Klärung offener Fragen wurden Fragebögen an mehrere schweizerische Unternehmen und Verbände sowie mehrere Unternehmen im Ausland geschickt. Zu den ausländischen Unternehmen gehören auch Abinbev und Modelo. Dabei ist zu beachten, dass die Unternehmen im Ausland aufgrund fehlender bilateraler Abkommen nicht verpflichtet sind, gegenüber der WEKO Auskunft zu geben. Abinbev und Modelo haben den Fragebogen beantwortet.

33. Fünf ausländische Unternehmen, die nicht zur Auskunft verpflichtet sind, haben den Fragebogen nicht beantwortet.

34. FSG stellte mit Schreiben vom 17. Februar 2010 einen Beweisantrag. Mit diesem Beweisantrag forderte FSG das Sekretariat auf, bestimmte Unternehmen zu befragen. Angesichts des Verfahrensstandes und der Ergebnisse des Antrages des Sekretariats sah das Sekretariat vorläufig davon ab, dem Beweisantrag stattzugeben. FSG erhielt die Möglichkeit, bis am 6. April 2010 mitzuteilen, ob sie an ihrem Beweisantrag festhalte. Mit ihrer Stellungnahme vom 5. Mai 2010 zum Verfügungsantrag des Sekretariats vom 2. März 2010 teilt

FSG mit, dass sie auf den Beweisantrag unter dem Vorbehalt der Zustimmung der WEKO zum Verfügungsantrag des Sekretariats auf ihren Beweisantrag vom 17. Februar 2010 verzichtet.

35. Am 2. März 2010 stellte das Sekretariat ABAG, FSG, Abinbev und Modelo den Verfügungsantrag des Sekretariats vom 2. März 2010 zur Stellungnahme zu. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand für Abinbev keine Zustelladresse in der Schweiz. Deshalb musste die Zustellung des Antrags an Abinbev über den diplomatischen Weg erfolgen. Die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Bern erklärte sich als nicht zuständig für diese Zustellung. Daraufhin erfolgte die Zustellung via die Direktion für Völkerrecht (DV) des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten EDA über die Schweizerische Botschaft in Deutschland. Gleichzeitig mit der Zustellung des Antrags empfahl das Sekretariat Abinbev für eine aktive Teilnahme am Verfahren, ein Zustelldomizil in der Schweiz anzugeben, eine Rechtsvertretung in der Schweiz zu benennen oder eine Vertretung in die Schweiz zu entsenden.

36. Auf die Zustellung des Antrags und die Empfehlung antwortete Abinbev mit der E-Mail vom 21. Mai 2010. Gemäss Ziff. 2 des Gutachtens der Direktion für Völkerrecht vom 10. April 2000 (Gutachten DV; VPB 66.128) können ausländische Parteien in einem Verwaltungsverfahren gemäss geltendem anwendbarem Recht (Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]) nicht dazu verpflichtet werden, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu benennen. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage wäre hierfür unumgänglich. Es bleibt jedoch darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn keine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung zur Nennung eines schweizerischen Zustelldomiziles besteht, es der schweizerischen verfügenden Behörde nicht verwehrt ist, der ausländischen Partei zu empfehlen, ein Prozessdomizil in der Schweiz zu errichten. Gemäss Ziff. 5 Gutachten DV wird eine ausländische Partei in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren ohne Niederlassung in der Schweiz, falls sie gewillt ist, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen, aus eigenem Interesse einen Rechtsvertreter in der Schweiz benennen oder einen ihrer Vertreter in die Schweiz entsenden. Sich dem Verfahren gegenüber indifferent verhaltende ausländische Parteien werden dementsprechend auch keinen Gebrauch von ihrem Recht auf Akteneinsicht machen wollen. Wird jedoch davon ausgegangen, dass Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) der verfügenden Behörde gebietet, einer ausländischen Partei Akteneinsicht im Ausland zu gewähren und eine ausländische Partei auf Akteneinsicht im Ausland besteht, so müsste nach Ansicht der DV die Gewährung der Akteneinsicht am Sitz der schweizerischen Vertretung im Ausland erfolgen. Auch eine Übermittlung von Aktenkopien an die Partei im Ausland ist denkbar, soweit diese Möglichkeit nicht durch Geheimhaltungsinteressen ausgeschlossen wird. In jedem Fall ist zu bedenken, dass die Gewährung von Akteneinsicht ebenfalls hoheitliches Handeln darstellt, welches der Zustimmung des betroffenen Landes bedarf. Es ist also auch diesbezüglich um diplomatische Vermittlung zu ersuchen. Im vorliegenden Verfahren ersuchte Abinbev

nicht um Akteneinsicht. Somit kann anhand der Ausführungen des Gutachtens DV eher davon ausgegangen werden, dass sich Abinbev gegenüber dem Verfahren indifferent verhält. Aufgrund dieses Verhaltens bestehen 2 Möglichkeiten, um Abinbev den Entscheid der WEKO zur Kenntnis zu bringen. Die erste Möglichkeit ist die Zustellung der Verfügung der WEKO auf diplomatischem Weg. Als zweite Möglichkeit besteht die Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt (Ziff. 2 Gutachten DV mit Verweis auf Art. 36 VwVG).

37. Modelo nahm mit Schreiben vom 6. April 2010 Stellung (Stellungnahme Modelo) zum Antrag des Sekretariats. Die Stellungnahme von ABAG erfolgte mit Schreiben vom 26. Mai 2010 (Stellungnahme ABAG). FSG nahm Stellung mit Schreiben vom 5. Mai 2010 (Stellungnahme FSG).

38. Im Laufe des Verfahrens wurde den Parteien mehrmals das aktualisierte Aktenverzeichnis zugesandt. Auf Anfrage hin erhielten sie jeweils Kopien der gewünschten Aktenstücke: FSG letztmals am 4. März 2010, Modelo am 29. März 2010 und ABAG am 12. April 2010.

A.4. Eingaben von ABAG, FSG, Abinbev, Modelo und allgemeine Ausführungen zu deren Stellungnahmen

A.4.1. ABAG

39. In ihrer Eingabe vom 5. Dezember 2007 macht ABAG geltend, im vorliegenden Fall sei Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt. Zwar sei der Parallelimport grundsätzlich möglich, in der Praxis jedoch aufgrund der Marktverhältnisse im Ausland (Produzent, eigener Handel und Absatzstellen seien vertraglich gebunden) faktisch nicht möglich. Zudem seien die Zollabgaben ein weiterer Faktor, der einen Parallelimport uninteressant mache. Weiter sei bekannt, dass zwar Verbote passiver Parallelimporte nicht in den Verträgen zu finden seien, jedoch die jeweiligen Alleinimporteure dieses Verhalten praktizieren würden.

40. Zu Art. 7 KG äussert sich die ABAG dahingehend, dass sich die Verdrängungsabsicht von FSG darin manifestiere, dass sie gezielt die wichtigsten vormaligen Vertragspartner der ABAG übernehme. Dank der Exklusivität und dem faktischen Fehlen von Parallelimportmöglichkeiten würden sich allfällige weitere Vertreter der entsprechenden Produkte gegenüber FSG in einer Abhängigkeit befinden. FSG erfülle neben der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG auch Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, da das wirtschaftlich inakzeptable Angebot von FSG als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gewertet werden könne. Zusätzlich werde auch Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt, da eine Festlegung wirtschaftlich unangemessen hoher Preise und sonstiger Geschäftsbedingungen erfolge.

41. Als klaren Verstoss gegen das KG wertet ABAG die Aussagen eines französischen Getränkedistributors und eines anderen ausländischen Handelsunternehmens, keine Exporte zu tätigen. Dies bewiesen der ABAG zugesandte E Mails, in welcher der französische Getränkedistributor ABAG mitteilt, dass eine Lieferung in die Schweiz nicht möglich sei, da man nicht befugt sei, die gewünschten Produkte ausserhalb von Frankreich zu vertreiben beziehungsweise in welcher das andere ausländische Handelsunternehmen schreibt, dass es nicht

mehr imstande sei, ABAG mit Corona zu beliefern. Der Zulieferer verlange vom Handelsunternehmen, jegliche Lieferungen in die Schweiz zu stoppen. Das Handelsunternehmen werde ABAG informieren, sobald es wieder die Möglichkeit habe, ABAG zu beliefern.

42. In einer weiteren Eingabe führt ABAG Folgendes aus: Sie wiederholt, dass Art. 5 Abs. 4 KG auch erfüllt sei, wenn Parallelimporte verunmöglicht werden. Die Bestimmung sei dazu da, zu verhindern, dass der Schweizerische Markt abgeschottet werde, indem Parallelimporte in die Schweiz generell unterbunden würden und dadurch in der Schweiz ein erhöhtes Preisniveau durchgesetzt werden könne.

43. Die Einverleibung von Scottish und Newcastle durch das Konsortium Heineken/Carlsberg ergebe eine weitere Aufteilung und Monopolisierung auf dem europäischen Biermarkt. Bezüglich der Schweiz würden nun Heineken und Carlsberg mit über 90 % den Biermarkt dominieren und sie würden durch exklusive Absprachen mit anderen Marken verunmöglichen, dass Dritte in den Markt eintreten könnten.

44. Die ABAG fordert, dass den Herstellern Abinbev und Modelo die Erklärung abverlangt wird: "Es ist unsere Geschäftspolitik – und wird es auch in Zukunft sein –, dass es allen Händlern unserer Vertriebsorganisation in den EU- und EWR-Staaten sowie in der Schweiz freisteht, unsere Produkte auf Anfrage an Händler und Endverbraucher zu Konkurrenzpreisen zu verkaufen, wenn diese aus einem anderen EU- oder EWR-Staat oder aus der Schweiz stammen."

45. Eine weitere Eingabe der ABAG erfolgte am 17. Juni 2008. Mit dieser Eingabe bringt ABAG vor, dass der Parallelimport nun seit 4 Monaten "faktisch ausgeschlossen" sei und es ihr noch nicht einmal mehr möglich sei [...] des bisherigen Verkaufsanteils der entsprechenden Biere abzusetzen. Der Carlsberg-Feldschlösschen-Konzern wirke massiv auf die Kunden ein, so u. a. durch:

- auf den Umsatz bezogene Geld-Prämien,
- Übernahme von Werbebeiträgen,
- verschiedene Aktionspreise.

[...] Dazu wiederholt die Stellungnahme ABAG, dass FSG keine Inbev-Produkte führte und ABAG deren Verkäufe in den darauf [...]. Drei Jahre nach der Übertragung des entsprechenden Vertriebs auf FSG verkaufe ABAG in Bezug auf Produkte von Abinbev und Modelo heute [...] der ursprünglichen Mengen (Jahr 2007: [...], Jahr 2008: [...], Jahr 2009: [...], Prognose Jahr 2010: [...]). Dieser Trend [...], weil diese Produkte nicht (mehr) zu konkurrenzfähigen Konditionen bezogen werden könnten. Überdies sei zu beachten, dass es bezüglich der Konditionen nicht ausreiche, einfach die Faktura-beziehungsweise Listenpreise zu vergleichen, sondern auch die weiteren preisrelevanten Leistungen, die so genannten Verkaufssupportleistungen (z. B. auf den Umsatz bezogene Geld-Prämien beziehungsweise Rückvergütungen, Übernahme von Werbebeiträgen, Gewährung von Aktionspreisen etc.) einzurechnen seien.

46. Des Weiteren äusserte ABAG vor der Untersuchungseröffnung folgende Ansichten:

- Zur Bedeutung von Art. 5 Abs. 4 KG wird ausgeführt, dass die Umstossung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs allenfalls erbracht werden kann, indem das Bestehen von Aussenwettbewerb nachgewiesen wird. Der Aussenwettbewerb wird durch Parallelimporte sichergestellt. Da diese stetig abnehmen würden und eine vernachlässigbare Bedeutung hätten, könne die Vermutung nicht umgestossen werden. Deshalb bestünde eine unzulässige Wettbewerbsabrede.
- Zur faktischen Unmöglichkeit von Parallelimporten macht ABAG folgende Informationen. Die grundsätzliche Möglichkeit von Parallelimporten der Abinbev- und Modelo-Bieren werde nicht bestritten. Ebenso, dass gelegentliche Importe getätigt würden. Diese Unternehmen liefern in unregelmässigen Abständen unterschiedliche Mengen in verschiedenen Verpackungen mit geringer Verlässlichkeit. Der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG sei aber auch erfüllt, wenn Parallelimporte faktisch nicht möglich seien oder nur zu Preiskonditionen, welche einen Import uninteressant machen würden. Die Stellungnahme ABAG sieht die vorliegende Problemstellung zur Hauptsache darin, dass das Sekretariat eine irgendwie geartete Möglichkeit des Parallelimports mit der faktischen, mithin der wettbewerbsfähigen Importmöglichkeit gleichsetze und deshalb nicht weiter untersucht wurde, unter welchen Voraussetzungen beziehungsweise Konditionen derartige Importe getätigt werden und wie sich deren Entwicklung im zeitlichen Verlauf verhält. Die Konditionen würden sämtliche preisrelevanten Leistungen wie Stückpreise und Verkaufssupportleistungen beinhalten und es sei auch die Möglichkeit einer kontinuierlichen Leistungserbringung zu berücksichtigen.
- Die faktische Unmöglichkeit von Parallelimporten wird mit der intensiven Konsolidierung auf dem Biermarkt begründet. Wäre es beispielweise früher möglich gewesen, in Italien beim ehemaligen Corona-Importeur einzukaufen, so würde Carlsberg Italia als heutiger Corona-Importeur diese Lieferungen verweigern und stattdessen auf ihre Schwestergesellschaft Carlsberg Schweiz verweisen. Zusätzlich sei durch sogenannte Ländercodes bzw. Produktkennzeichnungen feststellbar, welche Unternehmen in die Schweiz liefern würden. Diese würden dann entsprechend sanktioniert resp. nicht mehr beliefert. Ausserdem würden je nach Land die entsprechenden Biere anders verpackt. Hinzu kommt, dass die Corona-Lieferungsverträge per Ende September 2008 in zahlreichen Ländern auslaufen, was den Grossbrauereien mit ihren heutigen Stellungen in einem weiteren Schritt die Möglichkeit verschaffe, die übrigen Marktteilnehmer zu behindern. Als weiteren Beleg dafür erachtet die Stellungnahme ABAG die Bestätigung eines Handelsunternehmens vom 6. April 2010: Das Handelsunternehmen sei nicht mehr in der Lage ABAG mit dem Produkt [...] zu beliefern, da es von seinem, wohl in das selektive

Vertriebssystem von [...] eingebundene Lieferanten aufgefordert wurde, keine Lieferungen mehr in die Schweiz vorzunehmen. Das Handelsunternehmen würde gar nicht oder zumindest nicht mehr mit der erforderlichen Menge dieses Produkts beliefert, wenn der entsprechenden Aufforderung nicht nachgekommen würde. Bis heute sei ABAG nicht in der Lage, von aktuellen Modelo-Importeuren direkt Ware zu erhalten.

- Daraus folgert ABAG, dass abgeklärt werden müsse, ob Vertriebspartner, die im Raum EU ansässig sind, in die Schweiz verkaufen dürfen, und zwar zu den von ihnen frei festgesetzten Preisen, und ob sie das auch tatsächlich tun würden. Deshalb müssten Nachfrager aus der Schweiz, die keine Endverbraucher sind, zu den gleichen Ab-Fabrik-Preisen bzw. auf der Basis von sogenannten Europaverträgen einkaufen können. Um dies erreichen zu können, soll die WEKO von den beteiligten Vertreibern von Abinbev- und Modelo-Bieren und den umliegenden Nachbarländern sowie von den beiden Europaimporturen eine Erklärung einverlangen, dass alle am Vertriebssystem beteiligten Unternehmen frei seien, auf Anfrage Parallelimporte in die Schweiz zu EU-Preisen zu tätigen.

Zusammenfassung Eingaben ABAG:

47. Es sei faktisch unmöglich Abinbev- und Modelo-Biere parallel zu importieren. Dies bedeute, dass der Import zwar grundsätzlich möglich sei, aber mit den zu erzielenden Preisen im Markt eine Wettbewerbsfähigkeit schlicht ausgeschlossen sei. Die ausgeschlossene Wettbewerbsfähigkeit bezieht sich dabei auf den Weiterverkauf an Grossisten und Grossverteiler und nicht auf den Weiterverkauf an die Gastronomie.

48. Die Exklusivverträge zwischen den ausländischen Grossbrauereien (Abinbev, Modelo) mit dem Carlsberg-Feldschlösschen-Konzern, welche eigentlich Konkurrenten sind, würden einzig der Abschottung des schweizerischen Marktes dienen. Dank der Exklusivität und dem faktischen Fehlen von Parallelimportmöglichkeiten seien allfällige weitere Vertreter der entsprechenden Produkte von Carlsberg-Feldschlösschen abhängig. Der Wettbewerb könne nur gefördert werden, wenn ein Verbot von Exklusivverträgen für den Import von Konkurrenzprodukten in der Schweiz verfügt würde. Alternativ finde Wettbewerb statt, wenn sämtliche Marktteilnehmer zu "europäischen" Preisen einkaufen könnten. Das bedeute, dass Nachfrager aus der Schweiz, die keine Endverbraucher sind, zu den gleichen Ab-Fabrik-Preisen einkaufen können müssten. Um dies erreichen zu können, solle die WEKO von den beteiligten Vertreibern von Abinbev- und Modelo-Bieren und den umliegenden Nachbarländern sowie von den beiden Europaimporturen eine Erklärung einverlangen, dass alle am Vertriebssystem beteiligten Unternehmen frei seien, auf Anfrage in die Schweiz Parallelimporte zu EU-Preisen zu tätigen.

49. Die Stellungnahme ABAG sieht nicht ein, weshalb das Sekretariat von den Vertreibern der umliegenden Nachbarländer sowie von den beiden Europaimporturen keine Erklärung einverlangen wolle, dass alle am Vertriebssystem beteiligten Unternehmen frei seien, auf

Anfrage in die Schweiz Parallelimporte zu EU-Preisen zu tätigen. Denn es bestünden begründete Anhaltspunkte und auch Belege, dass mit vertikalen Wettbewerbsabreden Preise festgelegt und/oder Gebiete zugewiesen würden. Das Sekretariat habe nicht begründet, weshalb diese Erklärung nicht einverlangt werden wolle.

50. Zu diesem Vorwurf muss festgehalten werden, dass die Untersuchung ergibt, dass Parallelimporte im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen sind. Ausserdem würden sich allfällige Zwangsmassnahmen im Ausland nicht durchsetzen lassen. Wie Abschnitt B.1 zum Geltungsbereich darlegt, kann die WEKO Zwangsmassnahmen nur in der Schweiz durchsetzen. Die Durchsetzung von Zwangsmassnahmen und des Kartellgesetzes allgemein ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, wenn nicht unmöglich. Selbst wenn die entsprechenden Unternehmen eine derartige Erklärung abgeben würden, müsste diese auch durchsetzbar sein. Der WEKO stehen für die Durchsetzung keine Mittel oder Instrumente zur Verfügung. Diese Begründung ist im Antrag des Sekretariats vom 2. März 2010 enthalten. Auch ABAG hat diesen Antrag zur Stellungnahme erhalten. Somit hat das Sekretariat die erheblichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit ausländischen Unternehmen dargestellt und begründet.

Antrag Stellungnahme ABAG:

51. Die Stellungnahme ABAG stellt den verfahrensrechtlichen Antrag, die Untersuchung des Sekretariats im Zusammenhang mit den Importmöglichkeiten von bestimmten Biermarken der Brauereigruppen Abinbev und Modelo nicht einzustellen und es seien weitere Untersuchungsmaßnahmen anzuordnen beziehungsweise ergänzende Beweise abzunehmen. Die Ausführungen der Stellungnahme ABAG stünden unter dem Vorbehalt der noch zu erlangenden Erkenntnisse. Nach Auffassung der Stellungnahme ABAG enthalte der Antrag des Sekretariats diverse nicht weiter begründete Annahmen, Ungenauigkeiten und fehlende Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen. Die entsprechenden Angaben hätten als bestritten zu gelten, soweit sie von der Stellungnahme ABAG nicht ausdrücklich anerkannt würden. An den bisherigen Ausführungen der bisherigen Eingaben von ABAG hält die Stellungnahme ABAG ausdrücklich fest.

52. Nachfolgende Ausführungen zeigen, dass entgegen dem Antrag der Stellungnahme ABAG der Sachverhalt hinreichend ermittelt worden ist. Deshalb besteht kein Grund für weitere Untersuchungsmaßnahmen.

A.4.2. FSG

53. Aufgrund einer Anpassung der Geschäftsstrategie habe sich FSG entschieden, der Nachfrage nach ausländischen Bieren grössere Beachtung zu schenken. Da dazu erhebliche Marktbearbeitungsanstrengungen und entsprechende Investitionen notwendig seien, hat sich FSG (auch auf Empfehlung der Konzernmutter Carlsberg Breweries) bei Abinbev und Modelo um einen Exklusivvertrag beworben. Die Brauereien waren mit dem Abschluss der Verträge einverstanden. Die Stellungnahme FSG bestätigt, dass FSG mit Abinbev und Modelo je einen Vertriebsvertrag abgeschlossen hat, der vorsieht, dass FSG bestimmte vertraglich definierte Bier-

marken von Abinbev beziehungsweise Modelo exklusiv in der Schweiz vertreibt. Dazu macht ABAG geltend, dass die Begründung einer "Anpassung der Geschäftsstrategie", wonach der Nachfrage nach ausländischen Bieren grössere Beachtung geschenkt werden soll, im Kontext des Abschlusses der Exklusivverträge nicht nachvollziehbar sei. Der von der Konzernmutter abgesegnete Verkauf von Marken von eigentlichen Konkurrenten deute vielmehr auf eine aktive Verdrängung der bisherigen Importeure hin.

54. Im Rahmen eines Auskunftsbegehrens betont FSG, dass Passivverkäufe durch die Verträge nicht verboten seien und auch FSG selbst Parallelimporte nicht verhindern wird. Dass FSG Parallelimporte nicht verhindern werde, teilte FSG der ABAG mit einem Schreiben vom 31. Oktober 2007 schriftlich mit: "Natürlich aber können (und wollen) wir nicht verhindern, wenn Sie die betreffenden Produkte über entsprechende Drittquellen beziehen würden." ABAG bezeichnet in ihrer Stellungnahme diese Angaben von FSG als lediglich die halbe Wahrheit. Das der ABAG unterbreitete Angebot mit "Sonderkonditionen" hätte dem Vorbehalt unterstanden, dass ABAG die entsprechenden Produkte ausschliesslich bei FSG zu beziehen hätte. Gleichzeitig durchgeführte Parallelimporte hätten eine Rückstufung auf den Bezug zu normalen Getränkehandlerpreisen zur Folge gehabt. Diese seien aber deutlich zu hoch, um am Markt konkurrenzfähig zu sein.

55. FSG habe ein grosses Interesse an einer Zusammenarbeit mit der ABAG, weshalb ABAG eine Offerte mit äusserst attraktiven Sonderkonditionen unterbreitet worden sei, welche keinem anderen Depositär in der Schweiz angeboten wurde. Bei den vorgeschlagenen Sonderkonditionen handle es sich um leistungsbezogene Rabatte, d.h. sie beziehen sich auf die Marktbearbeitungsleistungen, welche FSG mit Blick auf ihre eigenen Marktbearbeitungsinvestitionen entlasten würden. Diese Rabatte könnten jedoch nur gewährt werden, wenn die Produkte über FSG bezogen werden. FSG betont, dass die ABAG zu den üblichen Depositär-Konditionen beliefert würde, sollte sie einen Teil ihres Bierbedarfs direkt aus dem Ausland decken. ABAG macht dazu geltend, dass die versuchte Einbindung von ABAG in das Vertriebssystem im Nachhinein in keiner Weise zu attraktiven Konditionen angeboten worden sei. Heute könnten zahlreiche Getränkehändler das Produkt Corona Extra 33 cl bei FSG für weniger als [...] einkaufen. Diverse Gastronomiebetriebe – vormalige Kunden von ABAG – würden die entsprechenden Biere heute günstiger von FSG beziehen als sie damals den Grosshändlern angeboten wurden. Im Übrigen würde bestritten und wäre noch von FSG zu belegen, dass die in Ziff. 3 des FSG-Schreibens vom 19. November 2007 gemachte Aussage zutrefte, wonach die entsprechenden Konditionen für "sämtliche Depositäre" gelten würden. Abgesehen davon hätte eine Annahme des Angebots mit den Sonderkonditionen kaum verhindert, dass [...] verloren habe. FSG hätte sich wohl bereits ein Jahr später auf den Standpunkt gestellt, [...], weshalb die Sonderkonditionen nicht gewährt würden.

56. FSG versichert, dass Parallelimporte möglich seien und auch gängiger Praxis entsprechen würden und benennt folgende Parallelimporteure: [...].

57. Eine ausschliessliche Importeurstellung war beabsichtigt, weil die Marktbearbeitungsinvestitionen sich nur amortisieren, wenn eine Importeurmarge auf einen möglichst grossen Anteil der entsprechenden in der Schweiz verkauften Biere erzielt werden kann.

58. FSG weist daraufhin, dass sie stets folgenden Standpunkt vertrat und auch mitteilte: "Selbstverständlich können und wollen wir unsere Kunden nicht dazu verpflichten, ihre Nachfrage an InBev und Modelo-Produkten ausschliesslich über unser Unternehmen zu decken. Stellen wir Grauiimporte fest, so suchen wir mit dem entsprechenden Kunden das Gespräch, um den Kunden vom Produkt und unseren Dienstleistungen zu überzeugen. In einigen Fällen gelingt dies. Stellt der Preis für den Kunden jedoch das einzig ausschlaggebende Argument dar, so wird er sich weiterhin an die im Markt operierenden Parallelimporteure wenden."

59. FSG reicht am 2. Februar 2009 ein Faxschreiben eines schweizerischen Getränkedistributors ein. In diesem Faxschreiben informiert ein schweizerischer Getränkedistributor FSG, dass er seine Verkaufspreise von Corona Bier für Grossisten wegen seiner Auslistung bei Coop gesenkt habe. Gemäss FSG bezieht der Getränkedistributor das Corona Bier nicht bei FSG. Aus den Angaben schliesst FSG, dass Parallelimporte von Abinbev- und Modelo-Bieren möglich sind und gängige Praxis darstellen.

60. In einer weiteren Eingabe vom 16. Februar 2009 reicht FSG eine Offerte der ABAG betreffend Modelo-Biermarken ein, welche die ABAG einem dritten Distributor in der Schweiz unterbreitet hat. Die Preiskonditionen der Offerte liegen dabei nach Aussagen der FSG deutlich tiefer als in einer Offerte der FSG selbst. Dieses Beispiel dokumentiert gemäss FSG, dass der Wettbewerb funktioniert und Parallelimporte gängige Praxis darstellen. Die Stellungnahme FSG hält fest, dass FSG auch nach der Eingabe vom 16. Februar 2009 in verschiedenen Eingaben weitere Hinweise dafür geliefert hat, dass nicht nur Parallelimporte in die Schweiz tatsächlich stattfinden, sondern dass gerade auch ABAG solche tätige. ABAG erachtet diese Angaben als reine Behauptung von FSG. In Einzelfällen sei ein Angebot eines Importeurs möglich, dies sei aber bezogen auf Menge und Sortiment stark eingeschränkt. Aber FSG sei heute jederzeit im Stande, den Preis eines Parallelimporteurs zu unterbieten. Die Kunden von FSG würden verpflichtet, ausschliesslich bei FSG zu beziehen und die damit verbundenen (preisrelevanten) Verkaufssupportleistungen in Anspruch zu nehmen. Für den Kunden seien der Preis, die Verkaufssupportleistungen sowie die nach Datum und Menge garantierte Verfügbarkeit der Produkte entscheidend relevant. Selbst beim Preis als einzig entscheidendem Kriterium, könne der Parallelmarktpreis von FSG einfach unterboten werden. Letzteres würde durchwegs schon mehrmals bei verschiedenen Kunden von FSG praktiziert, so z. B. [...].

61. Gemäss Stellungnahme FSG hat das Sekretariat im vorliegenden Verfahren untersucht, ob zwischen FSG und Abinbev beziehungsweise zwischen FSG und Modelo ein wettbewerbsrechtlich unzulässiges Passivverkaufsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf Import und Vertrieb von den der Exklusivität unterliegen-

den Biermarken besteht. Bei dieser Aussage stützt sich die Stellungnahme FSG auf das Schreiben zur Untersuchungseröffnung vom 30. Oktober 2008. Wie allerdings aus den Ausführungen zum Gegenstand der Untersuchung in Abschnitt A.1 ersichtlich ist, soll im vorliegenden Verfahren untersucht werden, ob Importe von bestimmten Biermarken der Brauerei-Gruppen Abinbev und Modelo möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dementsprechend geht aus den Ausführungen über die Wettbewerbsabrede in Abschnitt B.5 hervor, dass im vorliegenden Fall die Exklusivvereinbarungen zwischen ABAG und Abinbev sowie ABAG und Modelo einerseits, und zwischen FSG und Modelo sowie FSG und Abinbev andererseits, als Teile von jeweils einem welt- bzw. europaweiten Vertriebssystem als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs.1 KG zu qualifizieren sind. Zwar ist die Frage nach allfälligen Passivverkaufsverboten im vorliegenden Fall eine der zentralen Fragestellungen. Aber eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung bezieht sich auf die Exklusivvereinbarungen und nicht nur auf einzelne Bestandteile der Exklusivvereinbarungen wie beispielsweise allfällige Passivverkaufsverbote. Zudem teilte das Sekretariat mit der Untersuchungseröffnung nicht mit, dass die Untersuchung die Fragestellung zu allfällig wettbewerbsrechtlich unzulässigen Passivverkaufsverboten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf Import und Vertrieb von den der Exklusivität unterliegenden Biermarken prüfen soll. Mit der Untersuchungseröffnung wurde mitgeteilt, dass geprüft werden soll, ob Importe von Biermarken der Brauereien Abinbev und Modelo möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

62. Die Stellungnahme FSG bringt vor, dass aus der Unschuldsumutung (Grundsatz "in dubio pro reo") gemäss den auf ein Verwaltungssanktionsverfahren anwendbaren Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) einerseits eine Beweislastregel und andererseits eine Beweiswürdigungsregel folge. Diese Bestimmungen fänden immer dann Anwendung, wenn ein Untersuchungsverfahren potenziell zu einer Sanktion gemäss Art. 49a KG führen könne. Dies sei hier der Fall, da der untersuchte Vorwurf auf eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG laute. Unter Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichts BGE 120 IA 31 (S. 37, E. 2c) hält die Stellungnahme FSG fest, dass das Sekretariat und die WEKO die Beweisführungslast zu tragen hätten. Aufgrund der Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG hätten das Sekretariat und die WEKO in der Untersuchung mit gleichem Eifer auch den entlastenden Momenten nachzugehen. Es sei deshalb Sache des Sekretariats und der WEKO, das Vorliegen eines Passivverkaufsverbots für nicht-schweizerische Vertriebspartner nachzuweisen

63. Auf die Fragestellung des Vorliegens von Passivverkaufsverboten wird in Abschnitt B.5 eingegangen. An dieser Stelle muss in grundsätzlicher Hinsicht präzisiert werden, dass gemäss Art. 39 KG auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar sind, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht.⁵

Aus der Anwendung der Bestimmungen des VwVG – soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht – ergibt sich dann die Beweislast beziehungsweise die Untersuchungsmaxime: Gemäss Art. 12 VwVG gilt im Verwaltungsverfahren der Grundsatz, dass die Behörde verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz durch die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG, wonach die Parteien verpflichtet sind, der Behörde erforderliche Beweismittel anzubieten. Die Behörde ist daran indes nicht gebunden.⁶ Dies bedeutet, dass der Behörde zwar die Pflicht obliegt, die für ihren Entscheid erforderlichen Unterlagen zu beschaffen; die Beweisangebote und Sachverhaltsdarstellungen der Parteien sind für die Behörde jedoch nicht verbindlich.⁷

64. Allerdings verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs prinzipiell, dass angebotene Beweise abgenommen werden. Voraussetzung ist, dass die angebotenen Beweise für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts etwas beizutragen vermögen. Die Möglichkeit eines Beitrags zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts von angebotenen Beweisen hängt auch von deren Bezeichnung als Geschäftsgeheimnisse durch die Parteien ab. Diese Abhängigkeit folgt aus der Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durch die Wettbewerbsbehörden (Art. 25 KG). Wenn angebotene Beweise integral oder wesentliche Inhalte als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden, können sie nicht als Beweis verwendet werden, weil die Inhalte nur beschränkt oder gar nicht offengelegt werden dürfen. Bei Offenlegung begehen die Wettbewerbsbehörden eine Verletzung der Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 25 KG). Ohne Offenlegung verletzen die Wettbewerbsbehörden das rechtliche Gehör von anderen am Verfahren beteiligter Parteien (Art. 29 VwVG). Zudem besteht auch bei Ermittlungshandlungen aufgrund von angebotenen Beweisen, welche integral oder wesentliche Inhalte davon als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet sind, ein erhebliches Risiko der Verletzung der Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen. Dies ist der Fall, wenn die Ermittlungshandlungen Rückschlüsse auf die angebotenen Beweise ermöglichen. Somit vermögen angebotene Beweise, welche integral oder wesentliche Inhalte davon als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet sind, nur beschränkt oder gar nicht an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts beizutragen.

65. Was das Beweismass betrifft, so darf die Behörde eine Tatsache erst als erwiesen erachten, wenn sie von deren Vorhandensein dergestalt überzeugt ist, dass das Gegenteil als unwahrscheinlich erscheint. Die Fragestellung, ob im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang –

⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010, B-2977/2007, E. 3, S. 19.

⁶ CHRISTOPH AUER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 12, S. 196, Rz. 15; PAUL RICHLI, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, Kartellverwaltungsverfahren, S. 460.

⁷ PAUL RICHLI, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, Kartellverwaltungsverfahren, S. 454.

wie bislang – auch nach Einführung der direkten Sanktionen unter Umständen noch ein Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, kann vorliegend hingegen offen bleiben.⁸

A.4.3. Abinbev

66. In ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2008 äussert sich Abinbev folgendermassen: In Ländern, in denen Abinbev keine Niederlassungen besitzt und nicht über ein operatives Geschäft verfüge, schliesse Abinbev in der Regel mittel- und langfristige Distributionsverträge ab, anstatt einzelne Spontanverkäufe zu tätigen. Als Beispiel für die Laufzeit nennt Abinbev bis zu fünf Jahre. Dazu macht ABAG geltend, dass aufgrund der zunehmenden Konzentrationsprozesse auch die Vertragsbeziehungen angepasst worden seien. Früher seien entsprechende Verträge mit einer Laufzeit von 10 Jahren die Regel gewesen. Dann sei die Regel 5-Jahresverträge gewesen. Heute würde die Laufzeit ein 1 bis 3 Jahre betragen. Die Vertragsdauer von 1 bis 3 Jahre gelte auch bei Abinbev, weshalb deren Vertragsbeziehungen in der Regel nun kurzfristig seien.

67. Abinbev bestätigt die Absicht, die Geschäftsbeziehung mit FSG aufrechterhalten zu wollen. Abinbev ist überzeugt, dass der Vertrag den Vorschriften des Schweizer Kartellrechts sowie den Vorschriften des Europäischen Kartellrechts und dem der relevanten Mitgliedsstaaten vollends entspricht.

68. Aus keiner der Regelungen des Distributionsvertrages ergebe sich eine Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz. Abinbev erschwere weder direkt noch indirekt den Verkauf zu Kunden in die Schweiz.

69. Die Entscheidung, die Distribution von ABAG zu FSG zu verlegen, hätte rein wirtschaftliche Gründe. [...] Für den Aufbau eines Netzwerkes für den Verkauf und die Distribution in der Schweiz sei ein erhebliches Investment notwendig. Dies beinhalte beispielsweise die Notwendigkeit eine gut trainierte Verkaufsmannschaft zu etablieren, die über die Erfahrung und das Verständnis des Marktes und Kenntnisse der Kunden verfügten. Daneben sei eine Verwaltung und ein Back-Office-Management notwendig, sowie ein Distributionsnetz bestehend aus Fahrzeugen und Lagern, die über das Verkaufsgebiet verteilt sind. Es sei für Abinbev nicht ökonomisch, die Investitionen für den Aufbau eines derartigen Netzwerkes in der Schweiz vorzunehmen, weil der Konsum in der Schweiz im europäischen Vergleich relativ klein sei und sich zudem in der Phase der Marktreife befinde. Durch die Benennung eines exklusiven Distributors in der Schweiz, könne Abinbev die Gesamtkosten auf einen angemessenen Umfang begrenzen. FSG biete im Vergleich zu ABAG hinsichtlich der geschäftlichen Ressourcen (Erfahrung im Verkauf und Marketing, Grösse der Verkaufsmannschaft) und der Marktabdeckung die besseren Möglichkeiten, eine breitere Distribution und grössere Verfügbarkeit der internationalen Marken von Abinbev für Kunden und Verbraucher in der Schweiz sicher zu stellen.

70. Abinbev weist darauf hin, dass sie die Vorschriften der Europäischen Union bezüglich der Verfolgbarkeit von Nahrungsmitteln aus Gründen der Produktsicherheit und des Produktrückrufes einhalten muss. Insbesondere

weist sie auf Art. 18 der Verordnung (EG) 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit hin. Soweit Abinbev über Systeme oder Vorgehensweisen zur Verfolgbarkeit von Produkten verfügt, würden diese nur eingesetzt, um den Vorschriften der Verordnung zu entsprechen.

A.4.4. Modelo

71. Die Geschäftsstrategie von Modelo ist, einen Exklusivvertrieber mit dem Verkauf von Modelo-Bieren zu betrauen. Seit [...] ist dies die FSG. Von [...] bis [...] war es die ABAG. Passivverkäufe würden jedoch nicht beschränkt. Hierzu korrigiert ABAG, dass die Vertragsbeziehungen zwischen Modelo und ABAG bereits seit dem Jahr 1989 bestanden. Nach Auffassung von Modelo würden sich die wirtschaftlichen, finanziellen und administrativen Verhältnisse von FSG und ABAG unterscheiden. Modelo brauche einen starken Vertriebspartner, weil Modelo keine Tochtergesellschaft für den Vertrieb in der Schweiz habe. FSG verfüge über ein viel grösseres Vertriebsnetzwerk in der Schweiz und über grosse Erfahrung mit Premiumprodukten. Der Wechsel von ABAG zu FSG stelle eine Art "Relaunch" der Modelo-Produkte in der Schweiz dar.

72. Gemäss Aussage von Modelo hätten die Parallelimporte im Jahr 2008 im Vergleich zu früheren Jahren zugenommen. Die Stellungnahme ABAG bestreitet diese Aussage, ohne dazu Belege anzubringen.

73. Die Informationen, die auf Modelo-Bierflaschen angebracht sind, würden den gesetzlichen Erfordernissen zur Rückverfolgung von Lebensmitteln entsprechen (vgl. z. B. Art. 23a des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände und Art. 2 der Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln). Diese Informationen seien aufgrund gesetzlicher Vorschriften notwendig und würden einem allgemeinen Standard in der internationalen Bierindustrie entsprechen. Dazu macht ABAG geltend, dass die einzelnen Produkte grösstenteils verschiedene Codierungen enthielten. Damit würden die Bestimmungsmärkte gekennzeichnet. Dies könne kaum der Rückverfolgung der Produkte dienen. Es könne nicht Sinn und Zweck der lebensmittelrechtlichen Vorschriften sein, kartellrechtswidrige Systeme zu zementieren. Modelo würde sogar die Innenseite der Bierflaschendeckel beschriften, um die Lieferquellen zu ermitteln und die entsprechenden Lieferanten allenfalls zu sanktionieren. Beispiels-

⁸ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, S. 1380, Rz. 100 ff. Demgegenüber hält das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 27. April 2010 (B2977/2007, E. 6.1, S. 38) im Zusammenhang mit der Fragestellung des Beweismasses fest: "In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid zu begründen. An die Begründungsdichte sind hohe Anforderungen zu stellen."

weise stehe auf der Innenseite des Corona-Deckels "Inglaterra" oder "Irlanda".

A.5. Zusätzliche Bemerkungen

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

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

75. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

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

77. Das KG ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Somit gilt im schweizerischen Kartellrecht grundsätzlich das Auswirkungsprinzip.⁹ Aufgrund des sog. Auswirkungsprinzips ist für die Anwendbarkeit des KG nur massgebend, ob sich eine Handlung im schweizerischen Markt auswirkt. Es spielt somit keine Rolle, wo die betreffende Handlung begangen wurde beziehungsweise wo sich der Sitz des handelnden Unternehmens befindet.¹⁰ Dementsprechend fallen die vorliegenden Exklusivvereinbarungen und andere Vereinbarungen im Rahmen der Vertriebssysteme von Abinbev und Modelo grundsätzlich in den Geltungsbereich des KG.

78. Im Zusammenhang mit dem Auswirkungsprinzip ist auf das Spannungsverhältnis zwischen diesem und dem Territorialitätsprinzip hinzuweisen. Das Territorialitätsprinzip erlaubt den schweizerischen Wettbewerbsbehörden, Zwangsmassnahmen nur in der Schweiz vorzunehmen.¹¹ Bei bestimmten internationalen Sachverhalten bietet die Durchsetzung des Kartellgesetzes wegen fehlender Zwangsmassnahmen und der erforderlichen diplomatischen Zustellung von amtlichen Dokumenten erhebliche Schwierigkeiten. Insbesondere bestehen diese Schwierigkeiten auch aufgrund fehlender internationaler Rechtshilfeabkommen.

79. Praktische Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die verursachenden Unternehmen keinen Sitz in der Schweiz haben, dort auch keine Tochtergesellschaft ansässig und auch keine ständige Vertretung präsent ist.¹² Hätte ein Unternehmen in der Schweiz keine Tochtergesellschaften, wäre es praktisch unmöglich, entsprechende Informationen zu beschaffen. Diese Problematik trifft im vorliegenden Fall für die ausländischen Unternehmen zu, bei denen im Rahmen der Befragung versucht wurde, Auskünfte einzuholen. Das Interventionsfeld der schweizerischen Wettbewerbsbehörden ist selbst bei deren Zuständigkeit auf das Territorium der Schweiz beschränkt: "Le rassemblement de preuves à l'étranger ne peut avoir lieu que par le biais de l'entraide administrative (cf. Art. 39 ss LCart)".¹³ Ein sol-

ches Übereinkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union oder den Vereinigten Staaten von Amerika existiere nicht.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

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

81. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.3. Grössenverhältnisse und Marktanteile

82. Zur Darstellung der Grössenverhältnisse und Marktanteile im Bereich Bier, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1. Relevante Märkte

B.3.1.1. Sachlich relevante Märkte

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

84. Vorliegender Untersuchungsgegenstand fällt in den Bereich der Distribution von Bieren in der Schweiz. Die Distribution von Bieren umfasst den Ein- sowie Weiterverkauf von Bieren. Brauereigruppen und freie Distributoren beziehen im Distributionsmarkt Bier und verkaufen

⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468, S. 535); PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1260 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 268 ff.; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 36 ff.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), commentaire romand, droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Art. 2, Rz. 56 ff.; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, Art. 2, Rz. 30 ff.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz. 17 ff.

¹⁰ Patrik Ducrey, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1262.

¹¹ Patrik Ducrey, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1265.

¹² Bruno Schmidhauser, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 41 f.

¹³ Pierre-Alain Killias, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), commentaire romand, droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2009, Art. 2, Rz. 72 ff.

dieses an andere Distributoren, Horeka-Betriebe oder Detailhändler weiter.¹⁴ Abinbev, Modelo und FSG sind unter anderem auch Brauereien. ABAG hingegen stellt ein freies Distributionsunternehmen dar. FSG tritt jedoch in Bezug auf Abinbev- und Modelo-Biere als Distributor auf. Dementsprechend wickeln Abinbev und Modelo die Distribution ihrer Biere in der Schweiz über die Konkurrenzbrauerei FSG als Distributor ab.

85. Ganz grundsätzlich unterscheidet die WEKO im Getränkebereich zwischen einem Horeka-Kanal (Hotels, Restaurants, Kaffeehäuser, Kantinen und Ähnliches) und einem Detailhandelskanal.¹⁵ Zudem behandelt die WEKO alkoholische und nicht-alkoholische Getränke grundsätzlich voneinander getrennt.¹⁶ Im Fall Heineken/Eichhof nahm die WEKO die Beurteilung für alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier getrennt vor, liess allerdings die abschliessende Abgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier offen.¹⁷

86. Somit erfolgt für den vorliegenden Fall gemäss Praxis der WEKO die Unterteilung eines Distributionsmarktes in einen Horeka-Kanal und einen Detailhandelskanal. Ebenso erfolgt vorliegend in Analogie zum Fall Heineken/Eichhof eine Analyse nach alkoholischen und nicht-alkoholischen Bieren getrennt, ohne eine abschliessende Marktabgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier vorzunehmen. Eine Abgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, weil eine Berücksichtigung von alkoholischem Bier und nicht-alkoholischem Bier keinen wesentlichen Einfluss auf das Resultat haben dürfte. Denn in der Schweiz beträgt der Anteil von nicht-alkoholischem Bier gemessen an der Gesamtmenge von konsumiertem Bier sowohl im Horeka-Kanal als auch im Detailhandelskanal ungefähr 3%.¹⁸

87. Diese Ausführungen führen im vorliegenden Fall zu einer Beurteilung unter Berücksichtigung von zwei sachlich relevanten Märkten:

- die Distribution von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal und
- die Distribution von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal,

ohne eine Abgrenzung zwischen alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier abschliessend vorzunehmen. Der Einfachheit halber wird mit dem Begriff Bier im Folgenden alkoholisches Bier erfasst.

B.3.1.2. Räumlich relevante Märkte

88. 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).

89. Herrschen in einem Gebiet homogene Wettbewerbsbedingungen, kann dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt aufgefasst werden, selbst wenn die einzelnen Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite die Güter in einem begrenzteren räumlichen Gebiet nachfragen.

90. Nach ständiger Praxis geht die WEKO für die Distribution von Bier im Horeka- und im Detailhandelskanal von einem die gesamte Schweiz umfassenden räumlich relevanten Markt aus. Aufgrund ihrer Exklusivvertriebsvereinbarungen mit Abinbev und Modelo hätte ABAG das Exklusivrecht gehabt, die entsprechenden Biere in der gesamten Schweiz zu vertreiben. Dementsprechend habe nun FSG dieses Exklusivrecht. Aufgrund dessen und in Anlehnung an die Praxis der WEKO ist auch für die vorliegende Untersuchung von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der die gesamte Schweiz umfasst.

B.3.2. Entwicklung des Bereiches Bier in der Schweiz

91. Zu den Grössenverhältnissen ist vorab festzuhalten, dass die Menge der in die Schweiz importierten Biere gemessen am schweizerischen Gesamtkonsum ungefähr 19 % ausmachen.¹⁹ Einen Überblick über die zeitliche Entwicklung des Inlandausstosses an Bier, die importierten Mengen und den Gesamtkonsum gibt Tabelle 1.

¹⁴ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 430 f., Rz. 92 ff.

¹⁵ Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, RPW 2005/1, S. 118, Rz. 54 ff.; Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA, RPW 2007/4, S. 528, Rz. 24 ff.; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 428 f., Rz. 71 ff.; Die EU-Kommission unterscheidet in ihrer Entscheidungspraxis zwischen Bier, das über den Einzelhandel abgesetzt wird, und Bier, das zum unmittelbaren Verbrauch nach Kauf (Gastronomie) bestimmt ist («off-trade» und «on-trade»), vgl. COMP/M.5035 – Radeberger/ Getränke Essmann/ Phoenix, M.3289 Interbrew/Spaten-Franziskaner/Löwenbräu/Dinckelacker (mit weiteren Hinweisen).

¹⁶ Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, RPW 2005/1, S. 118, Rz. 56; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 427, Rz. 59.

¹⁷ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 429, Rz. 76 ff.

¹⁸ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 446, Rz. 210 und S. 448, Rz. 229.

¹⁹ Vgl. www.bier.ch/sites/de/statistiken2.php (besucht am 15. Juli 2009).

Tabelle 1: Inlandausstoss, importierte Mengen und Gesamtkonsum über die Zeit (www.bier.ch, besucht am 16. Juli 2009; ohne alkoholfreie Biere; 2) Quelle: Eidgenössische Oberzolldirektion, 3) inklusive in der Schweiz unter Lizenz gebraute ausländische Marken ohne Exporte)

Kalenderjahr	Inlandausstoss in hl 2), 3)	Anteil Inlandausstoss am Gesamtkonsum	Importe in hl 2)	Anteil Importe am Gesamtkonsum	Gesamtkonsum in hl
2000	3'586'026	86 %	575'929	14 %	4'161'955
2001	3'536'823	85 %	617'023	15 %	4'153'846
2002	3'493'536	85 %	633'897	15 %	4'127'433
2003	3'665'888	85 %	668'486	15 %	4'334'374
2004	3'560'825	84 %	701'723	16 %	4'262'548
2005	3'416'991	83 %	715'064	17 %	4'132'055
2006	3'494'309	81 %	793'713	19 %	4'288'022
2007	3'531'828	81 %	838'094	19 %	4'369'922
2008	3'625'293	81 %	863'766	19 %	4'489'059

92. Abbildung 2 stellt die zeitliche Entwicklung des Inlandausstosses an Bier, der importierten Mengen und des Gesamtkonsums grafisch dar.

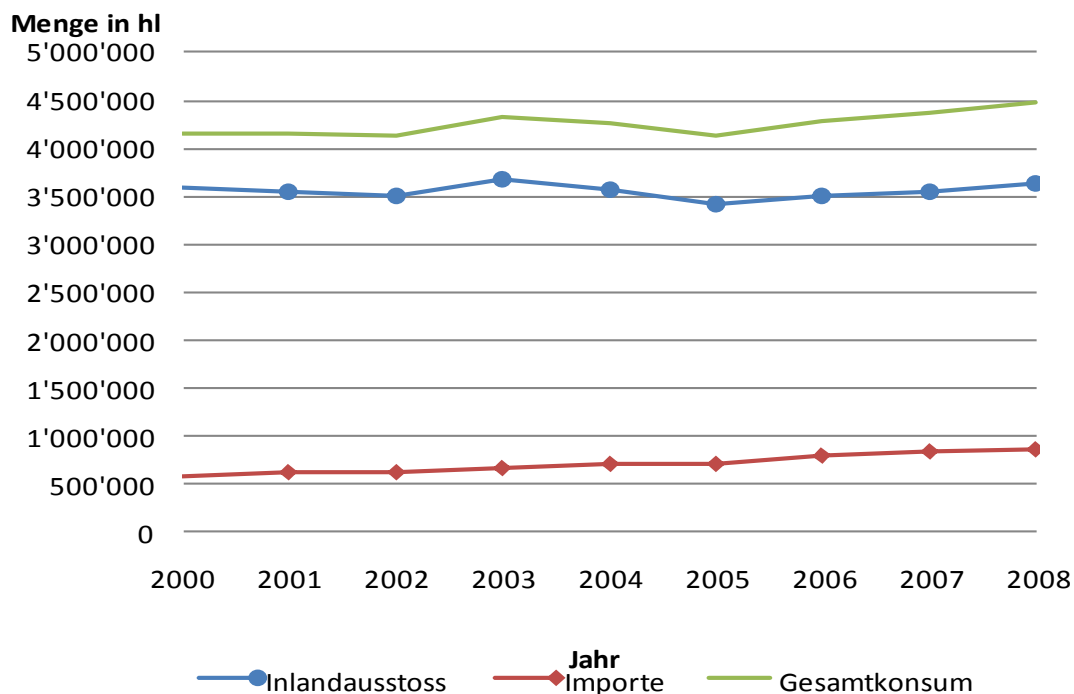


Abbildung 2: Grafische Darstellung Inlandausstoss, importierte Mengen und Gesamtkonsum über die Zeit

93. Die Angaben in Tabelle 1 und Abbildung 2 zeigen, dass der Anteil des importierten Biers gemessen am Gesamtkonsum in den Jahren 2000 bis 2008 von ungefähr 14 % auf ungefähr 19 % zugenommen hat. Diese Mengen an importiertem Bier beinhalten alle Importbiere. Es handelt sich dabei nicht nur um Abinbev- und Modelo-Biere. Wenn nur Abinbev- und Modelo-Biere berücksichtigt werden, errechnet sich aufgrund der Angaben von Abinbev und Modelo für deren Biermarken gemeinsam ein Anteil von weniger als [0 - 10 %] im Jahr 2008 gemessen am Gesamtkonsum in der Schweiz. Gemessen am Total der importierten Biere, beträgt der Anteil von Abinbev- und Modelo-Bieren zusammen anhand der Angaben von Abinbev und Modelo ungefähr [10 - 20 %] im Jahr 2008. Folglich sind die von Abinbev

und Modelo angegebenen Mengen von Abinbev- und Modelo-Bieren, welche in der Schweiz konsumiert werden, sowohl bei Berücksichtigung des Gesamtkonsums als auch bei Berücksichtigung der importierten Biermengen nicht als bedeutsam einzustufen.

94. Die Gesamtmenge an konsumierten Bieren teilt sich unter der vorgenommenen Marktabgrenzung auf den Horeka-Kanal und den Detailhandelskanal auf. Zu den Anteilen dieser beiden Kanäle gemessen am Gesamtkonsum kann auf die Angaben von ABAG und FSG zurückgegriffen werden. Diese Angaben sind in Tabelle 2 enthalten. Tabelle 2 gibt die Mengen an Bier wieder, welche gemäss Schätzungen von ABAG und FSG im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal konsumiert werden.

Tabelle 2: Schätzungen des Gesamtkonsums von Bier (in hl) im Horeka-Kanal und Detailhandelskanal für die Jahre 2004 bis 2008 gemäss ABAG und FSG

Unternehmen	Kanal	Mengen im Jahr				
		2004	2005	2006	2007	2008
ABAG	Horeka	2'216'240	2'107'320	2'144'000	2'140'810	2'150'400
	Detailhandel	2'045'760	2'024'680	2'144'000	2'228'190	2'329'600
	Horeka + Detailhandel	4'262'000	4'132'000	4'288'000	4'369'000	4'480'000
FSG	Horeka	2'643'000	2'285'000	2'515'000	2'524'000	2'567'000
	Detailhandel	1'619'000	1'847'000	1'773'000	1'846'000	1'922'000
	Horeka + Detailhandel	4'262'000	4'132'000	4'288'000	4'370'000	4'489'000

95. Wie Tabelle 2 zeigt, unterscheiden sich die Angaben von ABAG und FSG zu den bei den Kanälen. Weil sich die Angaben unterscheiden, werden für die Anteile des Horeka-Kanals und des Detailhandelskanals die Durchschnitte der Angaben von ABAG und FSG berechnet.

Diese Berechnungen ergeben für die Anteile von Horeka-Kanal und Detailhandelskanal aufgrund der Angaben von ABAG und FSG die (gerundeten) Werte, welche in Tabelle 3 angegeben sind.

Tabelle 3: Schätzungen der Anteile von Horeka-Kanal und Detailhandelskanal am Gesamt-konsum für die Jahre 2004 bis 2008 gemäss ABAG und FSG

Kanal	schätzendes Unternehmen	Anteile im Jahr				
		2004	2005	2006	2007	2008
Horeka	ABAG	52 %	51 %	50 %	49 %	48 %
	FSG	62 %	55,3 %	58,7 %	57,8 %	57,2 %
	Durchschnitt ABAG und FSG	57 %	53,2 %	54,3 %	53,4 %	52,6 %
Detailhandel	ABAG	48 %	49 %	50 %	51 %	52 %
	FSG	38 %	44,7 %	41,3 %	42,2 %	42,8 %
	Durchschnitt ABAG und FSG	43,0 %	46,8 %	45,7 %	46,6 %	47,4 %

96. Die Stellungnahme ABAG ist der Ansicht, dass Tabelle 3 nicht sehr aktuell oder überholt sei, weil FSG Anfang 2010 ihren erstmalig höheren Absatz im Detailhandelskanal im Vergleich zum Horeka-Kanal kommuniziert hätte. Diese Ansicht ist nicht zu teilen, weil Tabelle 3 die Schätzungen von FSG und ABAG über die Aufteilung des Gesamtkonsums auf die zwei Kanäle enthält. Tabelle 3 enthält nicht die individuellen Mengen, welche FSG in den jeweiligen Kanälen absetzte. Dass FSG mehr über den Detailhandelskanal absetzt als über den Horeka-Kanal, widerspricht nicht einem höheren Gesamtkonsum im Horeka-Kanal gegenüber dem Detailhandelskanal. Somit sagt eine Aussage von FSG über ihren individuellen Absatz nichts über die in Tabelle 3 angegebenen Anteile von Detailhandelskanal und Horeka-Kanal aus. Zudem kommunizierte FSG in einer Medienmitteilung anfangs Jahr: "Die Wirtschaftskrise hat 2009 den Trend zur Verlagerung des Konsums von der Gastronomie hin zum Detailhandel noch weiter beschleunigt."²⁰ Ob nun FSG mehr über den Horeka-Kanal

oder über den Detailhandelskanal absetzt, kann aus dieser Aussage nicht abgeleitet werden. Überdies ist der Trend der Verlagerung des Konsums vom Horeka-Kanal zum Detailhandelskanal in den Werten in Tabelle 3 ersichtlich. Tabelle 3 ist somit nicht überholt und gibt die aktuellen Verhältnisse wider.

97. Mit den geschätzten Anteilen des Horeka-Kanals und des Detailhandelskanals können die Mengen für diese beiden Kanäle berechnet werden. Als Grundlage zur Berechnung der konsumierten Mengen in den zwei Kanälen dient der Gesamtkonsum an alkoholischem Bier. Die im Horeka-Kanal und Detailhandelskanal konsumierten Mengen sind in Tabelle 4 enthalten.

²⁰ www.feldschloesschen.com: Medienmitteilung "Feldschlösschen solide in schwierigem Umfeld" vom 23. Februar 2010, besucht am 1. Juni 2010.

Tabelle 4: Konsumierte Mengen in hl im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal für die Jahre 2004 bis 2008 anhand Schätzungen von ABAG und FSG

Kanal		Jahr				
		2004	2005	2006	2007	2008
Horeka + Detailhandel	Gesamtkonsum CH (www.bier.ch , besucht am 1. Juli 2009)	4'262'548	4'132'055	4'288'022	4'369'922	4'489'059
Horeka	Anteil Horeka	57 %	53,2 %	54,3 %	53,4 %	52,6 %
	Menge Horeka in hl	2'429'932	2'196'189	2'329'512	2'332'608	2'360'891
Detailhandel	Anteil Detailhandel	43,0 %	46,8 %	45,7 %	46,6 %	47,4 %
	Menge Detailhandel in hl	1'832'616	1'935'866	1'958'510	2'037'314	2'128'168

98. Basierend auf den Mengen in den zwei Kanälen können dann die entsprechenden Anteile der in der Schweiz konsumierten Mengen von Abinbev- und Modelo-Bieren sowie die Marktanteile von ABAG und FSG bei der Distribution von Bieren berechnet werden.

B.3.3. Anteile Abinbev- und Modelo-Biere im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal

B.3.3.1. Anteile Abinbev- und Modelo-Biere im Horeka-Kanal

99. Gemessen am Gesamtkonsum macht der Horeka-Kanal in den Jahren 2005 bis 2008 etwas mehr als 50 % aus. Beispielsweise im Jahr 2008 beträgt der Anteil des Horeka-Kanals gemäss Angaben von ABAG und FSG 52,6 % (vgl. Tabelle 4). Innerhalb des Horeka-Kanals entwickelten sich die Mengen von Abinbev- und Modelo-Bieren wie in Tabelle 5 dargestellt.

Tabelle 5: Mengen Abinbev- und Modelo-Biere in den Jahren 2004 bis 2008 im Horeka-Kanal (gemäss Angaben von Abinbev und Modelo)

	Mengen (in hl) und Anteil am Konsum im Horeka-Kanal im Jahr									
	2004		2005		2006		2007		2008	
Horeka Total	2'429'932		2'196'189		2'329'512		2'332'608		2'360'891	
Abinbev	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0 - 10 %]	[...]	[0 - 10 %]
Modelo	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0 - 10 %]	[...]	[0 - 10 %]

100. Die Angaben in Tabelle 5 zeigen, dass die Abinbev-Biere am Gesamtkonsum im Horeka-Kanal gemäss den Angaben von Abinbev in den Jahren 2004 bis 2008 weniger als [0 – 10 %] ausmachen. Für die Mengen der Modelo-Biere alleine fallen die Anteile noch geringer aus: [0 – 10 %] oder weniger des Konsums im Horeka-Kanal. Bei einer Berücksichtigung von Abinbev- und Modelo-Bieren zusammen bleibt deren Anteil am Konsum im Horeka-Kanal unter [0 – 10 %]. Somit kann im vorliegenden Fall für den Markt Distribution von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal in Bezug auf Abinbev- und Modelo-Biere nicht von einer bedeutsamen Menge ausgegangen werden.

B.3.3.2. Anteile Abinbev- und Modelo-Biere im Detailhandelskanal

101. Der Anteil des Detailhandelskanals gemessen am Gesamtkonsum in den Jahren 2005 bis 2008 beträgt etwas weniger als 50 %. Im Jahr 2008 beispielsweise macht der Detailhandelskanal ungefähr 47,4 % des Gesamtkonsums aus (vgl. Tabelle 4). Innerhalb des Detailhandelskanals führen die Mengen von Abinbev- und Modelo-Bieren anhand der Angaben von Abinbev und Modelo zu einem gemeinsamen Anteil von weniger als [0 – 10 %] über die Jahre 2004 bis 2008. Bei einer getrennten Betrachtung macht die Menge an Abinbev-Bier

in den Jahren 2004 bis 2008 zwischen [0 – 10 %] und [0 – 10 %] aus. Die Menge an Modelo-Bier beträgt in den Jahren 2004 bis 2008 weniger als [0 - 10 %]. Es kann somit für den Markt Distribution von alkoholischem Bier

im Detailhandelskanal in Bezug auf Abinbev- und Modelo-Biere für den vorliegenden Fall nicht von bedeutsamen Mengen ausgegangen werden.

Tabelle 6: Mengen Abinbev- und Modelo-Biere in den Jahren 2004 bis 2008 im Detailhandelskanal (gemäss Angaben von Abinbev und Modelo)

	Mengen (in hl) und Anteil am Konsum im Detailhandelskanal im Jahr									
	2004		2005		2006		2007		2008	
Detailhandel Total	1'832'616		1'935'866		1'958'510		2'037'314		2'128'168	
Abinbev	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0 - 10 %]	[...]	[0 - 10 %]
Modelo	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0-10 %]	[...]	[0 - 10 %]	[...]	[0 - 10 %]

102. Wie die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte zeigt, sind für die Marktanteile bei der Distribution von Bier in der Schweiz nicht nur die von den Exklusivvereinbarungen betroffenen Biermarken zu berücksichtigen. In die Feststellung dieser Marktanteile fliessen die Mengen an Bier ein, welche die Unternehmen als Distributionsunternehmen absetzen, unabhängig von der Biermarke. Somit berechnen sich die Marktanteile aus dem Verhältnis der abgesetzten Mengen des Unternehmens und dem Gesamtkonsum an Bier in der Schweiz im je-

weiligen Absatzkanal. Die Marktanteile von ABAG und FSG aufgrund ihrer Angaben sind in Tabelle 7 enthalten.

103. Weder Abinbev noch Modelo sind in der Schweiz als Distributionsunternehmen tätig. Damit betragen die Marktanteile von Abinbev und Modelo im Markt der Distribution von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal in der Schweiz 0 %. Ebenso betragen die Marktanteile von Abinbev und Modelo im Markt für die Distribution von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal in der Schweiz 0 %.

Tabelle 7: Marktanteile von ABAG und FSG für die Jahre 2004 bis 2008

Kanal		Jahr				
		2004	2005	2006	2007	2008
Horeka	ABAG Marktanteil	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	FSG Marktanteil	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]	[20 – 30 %]
Detailhandel	ABAG Marktanteil	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]	[0 – 10 %]
	FSG Marktanteil	[40 – 50 %]	[30 – 40 %]	[30 – 40 %]	[40 – 50 %]	[40 – 50 %]

104. Die Angaben in Tabelle 7 zeigen, dass ABAG über die Jahre 2004 bis 2008 sowohl im Horeka-Kanal als auch im Detailhandelskanal über einen Marktanteil von weniger als [0 – 10 %] verfügt. FSG verfügt im gleichen Zeitraum über Marktanteile zwischen [20 – 30 %] und [40 – 50 %].

B.4. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

105. In Bezug auf das Verhalten von FSG ABAG gegenüber ist vorab zu prüfen, ob dieses allenfalls als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren ist.

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

107. Ob FSG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann offengelassen werden, da für den vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG bestehen.

108. FSG hat ABAG angeboten sie entweder als normalen Depositär oder als Partner mit entsprechenden Vorzugskonditionen zu beliefern. Eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG ist demnach nicht gegeben. Eine Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG kann ebenfalls verneint werden. Als normaler Depositär wäre die ABAG behandelt worden wie andere Abnehmer. Die der ABAG offerierten Sonderkonditionen hätte sie im Vergleich zu anderen Abnehmern nicht diskriminiert, sondern wegen günstigeren Konditionen privilegiert. Es sind deshalb keine Anzeichen für einen Behinderungs- oder Diskriminierungstatbestand nach Art. 7 KG zu Lasten von ABAG vorhanden.

109. Gemäss Stellungnahme FSG wurde die Untersuchung nicht mit Hinblick auf die Prüfung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG eröffnet. Untersuchungsthema sei einzig, ob eine Vereinbarung über ein Passivverkaufsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliege. Ausführungen zur Marktbeherrschung entbehrten deshalb im vorliegenden Verfahren jeglicher Grundlage. FSG sei im Übrigen nicht marktbeherrschend. Dieser Meinung sei auch die WEKO, habe sie doch den Wettbewerbsdruck im Schweizer Biermarkt erst vor Kurzem im Fusionskontrollverfahren Heineken/Eichhof erneut bestätigt.

110. Es trifft zu, dass die Untersuchung nicht zur Prüfung der Frage eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet wurde. Aber wie bereits erwähnt, soll mit der vorliegenden Untersuchung geprüft werden, ob Importe von Biermarken der Brauereien Abinbev und Modelo möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (vgl. Rz. 61, Rz. 133). Demgemäss beschränkt sich das Untersuchungsthema nicht – wie von der Stellungnahme FSG behauptet – darauf, ob eine Vereinbarung über ein Passivverkaufsverbot im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt. Zudem kann aus der Beurteilung der WEKO im Fall Heineken/Eichhof in Bezug auf die Stellung von FSG im Bereich der Distribution nichts abgeleitet werden. Im Fall Heineken/Eichhof nimmt die Beurteilung für den Bereich der Distribution keinen Bezug auf FSG.²¹ FSG ist nicht erwähnt.

111. [...]

112. [...]

113. Gemäss Stellungnahme ABAG sei vom Sekretariat abzuklären und festzustellen, dass FSG im Lichte der jüngsten Entwicklungen auf dem Biermarkt als marktbeherrschend zu bezeichnen ist. Den Missbrauch sieht die Stellungnahme ABAG [...] Der Missbrauch manifestiere sich insbesondere darin, dass ABAG nicht zu den vormaligen Brauereipreisen hätte einkaufen können. Als Beispiel nennt die Stellungnahme ABAG ein Angebot für die Abnahme von ganzen LKW-Ladungen, welches preislich deutlich höher als das Angebot gegenüber den direkten Gastrokunden gelegen hätte. Zudem seien die von FSG angebotenen Vertragsbedingungen keine Sonderkonditionen, weil die Konditionen nur bei einem Exklusiv-bezug bei FSG gegolten hätten. Parallelimporte wären somit für ABAG nicht mehr möglich gewesen. ABAG hätte die den Sonderkonditionen zu Grunde gelegten Umsatzzahlen wohl auch nicht erreicht, weil ABAG ihre Kunden an FSG verloren hätte. Heute würden die Abinbev- und Modelo-Produkte direkt durch die vertikal integrierten Kanäle von FSG zu den Gastronomen und Detailhändlern gehen. Dass die Produkte für die Getränkehändler nicht sehr bedeutend seien, zeige auch der schwache Rücklauf bei der Umfrage bei den Getränkehändlern. Als Beleg für die Wichtigkeit der Direktverteilung für FSG sieht die Stellungnahme ABAG den Umstand, dass FSG von 600 neuen Gastrokunden 97 % selber mit ihrem vertikalen Vertriebssystem beliefert. Von den 600 neuen Gastrokunden würden 3 % von anderen Depositären beliefert.

114. Gemäss Stellungnahme ABAG sei seit dem bewilligten Zusammenschluss von Heineken und Eichhof erstellt, dass auf dem schweizerischen Biermarkt gemeinsam mit Carlsberg-Feldschlösschen ein Duopol bestehe, welches mit einem Marktanteil von über 80 % eine kollektive Marktkontrolle ausübe. Der Missbrauch dieser (relativen) marktbeherrschenden Stellung bestünde in der Verunmöglichung von Parallelimporten und in der Preispolitik. Die Preispolitik hätte insbesondere unterschiedliche Preisfestlegungen und gezielte Preisunterbietungen zum Inhalt. Solche Praktiken würden beispielsweise gegenüber Heineken, welche die Stellungnahme ABAG als Hauptkonkurrenz von FSG bezeichnet, ausgeübt. Bekanntlich seien den Handelsgesellschaften von Heineken der Einkauf von FSG Bieren nur zu nachteiligen Bedingungen offeriert worden.

115. Auf die Vorbringen der Stellungnahme ABAG muss wie bei der Stellungnahme FSG festgehalten werden, dass mit der vorliegenden Untersuchung geprüft werden soll, ob Importe von Biermarken der Brauereien Abinbev und Modelo möglich sind und ob allenfalls bei einer Unmöglichkeit von Parallelimporten eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dies wurde auch ABAG in fast genau diesen Worten im Rahmen der Untersuchungseröffnung mitgeteilt. Die Untersuchung wurde nicht eröffnet, um einen allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu prüfen. Eine Untersuchungseröffnung mit der Fragestellung zu Parallelimporten entspricht sogar dem Anliegen von ABAG, welche mit Schreiben vom 3. September 2008 an den Präsidenten der WEKO die Eröffnung einer Untersuchung begehrt. In diesem Schreiben bringt ABAG bezüglich Vorkehrungen zur Eröffnung einer Untersuchung folgende Bemerkung an: "Zu Recht sieht es die Wettbewerbskommission als eine ihrer wichtigsten Aufgaben an, im Jahre 2008 Fälle zu Art. 5 Abs. 4 KG zu entscheiden, da ihre Praxis zu dieser wichtigen neuen Regel bis heute nicht besteht." Der WEKO komme eine wichtige Aufgabe für die Anwendung und den praktischen Wert der Gesetzesbestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG zu. Überdies besteht weder für Beteiligte noch für Dritte ein Rechtsanspruch auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens.²²

116. Des Weiteren sind die Ausführungen von ABAG zu einem allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unklar. Einerseits verlangt die Stellungnahme ABAG, FSG als marktbeherrschend zu qualifizieren. Andererseits geht die Stellungnahme ABAG von einem Duopol von Heineken/Eichhof gemeinsam mit Carlsberg/FSG aus, welches eine kollektive Marktkontrolle ausübe. An anderen Stellen geht die Stellungnahme ABAG für Carlsberg/FSG von einer faktischen Monopolstellung bezüglich Abinbev- und Modeo-Bieren in der Schweiz aus, beziehungsweise von einer beherrschenden Stellung im Bereich Premium-Import, beziehungsweise von einer marktmächtigen FSG. Auch ist bei der

²¹ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 430 f., Rz. 92 ff.

²² BGE 135 II 60, S. 68, E. 3.1.2.

Geltendmachung einer allfällig kollektiven Marktbeherrschung von Heineken/Eichhof und Carlsberg/FSG die Aussage der Stellungnahme ABAG unklar, dass Carlsberg/FSG gegenüber dem Hauptkonkurrenten Heineken diskriminierende Praktiken nach Art. 7 KG ausübe: Carlsberg/FSG habe den Handelsgesellschaften von Heineken den Einkauf von FSG Bieren nur zu nachteiligen Bedingungen offeriert. Hierzu kann noch angefügt werden, dass die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zwischen Heineken und der Eichhof Getränke-division zwar Potenzial für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Heineken/Eichhof und Carlsberg/Feldschlösschen/Kronenbourg ergab.²³ Aber die Prüfkriterien ergaben keinen Beleg für die Stabilität und Nachhaltigkeit dieser allfälligen kollektiven Marktbeherrschung.

117. Schliesslich sind den Vorbringen der Stellungnahme zu einem allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung die Marktanteile von FSG in den Märkten Distribution von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal und Distribution von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal entgegenzuhalten. Aus Tabelle 7 ist ersichtlich, dass FSG über die Jahre 2004 bis 2008 bei der Distribution von alkoholischem Bier einen Marktanteil zwischen ungefähr [20 – 30 %] und [20 – 30 %] hält. Bei der Distribution von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal beträgt der Marktanteil in den Jahren 2004 bis 2008 zwischen [30 – 40 %] und [40 – 50 %]. An dieser Stelle ist auch zu bemerken, dass aus der Stellungnahme ABAG nicht hervorgeht, auf welchem Biermarkt oder welchen Biermärkten sich die Stellungnahme ABAG bezieht.

B.5. Wettbewerbsabrede: Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, ABAG – Modelo, FSG – Abinbev und FSG – Modelo als Teile der Vertriebssysteme von Abinbev und Modelo

B.5.1. Wettbewerbsabrede

118. 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). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

119. Im vorliegenden Fall sind die Exklusivvereinbarungen zwischen ABAG und Abinbev sowie ABAG und Modelo einerseits, und zwischen FSG und Modelo sowie FSG und Abinbev andererseits, Teile von jeweils einem welt- bzw. europaweiten Vertriebssystem. So ist Abinbev in Westeuropa in den Ländern Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Grossbritannien/Nordirland, Deutschland und Italien mit eigenen Unternehmen tätig.²⁴ In anderen Ländern wie der Schweiz erfolgt der Verkauf von Abinbev-Bieren durch andere Unternehmen. Auch Modelo ist in Europa sowohl mit eigenen Unternehmen als auch mit fremden Distributoren vertreten.

120. In einer Situation ohne Exklusivvereinbarungen hätten grundsätzlich alle Zwischenhändler in der Schweiz die Möglichkeit, entsprechende Biere direkt von den Brauereigruppen Abinbev und Modelo zu beziehen. Diese Situation mit Direktbezug für mehrere Zwischenhändler wie FSG, ABAG und Andere ist in Abbildung 3 dargestellt.

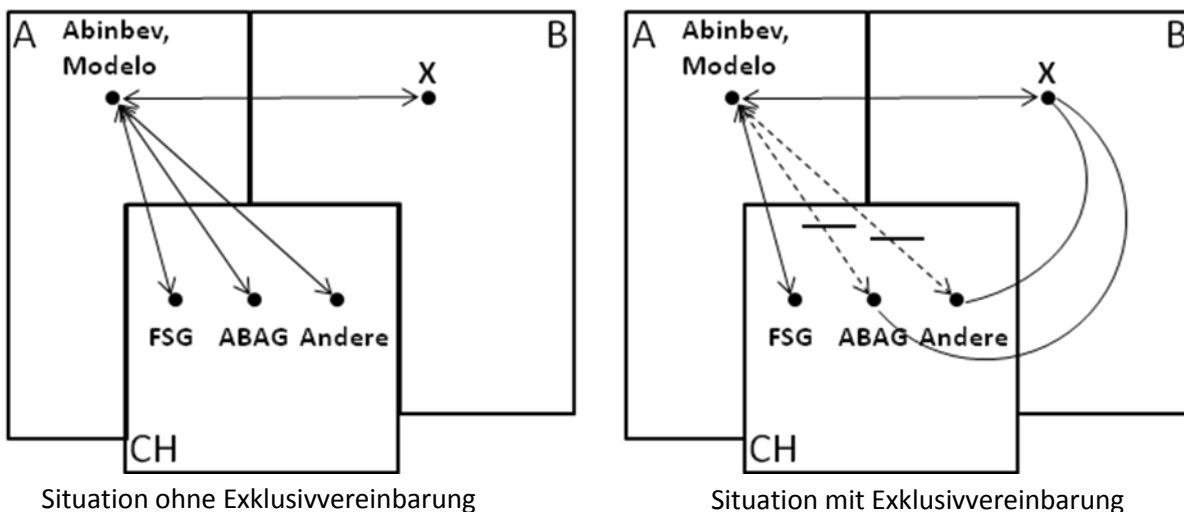


Abbildung 3: Vergleich Situation ohne Exklusivvereinbarung und Situation mit Exklusivvereinbarung

²³ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 450, Rz. 252 ff.

²⁴ Guide to our business, www.ab-inbev.com, besucht am 14. Dezember 2009.

121. Im Gegensatz dazu erhält in einer Situation mit Exklusivvereinbarungen wie beispielsweise diejenigen zwischen ABAG und Abinbev, ABAG und Modelo, FSG und Abinbev sowie FSG und Modelo jeweils nur ein Unternehmen die Möglichkeit des Direktbezuges der entsprechenden Bieren für einen Import in die Schweiz. Diese Situation mit Exklusivvereinbarung für den Direktbezug von nur FSG ist ebenfalls in Abbildung 3 dargestellt. Im Vergleich zur Situation ohne Exklusivvereinbarungen schliesst die Situation mit Exklusivvereinbarungen schweizerische Zwischenhändler wie ABAG und Andere von einem Direktbezug aus. Die vom Direktbezug ausgeschlossenen Zwischenhändler müssen dann für den Kauf von Biermarken von Abinbev und Modelo den Weg des Parallelimportes via Zwischenhändler X in Land B gehen, wenn sie nicht vom Zwischenhändler mit Exklusivbezugsrecht kaufen wollen. Zwischenhändler X wiederum kann über eine (Exklusiv-)Vereinbarung in das jeweilige Vertriebssystem von Abinbev und Modelo eingebunden sein.

122. Aus dem Vergleich zwischen der Situation ohne Exklusivvereinbarung und der Situation mit Exklusivvereinbarung geht hervor, dass die vorliegenden Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, ABAG – Modelo, FSG – Abinbev sowie FSG – Modelo grundsätzlich auch eine Auswirkung auf die Schweiz haben. Diese Auswirkung besteht im Wegfall der Direktbezugsmöglichkeiten von schweizerischen Unternehmen, welche die Exklusivvereinbarung nicht eingegangen sind. Dadurch stellt sich dann die Frage nach Parallelimporten der Biermarken von Abinbev und Modelo in die Schweiz. Insofern stellen die Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, ABAG – Modelo, FSG – Abinbev sowie FSG – Modelo im vorliegenden Fall den Ausgangspunkt dar. Daher stellt sich zunächst die Frage, ob diese Exklusivvereinbarungen Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.

123. Zwischen ABAG und Abinbev bestand ab zumindest dem Jahr [...] eine Exklusivvereinbarung für den Import von Abinbev-Bier in die Schweiz durch die ABAG. Aufgrund dieser Exklusivvereinbarung war die ABAG für die Jahre [...] Exklusivimporteurin von verschiedenen Abinbev-Bieren. Ab dem Jahr [...] löste FSG die ABAG als Exklusivimporteurin der entsprechenden Abinbev-Biere ab.

124. Die Exklusivvereinbarung zwischen der ABAG und Modelo dauerte von [...] bis Ende des Jahres [...]. Ab dem Jahr [...] löste FSG die ABAG als Unternehmen mit Exklusivrechten für den Import von Modelo-Bier in die Schweiz ab.

125. Bei allen vier Vereinbarungen (ABAG – Abinbev, FSG – Abinbev, ABAG – Modelo und FSG – Modelo) handelt es sich um schriftliche Vereinbarungen über die Distribution und den Verkauf von Bier in der Schweiz. Diese Vereinbarungen enthalten Verpflichtungen, welche sich rechtlich durchsetzen lassen. Somit stellen alle vier Vereinbarungen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken dar. Das erste Tatbestandselement der Abrede ist somit erfüllt.

126. Eine Wettbewerbsabrede liegt vor, wenn durch sie eine Einschränkung des freien Wettbewerbs bezweckt werden soll oder wenn sie dies tatsächlich bewirkt. Dies trifft selbst dann zu, wenn eine Einschränkung des Wett-

bewerbs nicht gewollt war oder wenn eine Einschränkung nicht gelingen sollte, aber die Abrede immerhin grundsätzlich dazu geeignet wäre.²⁵

127. Grundsätzlich wird mit einer Wettbewerbsabrede in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingegriffen. Dadurch erfolgt eine Beeinträchtigung der freien Festlegung einzelner Wettbewerbsparameter auf einem bestimmten Markt. Es liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.²⁶ Wettbewerbsbeschränkungen können die freie Festlegung von beispielsweise folgenden Wettbewerbsparametern beeinträchtigen: Preis, Qualität, Geschäftsbedingungen, Bezugsquellen, Lieferbereitschaft.

128. Die Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, FSG – Abinbev, ABAG – Modelo und FSG – Modelo bestimmen jeweils ein Unternehmen als Exklusivvertreiberin der entsprechenden Produkte. Damit beliefern Abinbev und Modelo ausschliesslich ein Unternehmen in der Schweiz mit ihren Bieren. Vereinbarungen dieser Art fasst die ökonomische Literatur beispielsweise unter "exclusive territories" zusammen. Der Effekt von solchen Vereinbarungen ist der Ausschluss aller Zwischenhändler ausser einem vom Zugang zum Produkt.²⁷ Folglich erfolgen durch die genannten Exklusivvereinbarungen Beeinträchtigungen der freien Festlegung von Wettbewerbsparametern wie Bezugsquellen oder Lieferbereitschaft.

129. Somit beinhalten alle zu untersuchenden Vereinbarungen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung. Das zweite Tatbestandselement für eine Abrede ist auch erfüllt.

130. Weil die Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, FSG – Abinbev, ABAG – Modelo und FSG – Modelo die Tatbestandselemente a) bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung erfüllt sind, sind die Exklusivvereinbarungen als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs.1 KG zu qualifizieren.

131. In die Vertriebssysteme von Abinbev und Modelo sind auch Zwischenhändler im Ausland eingebunden. Somit sind auch die Vertriebssysteme von Abinbev und Modelo zu berücksichtigen. Für Abinbev gilt allgemein, dass in Ländern, in denen Abinbev keine Niederlassung besitzt und nicht über ein operatives Geschäft verfügt, Abinbev in der Regel mittel- und langfristige Distributionsverträge mit einer relativ geringen Anzahl von Partnern abschliesst, anstatt einzelne Spontanverkäufe zu tätigen. Davon ausgehend sind ebenfalls andere Vereinbarungen mit Auswirkungen in die Schweiz, welche Teil der Vertriebssysteme von Abinbev und Modelo sind, als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bewerten.

²⁵ PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1316.

²⁶ PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1338 ff.

²⁷ MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 341.

132. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass man bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette oder des Produktionsprozesses von Vertikalabreden spricht.²⁸ Im vorliegenden Fall übernimmt FSG den Verkauf und die Distribution von Abinbev- und Modelo-Bieren für die beiden Unternehmen. In ihrer Funktion als Distributionsunternehmen ist FSG im vorliegenden Fall aufgrund der Exklusivvereinbarungen auf einer anderen Stufe als Abinbev und Modelo tätig.

133. Für die Stellungnahme FSG liegt eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG im Bereich der Passivverkaufsverbote nur dann vor, wenn der Lieferant und der Wiederverkäufer bewusst und gewollt im Hinblick auf die Festlegung eines Passivverkaufsverbotes zusammenwirken. Deshalb müsse nachgewiesen werden, dass sowohl FSG als auch Abinbev beziehungsweise sowohl FSG als auch Modelo bewusst und gewollt im Hinblick auf die Festlegung eines Passivverkaufsverbots, das Verkäufe nicht-schweizerischer Vertriebspartner von Abinbev beziehungsweise Modelo in die Schweiz untersage, zusammenwirkten. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die Beurteilung, ob im vorliegenden Fall Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG bestehen, hängt nicht von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken im Hinblick auf die Festlegung von Passivverkaufsverböten ab (vgl. Rz. 61, Rz. 110). Die Frage ist, ob die Vereinbarungen ABAG – Abin-bev, FSG – Abinbev, ABAG – Modelo und FSG – Modelo Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Andernfalls wären beispielsweise Exklusivvereinbarungen ohne Passivverkaufsverböte keine Wettbewerbsabreden im kartellrechtlichen Sinn.

134. Nach Auffassung der Stellungnahme FSG sei das Fehlen von Passivverkäufen in die Schweiz zum Vornherein nicht entscheidend für die Frage, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken und damit eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege. Es sage nämlich nichts darüber aus, ob die Vertragsparteien sich bewusst und gewollt miteinander auf die Verhinderung von Passivverkäufen durch nicht-schweizerische Vertriebspartner in die Schweiz geeinigt haben. So könne das Fehlen von Passivverkäufen zum Beispiel darauf zurückzuführen sein, dass sich Parallelimporte wegen tiefen Produktionspreisen in der Schweiz nicht lohne. Das Fehlen von Parallelimporten in die Schweiz müsse nicht zwingend das Resultat eines Passivverkaufsverbots sein. Damit stimme auch das Sekretariat überein, wenn es festhalte: "Die blosse Möglichkeit passiver Verkäufe reicht aus, um die betreffenden Abreden dem Vermutungstatbestand [von Art. 5 Abs. 4 KG] zu entziehen."²⁹ Mithin sei das Fehlen von Parallelimporten höchstens ein schwaches Indiz für ein Passivverkaufsverbot. Im Übrigen sage das Fehlen von Parallelimporten nichts darüber aus, ob FSG wissentlich und willentlich an einer Abrede beteiligt sei, die Passivverkäufe in die Schweiz ausschliesse. Das Fehlen von Parallelimporten könne den Nachweis eines Passivverkaufsverbotes nicht im erforderlichen Beweismass erbringen. Tatsächlich seien aber ohnehin tatsächliche Parallelimporte aktenkundig.

135. Auch dieser Auffassung der Stellungnahme FSG ist nicht zu folgen. Wie bereits mehrfach erwähnt, entschei-

det das Vorhandensein oder Fehlen von Passivverkaufsverböten nicht über die Beurteilung von bewusstem und gewolltem Zusammenwirken und damit über eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz. 61, Rz. 133). Zudem liegt eine Wettbewerbsabrede auch vor, wenn sie eine Einschränkung des freien Wettbewerbs bewirkt (auch wenn dies nicht gewollt war).³⁰ Die Wettbewerbsbehörden können also gegen Wettbewerbsabreden vorgehen, die sich beschränkend auf den Wettbewerb auswirken, ohne eine Absicht der an ihr beteiligten Unternehmen nachweisen zu müssen. In diesem Fall ist eine wissentliche und willentliche Beteiligung keine Voraussetzung für eine Wettbewerbsabrede. Der Nachweis eines Unrechtsbewusstseins oder sogar eines Willens der Beteiligten, eine kartellrechtswidrige Abrede einzugehen, ist nicht erforderlich.³¹

136. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei den vorliegenden Exklusivvereinbarungen um Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs.1 KG handelt, für die geprüft werden muss, ob sie Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen.

B.5.2. Keine Vermutung der Beseitigung des wirk-samen Wettbewerbs

137. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

138. Gemäss Praxis der WEKO fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sogenannt absoluter Gebietsschutz).³²

139. Hintergrund von Art. 5 Abs. 4 KG sind zwei Aspekte: Zum einen soll verhindert werden, dass ein Vertriebspartner beim Verkauf der Vertragsprodukte in seinem Gebiet absolut vor Konkurrenz durch andere Vertriebspartner geschützt wird. Zum anderen soll verhindert werden, dass ein Lieferant Preisdifferenzierungen von Gebiet zu Gebiet durchsetzen kann, da Voraussetzung für ein solches Vorgehen die Unterbindung des

²⁸ MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 302.

²⁹ Antrag des Sekretariats vom 2. März 2010, Rz. 138.

³⁰ PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1316.

³¹ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010, S. 163, Rz. 71; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005, Art. 4 Rz. 3 ff.; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (BBI 2002 I 2034, Abschnitt 2.1.1).

³² Gaba, RPW 2010/1, Rz. 98 ff.

Handels zwischen den verschiedenen Vertriebsgebieten, d. h. eine Abschottung der Vertriebsgebiete voneinander, ist.³³ Im Gegensatz zum absoluten Gebietsschutz ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt, wenn bei Zuweisung von Vertriebsgebieten jeder Vertriebspartner jeden Nachfrager, seien dies Endabnehmer oder Händler, aus anderen Vertriebsgebieten mindestens auf Anfrage hin mit Vertragsprodukten beliefern darf und dabei bei der Preisgestaltung nicht durch eine Abrede beschränkt ist. Somit erfüllen Aktivverkaufsverbote im Gegensatz zu Passivverkaufsverboten den Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht.³⁴

B.5.2.1. Kein Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete

140. Die Verträge zwischen ABAG und Abinbev bzw. Modelo sowie zwischen FSG und Abinbev bzw. Modelo enthalten keine Klauseln, die ABAG oder FSG einen absoluten Gebietsschutz in der Schweiz garantieren bzw. garantiert haben. Allerdings besteht das Vertriebsgebiet Schweiz aufgrund der Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, ABAG – Mode-lo, FSG – Abinbev und FSG – Modelo als Teil der Vertriebssysteme von jeweils Abinbev und Modelo neben anderen Vertriebsgebieten. Insofern geht die Frage dahin, ob durch die Exklusivvereinbarungen zum Vertrieb von einzelnen Produkten ein schweizerischer Markt von entsprechenden Märkten in der EU abgeschottet wird und ob Vertriebspartner, die im Raum der EU ansässig sind, in der Schweiz verkaufen dürfen, und zwar zu den von ihnen frei festgesetzten Preisen, und ob sie dies auch tatsächlich tun.³⁵ Indizien in Bezug auf diese Fragestellung könnten Passivverkaufsverbote in Vertriebsverträgen ausländischer Distributoren oder die Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz sein. Verträge mit solchen Klauseln liegen im vorliegenden Fall nicht vor.

141. Gemäss Stellungnahme ABAG würden Passivverkaufsverbote kaum noch schriftlich vorgesehen. Aus der Feststellung, dass in den Verträgen nichts Derartiges vereinbart würde, lasse sich noch keine wettbewerbsrechtliche Beurteilung ableiten. Vielmehr sei zu untersuchen, ob die entsprechenden Konzerne den Parallelimport in faktischer Hinsicht verhinderten. Als Beleg dafür erachtet die Stellungnahme ABAG ihre Beilage 2, Akte Nr. 13 und die Aussage eines ehemaligen Abinbev-Mitarbeiters, dass er solchen Anfragen eine Absage erteilt habe. Die Aussage des ehemaligen Abinbev-Mitarbeiters kann nicht als Beleg gewertet werden, weil er bei Abinbev arbeitete und Abinbev Exklusivvereinbarungen mit Vertriebspartnern abschliesst. Unter diesen Exklusivvereinbarungen kann nur das an der Exklusivvereinbarung beteiligte Unternehmen – heute FSG, früher ABAG – direkt vom Hersteller importieren. Zu Akte Nr. 13 ist zu sagen, dass diese bereits in die im Antrag des Sekretariats vom 2. März 2010 enthaltene Auswertung eingegangen ist. Diese Auswertung folgt untenstehend in Rz. 149 ff.

142. In den vier Exklusivvereinbarungen ABAG – Abinbev, FSG – Abinbev, ABAG – Modelo und FSG – Modelo finden sich keine Passivverkaufsverbote. Die Stellungnahme FSG bestätigt diese Feststellung insofern, dass sowohl der Vertriebsvertrag zwischen FSG und

Abinbev als auch der Vertriebsvertrag zwischen FSG und Modelo Passivverkäufe von FSG ins Ausland zulässt. Modelo gibt an, dass die gleiche Art von Exklusivverträgen wie derjenige mit FSG für ihr Vertriebsnetz benützt wird. Abinbev führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich aus keiner Regelung der Exklusivvereinbarung mit FSG eine Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz ergibt. Weder direkt noch indirekt erschwere Abinbev den Verkauf zu Kunden in die Schweiz. Ebenfalls würde Abinbev keine Kunden weder direkt noch indirekt verpflichten, nicht in die Schweiz zu liefern. Zu keiner Zeit habe Abinbev einen Kunden, der ihre Marken in die Schweiz verkaufe, benachteiligt oder ihm ausdrücklich oder stillschweigend mit einer Benachteiligung gedroht. Abinbev bestreitet ausdrücklich jedwede allfällige Behauptung, sie hätte sich an solchen Verhaltensweisen beteiligt oder diese unterstützt. Modelo gibt an, dass in ihrem Vertriebsnetz keine Beschränkungen von Passivverkäufen in die Schweiz oder in andere Länder bestehen. Die Verträge mit den Vertriebspartnern von Modelo würden Passivverkäufe weder verbieten noch in irgendeiner Weise beschränken. Es seien den Partnern von Modelo freigestellt, Modelo-Biere in alle denkbaren Destinationen zu verkaufen, sofern sie von potenziellen Käufern zu diesem Zweck angegangen werden. Dazu erläutert Modelo, dass sie von ihren Handelspartnern nicht verlangt, auf Parallelimporte zu verzichten. Dementsprechend würde Modelo keinerlei Strafmassnahmen gegenüber Unternehmen verhängen, welche Modelo-Produkte kaufen und diese dann in die Schweiz liefern.

143. Gemäss Stellungnahme FSG haben Modelo beziehungsweise Abinbev mit ihren nicht-schweizerischen Geschäftspartnern keine Passivverkaufsverbote für Lieferungen in die Schweiz abgeschlossen. Dies hätten nicht nur Abinbev und Modelo bestätigt. Auch zwei nicht-schweizerische Vertragspartner von Modelo hätten dies bestätigt. Demnach seien Passivverkäufe in das vertragliche Liefergebiet von FSG möglich (genauso wie auch Passivverkäufe von FSG ins Ausland möglich seien).

144. Auch ABAG als Anzeigerin führt aus, dass heute keine Passivverkaufsverbote mehr in den entsprechenden Distributionsverträgen zu finden seien. Allerdings bestreitet die Stellungnahme ABAG die in Rz. 142 dargestellten Ausführungen von Abinbev und Modelo: Ein nicht in ein selektives Vertriebssystem eingebundenes Handelsunternehmen sei beim Importversuch von Abinbev- und Modelo-Bier mit unzähligen Schwierigkeiten konfrontiert. Als Beispiele nennt die Stellungnahme die Folgenden:

- Die Bezugsquellen seien in Bezug auf Menge, Verfügbarkeit, Lieferdaten und Preise der Produkte nicht verlässlich.

³³ ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, S. 41 ff.

³⁴ PATRIK DUCREY, in: Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, Rz. 1378 ff., JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 5 Rz. 43.

³⁵ ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, S. 41.

- Die Ware sei teilweise überaltert oder die entsprechenden Ablaufdaten seien zu kurzfristig.
- Die Inhaltsangaben erfüllten die Anforderungen an die gesetzlichen Deklarationspflichten in der Schweiz nicht.
- Die Produkte würden mit einer Vielzahl von unterschiedlichen Ländercodes, Labels, Verpackungen, EAN-Barcodes, Produkte- und Destinationskennzeichnungen beschriftet, was weniger der lebensmittelrechtlich erforderlichen Rückverfolgbarkeit als vielmehr der stringenten Marktkontrolle diene.
- Die Regionenvertreter seien gehalten, nicht über das ihnen zugewiesene Vertriebsgebiet zu liefern, ansonsten diese sanktioniert werden.
- Die Angebote enthielten in preislicher Hinsicht keine im Bierabgabepreis bereits einkalkulierten Pay-Backs mehr.
- Der Parallelimporteur erhalte im Gegensatz zum Exklusivvertreiber keine Marketingbudgets und habe damit beim Absatz erheblich höhere Kosten zu tragen.
- Der Parallelimporteur habe Strafzölle zu entrichten, da ihm die für den Import erforderlichen Dokumente nicht verfügbar seien.
- Die Preise auf dem "Parallelmarkt" seien schlicht zu hoch: bestimmte Biere ([...] zum Beispiel) seien dabei [...] pro Einheit erhältlich [...], wogegen FSG jederzeit verlässlich zum Preis von ca. CHF 0.80 beziehen könne.

145. An dieser Stelle ist zunächst die von der Stellungnahme ABAG für den vorliegenden Fall mehrmals verwendete Bezeichnung des selektiven Vertriebssystems klarzustellen. Selektiver Vertrieb erlaubt nur einem bestimmten Typ – üblicherweise in bestimmten Bedingungen spezifiziert – von Händlern, die Marke eines Herstellers zu führen.³⁶ Selektive Vertriebsverträge sind eine Unterart des Alleinvertriebsvertrags.³⁷ Charakteristisch für diese ist, dass der Hersteller nur ausgewählte Einzelhändler (sogenannte autorisierte Händler) beliefert. Die Belieferung wird davon abhängig gemacht, dass die Einzelhändler vom Hersteller festgesetzte Voraussetzungen erfüllen. Im vorliegenden Fall importiert aber nur ein Unternehmen Abinbev- und Modelo-Biere direkt von den Herstellern in die Schweiz. Die Vereinbarungen zwischen ABAG und Abinbev, ABAG und Modelo, FSG und Abinbev sowie FSG und Modelo sind exklusiv. Es sind nicht mehrere ausgewählte Händler, welche direkt vom Hersteller importieren. Daher liegt kein selektives Vertriebssystem vor. Bei den betrachteten Vereinbarungen handelt es sich um Alleinvertriebsverträge oder Exklusivvereinbarungen.

146. Dann muss in Bezug auf die angeblichen Schwierigkeiten bereits hier auf die von ABAG vertretene Ansicht der faktischen Unmöglichkeit eingegangen werden (vgl. auch Rz. 182 f.). Für die Stellungnahme ABAG (wie in früheren Eingaben von ABAG [vgl. A.4.1]) ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG bei einer faktischen Unmöglichkeit von Parallelimporten erfüllt. Als faktisch unmöglich sieht die Stellungnahme ABAG Parallelimporten,

wenn diese nicht zu wettbewerbsfähigen Konditionen möglich sind beziehungsweise in wirtschaftlicher Hinsicht uninteressant sind. Dieser von ABAG postulierte Voraussetzung der faktischen Unmöglichkeit für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG ist aus folgenden Gründen nicht zu folgen. Wie bereits erwähnt, ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt, wenn bei Zuweisung von Vertriebsgebieten jeder Vertriebspartner jeden Nachfrager, seien dies Endabnehmer oder Händler, aus anderen Vertriebsgebieten mindestens auf Anfrage hin mit Vertragsprodukten beliefern darf und dabei bei der Preisgestaltung nicht durch eine Abrede beschränkt ist (vgl. Rz. 139 und Rz. 147). Zudem sind administrative Hürden wie die von der Stellungnahme ABAG beispielsweise genannten Strafzölle oder der lebensmittelrechtlich vorgeschriebenen Rückverfolgbarkeit Fragestellungen im Zusammenhang mit der Thematik Cassis-de-Dijon. Bereits im Jahr 2006 plädiert die WEKO für die Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips.³⁸ Allerdings sind diese administrativen Hürden nicht den hier zur Diskussion stehenden Unternehmen anzulasten.

147. In diesem Zusammenhang ist auf den Fall Gaba hinzuweisen.³⁹ Im Fall Gaba stellt die WEKO für eine gewisse Zeitspanne, in welcher ein Passivverkaufsverbot (im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems) bestand, eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG fest.⁴⁰ Für die Zeitspanne des vereinbarten Passivverkaufsverbots greift Art. 5 Abs. 4 KG. Es liegt ein absoluter Gebietschutz vor. Dementsprechend setzt sich die WEKO bei der Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG mit der Fragestellungen der Arbitragemöglichkeit und der Parallelimporte auseinander.⁴¹ Im Rahmen der Bearbeitung dieser Fragestellungen berücksichtigt die WEKO ähnliche wie von der Stellungnahme ABAG geltend gemachte Schwierigkeiten: beispielsweise mit Parallelimporten verbundener administrativer Aufwand, Verfügbarkeit der nachgefragten Mengen oder fehlende Verkaufunterstützung. Im Gegensatz zur festgestellten Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG ist für die WEKO für die Zeitspanne nach Aufhebung des Passivverkaufsverbots nicht erstellt, dass mit dem entsprechenden Vertragswerk eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.⁴²

148. An dieser Stelle ist zwischen einer de facto Verhinderung von Parallelimporten und dem Fehlen von Parallelimporten aus betriebswirtschaftlichen Gründen zu unterscheiden (vgl. Rz. 139). Wie bei vertraglichen Passivverkaufsverboten wird bei einer de facto Verhinderung von Parallelimporten ein absoluter Gebietschutz

³⁶ MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 304.

³⁷ ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 66.

³⁸ Medienmitteilung WEKO vom 4. April 2006; Weko-Jahrespressekonferenz: Systematischer Einsatz für mehr Wettbewerb.

³⁹ Gaba, RPW 2010/1, S. 65 ff.

⁴⁰ Gaba, RPW 2010/1, Rz. 135 und Rz. 168.

⁴¹ Gaba, RPW 2010/1, S. 90, Rz. 208 ff.

⁴² Gaba, RPW 2010/1, S. 80, Rz. 130 ff.

erreicht. Dies erachtet die WEKO als kartellrechtlich unzulässig. Im Gegensatz zu einer de facto Verhinderung von Parallelimporten führt die fehlende Rentabilität von Parallelimporten nicht zu einem absoluten Gebietschutz, welcher kartellrechtlich unzulässig ist.

149. Allerdings steht die von der Stellungnahme ABAG genannte Schwierigkeit, dass die Regionenvvertreter bei Lieferungen ausserhalb des ihnen zugewiesenen Vertriebsgebiets sanktioniert würden, im Zusammenhang mit der Fragestellung des Ausschlusses von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete.

150. Somit ist zu überprüfen, ob Parallelimporte in die Schweiz tatsächlich möglich sind. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte dies darauf hindeuten, dass Abinbev und Modelo ihren Vertriebspartner absoluten Gebietschutz garantieren. Sowohl Abinbev als auch Modelo machen geltend, dass ihre Vertriebspartner frei sind, Lieferungen in fremde Gebiete zu tätigen. Um diese Behauptung zu überprüfen, hat das Sekretariat mittels einer Befragung versucht zu ermitteln, ob und in welchem Umfang Parallelimporte von Abinbev- und Modelo-Bieren möglich sind.

151. Zur Möglichkeit und Durchführung von Parallelimporten befragte das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung und der Untersuchung 30 Unternehmen. Bei diesen Unternehmen handelt es sich um schweizerische Bierimportunternehmen, schweizerische Getränkegrossisten, ein schweizerisches Detailhandelsunternehmen, den Schweizer Brauerei-Verband, den Verband Schweizerischer Getränkegrossisten, schweizerische Brauereien und ausländische Grosshandelsunternehmen im Bereich Bier. Zu den befragten Unternehmen gehören auch ABAG, FSG, Abinbev und Modelo. Bei den befragten Unternehmen handelt es sich um 16 schweizerische Unternehmen. Dementsprechend und unter Berücksichtigung von Abinbev und Modelo als ausländische Unternehmen beträgt die Anzahl befragter ausländischer Unternehmen 14. Bei den befragten ausländischen Unternehmen handelt es sich vorwiegend um Handelsunternehmen im Bereich Getränke.

152. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die ausländischen Unternehmen wegen der bereits erwähnten Problematik aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht dazu angehalten werden können, die Fragen zu beantworten (vgl. Rz. 75 ff.). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Stellungnahme ABAG an verschiedenen Stellen zu den Ausführungen eine individuelle Meinung angibt, die angegebenen Aussagen als nicht aussagekräftig erachtet oder die Antworten der befragten Unternehmen anzweifelt. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei den Ausführungen zur Befragung um eine Bestandesaufnahme, Beschreibung und Auswertung der befragten Unternehmen handelt, ohne diese zu würdigen. Eine Würdigung der Ergebnisse der Befragung folgt im Abschnitt "Fazit Auswertung der Befragung" (vgl. Rz. 173).

153. Bei den befragten Unternehmen handelt es sich um schweizerische und ausländische Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette. Die Grundfragen nach Parallelimporten waren bei allen befragten Kreise gleich. Allerdings erfolgte die Befragung den Umständen angepasst mit individualisierten Frage-

bogen, weil es sich um unterschiedliche Adressatinnen handelt.

154. Von den insgesamt 30 befragten Unternehmen antworteten 20 Unternehmen. Dies sind zwei Drittel der befragten Unternehmen. Von den befragten schweizerischen Unternehmen antworteten alle. Bei den ausländischen Unternehmen beträgt der Rücklauf 50 % (ohne Berücksichtigung von Abinbev und Modelo).

155. Die Befragung der Unternehmen ist auf den zentralen Gegenstand der Möglichkeit von Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren ausgerichtet. Zu diesem Zweck wurden die Unternehmen um Informationen zu folgenden Fragestellungen gebeten:

- a. Versuche, Abinbev- und Modelo-Biere parallel in die Schweiz zu importieren
- b. Regelmässige Durchführung von Lieferungen oder Bezügen von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz
- c. Mengen von und Umsätze mit in die Schweiz parallel importierten Abinbev- und Mode-lo-Bieren
- d. Bezugsquellen ausserhalb der Schweiz für Abinbev- und Modelo-Biere
- e. weitere Informationen und Bemerkungen im Zusammenhang mit dem Verfahren

156. In Reihenfolge dieser Fragestellung erfolgt nachstehend eine Auswertung der Antworten zur Befragung. Somit basiert die Auswertung auf den Informationen der antworteten Unternehmen. Allerdings unterscheiden sich bei allen Fragestellungen die Antworten der Unternehmen in der Ausführlichkeit.

- 1) *Versuche, Abinbev- und Modelo-Biere parallel in die Schweiz zu importieren*

157. Aus den Antworten auf die Frage nach dem Versuch von Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren geht hervor, dass zwei schweizerische Unternehmen Versuche von Parallelimporten in die Schweiz unternahmen und diese auch durchführten [...]. Eines dieser Unternehmen gab an, dass das Bier Corona aufgrund der veränderten Konkurrenzverhältnisse keine Rolle mehr spielte. Das gleiche Unternehmen gab allerdings eine Bezugsquelle an, über die es das Bier Corona im Ausland beziehen können. Andere Unternehmen antworteten, dass sie nicht versuchten Abinbev- und Modelo-Biere parallel in die Schweiz zu importieren. Als Grund keinen Versuch des Parallelimports von Abinbev- und Modelo-Bieren unternommen zu haben, nannte ein Unternehmen die relativ geringe Nachfrage nach diesen Bieren. Ein weiteres Unternehmen machte den Hinweis auf administrative (Deklaration) und logistische (abweichende Gebinde) Schwierigkeiten und Hürden als Grund für den Verzicht auf die Durchführung von Parallelimporten. Schliesslich gab ein Unternehmen als Grund für den Verzicht von Parallelimporten an, dass sich ein Import von Modelo-Bieren aufgrund der geringen Preisdifferenz nicht rechtfertige.

158. Der Schweizer Brauerei-Verband (SBV) antwortet zur Fragestellung von versuchten Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz, dass er keine Kenntnisse von Importbeschränkungen oder Ver-

unmöglichung von Importen bei Abinbev- und Modelo-Bieren hat.⁴³

2) *Regelmässige Durchführung von Lieferungen oder Bezügen von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz*

159. Zur Fragestellung des regelmässigen grenzüberschreitenden Handels mit Abinbev- und Modelo-Bieren als Lieferantin oder Bezügerin antworteten fünf Unternehmen, dass sie als Lieferantin oder Bezügerin regelmässig an Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz beteiligt waren. Zwei Unternehmen führten Parallelimporte von Abinbev- und Modelo-Bieren durch. Neun Unternehmen antworteten, dass sie keine Abinbev- und Modelo-Biere oder keine der betrachteten Biermarken in die Schweiz liefern beziehungsweise aus dem Ausland beziehen. Einige dieser letzteren Unternehmen beziehen teilweise Abinbev- und Modelo-Biere von schweizerischen Getränkegrossisten und Brauereien. Zudem gaben vier dieser letzteren Unternehmen ausdrücklich an, dass sie nicht versuchten, Abinbev- und Modelo-Biere parallel zu importieren.

160. Eines von den Unternehmen, welche nicht an Parallelimporten beteiligt sind, gibt an, dass es diverse Importeure gibt, die verschiedene Biere von unzähligen Brauereien der Welt importieren. In diesem Zusammenhang führt ein anderes nicht an Parallelimporten beteiligtes Unternehmen an, dass ihm Modelo den Verkauf von Corona ausserhalb seiner Landesgrenze nicht verbiete.

161. Ein Unternehmen erwähnt im Zusammenhang mit dem Parallelimport von Abinbev- und Modelo-Bieren, dass eine Überprüfbarkeit der Herkunft von Abinbev-Bieren den Parallelimport dieser Biere erschwere. Damit das Unternehmen von den Produzenten nicht umgangen würde, müsste es die Beschaffungsorte so oft als möglich ändern.

3) *Mengen von und Umsätze mit in die Schweiz parallel importierten Abinbev- und Modelo-Bieren*

162. Bei der Beantwortung von Fragen nach Mengen von und Umsätzen mit in die Schweiz parallel importiertem Abinbev- und Modelo-Bier sind die Unternehmen sehr zurückhaltend. Acht Unternehmen machen Angaben zu Mengen und Umsätzen zur Einfuhr von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz. Bei zwei von diesen Unternehmen handelt es sich um Abinbev und Modelo. Bei einem weiteren Unternehmen um FSG. Somit liegen Angaben zu Mengen und Umsätzen bei der Einfuhr von Abinbev- und Modelo-Bieren von fünf Unternehmen vor, welche von ABAG, FSG, Abinbev und Modelo unabhängig sind. Somit muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei den fünf Unternehmen um Unternehmen handelt, welche an Parallelimporten beteiligt waren. Diese fünf Unternehmen machen unter Ausklammerung von ABAG, FSG, Abinbev und Modelo sowie den zwei Verbänden SBV und VSG von der Grundgesamtheit der Befragten einen Anteil von ungefähr 22 % aus. Gemessen an der Grundgesamtheit der Befragten sind es ungefähr 17 %.

163. Die Angaben der fünf antwortenden Unternehmen zeigen, dass die Mengen an parallel importiertem Abinbev- und Modelo-Bier über die Zeit schwankt. Beispielsweise nimmt die Menge an in die Schweiz parallel impor-

tiertem Bier in einem Fall um [0 – 10 %] gegenüber dem Vorjahr zu. Das gleiche Unternehmen verzeichnet in einem anderen Jahr eine Zunahme an in die Schweiz parallel importiertem Bier um [30 – 40 %] gegenüber dem Vorjahr. Für das Jahr 2008 ist eine Abnahme der in die Schweiz parallel importierten Abinbev- und Moedelo-Biere festzustellen. Diese Abnahme dürfte sich allerdings vorwiegend durch den Zeitpunkt der Beantwortung begründen, welcher auf Mitte des Jahres 2008 fällt. Zudem ist nicht erkennbar, dass die Schwankungen vom Jahr und der Biermarke abhängig sind. Ausser diesen Schwankungen gibt es keine Anhaltspunkte für das Erkennen weiterer Muster bei den Mengen und Umsätzen von Abinbev- und Modelo-Bier.

164. Dass keine weiteren Muster erkennbar sind, mag zwei Gründe haben. Erstens, die befragten Unternehmen importieren verschiedene Biermarken von Abinbev und Modelo. Beispielsweise importiert ein Unternehmen die Biermarke Stella Artois, während ein anderes Unternehmen statt Stella Artois die Biermarke Leffe importiert. Dieses unterschiedliche Importverhalten kann auf dem Nachfrageverhalten der Kunden (Unternehmen, Gastronomiebetrieb oder Endkonsumenten) der betreffenden Unternehmen beruhen. Zweitens, die Anzahl der antwortenden Unternehmen ist zu gering (22 %), dass sich ein Muster herausbildet.

4) *Bezugsquellen ausserhalb der Schweiz für Abinbev- und Modelo-Biere*

165. Ohne Berücksichtigung von Abinbev und Modelo befragte die WEKO als mögliche ausländische Bezugsquellen für Abinbev- und Modelo-Biere 12 ausländische Unternehmen. Die Hälfte der angeschriebenen ausländischen Unternehmen antwortete nicht auf die Befragung. Für diese Unternehmen ergibt die Befragung deshalb weder einen Beleg noch eine Widerlegung, ob es sich um ausländische Bezugsquellen für Abinbev- und Modelo-Biere handelt.

166. Zwei der antwortenden ausländischen Unternehmen bestätigen mit ihren Antworten, dass sie ausländische Bezugsquellen für Abinbev- und Modelo-Biere darstellen. Im Gegensatz dazu geben vier der antwortenden ausländischen Unternehmen an, dass sie nicht an Parallelimporten von Abinbev- und Modelo-Bieren in die Schweiz beteiligt sind.

167. Zusätzlich zu den bereits vorher bekannten möglichen ausländischen Bezugsquellen für Abinbev- und Modelo-Biere ergab die Befragung neun namentlich genannte ausländische Bezugsquellen für Abinbev- und Modelo-Biere – Abinbev und Modelo selber fallen nicht unter die genannten Bezugsquellen. Ein Unternehmen gibt an, dass es diverse Importeure gebe, die verschiedene Biere von unzähligen Brauereien der Welt importieren.

⁴³ FSG ist eine der 16 Mitgliederbrauereien des SBV (www.bier.ch, besucht am 23. November 2009). ABAG ist nicht Mitglied des SBV.

5) *Weitere Informationen und Bemerkungen im Zusammenhang mit dem Verfahren*

168. Die zusätzlichen Informationen und Bemerkungen der befragten Unternehmen sind sehr unterschiedlich. Diese Unterschiede sind grundsätzlich auf drei Faktoren zurückzuführen: die Positionen der Unternehmen auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette, die Tätigkeit in unterschiedlichen geographischen Gebieten und die unterschiedlichen Beziehungen zwischen den Unternehmen. Weil die zusätzlichen Informationen und Bemerkungen sehr unterschiedlich sind, sind diese nachfolgend einzeln dargestellt. Diese Einzeldarstellung verzichtet auf eine Wiederholung derjenigen zusätzlichen Informationen und Bemerkungen, welche bereits in die vier vorangehenden Fragestellungen einfließen.

169. Ein ausländisches Unternehmen gibt an, dass seine Tarife nach Belieferungsmöglichkeiten variieren. Zu den Verhältnissen in der Schweiz ist das Unternehmen der Ansicht, dass FSG über eine beachtliche Stärke verfüge, um den Schweizermarkt gegenüber Importen zu schliessen.

170. Zu Importen von Abinbev-Bier ist ein [...] Unternehmen der Ansicht, dass im Jahr 2008 der Import von Abinbev-Bier abnahm. Als Grund für diese Abnahme gab das Unternehmen die Verteilung von grossen Rück-

vergütungen durch Carlsberg an (FSG gehört zur Carlsberg-Gruppe), weil dadurch die Gewinnspannen von Abinbev-Bier stiegen.

171. Ein anderes [...] Unternehmen gibt an, dass es eine Behinderung von Parallelimporten unter der Situation der Exklusivvereinbarungen FSG – Abinbev und FSG – Modelo bis anhin nicht feststellen konnte.

172. Ein [...] Unternehmen betont die Durchführung von Parallelimporten, welche insbesondere in Grenzregionen (Genf, Basel, Tessin) regelmässig praktiziert würden. Dabei hänge die Einträglichkeit von Parallelimporten von verschiedenen Faktoren wie des aktuellen Preisniveaus, den Bezugsmengen, den Konditionen oder den Logistikkosten ab.

Fazit Auswertung der Befragung

173. Die Befragung zeigt, dass Parallelimporte von Abinbev- und Modelo-Bieren in den Jahren 2005 bis 2008 möglich waren (es ist zu beachten, dass die Mengen für das Jahr 2008 dem Befragungszeitraum entsprechend bis Ende April erfasst sind und nicht für das gesamte Jahr). Wie aus Tabelle 8 ersichtlich wird, führten Unternehmen Parallelimporte von Abinbev- und Modelo-Bieren tatsächlich durch. Dies wird auch von keinem Unternehmen bestritten.

Tabelle 8: Liefermengen bei Parallelimporten in die Schweiz in Hektolitern (hl)

	2005	2006	2007	2008 (Ende April 2008)
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]	[...]

174. Einige Unternehmen weisen auf die lückenlose Überprüfbarkeit der Herkunft aufgrund der Produktkennzeichnungen hin. Weitere haben keine Erschwerung der Parallelimporte, resp. eine Verbesserung der Importmöglichkeiten festgestellt. Die Befragung diverser in- und ausländischer Unternehmen, die Abinbev- und Modelo-Biere führen, hat weder ein klares Ergebnis noch eine Tendenz feststellen lassen. Die Behauptungen von Abinbev und Modelo, dass ihre Vertriebspartner frei sind, Verkäufe in fremde Gebiete zu tätigen, konnten durch die Befragung nicht widerlegt werden. In den entsprechenden Exklusivverträgen ist kein Verbot von Passivverkäufen statuiert. ABAG führt als Beweis für ein bestehendes Passivverkaufsverbot eine E-Mail an, in der ihr ein französisches Unternehmen mitteilt, dass es die gewünschten Produkte nicht ins Ausland liefern darf ("Malheureusement, nous n'avons pas le droit de revendre en dehors de la France les produits que vous nous demandez."). Demgegenüber gaben vier ausländische Lieferanten an, dass sie frei sind, Verkäufe in die Schweiz zu tätigen. Es sind zudem keine Unternehmen

bekannt, die von Abinbev und Modelo nach einem erfolgten Parallelimport nicht mehr beliefert wurden. Dass Getränkeimporteuren im Ausland davon ausgehen, dass sie bei durchgeführten Parallelimporten in die Schweiz weiterhin von Abinbev und Modelo beliefert werden, bekräftigen die in der Vergangenheit durchgeführten Lieferungen von parallelimportierten Bieren.

175. Nach Auffassung der Stellungnahme ABAG müsste die Untersuchung fortgeführt werden, weil die Befragung weder ein klares Ergebnis noch eine Tendenz feststellen lässt, zudem aber Anhaltspunkte für ein Verbot von Parallelimporten gegeben seien. Diese Auffassung ist nicht zu teilen. Erstens, die Stellungnahme ABAG gibt den Zusammenhang unvollständig wieder. Der richtige Zusammenhang ist: Die Befragung ergibt kein klares Ergebnis oder eine Tendenz, welche die Behauptungen von Abinbev und Modelo widerlegt. Dies geht aus den Ausführungen hervor. Diese Feststellung selber ist ein klares Fazit. Zweitens, die Befragung spricht eben gerade gegen ein Vorliegen eines Verbots von Parallelimporten. Die Befragung ergibt, dass Parallelimporte möglich

sind und tatsächlich stattfanden. Auch dies geht aus den Ausführungen hervor. Drittens, die richtige Betrachtung des Zusammenhangs führt nicht zum Schluss, dass der Sachverhalt ungenügend ermittelt ist.

176. Was die lebensmittelgesetzlich notwendigen Produktkennzeichnungen anbelangt (u. a. Art. 23a des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände [Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0], Art. 2 der Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln [LKV; SR 817.022.21]), so handelt es sich dabei um gesetzliche Vorschriften. Diese Rechtsvorschriften verlangen die Kennzeichnung der Produkte zwecks deren Rückverfolgbarkeit für den Schutz des Konsumenten. So bestimmt Art. 23a LMG: "Lebensmittel, der Lebensmittelherstellung dienende Tiere sowie alle Stoffe, die dazu bestimmt sind oder von denen erwartet werden kann, dass sie in ein Lebensmittel verarbeitet werden, müssen über alle Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen rückverfolgbar sein." Auch die EU erachtet es als notwendig, ein umfassendes System der Rückverfolgbarkeit bei Lebensmittel- und Futtermittelunternehmen festzulegen (Grund (28) der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 vom 28. Januar 2002 [L 31/1; EG-Verordnung 178/2002]). Gemäss Art. 18 EG-Verordnung 178/2002 ist in allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen die Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln und Futtermitteln, von der Lebensmittelgewinnung dienenden Tieren und allen sonstigen Stoffen, die dazu bestimmt sind oder von denen erwartet werden kann, dass sie in einem Lebensmittel oder Futtermittel verarbeitet werden, sicherzustellen. Wie bereits erwähnt, steht die Rückverfolgbarkeit von Lebensmitteln im Zusammenhang mit der Thematik Cassis-de-Dijon. Allerdings ist das Vorliegen solcher Vorschriften nicht den in casu betroffenen Unternehmen anzulasten.

177. ABAG rügt, dass sie nicht zu Ab-Fabrik-Preisen einkaufen kann und demzufolge bei FSG in etwa zu dem Preis einkaufen müsse, zu dem sie ihren Kunden die Abinbev- und Modelo-Biere verkaufen müsste, um konkurrenzfähig zu bleiben. Dazu ergänzt die Stellungnahme ABAG, es sei keinem Handelsunternehmen in der Schweiz möglich, diese Produkte zu einem konkurrenzfähigen Preis zu beziehen. Dass ABAG nicht mehr zu Ab-Fabrik-Preisen einkaufen kann, ist jedoch die logische Konsequenz aus der Tatsache, dass sie nicht mehr Exklusivvertriebspartnerin von Abinbev und Modelo, sondern ein Zwischenhandelsunternehmen ist. Zwischenhändler können nie direkt Ab-Fabrik einkaufen, sie decken sich mit Produkten bei Abnehmern der Produzenten ein. Demzufolge verkaufen sie die entsprechenden Produkte immer um eine Handelsmarge höher als der Exklusivvertreiber. Dass ABAG seit dem Ende ihrer Exklusivverträge mit Abinbev und Modelo nicht mehr zu Ab-Fabrik-Preisen einkaufen kann, ist darauf zurückzuführen, dass sie nicht mehr die Exklusivvertriebspartnerin von Abinbev und Modelo ist. In Analogie gilt dies auch für andere Zwischenhändler in der Schweiz.

178. ABAG führt aus, dass es für sie umständlicher geworden ist, die gewünschten Importmengen erreichen zu können. In diesem Zusammenhang wertet die Stellungnahme ABAG die Antwort eines befragten Unterneh-

mens, dass wegen der Überprüfbarkeit der Importe der Beschaffungsort regelmässig gewechselt werden muss, als Grund für die mangelnde Verlässlichkeit, die nachgefragte Menge Bier im erwarteten Gebinde zu einem kompetitiven Preis am gewünschten Datum liefern zu können. Deshalb würden Parallelimporteure von einer weiteren Einfuhr absehen.

179. Diese Schwierigkeit der umständlicheren Importe ist darauf zurückzuführen, dass ABAG nicht mehr die Exklusivvertreiberin der Abinbev- und Modelo-Biere ist, sondern als Zwischenhändlerin handelt. Es liegt in der Natur der Sache, dass es schwieriger ist, parallel zu importieren verglichen mit dem Direktbezug eines Produktes aufgrund der Stellung als Exklusivvertriebspartnerin. Gewisse Schwierigkeiten bei Parallelimporten können jedoch nicht dazu führen, sie als faktisch unmöglich zu erklären.

180. Mit ihrer Stellungnahme bringt ABAG an dieser Stelle vor, dass die von FSG vorgebrachte Begründung zur Rechtfertigung des Exklusivvertriebs von Abinbev- und Modelo-Bier in der Bearbeitung des Marktes und der Entwicklung der Marken liege. Demzufolge müssten auch die Marktanteile dieser Produkte in der Schweiz steigen. Entsprechend müssten auch alle Getränkehändler auf der Verteilungsstufe davon profitieren und mehr Mengen liefern können. Dem sei aber nicht so. FSG setze alle ihre Produkte in ihrem eigenen vertikalen Vertriebssystem selber ab. Deshalb sei auch der durch die Befragung festgestellte Rückgang der Parallelimporte im Jahr 2008 zu beobachten. FSG kontrolliere alle Stufen von der Brauerei bis hin zum Endkunden. Dies stehe dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts völlig zuwider. Einzig FSG profitiere von einem Preis, wie er vormals von Abinbev beziehungsweise Modelo angeboten wurde. Für die Handelsfirmen, welche keinen Zugang zu diesen Produkten mit dem entsprechenden Preis hätten, gäbe es bezüglich dieser Produkte keine Existenzchance. FSG könne diese Unternehmen mit ihrer Preispolitik ausbooten.

181. Diese Auffassungen der Stellungnahme ABAG sind unzutreffend. Erstens, dass ABAG nicht mehr zum Direktimportpreis beziehen kann ist wie bereits erwähnt auf ihre Position als Zwischenhändlerin zurückzuführen (vgl. Rz. 177). Diese Folge von Exklusivvereinbarungen alleine kann nicht als unzulässig gelten. Zweitens, die Marktanteile von Abinbev- und Modelo-Bieren können wegen der Bearbeitung des Marktes und der Marktentwicklung durch FSG steigen, müssen aber nicht zwingenderweise. Es kann sein, dass für andere Marken als Abinbev- und Modelo-Biere Marktbearbeitung und -entwicklung betrieben wird. Vielleicht sogar in höherem Masse. Dann würden bei konsequenter Anwendung der Argumentation der Stellungnahme ABAG die Marktanteile dieser anderen Biere steigen, und nicht die Marktanteile der Biere von Abinbev und Modelo. Drittens, der Anspruch von ABAG, dass alle Getränkehändler auf der Verteilungsstufe von einer Erhöhung des Marktanteils auch profitieren müssen, muss vor dem Hintergrund des Zwecks des Kartellgesetzes gesehen werden. Zum Zweck des Kartellgesetzes gehen die Lehrmeinungen auseinander. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung,

dass Institutionenschutz und Individualschutz keine Gegensätze sind, "sondern lediglich als Erscheinungsformen eines Problems verstanden werden können".⁴⁴ Ein anderer Teil der Lehre versteht als Zweck des Kartellgesetzes den Schutz des Wettbewerbs, nicht jedoch die Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Wettbewerber (Individualschutz): Der Einzelne erfährt Schutz durch das Kartellgesetz nur als Reflexwirkung des Schutzes des Wettbewerbs als Institution.⁴⁵ So oder anders kann aus dem Kartellgesetz nicht abgeleitet werden, dass alle Getränkehändler auf der Verteilungsstufe von einer Erhöhung des Marktanteils einer Biermarke profitieren müssen.

182. Im Weiteren bringt ABAG vor, dass die Exklusivverträge der beiden Brauereikonzerne Abinbev und Modelo mit FSG einzig der Abschottung des schweizerischen Marktes dienen würden. Art. 5 Abs. 4 KG werde nicht nur bei Vorliegen eines schriftlichen Vertrages der Parallelimporte ausdrücklich verbietet, verletzt. Vielmehr müssten Parallelimporte faktisch möglich sein oder zu Preiskonditionen, welche einen Import interessant machen würden. Die Stellungnahme ABAG wiederholt diese Auffassung. Gemäss Stellungnahme ABAG sei mit der Möglichkeit von Parallelimporten und deren Vorhandensein keinerlei rechtlich qualifizierte Aussage über den Verdacht einer Verletzung oder eine tatsächliche Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG gemacht. Die Untersuchung und deren Ergebnisse würden insbesondere jener Tatsache in keiner Weise Rechnung tragen, dass nicht jede noch so geringe und unbedeutende Möglichkeit von Parallelimporten genüge, um den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG umzustossen. Im Vergleich zu der vor allem nach Menge und Zeit konstanten, gesicherten und dauerhaften Lieferfähigkeit von FSG sei es nicht ausreichend, sich mit einer irgendwie gearteten Möglichkeit von Bierimporten zu begnügen, um die Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG ausschliessen zu können.

183. Dieser Auffassung der Stellungnahme ABAG ist nicht zu folgen. Wie bereits bei den Ausführungen in Abschnitt B.5.2 dargelegt, gelten nach Kartellgesetz gewisse Abreden vermutungsweise als unzulässig, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG). Gerade dieser Fragestellung tragen die vorliegende Untersuchung und deren Ergebnisse Rechnung. Liegen keine formellen Passivverkaufsverbote vor und werden passive Verkäufe auch de facto nicht sonstwie behindert, ist der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt. Das Gesetz verlangt, dass die Möglichkeit, Parallelimporte durchzuführen, tatsächlich besteht; es verlangt nicht, dass Parallelimporte tatsächlich stattfinden oder dass solche für alle Zwischenhändler gewinnbringend möglich sind (vgl. Rz. 146 ff.).

B.5.3. Fazit

184. Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht sind Parallelimporte in die Schweiz möglich. Die zur Verfügung stehenden Mittel zeigen, dass keine vertraglichen Passivverkaufsverbote vorliegen und solche auch nicht auf andere Weise durchgesetzt werden. Des Weiteren konnte nicht nachgewiesen werden, dass Abinbev- und Modelo-Biere nicht in fremde Vertriebsgebiete verkauft werden können und die Vertriebspartner nicht frei sind, Verkäufe in fremde Gebiete zu tätigen. Somit kann ein

Ausschluss von Verkäufen durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete, namentlich in die Schweiz, im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden. Es liegt folglich kein absoluter Gebietsschutz vor. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Parallelimporte durch verschiedene Umstände wie Preisniveau, Bezugsmengen, Konditionen etc. erschwert werden können. Daraus folgt, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllt ist.

185. Mit ihrer Stellungnahme stellt ABAG folgenden verfahrensrechtlichen Antrag: "Es sei die Untersuchung des Sekretariats der Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit den Importmöglichkeiten von bestimmten Biermarken der Brauereigruppen Abinbev und Modelo nicht einzustellen und es seien weitere Untersuchungsmassnahmen anzuordnen bzw. ergänzende Beweise abzunehmen."

186. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die für das vorliegende Verfahren notwendigen Sachverhaltsunterlagen beschafft wurden, die rechtlich relevanten Umstände abgeklärt und darüber ordnungsgemäss Beweis geführt wurde. Somit kann dem Antrag der Stellungnahme ABAG nicht stattgegeben werden.

C. Kosten

187. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Das Verursacherprinzip wird jedoch durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt.⁴⁶

188. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c e contrario).

189. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht 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 GebV-KG).

190. Da keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt wurden, wird das vorliegende Verfahren eingestellt. ABAG, FSG, Abinbev und Modelo, gegen die sich die Untersuchung richtete, sind deshalb nicht als Unterlegene im Verfahren zu qualifizieren. In Anwendung des Unterliegerprinzips werden ihnen dementsprechend keine Verfahrenskosten auferlegt.

⁴⁴ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 237.

⁴⁵ JENS LEHNE, in: Mark Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, S. 70, Rz. 35.

⁴⁶ BGE 128 II 247, E. 6.1; RPW 2002/3, S. 538 ff., E.6.1, S. 546 ff.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung 22-0273: Ausländische Biere AG wird eingestellt.

2. [Verfahrenskosten]

3. [Rechtsmittelbelehrung]

4. [Eröffnung]

Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG

Accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 5 LCart.

Accordi illeciti in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung gemäss Art. 27 KG in Sachen Kreditkarten-Interchange Fees II. Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

Décision de la commission de la concurrence du 25 janvier 2010 concernant des mesures provisionnelles dans le cadre de l'enquête conformément à l'art. 27 LCart en l'affaire Cartes de crédit-Interchange Fees II. Approbation d'un accord amiable.

Decisione della Commissione della concorrenza del 25 gennaio 2010 relativi a provvedimenti d'urgenza nell'ambito dell'inchiesta secondo l'art. 27 LCart nell'affare Carte di credito-Interchange Fees II. Approvazione di una conciliazione.

A. Inhaltsverzeichnis

A.1 Ausgangslage

1. Am 5. Dezember 2005 schloss die Wettbewerbskommission (Weko) ihre Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹ in Sachen "Kreditkarten – Interchange Fee" mit einer Verfügung ab ("Kreditkartenentscheid").²

2. Gegenstand der Untersuchung waren die domestischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) bei Kreditkarten. Bei der DMIF handelt es sich um ein Entgelt, welches bei inländischen Transaktionen mit Visa- oder MasterCard-Kreditkarten durch die Acquirer (Unternehmen, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben) an die Issuer (Unternehmen, welche Kreditkarten an die Karteninhaber herausgeben) zu entrichten ist. Die DMIF wird in der Schweiz multilateral in zwei Kartengremien festgelegt, dem Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und dem Card Committee MasterCard (CC). Aufgrund der Reglemente von Visa und MasterCard sind die in den Kartengremien vereinbarten domestischen Interchange Fees für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer verbindlich, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

3. Die Festlegung der DMIF in den Kreditkartengremien wurde durch die Weko als *Preisabrede* im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG einerseits zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquirern qualifiziert, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt hat.³ Die Weko hielt weiter fest, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte.⁴ Die Weko ging aber davon aus, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fees gegenüber bilateralen Verhandlungen Effi-

zienzvorteile bringt und deshalb gerechtfertigt werden kann, wenn ein System gefunden wird, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahrt. Als Lösung wurde die einvernehmlichen Regelung vom 29. März 2005 (EVR I) abgeschlossen.⁵

4. Die EVR I besteht aus vier Komponenten: (1) ein objektiviertes, wettbewerbsorientiertes und kostenbasiertes Verfahren zur Festlegung der DMIF; (2) die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, d.h. Abschaffung der Non Discrimination Rule (NDR); (3) die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und (4) das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien.

5. Das Kernelement der EVR I bildet das objektivierte und wettbewerbsorientierte Verfahren zur Festlegung der DMIF. Durch dieses Verfahren wird die DMIF an die *Netzwerkkosten* der Issuer gebunden. Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruht auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster ("zulässige Kosten"). Dabei wurde die Festlegung so ausgestaltet, dass bei den Issuern ein Anreiz zur Kosteneffizienz entstehen sollte (vgl. ausführlich unter Rz. 64 ff.).

6. Für eine ausführlichere Darstellung des damaligen Sachverhalts und der Erwägungen wird auf den in RPW 2006/1, S. 65 ff. publizierten Entscheid verwiesen. Dies gilt insbesondere auch für die Erläuterungen zur Funktionsweise von Kreditkartensystemen, die an diesen Systemen beteiligten Marktteilnehmer sowie die unterschiedlichen Gebühren, welche in diesen Systemen typischerweise existieren. Diese Erläuterungen sind nach wie vor aktuell und müssen hier nicht wiederholt werden.

7. In Ziff. 1 des Dispositiv des Kreditkartenentscheids genehmigte die Weko die EVR I, beschränkte jedoch in Ziff. 4 die Genehmigung auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft des Entscheides. Die Verfügung trägt das Datum vom 5. Dezember 2005, massgebend für den Eintritt der formellen Rechtskraft ist aber der Ablauf der Rechtsmittelfrist.⁶ Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab Eröffnung der Verfügung (Art. 50 VwVG). Eine der Parteien hat vorgebracht, die Verfügung sei ihr erst am 22. Dezember 2005 zugestellt worden. Unter Berücksichtigung des Stillstandes während der Gerichtsferien

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; Kartellgesetz; SR 251.

² RPW 2006/1, 65 ff.

³ RPW 2006/1, 85, Rz. 159, und 105, Rz. 323.

⁴ RPW 2006/1, 209, Rz. 355.

⁵ RPW 2006/1, 109 ff., Rz. 359, 366 und 414.

⁶ Vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.A., 2006, Rz. 991.

bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a VwVG) ist die Beschwerdefrist am 1. Februar 2006 abgelaufen. Dies bedeutet, dass die Genehmigung der EVR I auf den 1. Februar 2010 ausläuft.

8. Die Weko hielt im Kreditkartenentscheid fest, dass die zeitliche Limitierung dem Umstand Rechnung trage, dass es sich bei der Abrede um ein historisch gewachsenes System handle, welches sich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern über die Jahre etabliert habe. Nach Ablauf der Genehmigungsdauer sei die EVR I "unter Berücksichtigung der dann zum vorherrschenden Wettbewerbssituation" auf dem Issuing- und Acquiringmarkt zu beurteilen.⁷ Das Sekretariat hat daher ab dem 30. Juni 2008 mit einer Wirkungsanalyse zur EVR I begonnen. Aufgrund der Erhebungen wurde anlässlich der Jahrespressekonferenz vom 2. April 2009 grundsätzlich eine positive Marktentwicklung konstatiert.⁸ Das Resultat der ersten Erhebung der Netzwerkkosten der Issuer seit der Verfügung auf den 1. Mai 2009 fiel hingegen ambivalent aus und konnte die Frage nicht beantworten, ob das beabsichtigte wettbewerbsorientierte Modell tatsächlich funktioniert hat (vgl. ausführlich unter Rz. 66 ff.).

9. Ebenfalls im Frühjahr 2009 (1. April 2009) gab die EU-Kommission bekannt, dass sie sich vorläufig mit MasterCard über eine neue Berechnungsmethode zur Festlegung der grenzüberschreitenden multilateralen Interchange Fees geeinigt habe bis das Rechtsmittelverfahren gegen den MasterCard-Entscheid der Kommission aus dem Jahr 2007 abgeschlossen ist.⁹ Die neue Methode (der sog. "Tourist Test"¹⁰) führte zu einem erheblichen Rückgang dieser Interchange Fees. Dies bedeutet auf der Ebene der EU-Kommission eine Abkehr vom früheren kostenbasierten Ansatz, wie er noch im Visa-Entscheid aus dem Jahr 2002 verwendet worden war.¹¹

10. Aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten und der europäischen Entwicklung hinsichtlich der Festlegung von Interchange Fees beschloss das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 15. Juli 2009 die Eröffnung des vorliegenden, neuen Untersuchungsverfahrens zur Beurteilung der DMIF. Ziel der neuen Untersuchung ist es, "zu prüfen, ob die Erwägungen und Ergebnisse der Verfügung vom 5. Dezember 2005 nach wie vor zutreffend sind, insbesondere ob die mit der einvernehmlichen Regelung angestrebten Ziele erreicht werden konnten und entsprechend ob der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Festsetzungsmechanismus beibehalten werden kann oder nicht. Im Rahmen dieser Überprüfung sind auch neue Ansätze zur Lösung der Problematik einzubeziehen, z.B. der in Europa diskutierte Tourist Test".

A.2 Verfahren

11. Die Untersuchung wurde am 15. Juli 2009 gegenüber folgenden Unternehmen eröffnet: **Issuer.** Credit Suisse (CS), Cornèr Banca SA (*Cornèr Banca*), UBS AG (*UBS*), Viseca Card Services AG (*Viseca*), Jelmoli Bonus Card AG (*Jelmoli*), Die Schweizerische Post (*Post*), GE Money Bank AG (*GE Money*). **Acquirer.** Aduno SA (*Aduno*), SIX Multipay AG (*SIX Multipay*), ConCardis Schweiz AG (*ConCardis*), B&S Card Service GmbH (*B&S*).

12. Von den Issuern waren CS, Cornèr Banca, UBS und Viseca bereits Parteien im ersten Verfahren ("alte Issuer"). Diese Issuer haben auch die EVR I unterzeichnet. GE Money, Jelmoli und die Post haben erst nach dem Abschluss der ersten Kreditkartenuntersuchung mit dem Issuing von Visa- oder MasterCard-Kreditkarten begonnen ("neue Issuer"). GE Money ist der einzige Issuer, welcher in keinem der beiden Kartengremien Einsitz nimmt.

13. Bei den Acquirern waren die Aduno und die SIX Multipay (damals noch Telekurs Multipay) bereits Parteien im ersten Verfahren, da sie in den Kartengremien Einsitz nehmen. Die beiden Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S waren bereits damals in der Schweiz aktiv, hatten jedoch keine Parteistellung im Verfahren, da sie in den schweizerischen Kartengremien nicht vertreten sind.

14. Die vorliegende Untersuchung wurde auch gegen diejenigen Unternehmen eröffnet, welche nicht in den Kartengremien vertreten sind (GE Money, ConCardis, B&S), weil sie die DMIF ebenfalls anwenden – was eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen könnte – selbst wenn sie nicht direkt an deren Festlegung mitwirken.

15. Mit Schreiben vom 23. Juli 2009 beantragte der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) Parteistellung im Verfahren, welche ihm – wie bereits in der ersten Kreditkartenuntersuchung¹² – vom Sekretariat mit Schreiben vom 5. August 2008 bestätigt wurde.

16. Die beiden Kreditkartenunternehmen Visa Europe (Visa) und MasterCard beantragten mit Schreiben vom 28. August und 10. September 2009 ebenfalls Parteistellung, welche ihnen vom Sekretariat mit Schreiben vom 31. August und 11. September 2009 zuerkannt wurde.

⁷ RPW 2006/1, 115, Rz. 420.

⁸ Vgl. den Redetext der Jahrespressekonferenz 2009 sowie die Präsentation Kreditkarten, erhältlich unter www.weko.admin.ch, Rubrik Dokumentation/Jahrespressekonferenz.

⁹ Zusagen von MasterCard gegenüber der EU-Kommission betreffend Crossborder-Interchange Fees, Mitteilung der Kommission vom 1. April 2009, IP/09/515 und MEMO/09/143. Vgl. weiter den Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007, MasterCard (COMP/34.579).

¹⁰ Der Tourist-Test geht gemäss JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs, IDEI Working Paper, n. 496, November 2008, wie folgt: Es wird angenommen, der Käufer in einem Laden verhalte sich wie ein Tourist, welcher den Laden nie mehr betreten wird und genügend Bargeld bei sich hat, um seine Einkäufe in bar zu begleichen. Eine Interchange Fee erfüllt den Tourist-Test, falls der Händler gewillt ist, den Käufer mit der Zahlkarte bezahlen zu lassen bzw. wenn die Betriebskosten des Händlers durch die Akzeptanz der Karte des Käufers nicht ansteigen. Derzeit ist noch umstritten, ob Bargeld die richtige Vergleichsgrösse für Kreditkarten darstellt. JEAN-CHARLES ROCHET/JULIAN WRIGHT, Credit Card Interchange Fees, Paper presented at the 2009 AEA conference (www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2009/retrieve.php?pdfid=432) machen geltend, dass ein Vergleich zu Store Credit (d.h. einer Kreditvergabe durch den Händler) vorzuziehen wäre, wenn der Kunde die Kreditfunktion seiner Kreditkarte in Anspruch nimmt.

¹¹ Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002, Visa International/Multilateral Interchange Fee (COMP/29.373).

¹² Vgl. RPW 2006/1, 69, Rz. 11.

17. Anlässlich einer Sitzung mit den Issuern und Acquirern vom 20. Juli 2009 erklärte sich das Sekretariat gegenüber den Parteien bereit, eine Übergangslösung im Rahmen einer neuen einvernehmlichen Regelung (EVR II) zu suchen. Das Sekretariat machte auch deutlich, dass es aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten sowie eines Vergleichs der schweizerischen DMIF mit denjenigen anderer europäischer Staaten Anpassungen an der EVR I für notwendig erachte. Zudem wurde dargelegt, dass die Schaffung von Transparenz durch einen Vergleich der schweizerischen DMIF mit den domestischen Interchange Fees anderer europäischen Ländern eine wichtige Bedingung für das Zustandekommen einer EVR II darstelle. Am gleichen Tag wurde auch der VEZ darüber informiert, dass das Sekretariat eine Zwischenlösung anstrebe.

18. In der Folge gingen bis am 4. September 2009 zahlreiche Stellungnahmen der Issuer und Acquirer beim Sekretariat ein, welche das Interesse an einer einvernehmlichen Regelung bestätigten, wobei jedoch eine unveränderte Weiterführung des EVR I postuliert wurde. Der VEZ bekundete mit Schreiben vom 31. August 2009 Verständnis für eine Zwischenlösung, verlangte aber eine Senkung auf das Niveau der europäischen Crossborder-Interchange Fees.

19. Eine weitere Sitzung des Sekretariates mit den Issuern und Acquirern fand am 11. September 2009 statt. Anlässlich dieser Sitzung konkretisierte das Sekretariat, mit welchen Massnahmen der wettbewerbsorientierte Ansatz der EVR I verbessert werden könnte. Dabei äusserte das Sekretariat die Absicht, sich stärker am kosteneffizientesten Issuer auszurichten. Zudem wurden die Issuer und Acquirer zur Einreichung diverser Daten aufgefordert. Schliesslich wiederholte das Sekretariat die Wichtigkeit der Herstellung von Transparenz und gab bekannt, diesbezüglich auch mit MasterCard und Visa zu verhandeln.

20. Die Issuer reichten bis zum 2. Oktober 2009 die verlangten Daten ein und nahmen eine eher ablehnende Haltung zu den diversen Vorschlägen des Sekretariates ein. Sie vertraten weiterhin die Auffassung, dass Änderungen an der EVR I nicht notwendig seien, da diese gute Resultate gezeigt habe.

21. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 sowie anlässlich einer Sitzung vom 8. Oktober 2009 äusserte der VEZ seine Kritik am bestehenden Kostenraster gemäss EVR I und verlangte die Streichung einzelner Kostenposten.

22. Am 9. Oktober 2009 traf sich das Sekretariat mit Vertretern von MasterCard, um über die Offenlegung von Informationen betreffend Interchange Fees in anderen europäischen Ländern zu verhandeln. Mit Visa Europe fand ein entsprechendes Treffen am 21. Oktober 2009 statt.

23. Am 12. Oktober 2009 traf sich das Sekretariat erneut mit den Issuern und Acquirern. Es unterbreitete ihnen konkrete Varianten für die Anpassungen an der EVR I und sprach sich gegen einen Einbezug der Kostenerhebungen der neuen Issuer in die Berechnung aus.

24. Die alten Issuer reagierten bis zum 30. Oktober 2009 mit einem Gegenvorschlag. Die neuen Issuer führten

aus, ihre Teilnahme an der einvernehmlichen Regelung mache keinen Sinn, wenn ihre Kostenerhebungen nicht in die Berechnungen einfliessen würden. Zudem wurde vorgebracht, dass die mit den Änderungen verbundene Senkung der DMIF die Geschäftsmodelle der neuen Issuer in Frage stellen würde (z.B. Kreditkarten ohne oder mit einer sehr geringen Jahresgebühr, sogenannte "Gratiskreditkarten") und sogar zu Marktaustritten der neuen Issuer führen könnte.

25. Am 4. November 2009 fand ein Treffen mit Vertretern der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und der Fédération romande des consommateurs (FRC) statt, in welcher die Konsumentenschutzorganisationen ihren Standpunkt betreffend Interchange Fees und der Entwicklung des Kreditkartenmarktes im Allgemeinen darstellen konnten. Die beiden Organisationen haben jedoch nicht ihre Beteiligung an der Untersuchung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 28 Abs. 2 KG angemeldet.

26. Die letzte Sitzung der Issuer und Acquirer mit dem Sekretariat fand am 6. November 2009 statt. Das Sekretariat gab seine abschliessende Position für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bekannt und forderte die Issuer und Acquirer auf, bis am 16. November 2009 bekannt zu geben, ob sie zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit dem präsentierten Inhalt einverstanden sind.

27. In ihren Stellungnahmen signalisierten die alten Issuer zwar erneut Kompromissbereitschaft, waren aber nicht bereit, die Konditionen des Sekretariates zu übernehmen, sondern unterbreiteten einen weiteren Gegenvorschlag. Die neuen Issuer lehnten den Vorschlag des Sekretariates rundum ab. Aus diesem Grund gab das Sekretariat mit Schreiben vom 17. November 2009 das Scheitern der Verhandlungen bekannt. Die bisherigen Issuer reagierten mit Schreiben vom 18. November 2009 und führten aus, sie erachteten die Verhandlungen als noch nicht gescheitert. Bis am 24. November 2009 erklärten sich dann alle alten Issuer sowie die beiden Acquirer SIX Multipay und Aduno bereit, die neue einvernehmliche Regelung zu unterzeichnen, welche die vom Sekretariat anlässlich der Sitzung vom 6. November 2009 kommunizierten Konditionen umsetzt.

28. Am 25. November 2009 wurde den Issuern und Acquirern der ausformulierte Entwurf der einvernehmlichen Regelung zugestellt. Die definitive Version wurde den Issuern und Acquirern am 1. Dezember 2009 zur Unterzeichnung verschickt. Gleichzeitig konnte den Issuern und Acquirern mitgeteilt werden, dass Visa und MasterCard ihre Zustimmung zur Offenlegung von Informationen gegeben haben, welche einen nach Auffassung des Sekretariates genügend aussagekräftigen Vergleich mit den Interchange Fees in anderen europäischen Ländern erlauben, so dass die in Bst. h der Vorbemerkungen der EVR II formulierte Suspensivbedingung (vgl. sogleich unten) als erfüllt betrachtet werde.

29. Die EVR II wurde von UBS, CS, Cornèr Banca, Visa, Aduno und SIX Multipay am 3. und 4. Dezember 2009 und vom Sekretariat am 10. Dezember 2009 unterzeichnet. Sie hat den folgenden Inhalt:

I. Vorbemerkungen:

- a) Die Parteien und das Sekretariat haben bereits im März 2005 eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet, welche am 5. Dezember 2005 durch die Wettbewerbskommission (Weko) genehmigt wurde (EVR I). Die EVR I läuft am 1. Februar 2010 aus.
- b) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung (EVR II) im Sinne von Art. 29 KG (Kartellgesetz, SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, eine Übergangslösung zur Festlegung der domestic multilateral Interchange Fees (DMIF) vorzusehen. Diese Übergangslösung löst ab dem 1. Februar 2010 die EVR I ab und gilt für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.
- c) Ziel der EVR II ist es, (i) die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund eines objektivierten und kostenbasierten Verfahrens festzulegen und diesbezüglich den Status quo sicherzustellen. (ii) Die Übergangslösung dient weiter der Beweiserhebung, weil durch eine Rhythmuserhöhung bei den Kostenerhebungen der Issuer die Grundlagen zur Beurteilung des kostenbasierten Ansatzes im Hinblick auf die Endverfügung verbessert werden. Zudem werden (iii) einige Anpassungen der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgenommen, mit dem Ziel, den wettbewerbsorientierten Ansatz bei der Festlegung der DMIF zu stärken. (iv) Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat bedeutet, dass letzteres darauf verzichtet, bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der nachfolgenden EVR II im Rahmen der Endverfügung gegenüber den Parteien Sanktionen gemäss Art. 49a KG bei der Weko zu beantragen. Vorbehalten bleibt die Nicht-Genehmigung der Weko gemäss Ziff. I.i).
- d) Grundlage der EVR II bildet die EVR I. In der EVR II werden nicht nur die Änderungen gegenüber der EVR I aufgeführt, sondern auch die unverändert gebliebenen Passagen der EVR I übernommen.
- e) Da die vorliegende EVR eine Übergangslösung darstellt, welche den Zustand bis zum Abschluss des Verfahrens regelt und den materiellen Sachentscheid nicht präjudizieren soll, erfolgt sie in der Form vorsorglicher Massnahmen (vgl. RPW 2002/4, S. 593 ff. und RPW 2004/2, 652 ff.).
- f) Die Zusagen der Parteien zur EVR II erfolgen unpräjudiziell der Rechtslage und stellen keine Anerkennung der Auffassung des Sekretariates dar, dass Änderungen der EVR I notwendig sind.
- g) Es sind nicht alle Parteien des Untersuchungsverfahrens auch Parteien an der EVR II, sondern nur diejenigen Issuer und Acquirer, welche bereits die EVR I unterzeichnet haben.
- h) Das Einverständnis des Sekretariates zur nachfolgenden EVR II erfolgt unter der Suspensivbedingung, dass das Sekretariat von den beiden Kreditkartenunternehmen Visa und MasterCard die Zustimmung erhält, allen Verfahrensparteien sowie der Öffentlichkeit Informationen offenzulegen, welche nach Auffassung des Sekretariates einen genügend aussagekräftigen Vergleich der schweizerischen ActDMIF mit den durchschnittlichen domestic Interchange Fees in anderen europäischen Ländern erlaubt.
- i) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Rechtmässigkeit der Festlegung der DMIF für die Zeit nach dem Ablauf der Genehmigung der EVR I (ab dem 1. Februar 2010) im Rahmen der laufenden Untersuchung beurteilt. Diesfalls besteht das Risiko einer Sanktionierung durch die Weko in der Endverfügung gestützt auf Art. 49a KG und SVKG (KG-Sanktionsverordnung, SR 251.5), wobei das Sekretariat darauf verzichtet, für die Zeitdauer bis zum Entscheid der Nicht-Genehmigung sowie für die ersten 30 Tage nach einem solchen Entscheid eine Sanktionierung zu beantragen.

II. Vereinbarungen:**A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLEGUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL INTERCHANGE FEES****a. Grundsatz**

- a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.
- a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

b. Bestimmung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee

- b1. In einem ersten Schritt bestimmt jeder Issuer die issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Diese berechnet sich aufgrund folgender Formel:

$$ISDIF = \frac{ISC}{DTV}$$

Wobei:

ISC: Issuer-spezifische Netzwerk-Kosten für das nationale Retail-Geschäft (ohne ATM/Cash-Advance) in CHF gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005)

DTV: Issuer-spezifisches Domestisches Retail-Transaktionsvolumen (in CHF)

- b2. Die Issuer verpflichten sich, die issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005) basierend auf den Zahlen des Vorjahres auszuweisen. Diese Kostenzusammenstellung wird jedes Jahr bis spätestens am 1. April einem unabhängigen Prüfungsunternehmen (vgl. Abschnitt f) übermittelt, wobei für die 1. Berechnung die Bestimmungen gemäss Ziff. h1 gelten.
- b3. Während der Dauer der EVR II wird für die Berechnung der ISDIF nicht zwischen Netzwerk-Kosten für MasterCard- und Visa-Kreditkarten unterschieden. Sollten sich in Zukunft aber signifikante Kostenunterschiede zwischen den Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa ergeben, behält sich die Wettbewerbskommission (Weko) vor, diese Frage erneut aufzugreifen.
- b4. Alle 3 Jahre reichen die Issuer zusammen mit der Kostenzusammenstellung eine Bestätigung ihrer Bankrevisoren ein, dass die gelieferten Zahlen des betroffenen Jahres den tatsächlichen Kosten im Sinn des Kostenrasters entsprechen.

c. Berechnung der durchschnittlichen Domestic Interchange Fee (dDIF) durch ein unabhängiges Prüfungsunternehmen

- c1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen überprüft die Vollständigkeit der Kostenzusammenstellung und berechnet die durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) gemäss folgender Formel:

$$dDIF = \frac{(n-1) \times ISDIF_1 + (n-2) \times ISDIF_2 + 1 \times ISDIF_3 + \dots + 1 \times ISDIF_{n-1} + 0 \times ISDIF_n}{(n-1) + (n-2) + (n-3)}$$

Wobei:

ISDIF1: Tiefster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

ISDIFn: Höchster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

- c2. Die dDIF wird das erste Mal gemäss Abschnitt h und danach jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet.
- c3. Für die EVR II werden bei der Berechnung nur diejenigen Issuer berücksichtigt, welche die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 unterzeichnet haben (Cornèr Banca SA, Credit Suisse, UBS und Visa Card Services AG).

d. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

- d1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDIF nicht übertrifft.
- d2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen in einem dritten Schritt den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$ActDMIF = \frac{DMIF_1 \times V_1 + DMIF_2 \times V_2 + \dots + DMIF_{k-1} \times V_{k-1} + DMIF_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

DMIF1 bis DMIFk: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V1 bis Vk: Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

- d3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.
- d4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

e. Anpassung der DMIF

- e1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.
- e2. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monaten. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- e3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. e2 eingehalten wird.

f. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens

- f1. Für die EVR II wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zunzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt A vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).
- f2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Die Erfüllung erfolgt durch Leistung des von den Parteien geschuldeten Betrages auf das Postcheck-Konto Nr. 30-520-2 der Eidgenössischen Finanzverwaltung, zu Gunsten der Konto-Nr. 11490.727.001, lautend auf "Forderungen Weko". Zum Beleg wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens, samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb, in Kopie zukommen lassen. Dem Sekretariat steht das Recht zu, von den Parteien einen Kostenvorschuss sowie allfällige Sicherheiten im Sinne von Art. 175 Abs. 3 OR einzuverlangen.
- f3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

g. Adressaten

- g1. Die Parteien verpflichten sich, das objektivierte Verfahren zur Berechnung der dDIF, wie es in diesem Abschnitt A festgehalten wird, in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der Issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten (ISC) und der Issuer-spezifischen Transaktionsvolumen (DTV) gemäss Abschnitt b, welche als Basis zur Berechnung der dDIF gemäss Abschnitt c dient, sowie der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt d betrifft alle an dieser einvernehmlichen Regelung teilnehmenden Issuer.

h. Implementierung

- h1. Die Berechnung der dDIF für das Jahr 2010 erfolgt durch das Sekretariat der Weko aufgrund der Berechnungsformel gemäss Ziff. c1 sowie der Kostenzusammenstellungen der Issuer für das Jahr 2008 (dDIF 2008). Der durch das Sekretariat berechnete Wert der dDIF beträgt 1,058 %. Die Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF muss mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- h2. Die Senkung ist innerhalb dreier Monate nach Ablauf der geltenden einvernehmlichen Regelung am 1. Februar 2010 zu implementieren. Zu diesem Zweck melden die Issuer die Zahlen zur Berechnung der ActDMIF gemäss Ziff. d3 für das Jahr 2009 bis spätestens am 22. Januar 2010 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Jahres 2009 bis spätestens am 1. Februar 2010 mit. Die Parteien beschliessen innerhalb eines Monats eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.
- h3. In den Jahren nach der ersten Anpassung gemäss Ziff. h1 und h2 (d.h. erstmals im Jahr 2011) wird den Parteien die Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte d und e) vom unabhängigen Prüfungsunternehmen gemeldet. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch

den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.

- h4. Im Jahr 2009 wird durch die Issuer eine Kostenerhebung durchgeführt (dDIF 2009), welche jedoch keinen Einfluss auf die Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange Sätze (DMIF) für das Jahr 2010 hat. Danach ist jeweils die dDIF des Vorjahres massgebend (d.h. für das Jahr 2011 ist die Kostenerhebung 2010 relevant). Die externe Revision der Kostenerhebung gemäss Ziff. b.4 erfolgt erstmals für das Jahr 2012.
- h5. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der einvernehmlichen Regelung, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Umgekehrt wird das Sekretariat in diesem Fall bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen.

i. Kostenraster

- i1. Der Kostenraster gemäss Anhang 2 sowie die Definition der relevanten Kosten gemäss Anhang 3 der Verfügung vom 5. Dezember 2005 bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung.

B. KEINE WIEDEREINFÜHRUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG

- B1. Die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung ("Non Discrimination Rule") nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen nicht wieder einzuführen.

C. TRANSPARENZ

- C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den betroffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.
- C2. Die Parteien verzichten zur Schaffung von Transparenz auf die Qualifikation der Werte der ActDMIF sowie der dDIF als Geschäftsgeheimnisse.

D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIIEN

- D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.

E. DAUER

- E1. Diese Vereinbarung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffnete Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.

30. Der Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2010 wurde an diesem Datum sämtlichen Parteien des Untersuchungsverfahrens (und nicht nur den Parteien der EVR II) zur Gewährung des rechtlichen Gehörs in analoger Anwendung des Art. 30 Abs. 2 KG¹³ zur Stellungnahme zugestellt. Den Parteien wurde Frist bis zum 4. Januar 2010 gewährt, wobei sie darauf hingewiesen wurden, dass auf schriftlichen Antrag hin eine Fristverlängerung bis zum 14. Januar 2010 möglich sei.

31. In der Folge stellten am 21. Dezember 2009 MasterCard, Visa, UBS und der VEZ Fristverlängerungsgesuche. Weitere Fristverlängerungsgesuche erfolgten durch die Post (24.12.09), Cornèr (30.12.09) sowie am 4. Januar 2010 durch Jelmoli, CS und SIX Multipay. Alle Fristverlängerungsgesuche wurden durch das Sekretariat im jeweils beantragten Umfang gewährt.

32. Folgende Parteien machten ab dem 21. Dezember 2009 von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch: UBS, MasterCard, Jelmoli und Post.

33. Nachfolgend werden sämtliche Stellungnahmen aufgeführt, welche beim Sekretariat fristgerecht eingegangen sind. Dabei werden jeweils die Anträge wiedergegeben sowie die wesentlichen Ausführungen zusammengefasst. Auf die weitere Begründungen der einzelnen Stellungnahmen wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

¹³ Vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Freiburg 2002, S. 323 f.; PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic!, 1998/3, 285.

34. Als erste Partei nahm die SIX Multipay mit Eingabe vom 8. Januar 2010 Stellung zum Antrag des Sekretariates. Die SIX Multipay beantragt die vollumfängliche Genehmigung der EVR II. Sie macht einzig einige Vorbehalte bezüglich der Darstellung des Acquiringmarktes.

35. Jelmoli reichte am 11. Januar 2010 eine umfangreiche Stellungnahme ein. In der Stellungnahme werden die Anträge gestellt, dass (1) die EVR II nicht zu genehmigen sei, stattdessen sei (2) die EVR I unter Einbezug der neuen Issuer als vorsorgliche Massnahme weiterzuführen, eventualiter sei die EVR I wie bisher weiterzuführen. Zudem wird das dringende Begehren gestellt, die EVR I bis zum Entscheid über die gestellten Anträge sofort als vorsorgliche Massnahme weiterzuführen. Die Beteiligten an der EVR II seien anzuweisen, die EVR II bis zu diesem Datum nicht umzusetzen. In diesem Zusammenhang sei dem Buchstaben h der EVR II die Genehmigung zu verweigern. Die Anträge werden im Wesentlichen mit folgenden Argumenten begründet:

- Die EVR II basiere auf einer "pseudo-objektiven" Formel, welche einzig den Zweck habe, die durch das Sekretariat als "richtig" erachtete DMIF zu rechtfertigen. Das Verfahren zum Abschluss der EVR II sei in Missachtung der Parteirechte erfolgt.
- Die EVR II basiere nicht auf einer rechtsgenügenden Feststellung des Sachverhaltes.
- Im Antrag werde die falsche Behauptung aufgestellt, die Wettbewerbsverhältnisse hätten sich nicht wesentlich verändert. Es sei vielmehr so, dass sich der Wettbewerb zwischen den Issuern durch die neu eingetretenen Unternehmen verschärft habe.
- Kostendisparitäten unter den Issuern seien nicht Ausdruck von mangelndem sondern von intensivem Wettbewerb zwischen den Issuern.
- Die Nichtberücksichtigung von Jelmoli in der Berechnungsmethodologie der EVR II sei willkürlich. Es gehe der Wettbewerbsbehörde nur um Öffentlichkeitsarbeit und die Erzwingung eines europäischen DMIF-Mittelwertes in der Schweiz.
- Die EVR II führe dazu, dass die DMIF für die Mehrheit der Schweizer Issuer nicht mehr kostendeckend sei. Dies habe zur Folge, dass die EVR II den Wettbewerb nicht fördere sondern schwäche.
- [Geschäftsgeheimnis].
- Der europäische Durchschnitt der domestischen Interchange Fees habe keine Relevanz für die Schweiz und beruhe auf einem unzuverlässigen Datensatz.

36. Eine ähnliche Position vertritt die Post in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2010. Die Post beantragt ebenfalls, dass der EVR II die Genehmigung zu verweigern sei bzw. sie sei so anzupassen, dass ihr die Berechnungsweise der dDIF der EVR I zugrunde liege und dass die neuen Issuer in die Berechnung der dDIF einbezogen würden. Zudem wird eine Anhörung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG mit Beteiligung der Post beantragt. Die Post begründet ihre Anträge im Wesentlichen wie folgt:

- Alle Verfahrensbeteiligten wären bereit, die EVR I weiterzuführen und die neuen Issuer darin einzubeziehen.
- Die Nichtberücksichtigung der neuen Issuer bei der Berechnung der dDIF in der EVR II sei diskriminierend. Es würden Markteintrittsschranken errichtet und die neuen Issuer benachteiligt.
- Das Sekretariat habe nicht glaubhaft gemacht, warum die Weiterführung der EVR I für die Dauer des Untersuchungsverfahrens nicht genügen sollte, um die angeblichen Nachteile einer kollektiven Festsetzung der DMIF aufzuwiegen.

37. Die Issuer CS, UBS und Cornèr Banca, die die EVR II unterzeichnet haben, bringen in ihren Stellungnahmen vom 14. Januar 2010 vor, dass sie die EVR II ausschliesslich aus Gründen der Rechtssicherheit, zur Vermeidung des drohenden Sanktionsrisikos und von unnötigem Verfahrensaufwand in finanzieller und personeller Hinsicht abgeschlossen haben. Einzig die UBS stellt formell den Antrag, die EVR II sei zu genehmigen, die anderen beiden Issuer haben auf formelle Anträge verzichtet. Alle Issuer verlangen diverse Änderungen der Begründung. Sie heben hervor, dass der wettbewerbsorientierte Ansatz der EVR I funktioniert habe. Die dDIF sei gesunken und der Wettbewerb habe sich intensiviert. Überhaupt seien Kostensenkungen keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der DMIF. Die Systeme der Issuer müssten ständig weiterentwickelt werden, was hohe Investitionen bedinge. Die unterschiedlichen ISDIF seien durch unterschiedliche Investitionszyklen der Issuer bedingt und die Issuer könnten nicht gezwungen werden, ihre Dienstleistungen unter den Produktionskosten anzubieten. Schliesslich sei die unter der EVR I resultierende DMIF auch im europäischen Vergleich nicht überhöht wenn die rechtlichen und faktischen Rahmenbedingungen des schweizerischen Kreditkartenmarktes berücksichtigt würden. Die CS weist zudem darauf hin, dass eine extreme Gewichtung des effizientesten Issuers dazu führen könnte, dass dieser eine „Erntestrategie“ verfolge und keine langfristigen Investitionen mehr tätige. So könnten neue Wettbewerber und solche, die in neue Technologien investierten ihre Kosten nicht mehr decken. Andere Wettbewerber könnten so aus dem Markt gedrängt werden.

38. Auch die beiden Card-Schemes MasterCard und Visa haben je mit Schreiben vom 14. Januar 2010 Stellung genommen. MasterCard geht dabei zunächst darauf ein, weshalb der im Antrag erwähnte "Tourist Test" problematisch sei. Weiter äussert MasterCard die Befürchtung, dass durch die neue Gewichtung der ISDIF kleinere und neue Issuer diskriminiert werden könnten. Visa äussert sich ebenfalls zum "Tourist Test" und kritisiert die Beurteilung der Marktstellung von Visa und MasterCard gegenüber den 3-Parteien-Systemen sowie des Systemwettbewerbs zwischen Visa und MasterCard.

39. Die Stellungnahme des VEZ ist am 14. Januar 2010 beim Sekretariat eingegangen. Der VEZ begrüsst die EVR II mit der Begründung, diese stelle einen Fortschritt gegenüber der EVR I dar. Der VEZ hält jedoch fest, dass er grundsätzlich Zweifel am Funktionieren des wettbewerbsorientierten Ansatzes hege und Anpassungen am Kostenraster für notwendig erachte. Bezüglich des euro-

päischen Durchschnitts der domestischen Interchange Fees macht der VEZ den Vorbehalt, dass aufgrund der Vernachlässigung der "on-us"-Transaktionen die Durchschnittswerte zu hoch seien. Gemäss VEZ sollte daran festgehalten werden, dass die kostenineffizienten Issuer nicht in die Berechnung der dDIF einfließen, da es nicht Aufgabe der Weko sei, Strukturhaltung zu betreiben um allfällige Marktaustritte zu verhindern. Schliesslich macht der VEZ im Hinblick auf die Endverfügung diverse Gründe geltend, weshalb die DMIF noch weiter gesenkt werden sollte.

40. Von Viseca/Aduno, GE Money, B&S und ConCardis sind keine Stellungnahmen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

41. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im KG noch im VwVG¹⁴ explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.¹⁵

42. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.¹⁶ Im vorliegenden Fall wurde am 15. Juli 2009 ein Untersuchungsverfahren im Sinne von Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

B.1.2 Zuständigkeit

43. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die Weko,¹⁷ sofern die vorsorglichen Massnahmen dem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs dienen. Stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten.¹⁸ Im vorliegenden Fall wird mit den vorsorglichen Massnahmen der objektivierte und wettbewerbsorientierte Mechanismus zur Festsetzung der DMIF (mit gewissen Anpassungen) fortgeführt, welcher durch die Weko mit der Verfügung vom 5. Dezember 2005 eingeführt worden ist. Ziel dieses Mechanismus ist es, "die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandels zu beseitigen und gleichzeitig die Effizienzvorteile des multilateralen Systems zu bewahren. Mit den vorgesehenen Massnahmen soll der *wirksame Wettbewerb* im Bereich der Kreditkarten wieder hergestellt werden"¹⁹. Die vorsorglichen Massnahmen erfolgen daher mit dem klaren Zweck, den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Es geht im vorliegenden Fall nicht um den Schutz einzelner Wettbewerber, welcher allenfalls auch auf zivilrechtlichem Weg erreicht werden könnte. Die Zuständigkeit der Weko kann daher im vorliegenden Fall bejaht werden.

44. Die Zuständigkeit für den Abschluss einvernehmlicher Regelungen gemäss Art. 29 KG mit einer oder mehreren Parteien liegt beim Sekretariat. Die einver-

nehmliche Regelung bedarf der anschliessenden Genehmigung durch die Weko (Art. 29 Abs. 2 KG). Diese Zuständigkeitsordnung gilt auch für einvernehmliche Regelungen betreffend vorsorglicher Massnahmen, die in analoger Anwendung von Art. 29 KG zulässig sind.²⁰

45. Die Post hat bei der Weko die Durchführung einer Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG beantragt, um sicherzustellen, dass sie mit ihren Argumenten von der Weko als Genehmigungsinstanz gehört wird. Art. 30 Abs. 2 KG sieht einerseits das Recht der Verfahrensbeteiligten auf schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates vor und andererseits die Kompetenz der Weko, eine Anhörung zu beschliessen. Zunächst gilt es klarzustellen, dass sich Art. 30 Abs. 2 KG grundsätzlich bloss auf den Endentscheid, nicht jedoch auf Zwischenentscheide bezieht.²¹ Bei vorsorglichen Massnahmen wird den Verfahrensbeteiligten allerdings in analoger Anwendung von Art. 30 Abs. 2 KG das Recht zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates eingeräumt, sofern dies nicht aufgrund besonderer zeitlicher Dringlichkeit ausgeschlossen ist.²² Bei der in Art. 30 Abs. 2 KG vorgesehenen Anhörung handelt es sich bereits im Rahmen des Endentscheids um eine Möglichkeit und nicht um eine Verpflichtung der Weko, d.h. es besteht kein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine solche Anhörung.²³ In der Praxis führt die Weko dann Anhörungen durch, wenn direkte Sanktionen gemäss Art. 49a KG beantragt wurden.²⁴

46. Der Post wurde wie allen anderen Parteien des Untersuchungsverfahrens die Gelegenheit eingeräumt, schriftlich zum Antrag des Sekretariates Stellung zu

¹⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021.

¹⁵ Vgl. zum Ganzen BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 645 E. 2.1 m.w.H. (= BGE 130 II 149 E.2.1.); BGer, Cablecom/Teleclub, RPW 2003/4, 916 E. 3.2. (= BGer, 2A.142/2003 vom 05.09.2003); REKO/WEF, Sellita/ETA, RPW 2003/3, 674 f. E. 3.1.1.; RPW 2006/1, 62, Rz. 20; RPW 2004/1, 105 f., Rz. 15 m.w.H. Vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1002; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rz. 1735 ff., beide m.w.H.

¹⁶ REKO/WEF, Recymet, RPW 1997/4, 608 E. 2.1.; RPW 2004/1, 106, Rz. 16; Von BÜREN/MARBACH (FN 15), Rz. 1499; DUCREY (FN 13), sic! 1998/3, 281 ff., 284; vgl. auch ZÄCH (FN 15), Rz. 1003.

¹⁷ Und nicht das Sekretariat, vgl. BGer, Künstliche Besamung, RPW 1997/4, 622 ff. E. 3; REKO/WEF, Künstliche Besamung, RPW 1997/2, 253 ff. E. 3.3.

¹⁸ BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 646 E. 2.4.

¹⁹ RPW 206/1, 109, Rz. 359 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁰ Vgl. RPW 2002/4, 594, Rz. 11; bestätigt durch das Bundesgericht in BGer, EVD/Sellita, RPW 2004/2, 659 ff. E. 3.4. Das Bundesgericht widersprach damit den gegenteiligen Ausführungen der REKO/WEF in Sellita/ETA, RPW 2003/3, 684 ff. E. 4.3. Vgl. auch ROGER ZÄCH/CHRISTOPH TAGMANN, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Bucher et. al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, FS Wiegand, Bern 2005, 994.

²¹ BGer, RPW 2003/3, S. 700, E. 3.4; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 30 N 8; ROMINA CARCAGNI, Kartellgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007, Art. 30 N 7.

²² Vgl. BILGER (FN 13), S. 323 ff.; DUCREY, (FN 13), 285 f.

²³ REKO/WEF, RPW 2001/2, 401 E. 4.6 sowie 431 E. 4.5;

²⁴ Vgl. RPW 2006/1, S. 145 Rz 28; RPW 2007/2, S. 247 ff. Rz 22 und 26; RPW 2007/2, 193 ff. Rz 18 und 26 f. Hingegen wurde in den Fällen RPW 2008/3, 385 ff.; RPW 2009/2, 143 ff. und RPW 2009/3, 196 ff. (alles Fälle, in welchen mit den Parteien eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet wurde) auf eine Anhörung verzichtet.

nehmen. Sie hat von dieser Möglichkeit mit ihrer ausführlichen Eingabe vom 14. Januar 2010 Gebrauch gemacht. Die Eingabe der Post wurde wie alle anderen Stellungnahmen an die Mitglieder der Kommission weitergeleitet, welche so von den Argumenten der Post Kenntnis nehmen konnten. Dies genügt im vorliegenden Fall zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, zumal es sich um vorsorgliche Massnahmen handelt, bei denen einerseits die zeitliche Dringlichkeit und andererseits der provisorische Charakter der Massnahmen gegen die Durchführung einer Anhörung sprechen. Dies schliesst nicht aus, dass im Rahmen des Endentscheides eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG durchgeführt wird.

47. Die Post macht weiter geltend, der Abschluss der EVR II nur mit einem Teil der Beteiligten stehe im Widerspruch zu Art. 29 KG und verletze das Rechtsgleichheitsgebot. Dies ist nicht zutreffend, hat doch das Sekretariat die neuen Issuer zu keinem Zeitpunkt davon ausgeschlossen, die EVR II ebenfalls zu unterzeichnen und hat damit die Post gleich wie die anderen Parteien behandelt. Die Post hat freiwillig auf die Unterzeichnung verzichtet, weil sie mit der materiellen Lösung nicht einverstanden ist. Es steht nun keineswegs im Widerspruch zu Art. 29 KG, wenn eine einvernehmliche Lösung nur mit denjenigen Unternehmen abgeschlossen wird, die sich dazu bereit erklären (sofern die einvernehmliche Regelung auch in diesem Fall geeignet ist, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen). Es wäre vielmehr stossend, wenn einer einzelnen Partei sozusagen ein „Vetorecht“ zukäme und sie den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit den anderen Parteien verhindern könnte.

48. Jelmoli hat eventualiter beantragt, dass die Weko die EVR I im Rahmen von superprovisorischen Massnahmen verlängert, bis über ihre Anträge bezüglich der vorsorglichen Massnahmen entschieden worden ist. Da die Weko mit der vorliegenden Verfügung über die Hauptanträge der Jelmoli entscheidet, erübrigen sich superprovisorische Massnahmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

50. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.²⁵

B.3 Materielle Voraussetzungen

51. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes

Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.²⁶

52. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind kumulativ (1) eine günstige Entscheidungsprognose, (2) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (3) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (4) die Verhältnismässigkeit der Anordnung. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen sondern lediglich glaubhaft gemacht werden.²⁷

53. Auch beim Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung kann nicht auf die Prüfung des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen verzichtet werden, allerdings kann die einvernehmliche Regelung dazu führen, dass einzelne Elemente der Entscheidungsprognose eher offen gelassen werden können.²⁸ Zudem haben die Issuer und Acquirer im Rahmen der Verhandlungen mehrmals nach Begründungen für die vom Sekretariat vorgeschlagenen Lösungen verlangt.

B.3.1 Entscheidungsprognose

B.3.1.1 Anforderungen an die Entscheidungsprognose

54. Das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung das Erfordernis der günstigen Entscheidungsprognose relativiert und dazu Folgendes festgehalten: „Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. [...] Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt [...]. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang zudem erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen.“²⁹

²⁵ So auch schon in ersten Verfahren betreffend Interchange Fees, vgl. RPW 2006/1, S. 82 Rz. 131.

²⁶ RPW 2006/1, 63, Rz. 28; RPW 2004/1, 112, Rz. 31.

²⁷ Vgl. BGer, Recymet, RPW 1997/4, S. 612 f. E. 2.2.4; REKO/WEF, Teleclub/Cablecom, RPW 1999/4, S. 635 E. 4.2; RPW 2006/1, 63, Rz. 29; RPW 2004/1, 112, Rz.32. Vgl. auch BILGER (FN 13), S. 322.

²⁸ Im Fall ETA (RPW 2002/4, 593 ff.) hat die Weko den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit geprüft und bejaht. Bezüglich der Entscheidungsprognose wurde die marktbeherrschende Stellung der ETA als glaubhaft erachtet und festgehalten, dass geprüfte Verhalten könne mehrere Tatbestände des Art. 7 KG erfüllen. Vor dem Hintergrund der EVR wurde hingegen offengelassen, ob für das Verhalten „legitimate business reasons“ bestehen. Diese Prüfung wurde durch das Bundesgericht als genügend erachtet (vgl. BGer, EVD/Sellita, RPW 2004/2, 661 E. 3.4.5.

²⁹ BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 645 E. 2.2 und 2.3.

55. Im vorliegenden Fall sind die vorsorglichen Massnahmen primär sichernder Natur, indem der seit dem Kreditkartenentscheid implementierte Festsetzungsmechanismus für die DMIF (objektiviertes, wettbewerbsorientiertes und kostenbasiertes Verfahren) fortgesetzt wird. Es wird weitgehend der Status quo weitergeführt. Einzig bezüglich einiger weniger Anpassungen können die Massnahmen als gestaltend qualifiziert werden. Von einer teilweisen Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats der Untersuchung kann jedoch keine Rede sein.³⁰ So wird im Rahmen der Untersuchung unter anderem auch geprüft werden, ob die DMIF in Zukunft aufgrund des "Tourist Test" festgelegt werden sollte. Dadurch steht ein völlig neues Berechnungsmodell zur Debatte, welches, wie die provisorische Berechnung der Crossborder MIF durch MasterCard auf der Grundlage des Tourist Test in der EU gezeigt hat, voraussichtlich eine starke Senkung der DMIF zur Folge hätte.³¹ In den vorsorglichen Massnahmen wurden demgegenüber nur diejenigen Anpassungen umgesetzt, welche aufgrund der Evaluation der EVR I als unerlässlich erscheinen (vgl. Rz. 71 ff.) und die eine verhältnismässige Reduktion der DMIF zur Folge haben (vgl. näher zur Verhältnismässigkeit unter Rz. 97 ff.). Im Rahmen der Endverfügung wird dann zu überprüfen sein, ob sich diese Anpassungen bewährt haben oder ob sich eine andere Lösung bzw. weitere Anpassungen (z.B. Einbezug weiterer Issuer) aufdrängen.

B.3.1.2 Erhebliche Preisabrede

B.3.1.2.1 Qualifikation der DMIF als erhebliche Preisabrede im Kreditkartenentscheid

56. Die Entscheidungsprognose kann in casu als günstig qualifiziert werden, weil bereits ein Entscheid in der Sache vorliegt. Die Weko ist nach einem längeren Verfahren und einer umfassenden Sachverhaltsabklärung in der Verfügung vom 5. Dezember 2005 zum Resultat gelangt, dass die DMIF eine horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Dabei hat die Weko hauptsächlich auf folgende Elemente abgestellt:

- Die DMIF wird durch die in den Kartengremien vertretenen Issuer und Acquirer verhandelt und festgelegt. Dadurch liegt ein "bewusstes und gewolltes Zusammenwirken einerseits unter den Issuern und andererseits unter den Acquirern vor"³².
- Die DMIF beschränkt den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem sie deren Kosten und Erträge beeinflusst. Auf Seiten der Acquirer stellte die DMIF die wichtigste Kostenkomponente dar, welche einen wesentlichen Bestandteil der Händlerkommission (Merchant Service Charge, MSC) ausmachte (rund 70 %). Aber auch auf Issuing-Seite wurde ein Einfluss auf die Preissetzung festgestellt, da die DMIF rund einen Fünftel der Gesamterträge ausmachte und so einen direkten Einfluss darauf hatte, welcher Anteil der Kosten über Gebühren gegenüber dem Karteninhaber gedeckt werden müssen.³³
- Alle Issuer (Corner Banca, UBS, CS und Viseca) waren an der Abrede beteiligt, so dass auf dem Issuing-Markt kein Aussenwettbewerb vorlag.³⁴ Auf

dem Acquiring-Markt waren die Telekurs Multipay und die Aduno an den Abreden beteiligt. Die ausländischen Crossborder-Acquirer (B&S und Con-Cardis) waren zwar nicht direkt an den Abreden beteiligt, mussten aber aufgrund der Regeln von Visa und MasterCard die festgelegten branchen- und transaktionsspezifischen DMIF anwenden, "weshalb von ausländischen Acquirern keine destabilisierende Wirkung auf die Abrede ausgehen kann"³⁵.

- Auf dem Issuing-Markt waren im Jahr 2005 nur 4 Issuer tätig mit folgenden Marktanteilen im Issuing von Visa- und MasterCard-Kreditkarten: CS: 20–30 %, UBS 30–40 %, Viseca 20–30 % und Corner 10–20 %. Der Hirshman-Herfindahl-Index betrug damals über 2'800, so dass der Markt relativ stark konzentriert war.³⁶ Zudem waren die Marktanteile der 4 Issuer über mehrere Jahre hinweg stabil geblieben.³⁷ Auf dem Markt für das Acquiring von Visa- und MasterCard-Kreditkarten verfügte die Telekurs Multipay gemessen am inländischen Transaktionsvolumen über einen Marktanteil von 70–80 %, Corner Banca rund 20–30 %, währenddem die beiden Crossborder-Acquirer gemeinsam nicht mehr als 5 % Marktanteil erreichten.³⁸
- Auf dem Acquiring-Markt wurde eine gewisse Preiskonkurrenz durch die neu auf dem Markt auftretenden ausländischen Acquirer festgestellt. Die Profitabilität des Acquiring-Geschäfts hatte sich aufgrund der stagnierenden bzw. rückläufigen Merchant Service Charge (MSC) und steigender Kosten verschlechtert. Gleichzeitig hielt die Weko fest, dass der Wettbewerb durch die marktmächtige Position der Telekurs Multipay erheblich eingeschränkt werde und zudem der Preiswettbewerb nur auf dem Teil der MSC spielen könne, welcher nicht von der DMIF-Vereinbarung betroffen sei.³⁹

³⁰ Dies wurde auch in den Vorbemerkungen der EVR II ausdrücklich festgehalten.

³¹ Das MEMO 09/143 der EU-Kommission hält hierzu fest: "As regards calculation of the (cross-border) MIF, MasterCard has engaged to apply a methodology developed in economic literature to assess efficient interchange fees which is called the 'avoided-cost test' or 'tourist test'. [...] The amount was calculated by comparing the merchants' costs of accepting payments in cash to those of accepting payments made by a payment card. MasterCard has based its calculations of this balancing fee (or 'tourist test' MIF) on studies published by the central banks of the Netherlands, Belgium and Sweden comparing the costs of cards with those of cash." Diese Berechnung führte zu einer starken Senkung der Crossborder MIF auf 0,3 %, Die zitierte Passage aus dem Memo macht auch deutlich, dass entgegen der Stellungnahme von MasterCard in der EU das Konzept des Tourist Tests angewendet wird, wenn auch die darauf basierende Berechnung erst eine provisorische ist.

³² RPW 2006/1, 83, Rz. 139.

³³ RPW 2006/1, 83 ff., Rz. 140 ff. (insbes. Rz. 142 und 152 ff.).

³⁴ RPW 2006/1, 98, Rz. 259.

³⁵ RPW 2006/1, 95, Rz. 241 (insbes. Rz. 142 und 152 ff.).

³⁶ Der Hirshman-Herfindahl-Index (HHI) misst den Konzentrationsgrad einer Industrie und ist gleich der Summe der quadrierten Marktanteile aller Anbieter. Der Maximalwert des Hirshman-Herfindahl-Indexes - im Fall eines Monopols - beträgt 10'000. Gemäss internationaler Praxis gilt ab ca. 1'800 ein Markt als stark konzentriert.

³⁷ Vgl. zum Ganzen RPW 2006/1, 98, Rz. 261 ff.

³⁸ RPW 2006/1, 95 ff., Rz. 244 ff. und 105, Rz. 321.

³⁹ RPW 2006/1, 98, Rz. 261 ff.

- Auf dem Issuing-Markt wurde nur ein eingeschränkter (Preis-) Wettbewerb konstatiert. Die Listenpreise für die Jahresgebühren waren bei sämtlichen vier Issuern identisch und über mehrere Jahre stabil (z.B. CHF 100.- für Standard-Karten). Weiter wurden steigende Erträge aus den Jahresgebühren, ein steigender Zinsertrag sowie steigende Einnahmen aus weiteren Gebühren (z.B. Gebühren für Bargeldbezug, Fremdwährungs-Umrechnung, etc.) festgestellt. Zudem hat ein starker Anstieg der Rentabilität des Issuing-Geschäfts stattgefunden.⁴⁰
- Weiter wurde dargelegt, dass die Drei-Parteien-Kreditkartensysteme (American Express, Diners Club) in der Schweiz aufgrund der geringen Verbreitung und limitierten Akzeptanz Nischenprodukte darstellen, welche keinen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf Visa und MasterCard ausüben.⁴¹ Schliesslich wurde auch der Wettbewerb zwischen den beiden Vier-Parteien-Systemen Visa und MasterCard als ungenügend qualifiziert. Gründe dafür waren der Umstand, dass sämtliche Issuer und Acquirer beide Marken anbieten (sog. Dual Branding), dass die Acquirer gegenüber den Händlern eine einheitliche MSC für beide Marken anwenden (sog. Blended Rates) und dass aufgrund der weitgehend identischen DMIF für MasterCard und Visa auch bei den Issuern kein Anreiz besteht, eine Marke zulasten der anderen zu bevorzugen.⁴²
- Die Erträge der Issuer sind seit dem Jahr 2004 gewachsen. Das Wachstum entfällt primär auf die Zinserträge (Wachstum von rund 45 %) aus der Kreditoption und auf die Erträge, die sich bei Auslandstransaktionen ergeben. Die Erträge aus den beiden wichtigsten Einnahmequellen Jahresgebühren und Interchange Fees sind hingegen weitgehend stabil geblieben. Auch der Gewinn vor Steuern hat absolut gesehen zugenommen. Werden die Erträge allerdings in Relation zur Anzahl Karten gesetzt, so zeigt sich, dass die durchschnittliche Jahresgebühr pro Kreditkarte zwischen dem Jahr 2005 und dem Jahr 2008 um rund CHF 20 gesunken ist (von CHF 70–80 auf CHF 50–60). Die gesamten Erträge aus Gebühren sowie der Gewinn von Steuern haben in Relation zur Anzahl Karten ebenfalls abgenommen. Die Entwicklung der Erträge und Gewinne pro Karte erklärt sich v.a. aus dem Umstand, dass der Kartenbestand zwischen 2005 und 2008 von rund 3,5 Mio. Karten auf rund 4,5 Mio. Karten zugenommen hat (also um rund 30 % gewachsen ist). In den Jahren 2006 und 2007 wurden jährlich mehr als 400'000 neue Kreditkarten ausgegeben.⁴⁶

B.3.1.2.2 Vorliegen einer erheblichen Preisabrede ist glaubhaft

57. Es ist aufgrund der im Rahmen der Wirkungsanalyse erhobenen Daten⁴³ glaubhaft, dass nach wie vor eine erhebliche Preisabrede vorliegt:

- Die DMIF wird immer noch – wie es bereits ihr Name andeutet – multilateral in den Kreditkartengremien vereinbart.
- Die DMIF stellt nach wie vor die grösste Kostenkomponente der Acquirer dar und machte im ersten Halbjahr 2008 im Durchschnitt aller Acquirer rund 74 % der MSC aus. Sie stellt im Issuing immer noch eine wesentliche Ertragskomponente dar, welche rund einen Fünftel der Gesamterträge der Issuer ausmacht.
- Alle Issuer mit Ausnahme von GE Money nehmen in einem der beiden Kartengremien Einsitz. Bei den Acquirern sind SIX Multipay und Aduno in den Kartengremien vertreten. Nach wie vor ist es aber so, dass alle Issuer und Acquirer, die in den Kartengremien festgelegten branchen- und transaktions-spezifischen DMIF aufgrund der Regeln von Visa und MasterCard anzuwenden haben (sofern nicht bilaterale Interchange Fees vereinbart wurden). Damit betrifft die Abrede grundsätzlich alle in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer.⁴⁴
- Auf dem Issuing-Markt hat nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden. Es sind seit dem Kreditkartenentscheid die drei neuen Issuer GE Money, Jelmoli und die Post in den Markt eingetreten. Es ist zu neuen Kooperationsformen zwischen Issuern und Nicht-Banken gekommen (z.B. M...MasterCard,

⁴⁰ RPW 2006/1, 99 ff., Rz. 267 ff.

⁴¹ RPW 2006/1, 102 f., Rz. 302 ff.

⁴² RPW 2006/1, 103 f., Rz. 302 ff.

⁴³ Der Vorwurf der Jelmoli, der Sachverhalt sei nicht rechtsgenügend festgestellt worden, da das Sekretariat seit der Eröffnung der Untersuchung keine konkreten Sachverhaltsabklärungen unternommen habe ist unzutreffend. Das Sekretariat hat im Rahmen der Wirkungsanalyse im ersten Kreditkartenverfahren (22-0264) die aktuellen Marktdaten erhoben. Die Akten aus dem Verfahren 22-0264 wurden in die vorliegende Untersuchung übernommen (vgl. Eröffnungsschreiben, act. no 1). Jelmoli hat am 7. August 2009 Einsicht in diese Akten genommen und zahlreiche Aktenkopien erstellt (vgl. act. no 19).

⁴⁴ In der Vorabklärung Visa V-Pay wurde aufgrund dieses Umstandes eine horizontale Preisabrede zwischen allen Issuern einerseits und Acquirern andererseits angenommen, welche die DMIF *anwenden*, selbst wenn sie diese nicht selber festsetzen; vgl. RPW 2009/2, 130 f., Rz. 74 ff.

⁴⁵ Vgl. den Redetext zur Jahrespressekonferenz 2009 der Weko sowie die dazugehörige Präsentation Kreditkarten (beide unter www.weko.admin.ch, Rubrik Dokumentation/Jahrespressekonferenz).

⁴⁶ Vgl. SNB: Statistisches Monatsheft, Reihe C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/statmon/statmon_C2.

- Auf dem Acquiring-Markt hat sich hingegen die Marktsituation kaum verändert. Die SIX Multipay verfügt aufgrund der Zahlen aus dem 1. Halbjahr 2008 über einen Marktanteil von 60–70 %, die Aduno von 20–30 % und die beiden Crossborder-Acquirer von je 0–10 %. Die durchschnittliche MSC ist seit dem Jahr 2005 im gleichen Umfang wie die durchschnittliche domestische Interchange Fee zurückgegangen (um mehr als 20 %). Die Kosten des Kreditkartenacquirings sind im Durchschnitt aller Acquirer leicht zurückgegangen und die Gewinne konnten hingegen gesteigert werden.
- Bezüglich dem Systemwettbewerb erscheinen die Ausführungen im Kreditkartenentscheid immer noch als glaubhaft. Die 3-Parteien-Systeme sind wahrscheinlich immer noch als Nischenplayer zu betrachten: American Express verfügt in der Schweiz über rund 200'000⁴⁷ Karteninhaber (5 % Marktanteil), Diners über rund 40'000⁴⁸ (1 %). Visa und MasterCard verfügen über 1,7 Mio. (40 %) bzw. 2,3 Mio. Karteninhaber (54 %), d.h. gemessen an den Karteninhabern über einen gemeinsamen Marktanteil von 94 %⁴⁹. Der Wettbewerb zwischen den Systemen von Visa und MasterCard dürfte aufgrund des nach wie vor praktizierten Dual Brandings, der Blended Rates im Acquiring sowie der weitgehend identischen Interchange Fees noch immer ungenügend sein.⁵⁰ Im Rahmen der Untersuchung wird zu prüfen sein, ob die durch Visa im Jahr 2009 eingeführte „No Blending“-Regel der Systemwettbewerb allenfalls verstärkt wird.

58. In zahlreichen Stellungnahmen werden einzelne Elemente der Beurteilung der heutigen Situation bestritten und darauf hingewiesen, dass durch die Begründung der vorliegenden Verfügung das Untersuchungsergebnis nicht präjudiziert werden soll. Es wird namentlich geltend gemacht, es sei unzulässig, wenn Rechtserwägungen aus dem Kreditkartenentscheid unbesehen übernommen würden und so der Eindruck einer Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats erweckt werde. Konkret wird unter anderem vorgebracht, die DMIF stelle keine erhebliche Preisabrede dar und habe bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Kreditkartenentscheides keine erhebliche Preisabrede dargestellt. Von Visa wird geltend gemacht die Marktstellung von Visa und MasterCard sei anders zu beurteilen, bei der Marktanteilsberechnung seien Private Label Cards wie z.B. myOne zu berücksichtigen, was zu anderen Marktanteilen von Visa und MasterCard führe.

59. Die Weko weist darauf hin, dass in Sachen DMIF – im Gegensatz zu anderen Fällen von vorsorglichen Massnahmen – bereits eine rechtskräftige Verfügung der Weko vorliegt, welche bis zu einem neuen Entscheid als Präjudiz zu beachten ist. So sind etwa die rechtlichen Erwägungen oder auch die Markttabgrenzung im Kreditkartenentscheid der Massstab, welcher im Rahmen der vorliegenden Verfügung betreffend vorsorglicher Massnahmen anzuwenden ist, sofern sich im Rahmen der summarischen Prüfung nicht Änderungen im Sachverhalt ergeben, welche eine Neubeurteilung aufdrängen. Dies ist hier nicht der Fall. Aus der obigen Darstellung geht hervor, dass sich der Sachverhalt zwar – wie mehrere Stellungnahmen betonen – bezüglich der Wettbe-

werbsintensität im Issuing verändert hat, dass aber bezüglich derjenigen Elemente, die für die Qualifikation der DMIF als Preisabrede mit erheblicher Marktwirkung ausschlaggebend sind, keine Veränderung eingetreten ist, welche dazu führen würde, dass das Vorliegen einer erheblichen Preisabrede nicht mehr glaubhaft wäre. Bezüglich der Markttabgrenzung kann darauf hingewiesen werden, dass im Kreditkartenentscheid Private Label Karten nicht als Substitute für Kreditkarten erachtet wurden⁵¹, weshalb sie bei der Marktanteilsberechnung nicht berücksichtigt wurden. Die oben aufgeführten öffentlich verfügbaren Zahlen stimmen im Übrigen weitgehend mit den durch das Sekretariat im Rahmen der Wirkungsanalyse erhobenen Zahlen überein. Der Marktanteil von Visa und MasterCard beträgt gemäss den Berechnungen des Sekretariates für das Jahr 2008 [90-100] % des Gesamtmarkts von 4,5 Mio. Kreditkarten, wie er von der SNB ausgewiesen wird.⁵²

B.3.1.3 Zwischenfazit: Klare Entscheidprognose bezüglich des Vorliegens einer erheblichen Preisabrede

60. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es zwar auf dem Issuing-Markt zu einer Belebung des Wettbewerbs gekommen ist. Trotz den seit dem Jahr 2005 eingetretenen Veränderungen erscheint eine günstige Entscheidprognose für einen Verstoss gegen Art. 5 KG als glaubhaft: Die Auswirkungen der DMIF auf dem Acquiring-Markt dürften die Schwelle der Erheblichkeit eindeutig überschreiten, da die DMIF im Durchschnitt aller Acquirer rund 74 % der MSC ausmacht. Auch auf dem Issuing-Markt erscheint die DMIF – trotz der Marktentwicklung – nach wie vor als erheblich, gilt sie doch für alle, d.h. auch für die neuen Marktteilnehmer⁵³, und sie macht noch immer einen erheblichen Teil der Erträge der Issuer aus.

⁴⁷ <https://www.americanexpress.ch/d/merchants/in dex.php> (besucht am 07.12.09).

⁴⁸ Pressemitteilung der Multipay vom 13.08.2009: "SIX Multipay bietet neu die Akzeptanz und Verarbeitung von Diners Club und Discover an" (http://www.presseportal.ch/de/pm/100005802/100588084/six_multipay, besucht am 07.12.2009).

⁴⁹ Die Zahlen für Visa und MasterCard stammen von der Website der Multipay (http://www.currency-iso.org/de/tkmpch_index/tkmpch_home/tkmpch_acceptance/c.htm, besucht am 07.12.09).

⁵⁰ Vgl. RPW 2006/1, S. 103 f., Rz. 310 ff.

⁵¹ Vgl. RPW 2006/1, S. 86, Rz. 168 ff. und S. 91, Rz. 201 ff.

⁵² Vgl. SNB: Statistisches Monatsheft, Reihe C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon_C2.

⁵³ Vorbehalten bleiben bilaterale Interchange Fees.

B.3.1.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

B.3.1.4.1 Die Beurteilung der Effizienzgründe im Kreditkartenentscheid

61. Die Weko hat im Kreditkartenentscheid festgehalten, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte⁵⁴. Es müsse aufgrund der Marktentwicklung im Issuing und Acquiring-Geschäft davon ausgegangen werden, dass die DMIF einerseits zur Generierung zusätzlicher Einnahmen für die Issuer und andererseits zur Erschwerung des Markteintritts für ausländische Acquirer gedient habe, nicht aber als Ausgleichsmechanismus⁵⁵ zwischen den beiden Märkten (so hatten die damaligen Erhöhungen der DMIF nicht zu Senkungen der Gebühren für den Karteninhaber geführt⁵⁶).⁵⁷

62. Die Weko ist aber davon ausgegangen, dass das multilaterale Verhandeln gegenüber bilateralen Verhandlungen folgende Effizienzvorteile bringt:⁵⁸

- Tiefere Transaktionskosten: das multilaterale System führt zu geringeren Vertragsverhandlungs-, Systemanpassungs-, und Kommunikationskosten.
- Vermeidung des Hold-Up Problems: da die Acquirer aufgrund der Honor All Cards Rule (HACR) gezwungen sind mit allen Issuern einen Vertrag abzuschliessen, verfügen letztere über eine grosse Verhandlungsmacht, was zu unerwünscht hohen Interchange Fees führen kann.
- Tiefere Markteintrittschranken: die DMIF erleichtert ausländischen Acquirern den Markteintritt, indem sie einfach die DMIF übernehmen können und nicht mit allen Issuern einzeln verhandeln müssen.

B.3.1.4.2 Die EVR I

63. Aufgrund der oben aufgeführten Effizienzgründe gelangte die Weko zur Auffassung, dass die DMIF dann gerechtfertigt werden kann, wenn ein System gefunden wird, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahrt. Dies war die Zielsetzung der einvernehmlichen Regelung vom 29. März 2005 (EVR I).⁵⁹

64. Das Kernelement der EVR I bildet das objektivierte und wettbewerbsorientierte Verfahren zur Festlegung der DMIF. Die EVR I definiert eine Obergrenze für die DMIF basierend auf den reinen *Netzwerkkosten* der Issuer. Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruht auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster ("zulässige Kosten"). Für jeden Issuer werden die Netzwerkkosten ermittelt und durch sein domestisches Transaktionsvolumen geteilt, dies ergibt die sogenannte issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Auf der Basis der ISDIF wird ein Durchschnitt berechnet, die durchschnittliche Domestic Interchange Fee (dDIF), welche dann die Obergrenze für die DMIF bildet. Durch das Abstellen auf den Durchschnitt sollte "ein Anreiz zur Kostensenkung"⁶⁰ erfolgen: Issuer, deren ISDIF über der dDIF liegt, sollten einen Anreiz haben, ihre ISDIF zu senken, um ihre Kosten decken zu können. Issuer, denen es gelingt, ihre ISDIF unter dem Durchschnitt zu halten, können so einen "Überschuss" erwirtschaften. Aufgrund dieser Anreize zur Senkung der

ISDIF, sollte dann der nächste Gesamtdurchschnitt (dDIF) ebenfalls tiefer ausfallen und so wiederum neue Anreize zur Kostensenkung entstehen lassen. Aufgrund dieses beabsichtigten Mechanismus ist die EVR I nicht nur kostenbasiert sondern auch wettbewerbsorientiert.⁶¹

B.3.1.4.3 Die Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids

65. Im Rahmen der ab dem Sommer 2008 durchgeführten Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheids stellte das Sekretariat fest, dass der Kreditkartenmarkt seit dem Entscheid ein fortwährendes Wachstum erfahren hat, gleichgültig ob als Messgrösse die Anzahl Karten, die Anzahl Transaktionen oder das Transaktionsvolumen betrachtet wird. Das Wachstum hat ab dem Jahr 2006 stark zugenommen. Zu einem grossen Teil geht diese Zunahme des Wachstums auf die Einführung von Gratkreditkarten zurück. Aber selbst ohne Gratkreditkarten ist das Wachstum grösser als in der Periode 2002-2005. Gleichzeitig ist es auch zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz gekommen. Im Issuing hat – wie bereits dargestellt – eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden und die durchschnittlichen Jahresgebühren sind gesunken, so dass die Belastung der Karteninhaber im Jahr 2008 rund 80–100 Mio. und kumuliert über die gesamte Zeit seit 2005 bis 2008 rund CHF 200–250 Mio. tiefer ist, als wenn die durchschnittlichen Jahresgebühren aus dem Jahr 2005 beibehalten worden wären (vgl. oben Rz. 57). Im Acquiring wurden die in der EVR I vorgesehenen Senkungen der Interchange Fees durch entsprechende Reduktionen der MSC vollständig an den Handel weitergegeben, so dass dieser seit dem Jahr 2005 bis zum Jahr 2008 um insgesamt CHF 70–90 Mio. entlastet wurde. Während die Reduktion der MSC im Acquiring als direkte Folge der EVR I betrachtet werden kann, ist die Entwicklung im Issuing aus folgenden Gründen bemerkenswert:

- Wird die Interchange Fee als Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten eingesetzt, so müsste

⁵⁴ RPW 2006/1, 109, Rz. 355.

⁵⁵ Vgl. ausführlich zur Theorie, dass die Interchange Fee einen Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten bildet RPW 2006/1, 107 ff., Rz. 344 ff. Vgl. für eine Übersicht aus der neueren ökonomischen Literatur JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Competition Policy in Two-Sided Markets, with a Special Emphasis on Payment Cards, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, The MIT Press, April 2008, 543-582.

⁵⁶ RPW 2006/1, 108, Rz. 348.

⁵⁷ RPW 2006/1, 109, Rz. 356. Vgl. SAMUEL RUTZ, Interchange Fees as a Mechanism to Raise Rivals' Costs – Some Evidence from Switzerland, Swiss Journal of Economics and Statistics (forthcoming), der von einem Marktversagen auf dem schweizerischen Kreditkartenmarkt ausgeht.

⁵⁸ RPW 2006/1, 106, Rz. 331 ff.

⁵⁹ Vgl. RPW 2006/1, 109 ff., Rz. 359 ff.

⁶⁰ RPW 2006/1, 110, Rz. 369.

⁶¹ Dieser Mechanismus entspricht dem ökonomischen Konzept der "Yardstick Competition". Vgl. hierzu ANDREI SHLEIFER, "A Theory of Yardstick Competition", Rand Journal of Economics, 1985, Volume 16, Number 3, 319-327 und JOEL SOBEL (1999), "A Reexamination of Yardstick Competition", Journal of Economics and Management Strategy, 1999, Volume 8, Number 1, 33-60.

"jede Erhöhung (Senkung) der Interchange Fee mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten [=Karteninhaber] einhergehen"⁶². Die durch den Kreditkartenentscheid bewirkte Senkung der DMIF hätte also einerseits zu einer Senkung der MSC und andererseits, als Ausgleich, zu einer Erhöhung der Kartengebühren führen sollen. Tatsächlich konnte ein Rückgang der MSC festgestellt werden, gleichzeitig jedoch auch ein Rückgang (!) der Jahresgebühren (auch bei den weiteren Kartengebühren war tendenziell eher eine Senkung als eine Erhöhung auszumachen). Es ist mit anderen Worten nicht nur zu einer Änderung der Preisstruktur (d.h. des Verhältnisses zwischen den Preisen auf der Acquiring- und Issuing-Seite), sondern zu einer Senkung des Preisniveaus gekommen (der Summe der Preise auf der Acquiring- und Issuing-Seite).⁶³ Dies deutet einerseits darauf hin, dass das Preisniveau vor dem Kreditkartenentscheid tatsächlich zu hoch war und die DMIF der Rentenerzielung bei den Issuern gedient hat. Andererseits lässt die festgestellte Entwicklung vermuten, dass die theoretisch vorausgesagte Ausgleichsfunktion der DMIF zur Optimierung des Gesamtsystems noch nicht vollständig zum Tragen kommt, sondern dass Senkungen der DMIF immer noch einen Niveaueffekt haben, d.h. zu einem tieferen Preisniveau führen.

- Gleichzeitig mit der Reduktion der Interchange Fees ist es nicht nur zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz (Anzahl Händler) sondern auch der Kartenverbreitung (Anzahl Karteninhaber) gekommen. Dies ist ein Hinweis auf, dass die frühere Gebührenstruktur und insbesondere auch die DMIF noch nicht optimal ausgestaltet war.
- Der Kreditkartenentscheid hielt fest, dass die DMIF Markteintritte im Acquiring erleichtern können, weil der Markteintriter nicht mit allen Issuern die Interchange Fees bilateral verhandeln muss. Im Acquiring-Markt konnten seit dem Kreditkartenentscheid jedenfalls bis ins Jahr 2009 keine Markteintritte verzeichnet werden,⁶⁴ hingegen auf dem Issuing-Markt schon (allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass im Acquiring bereits zwei Markteintritte kurz vor dem Kreditkartenentscheid erfolgt sind). Die neuen Issuer haben im Rahmen von Stellungnahmen in der Wirkungsanalyse ausgeführt, dass der Markteintritt durch das Vorhandensein einer DMIF erleichtert worden sei.

66. Ein ausschlaggebendes Element zur Beurteilung der Wirkung der EVR I stellt die Entwicklung der Netzwerkkosten dar, da dadurch überprüft werden kann, inwieweit der durch die EVR I eingeführte wettbewerbsorientierte Mechanismus (vgl. oben Rz. 64) funktioniert hat. Die EVR I sieht bei der Erhebung der ISDIF und Berechnung der dDIF einen Dreijahresrhythmus vor, weshalb die erste Kostenerhebung seit dem Kreditkartenentscheid erstmals für das Jahr 2008 erfolgte, so dass die neuen ISDIF am 1. April 2009 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen PEQ GmbH eingereicht wurden, welches auf den 1. Mai 2009 die neue dDIF von 1,282 % berechnete.

67. Die dDIF ist damit seit der ersten Berechnung im Rahmen des Kreditkartenentscheides auf der Basis der Zahlen für das Jahr 2004 nur marginal von 1,313 % auf 1,282 % zurückgegangen. Dabei konnten sehr grosse Differenzen bei der Kostenentwicklung der Issuer festgestellt werden. Einerseits konnten erhebliche bis starke Steigerungen der absoluten Netzwerkkosten einzelner Issuer festgestellt werden, welche teilweise zu einer erheblichen Erhöhung der ISDIF geführt haben. Andererseits wurden geringe bis starke Rückgänge der ISDIF festgestellt. Aufgrund der divergierenden Entwicklungen der ISDIF sowie des Umstandes, dass die dDIF seit Inkrafttreten der EVR I nur ein einziges Mal erhoben wurde, ist es nicht möglich abschliessend zu verifizieren oder falsifizieren, wie gut der beabsichtigte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert hat.

68. Jelmoli und auch andere Issuer bringen in ihren Stellungnahmen vor, Kostendisparitäten unter den Issuern seien ein klares Indiz für den funktionierenden und intensiven Wettbewerb im Schweizer Kreditkartenmarkt. Dem ist entgegenzuhalten, dass der von der Weko gewählte kostenbasierte Ansatz bei den Issuern im Sinne der "Yardstick-Competition" Anreize zur Kosteneffizienz schaffen sollte. Der Mechanismus lässt erwarten, dass sich die Kostenstrukturen der verschiedenen Issuer aufgrund dieser Anreize über die Zeit angleichen. Demgegenüber deuten erhebliche Kostenunterschiede zwischen den Issuern darauf hin, dass der gewählte Mechanismus nicht in genügendem Ausmass Anreize zur Kosteneffizienz zu schaffen vermochte.

69. Die UBS bringt vor, es wäre falsch die Ansicht zu vertreten, dass die dDIF bzw. die einzelnen ISDIFs kontinuierlich sinken müssten, da dies in letzter Konsequenz bedeuten würde, dass die Issuer ihre Dienstleistungen gratis erbringen müssten. Diese Auffassung wird durch die Weko auch gar nicht vertreten, der wettbewerbsorientierte Ansatz müsste aber dazu führen, dass sich die ISDIFs über die Zeit in Richtung des effizientesten Issuers angleichen und sich dann auf einem bestimmten Niveau einpendeln, welches sich aufgrund der Yardstick-Competition ergibt.

⁶² RPW 2006/1, S. 108, Rz. 347.

⁶³ Vgl. RPW 2006/1, S. 108, Rz. 346: Wenn die Interchange Fee als Ausgleichsmechanismus dient, so beeinflusst sie in erster Linie die Preisstruktur, aber nicht das Preisniveau.

⁶⁴ SIX Multipay macht in ihrer Stellungnahme geltend, im Jahr 2009 sei Elavon in den Schweizer Acquiring-Markt eingetreten. Ob dies zutrifft bzw. in welchem Umfang dieser Markteintritt erfolgt ist und welche Auswirkungen er hat wird im Rahmen der Untersuchung zu überprüfen sein.

70. Die UBS macht zudem geltend, die unterschiedliche Entwicklung der einzelnen ISDIF sei durch unterschiedliche Investitionszyklen bedingt. Dies wird im Rahmen der Untersuchung zu überprüfen sein, wobei Voraussetzung hierfür die im EVR II vorgesehene Änderung des Erhebungsrhythmus ist. Es stellt sich die Frage, ob denn die geltend gemachten Investitionszyklen nicht durch eine entsprechende Abschreibungspraxis geglättet werden. Zudem hat das Sekretariat die Issuer nach den Gründen der wichtigsten Kostensteigerungen befragt. Die einzelnen Erklärungen bilden Geschäftsgeheimnisse der Issuer, generell lässt sich aber festhalten, dass nur ein Teil der Kostensteigerungen durch Investitionen erklärt wurde während ein anderer Teil der Kostensteigerungen als von grundsätzlicher und länger dauernder Natur bezeichnet wurde.

B.3.1.4.4 Die EVR II

71. Die EVR II stellt in erster Linie eine Weiterführung der EVR I dar. Von den vier Elementen der EVR I werden drei unverändert fortgeführt (das Verbot der NDR, die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien). Zudem wird das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Verfahren, welches das Kernstück der EVR I bildet, weitgehend unverändert fortgeführt. Weiterhin bilden die reinen Nettwerkkosten die Grundlage zur Bestimmung der Obergrenze der DMIF, wobei der Kostenraster der EVR I unverändert übernommen wird. Auch der wettbewerbsorientierte Mechanismus bleibt bestehen, indem aufgrund der ISDIF der einzelnen Issuer ein gewichteter Durchschnitt berechnet wird.

72. Aufgrund der Ergebnisse der Wirkungsanalyse enthält die EVR II folgende Anpassungen gegenüber der EVR I:

73. *Änderung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer zur Berechnung der dDIF:* In der bisherigen Berechnungsformel wurde die höchste und die tiefste ISDIF einfach gewichtet, die anderen dreifach. In der EVR II wird der ineffizienteste Issuer (höchste ISDIF) nicht in die Kostenberechnung einfließen ("Streichresultat"), demgegenüber werden die beiden effizientesten Issuer (tiefste beiden ISDIF) als Massstab dessen, was möglich ist ("as efficient as"), stärker berücksichtigt. Die Werte der übrigen Issuer werden einfach gewichtet. Durch die vorgenommenen Änderungen der Gewichtung wird verhindert, dass ein einzelner Ausreisser nach oben das Gesamtergebnis in dem Masse beeinflusst, wie dies in der Beobachtungsperiode bei der EVR I geschehen ist. Mit der Streichung von einem Ausreisser nach oben werden zudem die Anreize einzelner Issuer minimiert, strategisch Kosten über die Zeit und zwischen Kostenpositionen des Kostenrasters so zu allozieren, dass im Erhebungsjahr ein speziell hoher ISDIF-Wert ausgewiesen werden kann. Mit der stärkeren Gewichtung jener Unternehmen mit den tiefsten ISDIF sollen die Anreize zu Investitionen in Kostensenkungen zusätzlich verstärkt werden. Gleichzeitig werden die durch den kostenbasierten Ansatz induzierten Anreize zur Kostensenkung für alle Unternehmen aufrecht erhalten.⁶⁵

74. Sämtliche Parteien und insbesondere die neuen Issuer Jelmoli und Post bringen vor, der Verzicht auf den

Einbezug der ISDIF der neuen Issuer in die Berechnung der dDIF sei diskriminierend. Die daraus resultierende tiefere dDIF führe zu einem Wettbewerbsnachteil für die neuen Issuer und errichte Markteintrittschränken. Schliesslich wird geltend gemacht, gemäss dem Kreditkartenentscheid könne niemand gezwungen werden, Dienstleistungen "unter den Produktionskosten" anzubieten.⁶⁶

75. Nach Auffassung der Weko ist das Diskriminierungsverbot nicht verletzt. Es gibt sachliche Gründe, welche eine Differenzierung zwischen den bisherigen und den neuen Issuern rechtfertigen. Die durchschnittliche ISDIF der neuen Issuer ist massiv höher (mehr als 1 % bzw. 100 Basispunkte) als die der bisherigen Issuer. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass mit einem Markteintritt hohe Kosten verbunden sind. In den Kostenraster sollten aber nur die Kosten einfließen, welche mit dem ordentlichen Betrieb des Systems verbunden sind. Die Markteintrittskosten neuer Marktteilnehmer sollten nicht dazu führen, dass die DMIF für alle Issuer angehoben wird. Damit würden paradoxerweise auch die etablierten Marktteilnehmer von dem Markteintritt profitieren und der mit der EVR beabsichtigte Anreiz zur Kostensenkung würde reduziert wenn nicht gar zwischenzeitlich aufgehoben. Letztlich ist der Grund, weshalb die alten und neuen Issuer den Einbezug der neuen Issuer in die Berechnungsformel fordern, gerade der, dass in diesem Fall die dDIF wesentlich höher ausfallen würde, als wenn nur die etablierten Issuer berücksichtigt werden.

76. Jelmoli macht geltend, dass Simulationsrechnungen zeigen würden, [Geschäftsgeheimnis].

77. Es ist zutreffend, dass die Weko im Kreditkartenentscheid ausgeführt hat, dass das KG keine Bestimmung vorsehe, aufgrund welcher Unternehmen gezwungen werden könnten, Produkte oder Dienstleistungen unter den Produktionskosten anzubieten. Es ist aber falsch daraus abzuleiten, die DMIF müsse so ausgestaltet werden, dass sämtliche Issuer zu jedem Zeitpunkt ihre Kosten decken können. Dies war bereits unter der EVR I nicht der Fall und entspricht auch nicht dem Gedanken der "Yardstick Competition", welcher darauf basiert, dass Unternehmen, deren ISDIF höher als die dDIF liegt, einem Druck zur Kosteneffizienz unterliegen, wie er im funktionierenden Wettbewerb ebenfalls bestehen würde. Würde die Forderung in den Stellungnahmen umgesetzt, so würde dies bedeuten, dass die dDIF identisch mit der höchsten ISDIF sein müsste, damit auch dieser Issuer „nicht unter Produktionskosten anbieten muss“. Auf diese Weise hätten alle Issuer die Garantie, dass ihre Produktionskosten gedeckt werden. Dies entspricht nicht der Situation bei einem funktionierenden Wettbewerb. Die DMIF soll nicht dem Zweck der Strukturerhaltung dienen indem Mindesteinnahmen garantiert werden. Der wettbewerbsorientierte Ansatz soll vielmehr dazu führen, dass die Issuer einem ähnlichen Effizienzdruck ausgesetzt sind, wie er im freien Wettbewerb ebenfalls vorhanden wäre. Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen,

⁶⁵ In Analogie dazu vgl. LUIS CABRAL/MICHAEL RIORDAN, "Incentives for Cost Reduction Under Price Cap Regulation", *Journal of Regulatory Economics*, 1989, Volume 1, Number 2, 93-102 (98).

⁶⁶ Vgl. RPW 2006/1, S. 113, Rz. 389.

dass die DMIF im Kreditkartengeschäft eine von mehreren Einnahmequellen darstellt, so dass den Issuern die Möglichkeit offen steht, Reduktionen der DMIF durch andere Einnahmen, durch eine Verbesserung der Kosteneffizienz oder durch den Abschluss von bilateralen Verträgen zu kompensieren. Durch eine Reduktion der DMIF wird daher kein Issuer "gezwungen" unter Produktionskosten anzubieten. Im schlimmsten Fall muss er seine Produktionskosten direkt beim Karteninhaber decken.

78. In diesem Zusammenhang kann auch dem Vorwurf der Errichtung von Markteintrittsschranken entgegnet werden. Die in der Stellungnahme der Post aufgeführten Markteintrittsschranken (namentlich Skaleneffekte) bestehen auf diesem Markt unabhängig davon, ob durch die EVR höhere oder tiefere "Mindesteinnahmen" garantiert werden. Eine Regulierung kann sich sinnvollerweise nur an den Betriebskosten eines Issuers orientieren, welches sein effizientes Geschäftsvolumen erreicht hat.

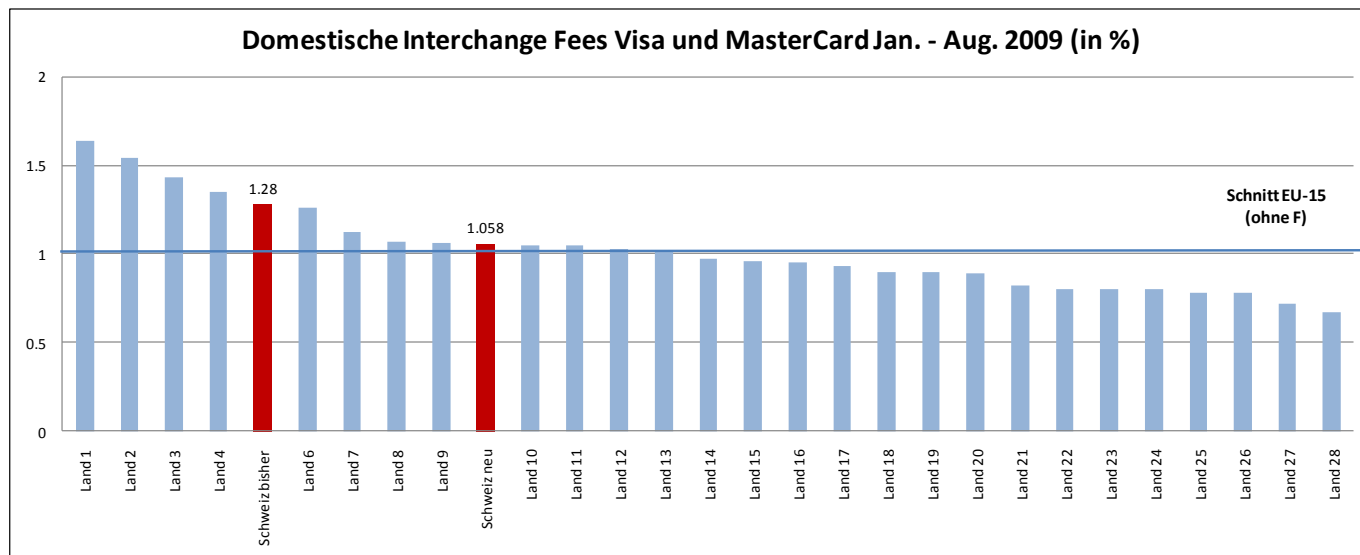
79. Die Anpassung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer hat zur Folge, dass die dDIF für das Jahr 2010 auf den Wert von 1,058 % sinkt.

80. Diese weitere Senkung erscheint deshalb gerechtfertigt, weil die Ergebnisse der Wirkungsanalyse darauf hindeuten, dass das Niveau der DMIF immer noch zu hoch ist. Ein weiteres Indiz für diese Annahme kann ein Vergleich mit den domestischen Interchange Fees aus anderen europäischen Ländern bieten. Das Sekretariat hat im Rahmen der Untersuchung bei den Issuern, dem Handel (VEZ) und bei den Card Schemes um entsprechende Angaben nachgesucht. Dabei besteht die Problematik darin, dass die schweizerische DMIF den Durchschnitt aller branchen- und transaktionsbezogenen domestischen Interchange Fees darstellt. Für andere Länder sind zwar die branchen- und transaktionsbezogenen Interchange Fees mehrheitlich öffentlich zugänglich, da jedoch die dazugehörigen Volumen nicht bekannt sind, ist es nicht möglich aufgrund der publizierten Daten einen mit der DMIF vergleichbaren Durchschnitt zu bilden. Während die EU für ihren "Interim Report Payment Cards"⁶⁷ die Daten bei den europäischen Issuern und Acquirem erhoben hat (und für das Jahr 2004 zu einem gewichteten europäischen Durchschnitt von 1,1–1,15 % gelangte⁶⁸), ist der Beste für die schweizerische Wettbewerbsbehörde erhältliche Datensatz derjenige der beiden Card-Schemes Visa und MasterCard. Visa und MasterCard haben sich bereit erklärt, die nachfolgende Grafik öffentlich zugänglich zu machen, sofern im Rahmen eines Disclaimers gewisse Vorbehalte gemacht werden. Entgegen den Stellungnahmen gewisser Issuer erachten die Wettbewerbsbehörden die nachfolgende Grafik als genügend aussagekräftig, um die schweizerische DMIF im europäischen Kontext einzuordnen. Der wichtigste Vorbehalt, welcher Visa und MasterCard anbringen ist derjenige, dass "on-us"-Transaktionen nicht berücksichtigt sind. Dies ist für die Vergleichbarkeit insofern nicht problematisch, als auch in die Berechnung der schweizerischen DMIF "on-us"-Transaktionen nicht einfließen. Zudem hätte die Berücksichtigung von "on-us"-Transaktionen, wie der VEZ in seiner Stellungnahme geltend macht, die Wirkung das

die Länderschnitte tiefer ausfallen würden als unten in anonymisierter Form dargestellt.

⁶⁷ Interim Report Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking, 12.04.2006, (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf).

⁶⁸ Vgl. Graph 6, Interim Report, S. 24. Für den Ländervergleich siehe Graph 7, S. 25.



Legende:

Neben der Schweiz sind folgende Länder erfasst (in alphabetischer Reihenfolge): Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Island, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, und Zypern.

Frankreich wurde nicht berücksichtigt, da die überwiegende Mehrheit der Visa- und MasterCard-Karten in Frankreich als Debitkarten abgewickelt werden.

Für die Schweiz ergibt sich die DMIF aus der Einvernehmlichen Regelung vom 5. Dezember 2005. Für die übrigen Länder hat das Sekretariat das arithmetische Mittel aus den von Visa Europe und MasterCard übermittelten Werte gebildet.

Disclaimer Visa Europe:

"Die Daten in der Grafik sind aus der Acquiring-Perspektive pro Händler-Land erstellt. Die Grafik setzt sich aus Daten für Kreditkarten für Privatpersonen als auch Kreditkarten für Firmen zusammen. Die Daten basieren auf Bruttoverkaufszahlen (ohne Rückerstattungen und Chargebacks).

Die folgenden Aspekte beeinträchtigen die Aussagekraft der Grafik teils erheblich: Erstens enthält die Grafik Daten von Visa Europe und MasterCard, die aggregiert wurden, indem das arithmetische Mittel der Werte für Visa Europe und MasterCard errechnet wurde. Kein einzelner in der Grafik dargestellter Wert stellt daher die tatsächliche durchschnittlich erhobene DMIF für Kreditkarten der Marken Visa oder MasterCard in irgendeinem Land dar. Zweitens sind in der Grafik (jedenfalls soweit das Visa Europe betrifft) nur solche Transaktionen erfasst, die von Visa Europe abgewickelt werden, d.h., dass fremdabgewickelte Transaktionen wie z.B. sogenannte "on-us" Transaktionen (bei denen das gleiche Finanzinstitut als Herausgeberbank und Händlerbank fungiert) nicht erfasst sind. Folglich sind die durchschnittlichen DMIF-Werte nicht repräsentativ für die tatsächlich erhobenen durchschnittlichen DMIF-Raten, die auf heimische (domestic) Transaktionen Anwendung finden."

Disclaimer MasterCard:

"Die aggregierten Werte im Diagramm beruhen auf den Daten der mit MasterCard Consumer Standard durchgeführten, inländischen Kartentransaktionen.

Die Daten basieren auf den Transaktionen, welche MasterCard über sein MasterCard Global Clearing Management System im

Zeitraum von Januar bis August 2009 verarbeitet hat. Berücksichtigt wurde dabei der gewichtete Durchschnittswert der Volumina der einzelnen Verfahren sowie der Volumina, welche über besondere Händlerkategorien abgewickelt wurden.

MasterCard verarbeitet nur einen Teil der inländischen MasterCard Kartentransaktionen in Europa und hat keinen Einblick in "on us"-Transaktionen (Transaktionen, in welchen der betreffende Kartenherausgeber und die betreffende Händlerbank ein- und dasselbe Unternehmen sind). Dementsprechend ist es möglich, dass die MasterCard zugänglichen Werte nicht die tatsächlichen durchschnittlichen Interchange Fees wiedergeben."

81. Jelmoli bringt vor, der Durchschnitt der europäischen Interchange Fees in Europa lasse völlig ausser Acht, wie die Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Ländern seien. Es werde ignoriert, dass auch in der EU weiterhin von Land zu Land extrem abweichende Parameter wie Kaufkraft und Lohnniveau bestünden. In der Liste fänden sich „korrupte ehemalige 2. Weltländer wie Rumänien und Bulgarien, bankrotte Staaten wie Griechenland oder Island und andere volkswirtschaftlich unbedeutende Staaten wie Malta, Ungarn oder Estland." Gewisse Länder sind [seien] ein Mehrfaches grösser als die Schweiz (Deutschland, Italien, Grossbritannien, Spanien). Andere sind [seien] halb so gross wie die Schweiz oder noch kleiner (Litauen, Lettland, Slowenien)." Die erheblichen Unterschiede von Einwohnerzahl, Lohnniveau, Bruttosozialprodukt und Wettbewerbsfähigkeit würden nicht berücksichtigt. Die UBS macht geltend, die Rahmenbedingungen in der Schweiz (kleine Volumina, hohe Bargeldquote, hohes Lohnniveau, Viersprachigkeit, strenge regulatorische Anforderungen, hohe Ansprüche an die Servicequalität und die geringe Inanspruchnahme der Kreditfunktion) führten dazu, dass die heutige DMIF von 1,28 % auch im europäischen Umfeld nicht als überhöht erscheine.

82. Als erstes gilt es darauf hinzuweisen, dass der in der Grafik eingetragene Schnitt derjenige der EU-15-Staaten ohne Frankreich darstellt, d.h. der westeuropäischen Staaten (jedoch nicht osteuropäischer Länder wie Rumänien oder Bulgarien). Wie bei jedem länderübergreifenden Vergleich werden bei der Berechnung des europäischen Mittelwerts für die DMIF Länder berücksichtigt,

die sich hinsichtlich verschiedener Kriterien stark unterscheiden (z.B. Einwohnerzahl, Bruttosozialprodukt, Institutionen). Es ist jedoch kein einzelnes Kriterium zu erkennen, unter welchem sich die Mehrzahl der erfassten Länder wesentlich von der Schweiz unterscheiden würde und welches einen Vergleich der DMIF in der Schweiz mit jener in anderen europäischen Ländern systematisch verzerren würde. Zudem ist die Anzahl der berücksichtigten Länder genügend gross, um zu einem aussagekräftigen Durchschnitt zu gelangen. Schliesslich ist bei länderübergreifenden Vergleichen der DMIF zu bedenken, dass es sich bei der DMIF um einen Prozentsatz handelt. Unterschiede in Bezug auf das Preis- oder das Lohnniveau in verschiedenen Ländern sind daher bereits berücksichtigt.

83. Wechsel auf einen jährlichen Erhebungsrhythmus: In der EVR I wurde lediglich alle drei Jahre die ISDIF erhoben und anschliessend die neue dDIF berechnet. In der EVR II wird die dDIF neu jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet. Die Issuer verpflichten sich zu jährlichen Erhebungen ihrer ISDIF, welche sie jedoch zur Beschränkung der Kosten nur alle 3 Jahre durch eine Revisionsstelle bestätigen lassen müssen. Durch einen jährlichen Erhebungsrhythmus können die Anreize der Issuer reduziert werden, ihre Kosten strategisch über die Zeit zu allozieren und in demjenigen Jahr hohe Kosten auszuweisen, in welchem die dDIF neu berechnet wird. Zudem führt die jährliche Erhebung dazu, dass die Wettbewerbsbehörden über mehr Datenmaterial bezüglich der Kostenentwicklung verfügen und besser beurteilen können ob (a) der Mechanismus funktioniert und (b) ob die Vorbringen der Issuer bezüglich Investitions- und Abschreibungszyklen zutreffen.

B.3.1.4.5 Die Entscheidungsprognose im Hinblick auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen

84. Im Kreditkartenentscheid wurde festgehalten, dass die DMIF nur dann aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, wenn ein System sicherstellt, dass die Nachteile der multilateralen Festlegung der DMIF nicht zum Tragen kommen (etwa das Risiko, dass die DMIF zur Rentenerzielung eingesetzt wird⁶⁹). Es erscheint im Rahmen einer Entscheidungsprognose als sehr wahrscheinlich, dass die Festsetzung der DMIF weiterhin an ein solches System gebunden wird. Ein Verzicht auf ein solches System im Rahmen des Endentscheids erscheint sehr unwahrscheinlich, da die Risiken, welche mit einer Festsetzung der DMIF nach freiem Ermessen der Issuer und Acquirer verbunden sind, weiterhin bestehen. So deuten die Ergebnisse der Wirkungsanalyse darauf hin, dass im Issuing vor dem Kreditkartenentscheid tatsächlich zu hohe Gebühren durchgesetzt werden konnten.

85. Die Wirkungsanalyse hat weiter Anhaltspunkte dafür geliefert, dass der in der EVR I umgesetzte kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Mechanismus ein solches System darstellen könnte. Eine abschliessende Beurteilung, ob dieses System auch das am besten geeignete System zur Festlegung der DMIF darstellt, kann derzeit noch nicht vorgenommen werden und wäre auch gar nicht sinnvoll, da der Endentscheid bezüglich dieser Frage nicht präjudiziert werden soll. Es erscheint aber sehr wahrscheinlich, dass die EVR II bereits eine Ver-

besserung gegenüber der EVR I darstellt. Sofern das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Modell auch in den Endentscheid aufgenommen werden sollte, so ist die Entscheidungsprognose für die vorgenommenen Anpassungen sehr günstig. Die vermehrte Ausrichtung an den kosteneffizientesten Issuern entspricht besser Art. 5 Abs. 2 KG, welcher die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede insofern vorsieht, als sie aus Effizienzgründen notwendig ist.

86. Die Post macht geltend, es sei im Rahmen der Entscheidungsprognose irrelevant, ob die EVR II eine Verbesserung gegenüber dem EVR I darstelle, es sei einzig relevant, ob die EVR I genüge um die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der multilateralen Festsetzung der DMIF zu beseitigen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das mit dem EVR I umgesetzte wettbewerbsorientierte und kostenbasierte Modell zwar grundsätzlich auch im Rahmen des Endentscheides in Frage kommt, dass aber die Entscheidungsprognose für die in der EVR II enthaltene Berechnungsformel wesentlich günstiger ist als die Berechnungsformel in der EVR I. Dabei gilt es darauf hinzuweisen, dass die EVR I per 1. Februar 2010 ausläuft und kein Anspruch darauf besteht, dass diese weitergeführt wird. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ist es bei der Beurteilung der Entscheidungsprognose im Hinblick auf die Rechtfertigung aus Effizienzgründen daher durchaus zulässig, Massnahmen umzusetzen, welche eine Verbesserung gegenüber der alten Situation darstellen, zumal die Berechnungsweise in der EVR I den Mangel aufweist, sich zu wenig an den effizienten Marktteilnehmern zu orientieren.

87. Die EVR II hat zur Folge, dass die DMIF gesenkt wird. Es handelt sich nicht um eine Senkung auf das Niveau von 0,3 %, wie sie die EU-Kommission für die Crossborder-Interchange Fees aufgrund eines vorläufigen Tourist Test vorgenommen hat, sondern auf ein Niveau, welches im Durchschnitt der europäischen domestischen Interchange Fees liegt⁷⁰. Es erscheint im Rahmen der Entscheidungsprognose als wahrscheinlich, dass auch im Endentscheid ein System gewählt wird, welches nicht dazu führt, dass die schweizerische DMIF im europäischen Vergleich als überhöht erscheint. Es ist anzunehmen, dass der Endentscheid – wie in der Untersuchungseröffnung angekündigt – unter anderem die europäische Entwicklung berücksichtigen wird, wobei auch das Niveau der domestischen Interchange Fees der anderen europäischen Länder eine wichtige Rolle spielen dürfte. Die Entscheidungsprognose für ein System, welches wie die EVR II eine Senkung der DMIF bewirkt, erscheint zumindest bis zur Höhe des europäischen Durchschnitts der domestischen Interchange Fees als günstig.

⁶⁹ Vgl. RPW 2006/1, 109, Rz. 353.

⁷⁰ Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörden stellen die durchschnittlichen domestischen Interchange Fees die aussagekräftigere Vergleichsgrösse für die schweizerische DMIF dar als die Crossborder Interchange Fees.

88. In zahlreichen Stellungnahmen wird geltend gemacht, das durchschnittliche Niveau der europäischen domestischen Interchange Fees habe weder eine rechtliche noch eine ökonomische Bedeutung für die schweizerische DMIF. Diese Stellungnahmen verkennen, dass neben dem Kostenbenchmark auch der Vergleich mit dem europäischen Ausland Indizien dafür liefert, ob die schweizerische DMIF überhöht sein könnte. Dies ist auch rechtlich von Bedeutung, da die DMIF auf einer Preisabrede beruht und nur in dem Masse (und in der Höhe) aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, als sie nicht zur Rentenerzielung eingesetzt wird.

B.3.1.5 Fazit zur Entscheidungsprognose

89. Im Kreditkartenentscheid wurde bereits festgestellt, dass die DMIF eine erhebliche Preisabrede darstellt. Es ist sehr wahrscheinlich, dass diese Einschätzung auch heute noch gilt. Es ist weiter wahrscheinlich, dass im Endentscheid – sofern weiterhin von einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen ausgegangen wird – ein System vorgesehen wird, welches die Festsetzung der DMIF reguliert. Die EVR II erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und aufgrund der vorgenommenen Verbesserungen als das derzeit beste verfügbare Modell und als eine reale Option für den Endentscheid. Es bleibt offen, ob noch weitere Optimierungen des kostenbasierten Ansatzes angezeigt sind oder ob es allenfalls noch bessere Modelle zur Festsetzung der DMIF gibt (z.B. basierend auf dem Tourist Test). Die Entscheidungsprognose ist damit hinreichend klar, um die Weiterführung des kostenbasierten und wettbewerbsorientierten Ansatzes mit den vorgenommenen Verbesserungen zu stützen.

B.3.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

90. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Weko glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.⁷¹ Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines "nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils". Gemäss der Lehre genügt es, wenn ein "schwerer Nachteil" für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d.h. im kartellrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.⁷² Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.⁷³

91. Aus folgenden Gründen droht dem wirksamen Wettbewerb bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid ein schwerer Nachteil:

- Am 1. Februar 2010 läuft die EVR I aus. Gemäss dem Kreditkartenentscheid führt das in der EVR I umgesetzte System dazu, dass die DMIF aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann. Ohne ein solches System stellt die DMIF gemäss dem Kreditkartenentscheid eine Preisabrede dar, welche den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Preisabreden gehören zu den Wettbewerbsverstös-

sen, "welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken"⁷⁴ und aus diesem Grund einerseits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 3 KG eine Sonderbehandlung erfahren und andererseits direkt sanktionierbar gemäss Art. 49a KG sind. Eine nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigte, erhebliche Preisabrede stellt daher einen schweren Nachteil für den wirksamen Wettbewerb dar. Dieser Nachteil kann nur beseitigt werden, wenn die EVR I ab dem 1. Februar 2010 durch ein neues System abgelöst wird, welches eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen zu begründen vermag. Dabei muss ein solches System rechtlich verbindlich sein, da ansonsten die Issuer die DMIF wie vor dem Kreditkartenentscheid zur Rentenerzielung verwenden könnten. Dies könnte dazu führen, dass bis zum Ende des Verfahrens überhöhte Interchange Fees angesetzt werden und, als Folge davon, der Handel überhöhte MSC zu entrichten hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine zivilrechtliche Rückforderung dieser Gebühren aufgrund der heutigen Ausgestaltung des Zivilrechtswegs, der atomistischen Händlerstruktur sowie der beschränkten Bedeutung des allfälligen Schadens für den einzelnen Händler nicht als eine realistische Option erscheint. Dieselbe Gefahr droht, wenn die EVR I unverändert weitergeführt würde, da sie eine im Hinblick auf Anreize zur Kosteneffizienz ungenügende Gewichtungsförmel aufweist.

- Ohne eine Klärung der Rechtslage mittels vorsorglicher Massnahmen besteht für die Issuer und Acquirer bei einer Weiterführung der DMIF aufgrund ihrer hohen Umsätze auf den relevanten Märkten ein gewisses Risiko hoher direkter Sanktionen gemäss Art. 49a KG. Das reine Bestehen eines Sanktionsrisikos führt noch nicht zur Annahme eines schweren Nachteils, da ansonsten bei Sanktionsverfahren stets vorsorgliche Massnahmen geprüft werden müssten. Der vorliegende Fall ist diesbezüglich eine Ausnahme, weil bereits eine Verfügung der Weko vorliegt, welche die DMIF unter gewissen Bedingungen als gerechtfertigt bezeichnet und das Sanktionsrisiko im Extremfall dazu führen könnte, dass die Issuer und Acquirer beispielsweise auf bilaterale Interchange Fees wechseln. Im Kreditkartenentscheid wurde ein System bilateraler Interchange Fees aber als weniger effizient als multilaterale Interchange Fees betrachtet (sofern die Nachteile der multilateralen Festlegung beseitigt werden). Es könnte beispielsweise eine Markteintrittsschranke für neue Issuer oder Acquirer entstehen bzw. es könnte zu Marktaustritten kommen, wenn die neuen

⁷¹ Vgl. BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648, E. 3.4.1; RPW 2002/4, 600, Rz. 27.

⁷² Vgl. BILGER (FN 13), 330 f.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 116, 1997 II, 253 ff. (332).

⁷³ RPW 2002/4, 600, Rz. 27; RPW 1999/2, 204 ff., Rz. 42.

⁷⁴ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2036.

Issuer/Acquirer nur schlechtere Bedingungen aus-handeln können als die arrivierten Issuer/Acquirer. Es soll im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht beurteilt werden, ob ein System bilateraler Interchange Fees tatsächlich nachteilig wäre, es kann aber festgehalten werden, dass ein solcher Wechsel eine gravierende Strukturveränderung des Marktes darstellen würde.

92. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ohne die vorsorglichen Massnahmen dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

B.3.3 Dringlichkeit

93. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird.⁷⁵

94. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil tritt ab dem 1. Februar 2010 ein. Es ist unmöglich, dass bis zu diesem Zeitpunkt der Hauptentscheid in der am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchung getroffen sein wird. Die vergangenen Verfahren zu Interchange Fees haben aufgezeigt, dass damit komplexe Fragestellungen verbunden sind, welche teilweise zu aufwändigen Sachverhaltsabklärungen führen. Zudem soll in der Untersuchung insbesondere auch die europäische Entwicklung berücksichtigt und geprüft werden, ob ein System, welches auf dem Tourist Test beruht, das heutige kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Modell ablösen soll. Die Grundlagen für den Tourist Test stehen noch nicht einmal in Europa endgültig fest und müssten im Anschluss an die europäische Lösung vermutlich separat für die Schweiz erhoben werden. Dies führt dazu, dass bereits heute eine längere Verfahrensdauer absehbar ist.

95. Die Dringlichkeit ergibt sich weiter daraus, dass die mit der EVR II verbundene Senkung der DMIF für das Jahr 2010 innerhalb der vorgesehenen Implementierungsfristen wirksam werden kann, so dass die Interchange Fee ein Niveau erreicht, bei dem eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen glaubhaft erscheint.

96. Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

B.3.4 Verhältnismässigkeit

97. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.⁷⁶

98. Die mit den vorsorglichen Massnahmen umgesetzte EVR II stellt weitgehend eine Sicherstellung des Status Quo dar. Insofern die EVR II eine Fortführung der EVR I darstellt, kann sie vor dem Hintergrund des Kreditkartenentscheids sowie der oben dargestellten Schlussfolgerungen aus der Wirkungsanalyse dieses Entscheids (vgl. oben Rz. 65) ohne Weiteres als geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne betrachtet werden.

99. Die Anpassungen, welche bei der EVR II gegenüber der EVR I vorgenommen wurden, erscheinen geeignet und erforderlich, um die wichtigsten Probleme zu vermeiden, welche sich bei der Anwendung der EVR I abgezeichnet haben (vgl. oben Rz. 66 und 72 ff.). Die mit den vorgenommenen Anpassungen verbundene Senkung der Obergrenze für die durchschnittliche DMIF von 1,282 % auf 1,058 % erscheint als verhältnismässig im engeren Sinne. Im nationalen Kontext erscheint die Senkung als verhältnismässig, denn die Gewichtung ist zwar verändert worden, es ist aber immer noch ein Schnitt aus den Werten mehrerer Issuer. Dies bedeutet, dass Issuer am Markt tätig sind, deren ISDIF unter dem neuen Schnitt liegt. Zudem zeigt der internationale Vergleich, dass sich die schweizerische DMIF dem Durchschnitt der europäischen domestischen Interchange Fees von [1,0–1,05] % (Durchschnitt der EU-15-Länder ohne Frankreich) angepasst hat.

100. Die Verhältnismässigkeit der EVR II ergibt sich auch daraus, dass sie das Resultat mehrerer Verhandlungsrunden mit den Issuern und Acquireern darstellt. Sowohl die Parteien als auch das Sekretariat haben im Rahmen der Verhandlungen Zugeständnisse gemacht, um eine für beide Seiten vertretbare und verhältnismässige Lösung zu finden. So wurde beispielsweise von Seiten des Sekretariates darauf verzichtet, Anpassungen am Kostenraster vorzunehmen (wie sie etwa vom VEZ gefordert wurden), welche zu stärkeren Senkungen geführt hätten.

101. Schliesslich bleibt daran zu erinnern, dass die Erträge der Issuer an der DMIF rund einen Fünftel der Gesamterträge ausmacht. Diese Erträge werden nun um rund 17 % gesenkt. Damit führt die Senkung nicht zu derartigen Ertragsausfällen, dass mit Marktaustritten von Issuern zu rechnen wäre.

102. [Ausführungen betreffend Verhältnismässigkeit für Jelmoli].

103. [Ausführungen betreffend Verhältnismässigkeit für Jelmoli].

104. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig sind.

B.3.5 Ergebnis

105. Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Es handelt sich weitgehend um sichernde Massnahmen. Zudem erscheint die Entscheidprognose als hinreichend klar, um auch die in der EVR II vorgesehenen Anpassungen zu rechtfertigen. Ohne die vorsorglichen Massnahmen droht dem Wettbewerb ein nicht wiedergutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig. Die Weko gelangt daher zum Ergebnis, dass die EVR II im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu genehmigen ist.

⁷⁵ RPW 2004/1, 123, Rz. 70; RPW 2002/4, 601, Rz. 28.

⁷⁶ RPW 2004/1, 124, Rz. 73; RPW 2002/4, 601, Rz. 29.

106. Die Weko weist darauf hin, dass die getroffenen vorsorglichen Massnahmen nur eine Übergangslösung darstellen, welche den materiellen Endentscheid nicht präjudizieren. Sie gelten für 3 Jahre bzw. bis zum Ende des Verfahrens vor der Weko. Vorbehalten bleibt die in Art. 30 Abs. 3 KG vorgesehene Möglichkeit der Weko, bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse den Entscheid zu widerrufen oder zu ändern.

B.3.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

107. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.⁷⁷

108. Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung Teil der vorsorglichen Massnahme darstellt, müssen zu deren Anordnung die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese bestehen aus dem kumulativen Zusammentreffen einer günstigen Entscheidprognose, eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils sowie der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der beabsichtigten vorsorglichen Massnahme.⁷⁸

109. Wie oben im Abschnitt B.3.5 zusammenfassend festgehalten, sind im vorliegenden Fall alle diese Erfordernisse gegeben. In Abschnitt B.3.3 wurde insbesondere dargelegt, dass im vorliegenden Fall glaubhaft ist, dass Gründe dafür bestehen, die vorsorglichen Massnahmen mit Dringlichkeit anzuordnen. Aus denselben Gründen besteht ein Interesse daran, dass diese Massnahmen sofort vollstreckbar werden und einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

110. Im vorliegenden Fall gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass ein unterbruchsfreier Übergang von der EVR I zur EVR II stattfinden soll. Zeitperioden ohne ein verbindliches System zur Festsetzung der DMIF können dazu führen, dass sich die befürchteten schweren Nachteile für den wirksamen Wettbewerb realisieren. Da die EVR I am 1. Februar 2010 ausläuft, muss der Entscheid der Weko sofort vollstreckbar sein. Zudem sollte die Umsetzung der EVR II möglichst rasch erfolgen, so dass die damit verbundene Senkung der DMIF für das Jahr 2010 innerhalb der vorgesehenen Implementierungsfristen wirksam werden kann. Dies ist auch eine Voraussetzung dafür, dass der wettbewerbsorientierte Mechanismus in den folgenden Jahren funktionieren kann.

111. Da die vorsorglichen Massnahmen auf einer einvernehmlichen Regelung beruhen, besteht von Seiten

der Adressaten der Verfügung kein Interesse an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

112. Beim Entzug der aufschiebenden Wirkung kann schliesslich berücksichtigt werden, dass wie im Abschnitt B.3.1 ausgeführt, die Entscheidprognose im vorliegenden Fall deutlich ausgefallen ist und es sich überwiegend um sichernde Massnahmen handelt.

113. Es besteht nach dem Gesagten ein überwiegendes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahmen. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung muss aus diesen Gründen entzogen werden.

C Kosten

114. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Endentscheid in der Hauptsache (Untersuchung) entschieden.

⁷⁷ Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKO/WEF, Flughafen Zürich/Valet Parking, RPW 2004/1, 200; RPW 2004/1, 125 f., Rz. 80; RPW 2002/4, 602 f., Rz. 30 ff.

⁷⁸ RPW 2004/1, 126, Rz. 82; RPW 2002/4, 602, Rz. 31.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Kommission genehmigt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die einvernehmliche Regelung zwischen UBS AG, Credit Suisse, Cornèr Banca SA, Viseca Card Services SA, Aduno SA, SIX Multipay AG und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 3., 4. und 10. Dezember 2009 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz. 29):

Vereinbarungen:

A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLE-GUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL INTERCHANGE FEES

a. Grundsatz

- a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.
- a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

b. Bestimmung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee

- b1. In einem ersten Schritt bestimmt jeder Issuer die issuerspezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Diese berechnet sich aufgrund folgender Formel:

$$ISDIF = \frac{ISC}{DTV}$$

Wobei:

ISC: Issuer-spezifische Netzwerk-Kosten für das nationale Retail-Geschäft (ohne ATM/Cash-Advance) in CHF gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005)

DTV: Issuer-spezifisches Domestisches Retail-Transaktionsvolumen (in CHF)

- b2. Die Issuer verpflichten sich, die issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 2 der Verfügung vom 5. Dezember 2005) basierend auf den Zahlen des Vorjahres auszuweisen. Diese Kostenzusammenstellung wird jedes Jahr bis spätestens am 1. April einem unabhängigen Prüfungsunternehmen (vgl. Abschnitt f) übermittelt, wobei für die 1. Berechnung die Bestimmungen gemäss Ziff. h1 gelten.
- b3. Während der Dauer der EVR II wird für die Berechnung der ISDIF nicht zwischen Netzwerk-Kosten für MasterCard- und Visa-Kreditkarten unterschieden. Sollten sich in Zukunft aber signifikante Kostenunterschiede zwischen den Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa ergeben, behält sich die Wettbewerbskommission (Weko) vor, diese Frage erneut aufzugreifen.

- b4. Alle 3 Jahre reichen die Issuer zusammen mit der Kostenzusammenstellung eine Bestätigung ihrer Bankenrevisoren ein, dass die gelieferten Zahlen des betroffenen Jahres den tatsächlichen Kosten im Sinn des Kostenrasters entsprechen.

c. Berechnung der durchschnittlichen Domestic Interchange Fee (dDIF) durch ein unabhängiges Prüfungsunternehmen

- c1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen überprüft die Vollständigkeit der Kostenzusammenstellung und berechnet die durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) gemäss folgender Formel:

$$dDIF = \frac{(n-1) \times ISDIF_1 + (n-2) \times ISDIF_2 + 1 \times ISDIF_3 + \dots + 1 \times ISDIF_{n-1} + 0 \times ISDIF_n}{(n-1) + (n-2) + (n-3)}$$

Wobei:

ISDIF1: Tiefster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

ISDIFn: Höchster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

- c2. Die dDIF wird das erste Mal gemäss Abschnitt h und danach jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet.

- c3. Für die EVR II werden bei der Berechnung nur diejenigen Issuer berücksichtigt, welche die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 unterzeichnet haben (Cornèr Banca SA, Credit Suisse, UBS und Viseca Card Services AG).

d. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

- d1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDIF nicht übertrifft.

- d2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen in einem dritten Schritt den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$ActDMIF = \frac{DMIF_1 \times V_1 + DMIF_2 \times V_2 + \dots + DMIF_{k-1} \times V_{k-1} + DMIF_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

DMIF1 bis DMIFk: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V1 bis Vk: Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

- d3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell an-

gewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.

- d4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

e. Anpassung der DMIF

- e1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.
- e2. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monaten. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- e3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. e2 eingehalten wird.

f. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens

- f1. Für die EVR II wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zunzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt A vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).
- f2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Die Erfüllung erfolgt durch

Leistung des von den Parteien geschuldeten Betrages auf das Postcheck-Konto Nr. 30-520-2 der Eidgenössischen Finanzverwaltung, zu Gunsten der Konto-Nr. 11490.727.001, lautend auf "Forderungen Weko". Zum Beleg wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens, samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb, in Kopie zukommen lassen. Dem Sekretariat steht das Recht zu, von den Parteien einen Kostenvorschuss sowie allfällige Sicherheiten im Sinne von Art. 175 Abs. 3 OR einzuverlangen.

- f3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

g. Adressaten

- g1. Die Parteien verpflichten sich, das objektivierte Verfahren zur Berechnung der dDIF, wie es in diesem Abschnitt A festgehalten wird, in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der Issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten (ISC) und der Issuer-spezifischen Transaktionsvolumen (DTV) gemäss Abschnitt b, welche als Basis zur Berechnung der dDIF gemäss Abschnitt c dient, sowie der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt d betrifft alle an dieser einvernehmlichen Regelung teilnehmenden Issuer.

h. Implementierung

- h1. Die Berechnung der dDIF für das Jahr 2010 erfolgt durch das Sekretariat der Weko aufgrund der Berechnungsformel gemäss Ziff. c1 sowie der Kostenzusammenstellungen der Issuer für das Jahr 2008 (dDIF 2008). Der durch das Sekretariat berechnete Wert der dDIF beträgt 1,058 %. Die Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF muss mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.
- h2. Die Senkung ist innerhalb dreier Monate nach Ablauf der geltenden einvernehmlichen Regelung am 1. Februar 2010 zu implementieren. Zu diesem Zweck melden die Issuer die Zahlen zur Berechnung der ActDMIF gemäss Ziff. d3 für das Jahr 2009 bis spätestens am 22. Januar 2010 dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Jahres 2009 bis spätestens am 1. Februar 2010 mit. Die Parteien beschliessen innerhalb eines Monats eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen

bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.

- h3. In den Jahren nach der ersten Anpassung gemäss Ziff. h1 und h2 (d.h. erstmals im Jahr 2011) wird den Parteien die Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte d und e) vom unabhängigen Prüfungsunternehmen gemeldet. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind.
- h4. Im Jahr 2009 wird durch die Issuer eine Kostenerhebung durchgeführt (dDIF 2009), welche jedoch keinen Einfluss auf die Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange Sätze (DMIF) für das Jahr 2010 hat. Danach ist jeweils die dDIF des Vorjahres massgebend (d.h. für das Jahr 2011 ist die Kostenerhebung 2010 relevant). Die externe Revision der Kostenerhebung gemäss Ziff. b.4 erfolgt erstmals für das Jahr 2012.
- h5. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der einvernehmlichen Regelung, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwächst. Umgekehrt wird das Sekretariat in diesem Fall bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen.

i. Kostenraster

- i1. Der Kostenraster gemäss Anhang 2 sowie die Definition der relevanten Kosten gemäss Anhang 3 der Verfügung vom 5. Dezember 2005 bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung.

B. KEINE WIEDEREINFÜHRUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG

- B1. Die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung ("Non Discrimination Rule") nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen nicht wieder einzuführen.

C. TRANSPARENZ

- C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den

betroffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.

- C2. Die Parteien verzichten zur Schaffung von Transparenz auf die Qualifikation der Werte der ActDMIF sowie der dDIF als Geschäftsgeheimnisse.

D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN

- D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.

E. DAUER

- E1. Diese Vereinbarung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Übergangslösung verlängert sich, sofern das am 15. Juli 2009 eröffnete Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Weko. Die Frist verkürzt sich, sofern der Endentscheid der Weko zu einem früheren Zeitpunkt formell rechtskräftig wird.
2. Die Genehmigung gilt ab dem 1. Februar 2010 für 3 Jahre. Die Genehmigung verlängert sich, sofern die Untersuchung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, bis zum Abschluss des Verfahrens vor der Weko. Die Genehmigung verkürzt sich beim Eintritt der Rechtskraft einer anderslautenden Verfügung durch die Weko.
3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.
6. 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.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- *Credit Suisse*, Paradeplatz 8, 8070 Zürich, vertreten durch RA Alain Raemy, CMS von Erlach Henrici, Dreikönigstrasse 7, 8002 Zürich
- *Cornèr Banca SA*, Via Canova 16, 6900 Lugano, vertreten durch RA Dr. Patrick L. Krauskopf, Nater Dallafior Rechtsanwälte, Hottingerstrasse 21, 8032 Zürich
- *UBS AG*, Bahnhofstrasse 45, 8001 Zürich, vertreten durch RA Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich
- *Viseca Card Services AG*, Europastrasse 18, 8152 Glattbrugg
- *Aduno SA*, Via alle Fornaci 1; 6930 Bedano;
- *SIX Multipay AG*, Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich; vertreten durch RA Dr. Jürg Borer, Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 1876, 8021 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Walter A. Stoffel
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Kopien an:

- *Jelmoli Bonus Card AG*, St. Annagasse 18, 8001 Zürich, vertreten durch RA Klaus Neff, Vischer Rechtsanwälte, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich
- *Die Schweizerische Post*, Viktoriastrasse 21, 3030 Bern, vertreten durch RA Dr. Christoph G. Lang, Pestalozzi Rechtsanwälte, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich
- *GE Money Bank AG*, Bändliweg 20, 8048 Zürich
- *ConCardis Schweiz AG*, Solmsstrasse 4, D-60486 Frankfurt/Main
- *B&S Card Service GmbH*, Lyoner Strasse 9, D-60528 Frankfurt/Main
- *Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ)*, Frohburgstrasse 98, 8006 Zürich
- *MasterCard*, vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt und RA Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
- *Visa Europe*, vertreten durch RA Dr. Franz Hoffet und RAin Katrin Ivell, Homburger AG, Weinbergstrasse 56/58, Postfach 194, 8042 Zürich

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. France Télécom SA/Sunrise Communications AG

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. April 2010

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt 499

A.1 Das Vorhaben und die Parteien 499

A.1.1 France Télécom Gruppe (FT Gruppe) und Orange 500

A.1.2 Tele Danmark Communications A/S und Sunrise 500

A.2 Gründe für den Zusammenschluss 501

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens 501

A.4 Das Verfahren 502

B Erwägungen 504

B.1 Geltungsbereich 504

B.1.1 Unternehmen 504

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss 504

B.1.2.1 Haupttransaktion 504

B.1.2.2 Nebenabreden - Konkurrenzverbot 504

B.2 Vorbehaltene Vorschriften 505

B.3 Meldepflicht 505

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 505

B.4.1 Relevante Märkte 506

B.4.1.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte 506

B.4.1.2 Festnetztelefoniemarkt 506

B.4.1.3 Breitbandinternet-Markt 506

B.4.1.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste 507

B.4.1.5 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen 507

B.4.1.6 Markt für Mobilfunkgeräte 507

B.4.1.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt) 508

B.4.1.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) 509

B.4.1.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt) 509

B.4.1.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) 510

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 510

B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 510

B.4.3 Marktstellung auf den vorliegend betroffenen Märkten (Einzelmarktbeherrschung) 515

B.4.3.1 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt) 515

B.4.3.2 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) 522

B.4.3.3 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt) 523

B.4.3.4 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) 527

B.4.3.5 Zwischenergebnis Einzelmarktbeherrschung 527

B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung 528

B.4.4.1 Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration 531

B.4.4.2 Symmetrien 538

B.4.4.3 Marktwachstum und Innovationen 544

B.4.4.4 Markttransparenz 547

B.4.4.5 Multimarktbeziehungen 550

B.4.4.6 Sanktionsmechanismen 551

B.4.4.7 Stellung der Marktgegenseite 552

B.4.4.8 Potenzielle Konkurrenz 555

B.4.4.9 Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung 555

B.4.4.10 Zusammenfassende dynamische Gesamtbeurteilung 558

B.4.4.11 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt 559

B.4.4.12 Effizienzgewinne 559

B.4.5 Mögliche Auflagen 560

B.5 Schlussfolgerungen 560

B.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung 561

C Kosten 561

D Dispositiv 561

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 26. November 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) über ein Zusammenschlussverfahren

erhalten. Gemäss dieser Meldung beabsichtigt die France Télécom SA (France Télécom), die Sunrise Communications AG (Sunrise) zu akquirieren. Im Nachgang sollen Sunrise und die Orange Communications SA (Orange) fusioniert werden (fusionierte Unternehmung).

A.1.1 France Télécom Gruppe (FT Gruppe) und Orange

2. Gemäss Meldung erbringt die France Télécom Gruppe (FT Gruppe) eine breite Palette von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation an Privat- und Geschäftskunden sowie an sehr grosse Unternehmen. Die hauptsächlichlichen Geschäftstätigkeiten der FT Gruppe liegen im Bereich Festnetzsprachtelefonie, Standleitungen sowie Datenübertragung, Internet, Fernseh- und Mobilfunkdienstleistungen.

3. Die Hauptaktivität der FT Gruppe umfasst in der Schweiz den Betrieb des Netzwerks von Orange sowie den Vertrieb und Verkauf von Orange-Produkten in einer Reihe von europäischen und aussereuropäischen Ländern. Der Zweck der Gesellschaft wird in der Meldung wie folgt umschrieben: "(direkt oder indirekt) das Entwerfen, Herstellen, Unterhalten, Betreiben, Führen, Liefern und Vertreiben aller Systeme, Ausrüstungen, Produkte oder Dienstleistungen im Bereich der Mobilfunktelefonie, einschliesslich kabellose Telekommunikationsnetzwerke und kabellose Kommunikation jeder Art, unter Verwendung aller Technologien, Standards, Anwendungen, insbesondere im Zusammenhang mit Sprachdaten, Bil-

dern und – allgemeiner ausgedrückt – Multimedia, sowie den Zugang zu allen angebotenen Produkten und Dienstleistungen, welche auf diesen Abläufen beruhen, und diesbezügliche Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen".

4. Im Jahre 2006 wurde die Marke "Orange" in der Mehrheit der Länder, in denen die FT Gruppe tätig ist, zur einzigen Marke der FT Gruppe für Internet, Fernsehen und Mobilfunkdienstleistungen. Die Marke "Orange Business Services" (OBS) hat sich als Marke für Dienstleistungen, die weltweit Geschäftskunden angeboten werden, etabliert.

5. Die FT Gruppe erbringt durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Orange in der Schweiz eine Reihe von Dienstleistungen im Bereich der Mobilfunktelefonie an Privat- und Geschäftskunden. Orange bietet Privat- und Geschäftskunden Mobilfunkdienstleistungen an. Die Aktivitäten von Orange im Bereich der Festnetztelefonie und ihre Internetdienstleistungen sind [...], d.h. die diesbezüglichen Marktanteile liegen jeweils [...] unter [10] %. Durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Orange Network SA verfügt Orange über je eine GSM- und UMTS-Konzession (wie auch über eine Mikrowellen-Konzession) und betreibt eine eigene Infrastruktur für das Mobilfunknetz.

6. Gemäss Meldung hat Orange folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

Tabelle 1: Beteiligungen von Orange

Tochtergesellschaft/Beteiligung	Beteiligungshöhe
Orange Network SA, Renens VD	[90-100] %
Orange Liechtenstein AG, Balzers (LI)	[90-100] %
TELDAS GmbH, Zürich	[20-30] %

7. Als Folge des Erwerbs von Sunrise möchte die FT Gruppe ihre Präsenz im schweizerischen Mobilfunkmarkt ausbauen und in den Festnetzmarkt eintreten.

8. Für weitere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Orange und ihrer Muttergesellschaft, der FT Gruppe wird in der Meldung auf die Website von Orange www.orange.ch und den Auszug aus dem Handelsregister von Orange vom 24. November 2009 sowie den Jahresbericht 2008 von der FT Gruppe verwiesen.

A.1.2 Tele Danmark Communications A/S und Sunrise

9. Tele Danmark Communications A/S (TDC) ist der führende Anbieter von Telekommunikationslösungen in Dänemark und ist auch im gesamten skandinavischen Markt sowie mit einer Minderheitsbeteiligung in Ungarn vertreten. [...].

10. Sunrise ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von TDC. Für weitere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Sunrise und ihrer Muttergesellschaft TDC wird in der Meldung auf die Website von Sunrise und den Jahresbericht 2008 von TDC verwiesen. TDC hält direkt alle Aktien von Sunrise.

11. Gemäss Meldung erstellt und betreibt Sunrise Telekommunikationsnetzwerke (Festnetz- und Mobilfunknetzwerke) und erbringt Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation an Privat- und Geschäftskunden in und von der Schweiz aus. Sunrise bietet Dienstleistungen in folgenden Bereichen an: Festnetz, Mobilfunk, Datenübertragung, Internet (Breitband und Dial-up). Für weitergehende Informationen wird auf den Auszug aus dem Handelsregister betreffend Sunrise vom 24. November 2009 verwiesen. [...].

12. Gemäss Meldung hat Sunrise folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

Tabelle 2: Beteiligungen von Sunrise

Tochtergesellschaft / Beteiligung	Beteiligungshöhe
Sunrise Internet Services AG, Zürich	[90-100] %
TDC Switzerland GmbH, Zürich	[90-100] %
TelCommunication Services AG, Zürich	[90-100] %
Econophone GmbH, Zürich (Tochtergesellschaft der TelCommunication Services AG, Zürich)	[90-100] %
Tele Danmark Communications Switzerland GmbH, Zürich	[90-100] %
DiAx GmbH, Zürich	[90-100] %
Come-2-IT AG, Bern	[30-40] %
TELDAS GmbH, Zürich	[20-30] %

A.2 Gründe für den Zusammenschluss

13. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sie in einem besonderen Marktumfeld tätig seien, in welchem der frühere staatliche Anbieter Swisscom (Schweiz) AG (Swisscom) über viel grössere Marktanteile als die anderen Fernmeldedienstleister verfüge. Sowohl der WEKO wie auch der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) sei bestens bekannt, dass Swisscom als Nachfolgerin der ehemals staatlichen PTT Telecom ein flächendeckendes Festnetz, einschliesslich eines landesweiten Backbone und einer flächendeckenden Ortsanschlussleitung (local loop), geerbt habe. Zudem sei Swisscom bereits jahrelang im Mobilfunkmarkt (mit ihren Natel A und C Netzwerken) aktiv gewesen, bevor die neuen Mobilfunkbetreiber DiAx / Sunrise und Orange im Jahr 1999 den Markt betreten hätten, nachdem sie im Jahr 1999 je eine GSM Konzessionen erhalten hätten. Somit habe sich Swisscom auf die Erhaltung und Expansion der bestehenden Kundenbasis und der Netzwerkinfrastruktur konzentrieren können. Demgegenüber mussten Orange und Sunrise grosse Investitionen tätigen, um ihre eigenen Netzwerke von Grund auf neu aufzubauen, eine eigene Kundenbasis zu bilden und neue Mitarbeiter zu schulen, um auf eine leistungsfähige und effiziente Belegschaft zählen zu können.

14. Des Weiteren wird in der Meldung ausgeführt, dass sich Swisscom in den letzten Jahren immer wieder bemüht habe, die neue Konkurrenz am effizienten Ausbau ihrer Präsenz in den entsprechenden Märkten zu hindern, z.B. durch die Verzögerung von Interkonnektionsverhandlungen und das Aufzwingen unangemessener Interkonnektionsbedingungen, durch die Nichtzulassung eines ungebündelten Anschlusses zu ihrem local loop sowie durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Mobilfunkterminierungsmarkt.

15. Als weiterer Grund für den Zusammenschluss wird die rasante Entwicklung der Telekommunikationstechnologie (z.B. UMTS, Glasfaser, IP-TV etc.) genannt. Mobilfunkbetreiber in der Schweiz seien gezwungen, sub-

stanzielle Investitionen zu tätigen. Um weiter mit Swisscom konkurrieren zu können, müssten sowohl Sunrise als auch Orange beispielsweise jeweils eigene UMTS-Netze aufbauen. Bereits heute verfüge Swisscom über die beste UMTS-Abdeckung.¹ Der Grund dafür liege darin, dass Orange und Sunrise nicht über die finanziellen Mittel verfügten, um mit Swisscom im technologischen Bereich Schritt zu halten; sie würden deshalb hinter Swisscom zurückfallen. Die Situation werde sich mit der Einführung der nächsten Mobilfunkgeneration LTE (Long Term Evolution) in den kommenden Jahren verschärfen, weil die Netzbetreiber für diesen Ausbau Investitionen in der Höhe von CHF 1 Mia. pro Anbieter erwarteten.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

16. Aus der Meldung geht hervor, dass die beteiligten Unternehmen beabsichtigen, ihre Wettbewerbsposition im schweizerischen Telekommunikationsmarkt durch die Schaffung und Nutzung von Synergien zu stärken. Dies solle ihnen erlauben, Effizienz und Profitabilität zu verbessern, zur Bildung eines kompetitiven Marktumfeldes beizutragen und ihren schweizerischen Kunden und den anderen Marktteilnehmern höchst innovative und kompetitive Produkte und Dienste anzubieten. Zudem solle die Kombination der komplementären Geschäftszweige einerseits zur Bildung eines Telekommunikationsunternehmens mit einem diversifizierten Portfolio führen und andererseits solle das Unternehmen dadurch seine Position im schweizerischen Telekommunikationsmarkt und insbesondere auch Swisscom gegenüber verbessern. In diesem Zusammenhang führen die Zusammenschlussparteien die nachfolgenden Ziele auf:

¹ Vgl. dazu die Netzabdeckungskarten von Swisscom, Orange und Sunrise, abrufbar unter: <http://maps.sunrise.ch/coverage.php>; www1.orange.ch/residential_support_coverage_swiss-coverage.html; www.swisscom.ch/res/beratung-service/infrastruktur/mobilnetz/index.htm zuletzt besucht am 14. Dezember 2009).

Ziel a: Verbesserte Position im Schweizer Markt durch Wertschöpfung und Synergiepotential

17. Die fusionierte Unternehmung solle durch die Verbesserung der ungenügenden Skaleneffekte von Orange und Sunrise als stärkere Wettbewerberin positioniert werden. Diese stellten heute eines der grössten Hindernisse in der Marktentwicklung und Nachhaltigkeit der beiden Unternehmen dar.

18. Durch das Zusammengehen beabsichtigen die betroffenen Unternehmen Profitabilität und Effizienz zu verbessern. Dies solle auch dazu führen, dass die Aktionäre der fusionierten Unternehmung diese [...], die durch die Einführung von neuen Mobilfunkgenerationen wie LTE und anderen Innovationen notwendig werden.

19. Der Zusammenschluss werde zur Schaffung einer starken Nummer zwei in den schweizerischen Telekommunikationsmärkten führen, mit einem Marktanteil von 40 % im Mobilfunkmarkt und dem Potenzial, zum führenden alternativen Festnetz/DSL-Anbieter mit einem Marktanteil von 13 % im Breitbandmarkt zu werden. Zudem werde die fusionierte Unternehmung erhebliche und unmittelbar erreichbare Synergien in verschiedenen Bereichen wie etwa IT, G&A, Marketing etc. schaffen. Die geplante Transaktion werde der fusionierten Unternehmung ausserdem ermöglichen, die Aktivitäten für Marketing und Werbung zu erhöhen. Ausserdem werde sie von den Skalenerträgen der FT Gruppe, sowie deren "common purchasing and sourcing policy" profitieren.

20. Die erwartete Schaffung hoher Synergien durch den Zusammenschluss solle zu erheblichen Kosteneinsparungen führen, was zwangsläufig die Profitabilität und Effizienz der beteiligten Unternehmen verbessern werde. Dies solle sodann die Konkurrenzfähigkeit des schweizerischen Marktes generell erhöhen, was sich wiederum zu Gunsten der Kunden auswirken werde.

Ziel b: Verbesserte Kundenangebote und -erfahrungen

21. Nach dem Zusammenschluss sei die fusionierte Unternehmung besser positioniert, um die Abdeckung im Bereich der zweiten und dritten Mobilfunkgeneration zu verbessern. Die Verbindung der Netzwerke werde zu einer Überlappung der Abdeckung und damit vor allem auch zu einer Reduktion von Abdeckungslücken insbesondere in weiter entfernten und ländlicheren Gebieten führen. Dies solle auch dazu führen, dass die Leistung in denjenigen Bereichen, in welchen zurzeit Engpässe bestehen, verbessert werde. Verbesserte Handsets und konvergente Angebote könnten offeriert werden, indem man die Stärken der beiden Anbieter kombiniere ([...]).

22. Die fusionierte Unternehmung solle auch in der Lage sein, ihr Vertriebsnetzwerk zu verbessern und auszuweiten: Orange und Sunrise verfügen je über ca. 80 Verkaufsstellen, während Swisscom über ca. 170 Verkaufsstellen verfügt. Die Zusammenlegung der Vertriebsstellen/-netze werde die fusionierte Unternehmung in die Lage versetzen, ihre Lücken im Vertriebsnetz zu reduzieren und damit die Vertriebsabdeckung in der Schweiz effektiv zu erhöhen.

Ziel c: Strategische Überlegungen

23. Angesichts der oben beschriebenen Marktkonditionen bedeute die Zusammenführung der Aktivitäten von

Sunrise und Orange eine strategische Ergänzung sowie die Verbesserung von Wettbewerb auf dem schweizerischen Telekommunikationsmarkt.

24. Sunrise und Orange seien insofern komplementär, als Orange von der immer noch wachsenden Kundenbasis von Sunrise und von ihrer Erfahrung und ihren Netzen im Festnetzmarkt profitieren könne. Andererseits könne Sunrise von der finanzstarken, technisch versierten und erfahrenen Muttergesellschaft FT Gruppe sowie deren umfassendem Portfolio innovativer und kompatibler Produkte und Angebote profitieren.

25. Die Zusammenführung der Geschäftstätigkeiten dieser zwei Unternehmungen erlaube es mehrere Schwächen zu beseitigen. Sie sei zudem notwendig, um eine nachhaltige Marktposition zu gewinnen. Insbesondere führen auch die bestehenden und künftig zu erwartenden Beschränkungen im Bereich der Netze dazu, den geplanten Zusammenschluss durchzuführen: Die Einführung und der Unterhalt von mobilen Netzen ist höchst kostenintensiv. Weil diese Kosten für alle drei Mobilfunknetzbetreiber ungefähr gleich hoch seien, werde sofort ersichtlich, dass Orange und Sunrise eine viel schlechtere Kostenstruktur hätten als Swisscom. Das Zusammenschlussvorhaben gebe den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, ihre Netze zu kombinieren und somit erhebliche operative Kosten und Investitionen einzusparen. Gegenwärtig wird davon ausgegangen, dass etwa 25 % der Antennen ausser Betrieb genommen werden könnten. Gemäss Expertenmeinungen könnten die Netzkosteneinsparungen gar 60 % erreichen, falls die Netze zusammengelegt würden. Zudem ergebe sich weiteres Synergiepotential in verschiedenen anderen Bereichen wie Marketing, Kundenservice, Betrieb etc.

26. Schliesslich stehe die nächste Mobilfunkgeneration vor der Tür. Die Standards der vierten Mobilfunkgeneration (LTE), welche die bestehenden GSM und UMTS Standards (zweite und dritte Generation) ersetzen werden, seien schon verfügbar. Es sei somit zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung kurz- bzw. mittelfristig (kommende 2 bis 5 Jahre) in diese Mobilfunkgeneration investieren müssen, um der Kundennachfrage nach neuen und schnellen Dienstleistungen gerecht zu werden. Das Zusammenschlussvorhaben werde nicht nur die gegenwärtige Marktstellung von Orange und Sunrise verbessern, sondern auch die Finanzkraft der fusionierten Unternehmung, um in zukünftige Netzwerkerweiterungen und die Entwicklung von neuen Dienstleistungen zu investieren.

A.4 Das Verfahren

27. Am 22. Dezember 2009 hat die Wettbewerbskommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

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

29. Am 9. November 2009 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen FT Gruppe und Sunrise ein. Mit Datum vom 19. November 2009 reichten die Zusammenschlusspar-

teilen einen weiteren, aktualisierten Entwurf einer Meldung ein.

30. Nach Prüfung der Meldungsentwürfe stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 20. November 2009 fest, dass der erste Entwurf vom 9. November 2009 unter Berücksichtigung der im zweiten Meldungsentwurf vom 19. November 2009 angebrachten und markierten Änderungen als vollständig angesehen werde.

31. Mit Schreiben vom 23. November 2009 verlangte das Sekretariat von Orange und Sunrise vorab weitere Auskünfte gemäss Art. 15 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

32. Am 26. November 2009 ging beim Sekretariat die vollständige Meldung ein. Die Parteien beantragten, es sei auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu verzichten und der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens sei vor Ablauf der einmonatigen Frist zu bewilligen.

33. Mit Schreiben vom 27. November 2009 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung. Am 4. Dezember 2009 erklärte es die Vollständigkeit der Meldung vom 26. November 2009. Gemäss Art. 20 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall begann die Frist daher am 27. November 2009 und endete am 27. Dezember 2009. Da dieser Tag auf einen Sonntag fiel, verlängerte sich die Frist bis zum 28. Dezember 2009.

34. Gestützt auf Art. 15 VKU befragte das Sekretariat mittels Fragebogen vom 26. und 27. November 2009 verschiedene Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sowie das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM).

35. Die weiteren Auskünfte gemäss Art. 15 VKU reichten Orange und Sunrise je mit Schreiben vom 7. Dezember 2009 beim Sekretariat ein.

36. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2009 forderte das Sekretariat Orange und Sunrise auf, einige ihrer Antworten vom 7. Dezember 2009 zu ergänzen.

37. Die ergänzenden Ausführungen liessen Orange mit Schreiben vom 15./17. Dezember 2009 und Sunrise mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 zukommen.

38. Die Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 33 KG wurde den Parteien mit Schreiben vom 28. Dezember 2009 mitgeteilt. Diesem Schreiben lag der Antrag des Sekretariats vom 18. Dezember 2009, eine Kopie der Medienmitteilung sowie das Aktenverzeichnis (Stand: 23. Dezember 2009) bei. Gleichzeitig wurden die Parteien eingeladen, bis zum 15. Januar 2010 zur vorläufigen Prüfung Stellung zu nehmen. Da den Parteien die Mitteilung über die Einleitung der Prüfung am 28. Dezember 2009 zugestellt wurde, endet die Frist für die Durchführung der Prüfung am Donnerstag, 29. April 2010 (Art. 20 Abs. 1 und 3 VKU).

39. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben wurde mittels Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)² und im Bundesblatt (BBl)³ veröffentlicht.

40. Mit Schreiben vom 13. Januar 2010 wurden die Parteien gebeten, weitere Auskünfte zu erteilen. Die entsprechenden Antworten reichten die Parteien je mit Schreiben vom 22. Januar 2010 ein.

41. Am 13. Januar 2010 stellten die Parteien ein Gesuch um Fristerstreckung für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bis Freitag, 22. Januar 2010, das vom Sekretariat gewährt wurde. Fristgerecht nahmen die Parteien am 22. Januar 2010 zum Antrag vom 22. Dezember 2009 Stellung (Stellungnahme).

42. Im Rahmen der vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurden neben den Parteien verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen sowie das BAKOM befragt.

43. Am 28. Januar 2010 reichten die Konsumentenschutzorganisationen acsi, FRC und Konsumentenschutz eine Stellungnahme ein. Hierin machten sie auf, ihrer Meinung nach, bestehende Gefahren für den Wettbewerb aufmerksam und sprachen sich gegen einen Zusammenschluss aus.

44. Am 23. Februar 2010 stellte das Sekretariat der WEKO den Zusammenschlussparteien die vorläufige Beurteilung vom 22. Februar 2010 zusammen mit einer Einladung zu einer Anhörung am 8. März 2010 zu und forderte sie auf bis zum 5. März 2010 hierzu Stellung zu nehmen.

45. Mit Schreiben vom 3. März 2010 stellte das Sekretariat der WEKO dem BAKOM die vorläufige Beurteilung zu.

46. Zur Anhörung am 8. März 2010 wurden zudem Swisscom und die Konsumentenschutzorganisationen mit Schreiben vom 3. März 2010 eingeladen. Im Rahmen der Anhörungen wurden die Zusammenschlussparteien sowie die Konsumentenschutzorganisationen und Swisscom von der WEKO befragt. Die Protokolle der Anhörungen wurden den Zusammenschlussparteien am 22. März 2010 zur Stellungnahme ausgehändigt.

47. Das Sekretariat hat die Zusammenschlussparteien am 9. März 2010 und das BAKOM am 11. März 2010 zu einer weiteren Anhörung am 22. März 2010 eingeladen.

48. Am 11. März 2010 reichten die Zusammenschlussparteien ihre Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vom 22. Februar 2010 ein. Das Sekretariat der WEKO leitete die Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zur vorläufigen Beurteilung vom 22. Februar 2010 mit deren Einverständnis am 18. März 2010 an die ComCom und das BAKOM zur Vorbereitung der Anhörung weiter.

49. Im Rahmen der Anhörung vom 22. März 2010 legte die ComCom ihre Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens dar und unterbreitete verschiedene Vorschläge für Auflagen. Mit Schreiben vom 23. März 2010 wurden die Zusammenschlussparteien eingeladen zu den von der ComCom unterbreiteten Vorschläge Stellung zu nehmen. Am 25. März 2010 stellte die WEKO den Zusammenschlussparteien das Protokoll der Anhörung vom 22. März 2010 zu.

² Vgl. SHAB Nr. 9 vom 14. Januar 2010, S. 40.

³ BBl 2010, 231.

50. Mit Schreiben vom 29. März 2010 forderte das Sekretariat der WEKO von den Zusammenschlussparteien gestützt auf Art. 15 VKU weitere Informationen an, welche die Zusammenschlussparteien am 1. April 2010 einreichten.

51. Zusammen mit der Stellungnahme der Zusammenschlussparteien vom 1. April 2010 zu den Vorschlägen für Auflagen von Seiten der ComCom stellten die Zusammenschlussparteien den Antrag einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

52. Am 6. April 2010 fand auf Wunsch der Zusammenschlussparteien zwischen ihnen und dem Präsidium der WEKO eine weitere Anhörung betreffend möglicher Auflagen statt. Die Wettbewerbskommission hat den Zusammenschlussparteien keine eigenen Vorschläge für mögliche Auflagen unterbreitet, da sie keine zielführenden Auflagen identifizieren konnte.

53. Mit Eingabe vom 9. April 2010 unterbreiteten die Zusammenschlussparteien mögliche Auflagen. Mit Schreiben vom 13. April 2010 unterbreiteten die Zusammenschlussparteien weitere mögliche Auflagen im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben, welche dem BAKOM und der ComCom zur Stellungnahme weitergeleitet wurden. Das BAKOM und die ComCom haben hierzu am 16. April 2010 Stellung genommen. Die Parteien haben sich zu diesen Stellungnahmen mit Schreiben vom 19. April 2010 nochmals geäussert.

54. Die Vertreter der FT Gruppe erhielten am 30. Dezember 2009, 11. Januar 2010, 1. Februar 2010 19. Februar 2010, 1. März 2010, 10. März 2010 und 16. März 2010 Akteneinsicht. Am 29. Dezember 2009, 11. Januar 2010, 29. Januar 2010, 1. Februar 2010, 18. Februar 2010, 1. März, 10. März 2010, 17. März 2010 und 25. März 2010 erhielten die Vertreter von Sunrise Akteneinsicht.

55. Am 19. April 2010 entschied die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen. Der Entscheid wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 21. April 2010 zugestellt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

B.1.2.1 Haupttransaktion

58. Aus der Meldung geht hervor, dass die FT Gruppe und TDC am 25. November 2009 im Hinblick auf den

geplanten Zusammenschluss von Orange und Sunrise eine verbindliche Vereinbarung, einen verhandelten Entwurf eines Aktionärsbindungsvertrages (ABV) und ein Term Sheet mit den zentralen Regeln für den Unternehmenszusammenschluss, unterzeichnet haben. Die Unterzeichnung der Endversion des Aktienkaufvertrages ist für bis spätestens 15. Februar 2010 vorgesehen. Die FT Gruppe und TDC kamen überein, dass ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Sunrise an die FT Gruppe verkauft [...] werde. In der Folge werde die FT Gruppe 75 % der Aktien der fusionierten Unternehmung besitzen, während TDC die restlichen 25 % halten werde. Wie nachfolgend aufgezeigt, würde die FT Gruppe nach dem Zusammenschluss [...] die alleinige Kontrolle über die fusionierte Unternehmung halten.

59. [...].

60. [...].

61. [...].

62. [...].

B.1.2.2 Nebenabreden - Konkurrenzverbot

63. Aus der Meldung geht hervor, dass im ABV ein Konkurrenzverbot gegenüber dem fusionierten Unternehmen vereinbart wurde. Demgemäss haben sich die Parteien des ABV verpflichtet, die Geschäfte der Plus Gruppe⁴ in der Schweiz weder direkt noch indirekt zu konkurrenzieren. Dies soll für einen Zeitraum von [0-3] Jahren ab Unterzeichnung des ABV gelten.

64. 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.⁵ 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.⁶ Würde auf ein Konkurrenzverbot 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.⁷

⁴ Dazu gehören die fusionierte Unternehmung sowie deren Tochtergesellschaften.

⁵ Vgl. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.

⁶ LEUPOLD MICHAEL, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind und für diese notwendig sind, ABI 2005/C 56/03, Rz. 18; IMMENGA ULRICH / KÖRBER TORSTEN, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga / Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz. 46.

⁷ ETTER BORIS, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.; ferner Bekanntmachung, Rz. 18.

65. Im Entscheid ISS/Edelweissfm hat die WEKO im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten ihre Praxis nach der EU-Bekanntmachung gerichtet.⁸ 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.

66. Vorliegend machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass ein Konkurrenzverbot von [0-3] Jahren notwendig sei, um der FT Gruppe zu ermöglichen, den vollen Wert der erworbenen Vermögenswerte zu erhalten und über ihre Tochtergesellschaft Orange den Kundenstamm und das Know-how, die in das fusionierte Unternehmen eingebracht werden, vollständig zu verwerten und zu integrieren. Gemäss der Meldung umfasst das Know-how insbesondere Fachkenntnisse im Bereich Technik und Vertrieb, wie beispielsweise das Know-how von Sunrise in Bezug auf konvergente Angebote und Netzwerke in der Schweiz.

67. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das vorgesehene Konkurrenzverbot zugunsten des fusionierten Unternehmens von [0-3] Jahren unter das Konzentrationsprivileg fällt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

68. Gesetzlich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind im vorliegend zu beurteilenden Fall

Tabelle 3: Umsätze FT Gruppe und Sunrise im Jahr 2008

Mobilfunkanbieter	Umsätze in der Schweiz	Weltweite Umsätze
FT Gruppe (inkl. Orange)	CHF 1'308 Mio.	CHF 79'429 Mio. ¹⁾
Sunrise	CHF 1'856 Mio.	CHF 1'856 Mio.
Total	CHF 3'164 Mio.	CHF 81'285 Mio.

¹⁾ EUR 53'488 Mio.; Wechselkurs Schweizer Franken/Euro 1.4850 per 31. Dezember 2008 gemäss der Reference Exchange Rate Swiss Franc/Euro der Europäischen Zentralbank.

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

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

74. 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.

75. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf

weder ersichtlich noch wurden solche von den Parteien geltend gemacht.⁹

B.3 Meldepflicht

69. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 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).

70. Der weltweite Umsatz der FT Gruppe (inkl. Orange) beträgt im Jahr 2008 CHF 79'429 Mio. In der Schweiz erzielte die FT Gruppe (inkl. Orange) im Jahr 2008 einen Umsatz von CHF 1'308 Mio.

71. Bei Sunrise beträgt der weltweite Umsatz im Jahr 2008 CHF 1'856 Mio. Sunrise erwirtschaftet ihren gesamten Umsatz in der Schweiz. Somit beläuft sich der Umsatz in der Schweiz im Jahr 2008 ebenfalls auf CHF 1'856 Mio.

72. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der FT Gruppe und von Sunrise im Jahr 2008 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

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

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

⁸ ISS/Edelweissfm, RPW 2006/4, S. 689, Rz. 38.

⁹ Für die Problematik vorbehaltener Vorschriften im Bereich Telekommunikation vgl. Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 250 ff., Rz. 48 ff.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 109 ff., Rz. 54 ff.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

78. 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).

79. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Telekommunikationsbereich zwischen folgenden Märkten: Festnetztelefoniemarkt, Breitbandinternetmarkt, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-) Mehrwertdienste, Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkgeräte, Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkterminierung.¹⁰ Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ferner geprüft, ob im Mobilfunkbereich allenfalls weitere Märkte abzugrenzen sind.

80. 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 Festnetztelefoniemarkt

B.4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

81. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt.¹¹

82. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.¹²

83. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz in der Regel günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht (vgl. aber Rz. 109). Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Anzahl Mobilfunkanschlüsse betreffend Mobilfunkkunden zu keinem signifikanten Rückgang der Anzahl Festnetzkunden geführt hat.¹³

84. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne Weiteres basierend auf dem ursprünglich dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich (in der Regel plain old telephone service [POTS]). Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern insbesondere die internetprotokollbasierte (IP-basierte) Telefonie, welche über andere drahtgebundene Anschlussnetze übertragen wird, als Alternative angesehen werden kann.¹⁴

85. Mittels IP-Telefonie besteht auch die Möglichkeit über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für IP-basierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP) benutzt. Gewisse VoIP-Anwendungen lassen

sich mittlerweile mit denjenigen der herkömmlichen Telefonie im Hinblick auf deren Zuverlässigkeit, Sprachqualität und eingesetzter Endgeräten (insbesondere Telefon zu Telefon) vergleichen. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile – bei steigender Popularität – von mehreren Fernmeldedienstleistern, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten.¹⁵

86. Praxisgemäss umfasst der relevante Markt drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie (POTS oder IP-basiert) geeignet sind, wobei im Fall der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist.¹⁶

B.4.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

87. Die Festnetztelefonie basiert auf dem Festnetz der Schweiz und ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Zudem bieten die Fernmeldedienstleister der Schweiz ausschliesslich innerhalb der Schweiz Dienstleistungen an. Es ist folglich von einem nationalen Markt für Festnetztelefonie auszugehen.¹⁷

B.4.1.3 Breitbandinternet-Markt

B.4.1.3.1 Sachlich relevanter Markt

88. In diesem Markt fragen Endkunden eine Verbindung ins Internet nach. Dabei kann zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Diese beiden Verbindungstypen unterscheiden sich in erster Linie in der Bandbreite. Dial-up-Verbindungen nutzen die tiefen Frequenzen des Kupferkabels, Breitbandverbindungen die höheren Frequenzen. Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen ein paralleles Telefonieren und Nutzen des Internets, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist. So lässt sich eine Dial-up Verbindung ohne weiteres durch eine Breitbandverbindung substituieren, aber nicht umgekehrt. Vor diesem Hintergrund spricht man von einer asymmetrischen Substituierbarkeit.

¹⁰ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 668 ff.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 341 ff.; Gutachten TDC Switzerland vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008/1, S. 222 ff.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 241 ff.; Gutachten Interkonnectionsverfahren (Gutachten), RPW 2006/4, S. 739 ff.; Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 470 ff.; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 249 ff.

¹¹ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669 f., Rz. 25 ff.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343, Tabelle 1; Swisscom/Cybernet, RPW 2006/2, S. 252, Rz. 48 (mit weiteren Hinweisen).

¹² Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 25; Gutachten Cablecom vs. Swisscom Fixnet betreffend Portierung von Einzelnummern (Cablecom vs. Swisscom), RPW 2005/3, S. 590, Rz. 18.

¹³ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 26; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 19.

¹⁴ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 27; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 22.

¹⁵ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 28; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 22 f.

¹⁶ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 29; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 591, Rz. 28.

¹⁷ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 37; Swisscom/Fastweb, RPW 2007/2, S. 314, Rz. 35 (mit weiteren Hinweisen); Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 54.

89. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert einen Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2048 kbit/s übersteigt. Bei kleineren Bandbreiten wird von Dial-up-Verbindungen gesprochen. Diese erlauben Geschwindigkeiten bis 56 kbit/s ohne und 128 kbit/s mit ISDN-Modem.¹⁸

90. Weiter unterscheiden sich die beiden Anschlusstechnologien im Hinblick auf den Preis. Während bei einer Dial-up-Verbindung jede Minute einzeln verrechnet wird, ist bei Breitbanddiensten eine monatliche Grundgebühr zu entrichten (Pauschaltarif), welche unabhängig von der Dauer der Nutzung oder der bezogenen Datenmenge ist.¹⁹

91. Der relevante Markt umfasst aus Sicht der Endkunden den Zugang zu Breitbanddiensten. Zum relevanten Markt gehören die leitungsgebundenen Technologien, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen (u.a. Bitstream Access, ADSL bzw. BCS) sowie CATV, PLC und Glasfaser. Dieser kann jedoch nicht dem gleichen Markt wie leitungsgebundenes Breitbandinternet zugeordnet werden.²⁰ Betreffend Dial-up-Verbindungen ist zu bemerken, dass diese heutzutage kaum noch von Bedeutung sind. Deshalb wurde im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlusses auf eine gesonderte Betrachtung verzichtet.

B.4.1.3.2. Räumlich relevanter Markt

92. Breitbandinternet basiert auf dem Festnetz der Schweiz. Dieses ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen (vgl. Rz. 87).²¹

B.4.1.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste

B.4.1.4.1. Sachlich relevanter Markt

93. Im Entscheid Swisscom Fixnet/Betty Holding hat die WEKO einen Markt für TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattformen abgegrenzt. Dabei handelt es sich um Angebote, die einen Zusammenhang mit TV-Sendungen aufweisen und vor allem über das Festnetztelefon und über das Mobiltelefon, beispielsweise per SMS, angeboten werden.²²

94. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Unternehmen, welche solche Mehrwertdienste anbieten, nicht unterscheiden, ob diese Mehrwertdienste im Rahmen von TV- oder Radiosendungen verwendet oder für die Verwendung in schriftlichen Publikationen nachgefragt werden. Demzufolge solle der sachlich relevante Markt nicht nur TV-Mehrwertdienste, sondern Mehrwertdienste allgemein umfassen.

95. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die Frage, ob der sachlich relevante Markt nur TV-Mehrwertdienste oder Mehrwertdienste allgemein umfasst, offengelassen werden, da in diesem Markt keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 135 ff.).

B.4.1.4.2. Räumlich relevanter Markt

96. Mehrwertdienste werden von der Marktgegenseite, d.h. den Endkonsumenten, in der Regel im jeweiligen Sprachgebiet des Landes nachgefragt.²³ Folglich ist für

die Schweiz von drei räumlich relevanten Märkten auszugehen: Je einem relevanten Markt für die deutsch-, die französisch- und die italienischsprachige Schweiz.

B.4.1.5 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

B.4.1.5.1. Sachlich relevanter Markt

97. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Diese finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.

98. Die Verkaufsstellen sind in sogenannte "Street Channel" und "Direct Channel" zu unterscheiden. Zum Street Channel gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren Anbieter sind Swisscom, Orange, Sunrise und Mobilzone. Daneben gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnementen und -geräten der wichtigsten Mobilfunkanbieter übernehmen. Zum Direct Channel gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder auch Direktabschlüsse auf der Strasse.

99. Im Entscheid Swisscom/The Phone House analysierte die WEKO die Substituierbarkeit dieser beiden Absatzkanäle und kam zum Schluss, dass der Street Channel als eigener, sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.²⁴

B.4.1.5.2. Räumlich relevanter Markt

100. Die Vertreter von Mobilfunkdienstleistungen vermitteln Mobilfunkabonnemente, die auf Leistungen eines Mobilfunknetzes in der Schweiz basieren. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.²⁵

B.4.1.6 Markt für Mobilfunkgeräte

B.4.1.6.1. Sachlich relevanter Markt

101. Ein Mobilfunkgerät wird hauptsächlich gekauft, um mit einer anderen Person zu kommunizieren, sei es mittels eines Gesprächs oder mittels anderer Kommunikationsformen wie beispielsweise Textnachrichten (SMS und MMS). Zusätzlich bieten viele Mobilfunkgeräte noch weitere Nutzungsmöglichkeiten wie das Abrufen von E-Mails, das Surfen im Internet, das Hören von Musik, die Verwaltung von Terminen, etc. Trotzdem liegt die Hauptfunktion des Mobilfunkgeräts in der Kommunikation mit anderen Personen.

¹⁸ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 21 f.

¹⁹ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 21 ff.

²⁰ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 24; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 250 ff., Rz. 32 ff. (mit weiteren Hinweisen).

²¹ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 37; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 54 (mit weiteren Hinweisen).

²² Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 473, Rz. 36.

²³ Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 474, Rz. 44.

²⁴ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343 f., Rz. 27 ff.

²⁵ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 54 f.

102. Auch in diesem Markt kann, gleich wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, zwischen den beiden Verkaufskanälen Street Channel und Direct Channel unterschieden werden. Grösstenteils sind dieselben Unternehmen im Markt für Mobilfunkgeräte tätig, wie auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen. Dies ist vor allem der Fall wegen der komplementären Beziehung dieser beiden Produkte.²⁶

103. Die EU-Kommission hat darüber hinaus einen separaten Markt für Mobilfunkequipment (wie z.B. Bluetooth) abgegrenzt.²⁷ Ob sich eine solche Abgrenzung rechtfertigt, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offenbleiben, da in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 140 f.).

B.4.1.6.2. Räumlich relevanter Markt

104. Bis anhin hat die WEKO die räumliche Abgrenzung des Marktes für Mobilfunkgeräte offengelassen. Sie ging davon aus, dass es sich bei den Produzenten von Mobilfunkgeräten um grosse, multinationale Unternehmen handelt, die ihre Produkte weltweit vertreiben und folglich der räumlich relevante Markt für Mobilfunkgeräte mindestens die Schweiz umfasst.²⁸ Die EU-Kommission hat die Frage der räumlichen Abgrenzung des Marktes für sowie den Jahresbericht 2008 von der FT Gruppe Mobilfunkequipment bis anhin ebenfalls offengelassen. Sie ging im Prinzip jedoch von einem globalen Markt aus.²⁹

105. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch im Rahmen dieses Verfahrens unterbleiben, da in diesen Märkten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 140 f.).

B.4.1.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

B.4.1.7.1. Sachlich relevanter Markt

106. Praxisgemäss unterscheidet die WEKO im Bereich Mobilfunk zwei Ebenen: Die Wholesale- und die Retail-Ebene.³⁰

107. Im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten. Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw. ausgehende Sprachverbindungen dem selben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann zwischen den Kommunikationspartnern zwischen Anrufer und Angerufenem unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. In der Schweiz gilt das sogenannte cpp-Prinzip (calling party pays). Erhält also ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er dafür nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, die der Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.³¹

108. Die Marktgegenseite der Endkunden besteht aus a) Mobilfunkanbietern,³² welche die zur Kommunikation

notwendige Infrastruktur aufbauen und anbieten oder b) Weiterverkäufern von SIM-Karten (Weiterverkäufer) oder Mobile Virtual Network Operator (MVNO), die ihre Leistungen an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunkanbieter erbringen.

109. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren und ist andererseits immer, wann und wo auch immer er sich gerade aufhält, erreichbar. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meistens ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses, geht aber gleichzeitig darüber hinaus. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann in gewissen Situationen durch das Mobilfunknetz substituiert werden, nicht jedoch umgekehrt.³³

110. Die WEKO hat bisher den Transfer von Daten ausdrücklich von der Sprachkommunikation getrennt und für die Sprachtelefonie einen eigenständigen Markt abgegrenzt.³⁴ Für den Zweck der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses erscheint es jedoch nicht notwendig den Transfer von Daten gesondert von der Sprachtelefonie zu betrachten. Die Ausführungen betreffen Mobilfunkdienstleistungen aus Endkundensicht umfassen nachfolgend folglich sowohl Sprachtelefonie als auch den Transfer von Daten.

B.4.1.7.2. Räumlich relevanter Markt

111. Die von der ComCom vergebenen Konzessionen haben für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit. Auch die Marktgegenseite (Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.³⁵

²⁶ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343 f., Rz. 42 ff.

²⁷ Vodafone/Mannesmann, COMP/M.1795, Rz. 22; Vodafone/Vivendi/Canal+, COMP/JV.48, Rz. 61.

²⁸ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 56 f.

²⁹ Vodafone/Mannesmann, COMP/M.1795, Rz. 25; Vodafone/Vivendi/Canal+, COMP/JV.48, Rz. 62.

³⁰ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 47; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 118 ff, Rz. 88 ff.

³¹ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 30; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 48; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 120, Rz. 97.

³² Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens impliziert die Terminologie "Mobilfunkanbieter", dass der entsprechende Anbieter über ein eigenes Mobilfunknetz verfügt. Ist demgegenüber von Fernmeldediensteanbieter oder von Mobilfunkdienstleistungsanbietern die Rede, umfassen diese Begriffe auch Weiterverkäufer und MVNO.

³³ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 344, Rz. 50 f.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 255, Rz. 87 ff.

³⁴ Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 254 f., Rz. 80 ff.

³⁵ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 38 f.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 58 f.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 261, Rz. 136 ff.; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 53 f.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 122, Rz. 105 ff.

B.4.1.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

B.4.1.8.1. Sachlich relevanter Markt

112. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNO bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.³⁶ Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.³⁷ Zum Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste hat sich das Sekretariat bisher erst summarisch im Schlussbericht zur Vorabklärung betreffend Zugang zu Mobilfunknetzen geäußert.³⁸

113. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Fernmeldediensten stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNO, die den Zugang auf ein Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.

114. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen (siehe Terminierung; B.4.1.9) haben die Weiterverkäufer und MVNO die Möglichkeit die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.

115. Offenbleiben kann, ob der Netzzugangsmarkt in zwei separate Märkte für Sprach- und Datenleistungen zu unterteilen ist (vgl. auch Rz. 110).

116. Die erfolgte Marktabgrenzung wird im Übrigen auch von der Europäischen Kommission (EU-Kommission) in dieser Art vorgenommen. So ging die EU-Kommission z.B. im Entscheid T-Mobile/Orange Niederlande von einem einzigen sachlich relevanten Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze aus.³⁹

B.4.1.8.2. Räumlich relevanter Markt

117. In Analogie zur räumlichen Abgrenzung im Endkundenmarkt ist auch für den Netzzugangsmarkt von einem, die ganze Schweiz umfassenden Markt auszugehen (vgl. Rz. 111). Im Übrigen wird dieser Markt auch von der EU-Kommission national abgegrenzt.⁴⁰

B.4.1.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

B.4.1.9.1. Sachlich relevanter Markt

118. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweils eigene Netz.⁴¹ In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.⁴²

119. Orange und Sunrise bringen in ihren Stellungnahmen zum Antrag vor, dass ein eigenständiger Markt für Mobilfunkterminierung nicht ausgewiesen werden könne. Vielmehr sei die Mobilfunkterminierung notwendiger Teil eines Marktes für Mobilfunkdienstleistungen, da ohne Terminierungsnachfrage und Terminierungsangebot die Netzbetreiber Mobilleistungen gar nicht anbieten könnten.

120. Dieses Argument wurde von den Mobilfunkanbietern in anderen Verfahren bereits vorgebracht. Dennoch geht die WEKO in ständiger Praxis davon aus, dass für die Terminierung von Anrufen in das Mobilfunknetz eines Anbieters kein Substitut besteht, weil jede Mobiltelefonnummer an dasjenige Mobilfunknetz gebunden ist, welches der Endkunde über seine SIM-Karte nutzt. Alle Fernmeldedienstleister, die eine Terminierung in das Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters nachfragen, haben daher bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeit.⁴³ Folglich ist für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz eines Anbieters jeweils von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen. Dies hat zur Folge, dass in der Schweiz derzeit vier Märkte für Mobilfunkterminierung bestehen, namentlich derjenige von Swisscom, Sunrise, Orange und der In&Phone SA (In&Phone). Diese sachliche Marktabgrenzung deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen der EU-Kommission⁴⁴ und derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts.⁴⁵

³⁶ Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 121, Rz. 94.

³⁷ Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 121, Rz. 94 ff.

³⁸ Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung, RPW 2006/3, S. 432.

³⁹ T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 17; vgl. auch die Empfehlung 2007/879/EG der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl L 344/65.

⁴⁰ T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 18.

⁴¹ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 35; Gutachten, RPW 2006/4, S. 743, Rz. 18.

⁴² Sog. Interoperabilitätsverpflichtung; vgl. Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10).

⁴³ Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 252, Rz. 70 ff.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 120, Rz. 95.

⁴⁴ Vgl. Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl L 114/45, Anhang, Markt 16.

⁴⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010, B-2050/2007, E. 9.8.

B.4.1.9.2. Räumlich relevanter Markt

121. Die Mobilfunkanbieter besitzen nationale Konzessionen, womit sie rechtlich auf ein nationales Angebot in der Schweiz eingeschränkt sind. Folglich bieten die Mobilfunkanbieter ihre Angebote nur schweizweit an. Es ist somit von einem auf die Schweiz begrenzten räumlich relevanten Markt auszugehen.⁴⁶

B.4.1.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

B.4.1.10.1. Sachlich relevanter Markt

122. Bis anhin hat die WEKO keinen eigenen relevanten Markt für Dienstleistungen im Bereich des internationalen Roamings abgegrenzt.

123. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch in ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren, angerufen zu werden oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.

124. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistung anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunkanbieters ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunkanbietern in einem Land ab. Roaming-Abkommen werden teilweise auch mit Anbietern abgeschlossen, die Spezialkonditionen anbieten, wie beispielsweise innerhalb von Roaming-Allianzen (z.B. Freemove Alliance). Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen auch im Ausland mobile Dienstleistungen nutzen zu können, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound traffic. Der outbound traffic ist hingegen beim Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.

125. In älteren Entscheiden ging die EU-Kommission davon aus, dass im Roaming-Markt jeder Mobilfunkanbieter in seinem Mobilfunknetz marktbeherrschend war (single market dominance). Dies wurde unter anderem damit begründet, dass der Mobilfunkanbieter keine Möglichkeit hatte, beim Roaming auf die Netzwahl seines Endkunden Einfluss zu nehmen. Da dies in der Zwischenzeit technisch jedoch möglich ist und auch gemacht wird, ist die EU-Kommission in ihren letzten Entscheiden zum Schluss gekommen, dass alle Mobilfunkanbieter eines Landes betreffend Wholesale-Angebote für internationales Roaming miteinander in Wettbewerb stehen.⁴⁷

126. Auch unter Berücksichtigung des schweizerischen Mobilfunkmarktes und den von der WEKO bis anhin

vorgenommenen Markttabegrenzungen im Bereich Mobilfunk, sind keine Gründe ersichtlich, eine von der neueren Praxis der EU-Kommission abweichende Markttabegrenzung⁴⁸ vorzunehmen.

B.4.1.10.2. Räumlich relevanter Markt

127. Die Roaming-Abkommen zwischen den Mobilfunkanbietern verschiedener Länder beziehen sich auf die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen in einem spezifischen Land. Dabei sind die Mobilfunkanbieter auf das ihre Konzession umfassende Gebiet beschränkt. Folglich ist auch beim Roaming von einem national abgegrenzten Markt auszugehen. Diese Ausführungen decken sich im Übrigen mit denjenigen der EU-Kommission zum räumlich relevanten Markt für internationales Roaming auf Wholesale-Ebene.⁴⁹

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

B.4.2.1.1. Festnetztelefoniemarkt

129. Der Marktanteil von Sunrise im Markt für Festnetztelefonie betrug im Jahr 2008 10,6 %, derjenige von Tele2 5,7 %. Folglich ist für Sunrise im Jahr 2008 von einem Marktanteil von 17,3 % auszugehen.⁵⁰

130. Orange bietet erst seit kurzem Festnetzdienstleistungen an. Das Angebot basiert auf xDSL und Carrier Pre-Selection (CPS; Betreibervorauswahl), welche von VTX und Swisscom zur Verfügung gestellt werden. Festnetzkunden von Orange stehen folglich weiterhin in einem Vertragsverhältnis mit Swisscom in Bezug auf die monatlichen Grundgebühren. Nach Darstellung der Zusammenschlussparteien beträgt der Marktanteil von Orange in diesem Markt weniger als [0-10] %.

⁴⁶ Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 38; Gutachten, RPW 2006/4, S. 743, Rz. 43 f.

⁴⁷ T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 24 ff. (mit weiteren Hinweisen).

⁴⁸ T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 24 ff. (mit weiteren Hinweisen).

⁴⁹ T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 27 (mit weiteren Hinweisen).

⁵⁰ Amtliche Fernmeldestatistik des BAKOM 2008 (BAKOM 2008), S. 15, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 4: Marktanteile Festnetztelefonie (basierend auf der Anzahl Kundenverträge)

Unternehmen	Marktanteile 2006 ¹⁾	Marktanteile 2007 ²⁾	Marktanteile 2008 ²⁾	Marktanteile Mitte 2009 ¹⁾
Orange	[0-10] %	0,0%	< 1%	[0-10]%
Sunrise	[10-20]%	11,3%	10,6%	[10-20]%
Tele2 ⁵¹	[0-10]%	7,1%	5,7%	[0-10]%
Total	[10-20]%	18,4%	<17,3%	[10-20]%

¹⁾ Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

²⁾ Quelle: BAKOM 2008, S. 27, abrufbar unter: www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/.

131. Da der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Bereich Festnetztelefonie weniger als 20 % beträgt und kein Unternehmen einen Marktanteil von 30 % hat, liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.2. Breitbandinternet-Markt

132. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass der Marktanteil von Sunrise im Jahr 2008 im Markt für Breitbandinternet 8,5 % betragen habe. Nach der Übernahme von Tele2 habe sich der Marktanteil von Sunrise im ersten Halbjahr 2009 auf [10-20] % erhöht. Nach Schätzungen von Orange liegen ihre eigenen Marktanteile bei [0-10] % (2008) bzw. [0-10] % (Mitte 2009).

Tabelle 5: Marktanteile Breitbandinternet (basierend auf Anzahl Kundenverträge)

Unternehmen	Marktanteile 2006 ¹⁾	Marktanteile 2007 ²⁾	Marktanteile 2008 ²⁾	Marktanteile Mitte 2009 ¹⁾
Orange	[0-10] %	–	–	[0-10] %
Sunrise	[10-20] %	10,5 %	8,5 %	[10-20] %
Tele2	[0-10] %	3 %	2,7 %	[0-10] %
Total	[10-20] %	13,5 %	11,2 %	[10-20] %

¹⁾ Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

²⁾ Quelle: BAKOM 2008, S. 20, abrufbar unter: www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/.

133. Da der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Bereich Breitbandinternet weniger als 20 % beträgt und kein Unternehmen einen Marktanteil von 30 % hat, liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

134. Im Parteigutachten von swiss economics bringen die Zusammenschlussparteien dennoch vor, dass es die direkte Folge der Fusion sei, dass die heute unbestrittene Marktmacht von Swisscom insbesondere im Breitbandmarkt durch die Entstehung eines – verglichen mit den heutigen Wettbewerbern – stärkeren Gegenspielers eingeschränkt wird. Aufgrund der tiefen Marktanteile der fusionierten Unternehmung wurde in diesem Bereich allerdings keine vertiefte Prüfung durchgeführt.

B.4.2.1.3. Markt für (TV-) Mehrwertdienste

135. Gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien habe Orange keine 090*-Mehrwertdienstnummern,

fordere aber, wie alle Fernmeldediensteanbieter bei ihren Kunden im Auftrag von Mehrwertdiensteanbietern die im Rahmen der Erbringung dieser Dienste angefallenen Gebühren ein. Orange biete keine sprachbasierten Mehrwertdienste an, habe aber ein limitiertes Angebot von datenbasierten Mehrwertdiensten über ihr WAP Portal sowie über SMS wie z.B. Nachrichten und Spiele. Orange biete über ihr WAP Portal auch Dienste von Drittanbietern an, vor allem Erotikinhalte. Daneben seien für die Abonnenten von Orange auch Angebote von Drittanbietern über SMS an eine Kurznummer (short code) zugänglich. Orange ziehe die Gebühren für diese Dienste ein und erhalte davon einen Prozentsatz. Die grössten Anbieter von nicht sprachbasierten Mehrwertdiensten sind [...].

⁵¹ Sunrise erwarb Tele2 Ende 2008.

136. Sunrise verfügt über [...] Mehrwertdienstnummern. [...] In Anbetracht der [...] Umsätze von Sunrise in diesem Bereich beträgt der Marktanteil von Sunrise gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien weniger als [0-10] %.

137. Angesichts der Marktanteile im Jahr 2008 von deutlich unter [0-10] % im Falle von Orange und in jedem Fall weniger als [0-10] % im Falle von Sunrise liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.4. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

138. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Swisscom/The Phone House ermittelte die WEKO die Marktanteile mehrerer Mobilfunkanbieter im Bereich des Vertriebs von Mobilfunkdienstleistungen.⁵² Demnach waren Orange und Sunrise jeweils Inhaber von 3,8 % bzw. 3,3 % sämtlicher Verkaufsstellen für Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz.⁵³ Da die Anzahl der Verkaufsstellen lediglich ein begrenzt geeigneter Indikator für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist, hat die WEKO zusätzlich die Marktanteile erhoben, die sich aus der Anzahl vermittelter Abonnemente ergeben. Im Jahr 2007 betragen die Marktanteile von Orange und Sunrise je weniger als 10 %.⁵⁴

139. Gemäss den Ausführungen der Zusammenschlussparteien lagen die Marktanteile von Orange und

Sunrise auch im Jahr 2008 jeweils deutlich unter [0-10] %. Folglich liegt auch im Bereich des Vertriebes von Mobilfunkdienstleistungen kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.5. Markt für Mobilfunkgeräte

140. Im bereits erwähnten Entscheid Swisscom/The Phone House prüfte die WEKO auch den Markt für Mobilfunkgeräte. Die Analyse für das Jahr 2007 ergab, dass die Marktanteile von Orange und Sunrise im relevanten Markt jeweils unter 10 % lagen.⁵⁵

141. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass Orange im Jahr 2008 einen Marktanteil von schätzungsweise 7,6 % und Sunrise von schätzungsweise [0-10] % hatte. Demzufolge liegt kein im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt vor.

B.4.2.1.6. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

142. Im Endkundenmarkt können Marktanteile auf Netzwerk- oder Markenbasis berechnet werden. Die Marktanteile auf Netzwerkbasis berechnen sich aufgrund der Anzahl Kundenverträge auf einem Mobilfunknetz (Marktanteile auf Netzwerkbasis; vgl. Tabelle 6). Die Berechnung der Marktanteile auf Markenbasis erfolgt gestützt auf sämtliche im schweizerischen Markt vorhandenen Mobilfunkdienstleistungsanbieter (Marktanteile auf Markenbasis; vgl. Tabelle 7 und Tabelle 8).

Tabelle 6: Marktanteile Endkundenmarkt auf Netzwerkbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen)⁵⁶

Unternehmen	Marktanteile 2006 ¹⁾	Marktanteile 2007 ²⁾	Marktanteile 2008 ²⁾	Marktanteile Mitte 2009 ¹⁾
Orange (inkl. Lycamobile)	[10-20] %	18,6 %	18,1 %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Lebara, Phone House AG)	[10-20] %	19,6 %	20,4 %	[20-30] %
Tele2	[0-10] %	1 %	1,1 %	[0-10] %
Total	[30-40] %	39,2 %	39,6 %	[30-40] %

¹⁾ Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

²⁾ Quelle: BAKOM 2008, S. 26, abrufbar unter: www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/

⁵² Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 346 f.

⁵³ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 346, Tabelle 3.

⁵⁴ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 341, Rz. 66 ff.

⁵⁵ Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 348 f., Tabelle 5.

⁵⁶ Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 14.

Tabelle 7: Marktanteile Endkundenmarkt auf Markenbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen; Schätzung Orange)⁵⁷

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Total	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %

Tabelle 8: Marktanteile Endkundenmarkt auf Markenbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen; Schätzung Sunrise)⁵⁸

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Total	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %

143. Unabhängig von der Betrachtungsweise (Marktanteile auf Netzwerk- oder Markenbasis) handelt es sich beim Endkundenmarkt um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.7. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

144. Aus untenstehender Tabelle geht hervor, dass sich die Marktanteile im Bereich Zugang zu Mobilfunknetzen in den letzten Jahren stark erhöht haben. Dank vieler Weiterverkäufer und MVNO konnten Orange und Sunrise ihre Marktanteile erhöhen, so dass Orange und Sunrise im Jahr 2008 über Marktanteile in der Höhe von [30-40] % bzw. [0-10] % verfügten. Folglich liegt ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Tabelle 9: Marktanteile beim Netzzugangsmarkt (basierend auf über den Wholesale-Kanal vertriebene Anzahl SIM-Karten, Schätzung Orange)⁵⁹

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Sunrise	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
Total	[30-40] %	[30-40] %	[40-50] %	[50-60] %

⁵⁷ Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 15.

⁵⁸ Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 15.

⁵⁹ Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 23.

Tabelle 10: Marktanteile beim Netzzugangsmarkt (basierend auf über den Wholesale-Kanal vertriebene Anzahl SIM-Karten, Schätzung Sunrise)⁶⁰

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Sunrise	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
Total	[40-50] %	[50-60] %	[40-50] %	[50-60] %

B.4.2.1.8. Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

145. Wie bereits ausgeführt, stellt jedes Mobilfunknetz einen eigenen relevanten Markt für die Mobilfunkterminierung dar. Sowohl Orange als auch Sunrise verfügen folglich im jeweiligen ihr Mobilfunknetz umfassenden

Terminierungsmarkt über einen Marktanteil von 100 %. Demzufolge handelt es sich bei den Terminierungsmärkten um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

Tabelle 11: Umsätze Terminierungsmärkte (Million CHF; nach Wert Telefonie und SMS)

Unternehmen/Märkte	Umsätze 2006	Umsätze 2007	Umsätze 2008	Umsätze Mitte 2009
Orange (Marktanteil: 100%)	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Sunrise (Marktanteil: 100%)	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

B.4.2.1.9. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

146. Aus der nachfolgenden Tabelle geht hervor, dass es sich beim Roaming-Markt um einen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Markt handelt.

Tabelle 12: Marktanteile Roaming-Markt (basierend auf der Menge der eingehenden Anrufterminierung; nach Wert [Telefonie, SMS und Daten])

Unternehmen	Marktanteil 2006	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008	Marktanteil Mitte 2009
Orange	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[20-30]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Total	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%

B.4.2.1.10. Fazit

147. Tabelle 13 zeigt im Überblick die vom Zusammenschluss tangierten Märkte und ob es sich bei dem tangierten Markt um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt.

⁶⁰ Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 24.

Tabelle 13: Vom Zusammenschluss tangierte Märkte

Markt	Betroffener Markt?
Breitbandinternet-Markt	nein
Festnetztelefoniemarkt	nein
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	nein
Markt für Mobilfunkgeräte	nein
Markt für (TV-) Mehrwertdienste	nein
Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen	ja
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	ja
Markt für Mobilfunkterminierung	ja
Wholesale-Markt für internationales Roaming	ja

B.4.3 Marktstellung auf den vorliegend betroffenen Märkten (Einzelmarktbeherrschung)

148. Im Rahmen der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten sowie die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 Bst. e und f VKU). Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz geht es um die Frage, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU).

149. Die Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz erfolgt nachfolgend jeweils nacheinander für die einzelnen Märkte.

B.4.3.1 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

B.4.3.1.1. Aktueller Wettbewerb

150. Wie bereits erwähnt, können die Marktanteile im Endkundenmarkt auf Netzwerk- oder Markenbasis berechnet werden. Die nachfolgenden Tabellen enthalten die Marktanteile von Orange und Sunrise sowie die ihrer Konkurrenten im Endkundenmarkt auf Netzwerkbasis (vgl. Tabelle 14) sowie auf Markenbasis (vgl. Tabelle 15).

Tabelle 14: Marktanteile Endkundenmarkt (auf Netzwerkbasis)

Unternehmen	2006	2007	2008
Swisscom	[60-70] %	61.0 %	60.4 %
Sunrise	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
Orange	[10-20] %	18.6 %	18.1 %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
In&Phone	[0-10] %	0.01 %	0.01 %

Tabelle 15: Marktanteile Endkundenmarkt (auf Markenbasis; nach Anzahl Kunden)

Unternehmen	2006	2007	2008
Swisscom	[50-60] %	[50-60] %	[50-60] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Migros	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Coop	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Andere	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

151. Aus Tabelle 14 geht hervor, dass in den Jahren 2006 - 2008 neben Orange und Sunrise auch noch Swisscom, Tele2 und In&Phone im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen als Mobilfunkanbieter tätig waren. Allerdings wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt (Fn. 122), dass Tele2 Ende 2008 von Sunrise übernommen wurde.⁶¹ Nach dem Zusammenschluss werden folglich neben der fusionierten Unternehmung nur noch Swisscom und In&Phone als Mobilfunkanbieter tätig sein.

152. Orange, Sunrise und Swisscom sind im Besitze einer GSM Mobilfunkkonzession. In&Phone besitzt hingegen eine technologieneutrale Mobilfunkkonzession. Wie aus Tabelle 14 hervorgeht, hat In&Phone lediglich einen geringen Marktanteil. Dies liegt daran, dass In&Phone bis anhin mit einem Nischenprodukt im Geschäftskundenbereich tätig war. Gemäss eigener Angaben bietet In&Phone mit "campusGSM" Geschäftskunden eine ganzheitliche Lösung für Sprach- und Datendienste an. Mit einem firmeneigenen GSM-Netzwerk sollen bestehende Geräte wie Festnetztelefone, DECT-Mobiltelefone oder Pager durch ein Mobilfunkgerät ersetzt werden.⁶² Darüber hinaus ist In&Phone auf Orange, Sunrise oder Swisscom angewiesen, um ihren Kunden eine flächendeckende Erreichbarkeit garantieren zu können. Am 2. Dezember 2009 hat In&Phone bekanntgegeben, dass sie die ehemaligen Mobilfunkstandorte von Tele2 gekauft habe.⁶³ Weitere diesbezügliche Ausführungen werden nachfolgend unter dem Aspekt "potenzieller Wettbewerb" abgehandelt (vgl. Rz. 168).

153. Swisscom verfügt, ebenso wie Orange und Sunrise über eine GSM- sowie eine UMTS-Konzession und ein sehr gut ausgebautes Mobilfunknetz. Dadurch ist sie in der Lage ihren Endkunden umfassende und qualitativ hochwertige Mobilfunkdienstleistungen anzubieten. In den letzten Jahren war Swisscom im Endkundenmarkt die mit Abstand stärkste Wettbewerberin. Ein grosser Vorteil für Swisscom ist denn auch, dass sie nicht nur in den Mobilfunkmärkten, sondern auch in den Bereichen Festnetz und Breitband präsent ist und eine starke Marktstellung besitzt. In letzter Zeit konnte sich Swisscom mit ihrem Produkt Swisscom-TV auch im TV-Markt etablieren. Zudem besitzt Swisscom eine hohe Finanzkraft, die es ihr ermöglicht weitere Investitionen und hohe Ausgaben für Marketing und Werbung zu tätigen, etc.

154. Seit 2005 bieten mehrere Unternehmen als Weiterverkäufer Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden an. Dabei werden durch den Weiterverkäufer SIM-Karten eines Mobilfunkanbieters mit oder ohne entsprechendes Endgerät abgegeben. Häufig sind zudem die Preise der Weiterverkäufer tiefer als diejenigen der Mobilfunkanbieter. Über den Verkauf hinaus besteht zwischen dem Weiterverkäufer und dem Endkunden keine Vertragsbeziehung. Der Status des Weiterverkäufers verändert sich auch nicht, wenn er die SIM-Karte unter einer eigenen Marke verkauft. In der Schweiz verkaufen beispielsweise Migros, Coop oder Aldi Mobilfunkdienstleistungen unter eigener Marke an Endkunden. In der Regel handelt es sich bei diesen Angeboten um Prepaid-Dienstleistungen. Allerdings bietet z.B. Migros auch ein Postpaid-Produkt an. Aus den Antworten auf die Fragebögen sowie aus den eingeforderten Verträgen geht hervor, dass in der Schweiz derzeit 17 Weiterverkäufer tätig sind (vgl. Rz. 247).

155. Daneben bieten in der Schweiz auch noch wenige MVNO Mobilfunkdienstleistungen an. Ein MVNO bietet genau wie ein Weiterverkäufer Mobilfunkdienstleistungen unter einer eigenen Marke an, ohne über ein eigenes Mobilfunknetz oder entsprechende Konzessionen zu verfügen. Allerdings rechnet ein MVNO selber ab, tritt gegenüber dem Endkunden als vom Mobilfunkanbieter unabhängiger Dienstleister auf und verfügt über eigene Netzwerkelemente, die es dem MVNO ermöglichen selbst kontrollierte Servicedienstleistungen anzubieten. Nach Definition des BAKOM erfüllt in der Schweiz zum heutigen Zeitpunkt nur die Barablu AG die Voraussetzungen als MVNO. Für das zu beurteilende Fusionsvorhaben werden solche Mobilfunkdienstleistungsanbieter als eigenständige Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen (MVNO) ohne eigenes Netz definiert, die den von ihnen angebotenen Mobilfunktarif selbständig festlegen können und lediglich die Konditionen für den Zugang

⁶¹ Vgl. auch Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 668 ff.

⁶² Vgl. www.inphone.ch (zuletzt besucht am 14. Dezember 2009).

⁶³ Pressemitteilung In&Phone vom 2. Dezember 2009 (abrufbar unter: www.inphone.ch/downloads/2009_12_02_PR_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone_%20Fv.1.pdf; zuletzt besucht am 14. Dezember 2009) sowie "Naissance du numéro 3 de la téléphonie mobile" in: l'AGEFI vom 3. Dezember 2009, S. 6.

zum Mobilfunknetzes ihres Netzbetreibers vertraglich festgelegt haben. Auf diese Weise sind Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen grundsätzlich im Rahmen der mit dem Netzbetreiber ausgehandelten Nutzungskosten in der Ausgestaltung ihrer Mobilfunktarife frei und können so mit allen weiteren Mobilfunkanbietern grundsätzlich in Konkurrenz treten. Ob sie allerdings gegenüber den Netzbetreibern konkurrenzfähig sind, hängt letztlich von den Bedingungen ab, zu welchen sie einen Netzzugang erhalten haben. Stellt man auf die Vertragsbeziehung zwischen dem Endkunden und dem Mobilfunkdienstleistungsanbieter sowie das unternehmerische Risiko ab, können in der Schweiz derzeit 7 aktive MVNO identifiziert werden (vgl. Rz. 250).

156. Durch den Zusammenschluss wird die fusionierte Unternehmung ihre Effizienz in diversen Bereichen steigern können. Weiterhin ist eine Erhöhung ihrer Marktmacht wahrscheinlich.

157. Bei der Betrachtung der Marktaktivitäten der drei Netzbetreiber im Endkundenmarkt kann festgestellt werden, dass im Hinblick auf einen Preiswettbewerb Sunrise

am aktivsten ist. Bei der Betrachtung der Marktanteilsentwicklung zeigt sich, dass Sunrise sowohl was die originierten als auch die terminierten Minuten anbelangt seinen Marktanteil in den letzten Jahren geringfügig aber stetig vergrössern konnte.

Abbildung 1: Entwicklung der Marktanteile

[...]

158. Das BAKOM veröffentlicht jährlich Berichte über die Entwicklung der Mobilfunkkosten im Endkundenmarkt. In diesem Zusammenhang vergleicht das BAKOM die Mobilfunktarife anhand von unterschiedlichen Warenkörben, welche jeweils einen typischen Mobilfunknutzer abbilden. Dabei unterscheidet das BAKOM jeweils zwischen einem Musterkunden mit geringem, mittlerem und grossem Nutzungsbedarf. Stellt man nun die günstigsten Mobilfunktarife gegenüber, so kann festgestellt werden, dass Sunrise (bzw. die Weiterverkäufer von Sunrise-Tarifen) zwischen 2007 und 2009 fast ausnahmslos den jeweils günstigsten Mobilfunktarif anbot.

Tabelle 16: Vergleich Abonnement, Warenkorb geringer Nutzungsbedarf⁶⁴

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic Without Mobile	Sunrise	CHF 260	1
	Zero 25	Sunrise	CHF 313	2
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 400	3
	Natel Basic Liberty	Swisscom	CHF 508	9
2008	Zero	Sunrise	CHF 313	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 400	2
	Optima 30 Option SMS automatique	Orange	CHF 440	3
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 525	8
2007	Tele2 – Mobile Start	Tele2	CHF 254.50	1
	Relax Libero	Sunrise	CHF 307.80	2
	Tele2 – Mobile Tip	Tele2	CHF 398.30	3
	Optima 30 Option SMS automatique	Orange	CHF 440.30	7
	Natel Basic Liberty	Swisscom	CHF 508.40	13

⁶⁴ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 17: Vergleich Prepaid, Warenkorb geringer Nutzungsbedarf⁶⁵

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 126	1
	Yallo	Sunrise	CHF 129	2
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 179	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 191	4
2008	Yallo	Sunrise	CHF 122	1
	Salut Mobile	Sunrise	CHF 126	2
	Lyca Mobile	Orange	CHF 171	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 176	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 185	5
2007	Yallo	Sunrise	CHF 124.20	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 205.80	2
	CoopMobile	Orange	CHF 220.20	3

Tabelle 18: Vergleich Abonnement, Warenkorb mittlerer Nutzungsbedarf⁶⁶

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic without Mobile	Sunrise	CHF 423	1
	Zero 25	Sunrise	CHF 565	3
	Freedom	Orange	CHF 570	4
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 878	13
2008	Zero	Sunrise	CHF 494	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 570	2
	Zero Plus	Sunrise	CHF 613	3
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 878	9
2007	Tele2 Mobile Start	Tele2	CHF 526.99	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 590.27	2
	Relax Libero	Sunrise	CHF 644.85	4
	Optima 100 Option SMS automatique	Orange	CHF 675.45	5
	Natel Easy Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 829.41	13

⁶⁵ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

⁶⁶ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/.

Tabelle 19: Vergleich Prepaid, Warenkorb mittlerer Nutzungsbedarf⁶⁷

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 305	1
	Yallo	Sunrise	CHF 316	2
	X-treme Prepay	Orange	CHF 434	3
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 435	4
2008	Salut Mobile	Sunrise	CHF 305	1
	Yallo	Sunrise	CHF 309	2
	Lycamobile	Orange	CHF 359	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 405	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 454	7
2007	Yallo	Sunrise	CHF 316.85	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 503.08	2
	CoopMobile	Orange	CHF 534.18	3

Tabelle 20: Vergleich Abonnement, Warenkorb hoher Nutzungsbedarf⁶⁸

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic without Mobile	Sunrise	CHF 701	1
	Zero 50	Sunrise	CHF 834	4
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 909	6
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1329	12
2008	Zero Plus	Sunrise	CHF 735	1
	Mobilezonenet – Freedom	Orange	CHF 909	2
	Max	Sunrise	CHF 913	3
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1329	9
2007	Relax Super	Sunrise	CHF 886.30	1
	Mobilezonenet – Freedom	Orange	CHF 937.10	2
	Tele2 Mobile Tip	Tele2	CHF 1044	3
	Optima 200 Option SMS automatique	Orange	CHF 1290.50	7
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1449.30	14

⁶⁷ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/.

⁶⁸ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/.

Tabelle 21: Vergleich Prepaid, Warenkorb hoher Nutzungsbedarf⁶⁹

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 628	1
	Yallo	Sunrise	CHF 638	2
	X-treme Prepay	Orange	CHF 865	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 884	5
2008	Salut Mobile	Sunrise	CHF 628	1
	Yallo	Sunrise	CHF 632	2
	Lycamobile	Orange	CHF 718	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 824	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 924	7
2007	Yallo	Sunrise	CHF 655.10	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 1031.70	2
	Coop Mobile	Orange	CHF 1096.40	4

159. Im Bereich der Abonnemente war im Jahr 2007 der preisliche Unterschied zwischen den Angeboten von Sunrise und dem des Weiterverkäufers von Orange (Mobilezone) gering. Im mittleren Nutzungssegment war der Weiterverkäufer von Orange (Mobilezone) günstiger als Sunrise. In den Jahren 2008 und 2009 sind die Tarife von Sunrise allerdings deutlich günstiger als diejenigen von Orange bzw. deren Weiterverkäufer. Bei den Marktanteilen im Bereich terminierter Minuten kann gleichzeitig festgestellt werden, dass Sunrise seit dem zweiten Quartal 2008 stetig Marktanteile hinzugewinnt, während Orange und Swisscom leicht Marktanteile einbüßen.

160. Aus Tabelle 15 wird ersichtlich, dass – trotz diverser im Endkundenmarkt erhältlicher Marken – die Zusammenschlussparteien gemeinsam mit Swisscom die mit Abstand grössten Marktanteile besitzen. Gemessen an den Marktanteilen (sowohl auf Netzwerk- wie auch auf Markenbasis) betrifft der Zusammenschluss im Endkundenmarkt die Nummer zwei und die Nummer drei. Orange und Sunrise (inkl. Tele2) hielten im Endkundenmarkt im Jahr 2008 einen Marktanteil auf Markenbasis von ca. [30-40] %. Ihr grösster Wettbewerber ist Swisscom mit [50-60] % Marktanteil. Auf Netzwerkbasis betragen die Marktanteile ca. 40 % für die fusionierte Unternehmung und ca. 60 % für Swisscom. Die Differenz zwischen dem gemeinsamen Marktanteil Orange und Sunrise (inkl. Tele2) einerseits und dem von Swisscom andererseits betrug im Jahr 2008 ungefähr [20-30] %.

161. Des Weiteren ist aus Tabelle 14 und Tabelle 15 ersichtlich, dass die Verschiebungen der Marktanteile in den letzten drei Jahren sehr gering waren. Die Marktanteile von Swisscom waren in den letzten drei Jahren eher stabil. Während Orange in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat, konnte Sunrise leicht zulegen. Durch die Akquisition von Tele2 Ende 2008 konnte Sunrise ihren Marktanteil auf [20-30] % (auf Netzwerkbasis) erhöhen.

162. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Endkundenmarkt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI (Δ HHI). Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher im Markt tätigen Unternehmen. Tabelle 22 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteile von 2008 auf Netzwerkbasis wieder.

163. Gemäss Praxis der EU-Kommission ergeben sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1000 liegt. Derartige Märkte bedürfen in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Dasselbe gilt in der Regel für Zusammenschlussvorhaben, bei denen der HHI zwischen 1000 und 2000 und der Δ HHI unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2000 und der Δ HHI unter 150 liegt.⁷⁰

⁶⁹ Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/.

⁷⁰ Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 169, Rz. 319 f.

Tabelle 22: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	4438
HHI nach dem Zusammenschluss	5216
Δ HHI	778

164. Allerdings bleiben die übrigen Mobilfunkdienstleistungsanbieter (Weiterverkäufer und MVNO) bei dieser Art der Berechnung unberücksichtigt.⁷¹ Dennoch zeigt der HHI deutlich den hohen Konzentrationsgrad im vorliegenden Markt.

165. Insbesondere die starke Stellung von Swisscom wird voraussichtlich verhindern, dass sich die fusionierte Unternehmung im Markt alleine unabhängig von anderen Wettbewerbern verhalten können wird. Trotz hoher Marktanteile ist durch die Präsenz von Swisscom eine einzelmarktbeherrschende Stellung der fusionierten Unternehmung unwahrscheinlich.

B.4.3.1.2. Potenzieller Wettbewerb

166. Obwohl die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung aufgrund der aktuellen Konkurrenz unwahrscheinlich ist, wird der Vollständigkeit halber an dieser Stelle noch kurz auf die Frage des potenziellen Wettbewerbs eingegangen.

167. Potenzielle Konkurrenten können in Form zweier verschiedener Arten von Mobilfunkdienstleistungsanbietern in den Endkundenmarkt eintreten: Entweder als Mobilfunkanbieter oder als Weiterverkäufer / MVNO.

168. Es ist nicht ganz auszuschliessen, dass in den nächsten Jahren neue Mobilfunkanbieter in den schweizerischen Markt eintreten werden, wobei ein Markteintritt jedoch schwierig sein dürfte. [...] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch Orange ausführte, dass sie nicht erwarte, dass ein dritter Wettbewerber in den Mobilfunkmarkt einsteige.⁷²

169. Die Markteintrittsbarrieren für Anbieter, die ein Mobilfunknetz von Grund auf neu aufbauen müssen, sind sehr hoch. Die diesbezüglichen Kosten liegen gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien bei rund CHF [1-2] Mia. Zudem ist die Akzeptanz von Mobilfunkantennen bei der Schweizer Bevölkerung sehr tief, so dass es sehr schwierig ist, neue Antennenstandorte zu finden. In Bezug auf den Aufbau eines Mobilfunknetzes sieht beispielsweise auch die befragte Deutsche Telekom bei einem Markteintritt in die Schweiz grosse Schwierigkeiten. So geht sie davon aus, dass der Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes für einen Markteintritt zurzeit wenig geeignet scheint, da ein weiteres flächendeckendes Mobilfunknetz aus heutiger Sicht kaum wirtschaftlich zu betreiben wäre. [...].

170. Die Zusammenschlussparteien machen in ihrer Stellungnahme geltend, dass der Zusammenschluss auf die bestehenden Eintrittsbarrieren keinen Einfluss haben wird. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als dass die rechtlichen, technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für den Aufbau eines Mobilfunknetzes durch den Zusammenschluss nicht berührt werden. Es

ist somit nicht davon auszugehen, dass ein allfälliger Markteintritt in Bezug auf den Netzausbau infolge des Zusammenschlusses erschwert wird.

171. Auch wenn dies die Zusammenschlussparteien als spekulativ erachten, ist allerdings nicht auszuschliessen, dass sich durch den Zusammenschluss die Markteintrittsbarrieren im Allgemeinen noch erhöhen. Durch den Zusammenschluss würde ein zweites starkes Unternehmen entstehen, welches ein grosses Interesse hätte, dass kein zusätzlicher Konkurrent als Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintritt. Zudem müsste sich eine neu eintretende Mobilfunkanbieterin neu gegen zwei grosse Anbieter durchsetzen.

172. Demgegenüber wäre es durchaus möglich, dass ein Teil der Infrastruktur von einem bestehenden Mobilfunkanbieter übernommen werden könnte. Dies würde einen Markteintritt erleichtern. Ein Markteintritt würde auch durch eine Übernahme eines bestehenden Kundenstammes erleichtert. Eine diesbezügliche Nachfrage und der Wunsch eines Eintrittes in den schweizerischen Mobilfunkmarkt auf diesem Weg wäre vorhanden. So hat beispielsweise [...] Orange und Sunrise die Übernahme einer Anzahl Kunden von Orange / Sunrise angeboten, um diesen Endkunden dann als MVNO über das Mobilfunknetz von Orange und Sunrise Mobilfunkdienstleistungen anzubieten. [...].

173. Ergänzend ist festzuhalten, dass sich in den letzten Jahren keine neuen Mobilfunkanbieter im schweizerischen Markt etablieren konnten. So mussten sich beispielsweise zwei namhafte ausländische Mobilfunkanbieter wieder aus dem schweizerischen Mobilfunkmarkt zurückziehen. Telefonica hat im Jahre 2000 eine UMTS-Konzession erworben, die notwendigen Investitionen jedoch nie getätigt. Schliesslich musste Telefonica ihre Konzession zurückgeben. Auch Tele2, die damalige Nummer zwei der alternativen Festnetz- und Breitbandanbieter und Nummer vier im Mobilfunkmarkt, gab Ende 2008 ihre Tätigkeit in der Schweiz auf und wurde von Sunrise übernommen.

174. Anfang Dezember 2009 konnte der Presse entnommen werden, dass In&Phone die ehemaligen Antennenstandorte von Tele2 von Sunrise übernommen hat. Gemäss eigenen Angaben verfolge In&Phone das

⁷¹ Zur Stellung der Weiterverkäufer und MVNO vgl. Rz. 243 ff.

⁷² „Mit Swisscom auf Augenhöhe kämpfen“, Interview mit Thomas Sieber, CEO von Orange, in: Finanz und Wirtschaft vom 9. Januar 2010, S. 23.

Ziel, eine wichtige Rolle im schweizerischen Mobilfunkmarkt zu spielen.⁷³ An dieser Stelle sei erwähnt, dass In&Phone eine technologieneutrale Konzession besitzt. Es ist ihr folglich zurzeit möglich, neben den traditionellen Mobilfunkdienstleistungen wie Telefonie, SMS und MMS Datendienste mit höheren Bandbreiten wie beispielsweise mobiles Internet anzubieten. Bis heute ist allerdings nicht bekannt, ob und in wieweit In&Phone in weitere Technologien investiert hat oder in Zukunft investieren wird. Allerdings plant In&Phone gemäss ihren Ausführungen den Aufbau einer LTE-basierten Infrastruktur und zieht, falls nötig, zwischenzeitlich eine UMTS-Lösung in Betracht. In welchem Zeitraum diese Pläne umgesetzt und Datendienste mit höheren Bandbreiten tatsächlich angeboten werden können, ist unklar.

175. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass In&Phone als potenzielle Konkurrenz zu betrachten ist, jedoch vorläufig nur im Bereich GSM tätig sein wird. Unabhängig davon sind die Markteintrittsbarrieren für Mobilfunkanbieter als hoch zu bezeichnen und es ist daher unwahrscheinlich, wenn auch nicht ganz auszuschliessen, dass in den nächsten drei Jahren ein neuer Markteintritt erfolgt oder In&Phone zu einem effektiven Wettbewerber wird (vgl. hierzu auch Rz. 259).

176. In Bezug auf Weiterverkäufer und MVNO ist damit zu rechnen, dass in nächster Zeit weitere Anbieter in den Schweizer Markt eintreten werden. Die Kosten für einen solchen Markteintritt bewegen sich gemäss den Aussagen der Zusammenschlussparteien zwischen CHF [...] und CHF [...]. Die grössten Kosten entstünden dabei in der Regel für Marketingaufwendungen. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass MVNO nur in den Markt eintreten können, wenn ihnen von den Mobilfunkanbietern das Netz zur Verfügung gestellt wird. Darüber hinaus müssen ihnen Zugangskonditionen gewährt werden, die es ihnen erlauben auf dem Endkundenmarkt wirtschaftlich tätig zu werden und Gewinne zu erwirtschaften. Diesbezüglich existiert für die Mobilfunkanbieter keine Verpflichtung ihr Netz zur Mitbenutzung zur Verfügung zu stellen. Die Zusammenschlussparteien führen in ihrer Stellungnahme aus, dass ein MVNO, der Anlagen im Sinne des FMG betreibt, transparenten, nicht diskriminierenden und kostenorientierten Zugang

zum Mobilfunknetz einer marktbeherrschenden Anbieterin via Interkonnektion verlangen könne. An dieser Stelle ist anzumerken, dass es zumindest fraglich ist, ob der Begriff der Interkonnektion im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG auch die Originierung und den Zugang auf Mobilfunknetze auf Wholesale-Ebene umfasst. Über diese Frage hatten die ComCom und deren Rechtsmittelinstanzen bis anhin noch nicht zu entscheiden. Zudem ist anzumerken, dass selbst wenn die Originierung und der Zugang auf ein Mobilfunknetz mittels Interkonnektion erzwungen werden könnte, langwierige Interkonnektionsverfahren für MVNO in der Regel ein zu hohes Prozessrisiko im Hinblick auf die Dauer und die zu erwartenden Kosten bergen dürften.

177. Gesetzt den Fall, dass die Mobilfunkanbieter ihr Netz neuen MVNO ohne Weiteres zur Verfügung stellen, sind die Markteintrittsschranken als tief zu qualifizieren.

B.4.3.1.3. Zwischenergebnis Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen

178. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Endkundenmarkt zu einer Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung führte (Art. 10 Abs. 2 KG). Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

179. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4 jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

B.4.3.2 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

B.4.3.2.1. Aktueller Wettbewerb

180. Zum heutigen Zeitpunkt bieten nur Orange, Sunrise und Swisscom diese Dienstleistung Weiterverkäufern und MVNO an. Die nachfolgende Tabelle enthält die Marktanteile dieser drei Mobilfunkanbieter im Netzzugangsmarkt.

Tabelle 23: Marktanteile im Netzzugangsmarkt (Schätzungen Orange)

Unternehmen	2006	2007	2008
Orange	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Swisscom	[60-70]%	[60-70]%	[50-60]%

⁷³ Vgl. Pressemitteilung In&Phone vom 2. Dezember 2009 (abrufbar unter: www.inphone.ch/downloads/2009_12_02_PR_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone_%20Fv.1.pdf; zuletzt besucht am 14. Dezember 2009) sowie "Naissance du numéro 3 de la téléphonie mobile" in: L'AGEFI vom 3. Dezember 2009, S. 6.

Tabelle 24: Marktanteile im Netzzugangsmarkt (Schätzungen Sunrise)

Unternehmen	2006	2007	2008
Orange	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Swisscom	[50-60]%	[40-50]%	[50-60]%

181. Aus Tabelle 23 wird ersichtlich, dass Orange und Sunrise im Jahr 2008 gemeinsam einen Marktanteil von [40-50] % hatten, während der Marktanteil von Swisscom bei [50-60] % lag. Allerdings ist aus den ersten Schätzungen für das Jahr 2009 ersichtlich, dass die Marktanteile von Swisscom gegenüber denjenigen von Orange und Sunrise [...] sind.

182. Möglicherweise könnte die fusionierte Unternehmung Swisscom als Nummer eins in diesem Markt verdrängen. Trotzdem wird Swisscom weiterhin eine starke Stellung einnehmen, die es der fusionierten Unternehmung kaum erlauben wird, sich unabhängig zu verhalten. Eine marktbeherrschende Stellung kann somit verneint werden, da Swisscom jederzeit entscheiden kann,

weitere Verträge mit Weiterverkäufern bzw. MVNO abzuschliessen. So hat Swisscom im Laufe der Prüfung mit einem MVNO einen Vertrag abgeschlossen. Es bestanden folglich aufgrund der vorläufigen Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung.

183. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Netzzugangsmarkt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI (Δ HHI). Tabelle 25 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteilswerte auf Netzwerkbasis für das Jahr 2008 wieder.

Tabelle 25: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	[...]
HHI nach dem Zusammenschluss	[...]
Δ HHI	760

B.4.3.2.2. Potenzieller Wettbewerb

184. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend noch auf den potenziellen Wettbewerb im Markt für den Zugang zu Mobilfunknetzen eingegangen.

185. In Bezug auf die potenzielle Konkurrenz in diesem Markt kann auf die Ausführungen zur potenziellen Konkurrenz (Mobilfunkanbieter) im Endkundenmarkt verwiesen werden (vgl. Rz. 168 ff.).

186. An dieser Stelle ist jedoch beizufügen, dass ein Anbieter in diesem Markt über genügend freie Kapazitäten verfügen muss, um diese den Weiterverkäufern und MVNO zur Verfügung stellen zu können. Zudem wird ein Weiterverkäufer oder MVNO regelmässig einen schweizweit flächendeckenden Zugang nachfragen. Es ist somit fraglich, ob ein neu eintretender Mobilfunkanbieter überhaupt die technischen Voraussetzungen erfüllt, um einem Weiterverkäufer / MVNO den Zugang zu seinem Netz gewähren zu können. Die Zusammenschlussparteien halten in diesem Zusammenhang fest, dass davon auszugehen ist, dass ein neu eintretender Mobilfunkanbieter ein nationales Roaming-Abkommen unterhalten wird, um für eigene Kunden eine lückenlose nationale Abdeckung anbieten zu können. Sollte dies zutreffen, ist davon auszugehen, dass auch ein neu eintretender Mobilfunkanbieter Weiterverkäufern und MVNO den Zugang zu seinem Netz gewähren können

wird. Dies bedingt jedoch, dass dies nicht im nationalen Roaming-Abkommen ausgeschlossen wurde, was heute allerdings bei MVNO zumindest teilweise der Fall ist.

B.4.3.2.3. Zwischenergebnis Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

187. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu einer Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung führte. Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

188. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4. jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

B.4.3.3 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

B.4.3.3.1. Vorbemerkung

189. Die Marktabgrenzung führt dazu, dass jeder Mobilfunkanbieter auf dem jeweiligen Markt für die Terminierung in sein Mobilfunknetz der einzige Anbieter ist. Eine

marktbeherrschende Stellung kann jedoch nicht allein anhand der Marktanteile beziehungsweise des Fehlens von Wettbewerbern ermittelt werden. Ein grosser Marktanteil bedeutet lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.⁷⁴ Jedoch sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen.⁷⁵

190. Um zu beurteilen, ob die fusionierte Unternehmung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, muss untersucht werden, inwiefern sie sich auf den relevanten Märkten unabhängig verhalten kann. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten von der Marktgegenseite oder von Einflüssen des nachgelagerten Marktes eingeschränkt werden.

191. Im Rahmen der Untersuchung Terminierung Mobilfunk hat die WEKO festgestellt, dass die drei Mobilfunkanbieter Orange, Sunrise und Swisscom in ihrem Markt jeweils einen Marktanteil von 100 % haben. Darüber hinaus wurde festgehalten, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 über keine marktbeherrschende Stellung verfügten. Dies wurde damit begründet, dass Orange und Sunrise (im Gegensatz zu Swisscom) ihre Terminierungsgebühren nicht unabhängig festlegen konnten. Vielmehr hätten sie ihre Preise an das von Swisscom festgelegte Preisniveau angleichen müssen. Die WEKO liess hingegen offen, ob Orange und Sunrise nach dem 1. Juni 2005 marktbeherrschend waren.⁷⁶

192. Im Gutachten vom 20. November 2006 in Sachen Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung kam die WEKO zum Schluss, dass Orange und Sunrise zum Zeitpunkt des Gutachtens ebenfalls als marktbeherrschend zu qualifizieren waren. Aufgrund des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund ihres Verhaltens nach dem 1. Juni 2005 habe festgestellt werden können, dass Orange und Sunrise ebenfalls in der Lage seien, sich auf dem Markt für die Terminierung von Anrufen von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.⁷⁷

193. Durch den Zusammenschluss sollen die Mobilfunknetze von Orange und Sunrise zu einem Netz zusammengeführt werden. Hierdurch fällt ein Terminierungsmarkt weg. Während heute Sunrise und Orange jeweils 20 % der Telefonanrufe in ihrem Netz terminieren, würde die fusionierte Unternehmung 40 % der Telefonanrufe in ihrem Netz terminieren. Aufgrund der höheren Anteile am gesamten Terminierungsvolumen in der Schweiz verstärkt sich damit die Position der fusionierten Unternehmung im Terminierungsmarkt. Durch die Marktconsolidierung würde die fusionierte Unternehmung in ihrem neu entstandenen Terminierungsmarkt als Anbieterin wiederum marktbeherrschend und befände sich gemessen am Marktanteil als Nachfragerin im Terminierungsmarkt der Swisscom in einer verstärkten Marktposition. Daher ist nun zu prüfen, ob die marktbeherrschende

Stellung durch den Zusammenschluss insgesamt noch verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.4.3.3.2. Aktueller Wettbewerb

194. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.⁷⁸

195. Die vorliegende Marktconstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass in jedem der vier abgegrenzten relevanten Terminierungsmärkte nur ein Anbieter vorhanden ist und damit jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100 % verfügt. Orange, Sunrise, Swisscom und In&Phone besitzen also ein Monopol am eigenen Netz. Die Terminierung von Anrufen findet immer im eigenen Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters statt. Andere Anbieter können nicht auf dem Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist.⁷⁹ Dennoch kann hieraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die einzelnen Netzbetreiber über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, die es ihnen erlaube, sich unabhängig zu verhalten (vgl. Rz. 201 ff.).

196. Darüber hinaus sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen. Dabei kann unter anderem die Finanzkraft von Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Preis, Werbung und Kapazität bieten.⁸⁰ Im Gutachten in Sachen Interkonkurrenz kam die WEKO zum Schluss, dass auch aufgrund dieser Umstände kein Wettbewerb besteht, der eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieter ausüben könnte. Das BAKOM geht aufgrund der Interdependenzen zwischen den einzelnen Terminierungsmärkten davon aus, dass derzeit die Verhandlungsmacht wohl symmetrisch zwischen den drei grossen Anbietern verteilt ist. Zur selben Schlussfolgerung kommen die beiden von den Zusammenschlussparteien in Auftrag gegebenen Gutachten, da sie argumentieren, dass eine Verbesserung der Verhandlungsposition des fusionierten Unternehmens im einen Terminierungsmarkt automatisch zu einer reziproken Verschlechterung der Verhandlungsposition im anderen Terminierungsmarkt führt.

⁷⁴ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50; vgl. auch Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

⁷⁵ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50.

⁷⁶ Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 271, Rz. 194 f.

⁷⁷ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 752, Rz. 112.

⁷⁸ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 48.

⁷⁹ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 49.

⁸⁰ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50 f.

197. Obwohl jeder Netzbetreiber auf seinem Netz eine Monopolstellung einnimmt, muss aufgrund der Interdependenzen zwischen den einzelnen Terminierungsmärkten (jeder Netzbetreiber ist gleichzeitig Anbieter und Nachfrager von Terminierungsdienstleistungen) der jeweilige Anteil eines jeden Netzbetreibers am gesamten Terminierungsumsatz in der Schweiz berücksichtigt werden. Da Swisscom heute sowohl bei Sunrise als auch bei Orange jeweils ca. 20 % des Terminierungsumsatzes in der Schweiz nachfragt, müsste Swisscom in der Zukunft 40 % des Terminierungsumsatzes in der Schweiz bei der fusionierten Unternehmung nachfragen. Damit verstärkt sich die Marktposition der fusionierten Unternehmung gegenüber Swisscom.

198. Heute wird ein Grossteil der Sprachtelefonie im Endkundenmarkt nicht mehr über Gesprächsminuten, sondern über Pauschalen abgerechnet, welche beispielsweise sämtliche Gespräche auf dem Netz des jeweiligen Betreibers (On-Net) während eines Monats beinhalten. Mit solchen Angeboten versuchen die Netzbetreiber möglichst viele Gespräche im eigenen Netz und möglichst wenige in Drittnetze zu terminieren. Mit zunehmender Grösse eines Mobilfunkanbieters steigt die Zahl der im eigenen Netz terminierten Minuten. Während heute sowohl Sunrise bei Orange als auch Orange bei Sunrise Terminierungsdienstleistungen nachfragen müssen, könnte die fusionierte Unternehmung diese Anrufe als On-Net-Anrufe durchführen. Hierdurch würde sich die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Netzbetreiber auflösen und beide Mobilfunkanbieter müssten weniger Terminierungsleistungen nachfragen. Daher kann dem Argument der Zusammenschlussparteien, dass die Wettbewerbskommission zu Unrecht von einem Wegfall von Abhängigkeiten spreche nicht gefolgt werden. Dies führt zu einer Verstärkung der Marktposition der fusionierten Unternehmung in zweierlei Hinsicht. Erstens verdoppelt sich der Anteil der von Swisscom angebotenen und nachgefragten Terminierungsminuten gegenüber der heutigen Situation. Hierdurch wird die Marktposition der fusionierten Unternehmung gegenüber Swisscom verstärkt. Zweitens fallen die gegenseitigen Abhängigkeiten auf dem Terminierungsmarkt zwischen Sunrise und Orange weg. Vor diesem Hintergrund wird die fusionierte Unternehmung von Terminierungsdienstleistungen insgesamt weniger abhängig sein, als die beiden Netzbetreiber Sunrise und Orange heute. Dies bestätigen auch die im Parteigutachten präsentierten Zahlen. Während gemäss den aufgeführten Beispielen Sunrise insgesamt [...] Mio. Minuten und Orange insgesamt [...] Mio. Minuten an Terminierungsdienstleistungen nachfragt (also insgesamt [...] Mio. Minuten), müsste das fusionierte Unternehmen nur noch [...] Mio. Terminierungsminuten nachfragen.

B.4.3.3.3. Potenzieller Wettbewerb

199. Betreffend potenzieller Konkurrenz ist festzuhalten, dass ein allfälliger Markteintritt eines weiteren Mobilfunkanbieters, zur Entstehung eines weiteren Terminierungsmarktes mit einem Marktanteil des neuen Wettbewerbers von 100 % führen würde. Die anderen vorhandenen Fernmeldedienstleister müssten dann auch beim neuen Mobilfunkanbieter die Terminierung in dessen Netz einkaufen. Eine disziplinierende Wirkung auf die Wholesale-Märkte der anderen Anbieter wäre jedoch

nicht zu erwarten.⁸¹ Insofern ändert sich in diesem Zusammenhang durch den Zusammenschluss nichts an der aktuellen Situation.

200. Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht vernachlässigt werden, dass der Zusammenschluss im Terminierungsbereich zumindest für neu eintretende Mobilfunkanbieter Konsequenzen haben wird.

B.4.3.3.4. Einfluss der Marktgegenseite

201. Vorliegend ist auch die Stellung der Marktgegenseite, nämlich die der Fernmeldedienstleister, welche Sprachtelefoniedienstleistungen an Endkunden anbieten, zu berücksichtigen.⁸² Diese müssen, um entsprechende Dienstleistungen anbieten zu können, untereinander Verträge betreffend die Terminierung in die jeweiligen Netzwerke abschliessen. Hingegen kann die Terminierung ihrem Gegenstand entsprechend nicht von Endkunden nachgefragt werden.⁸³

202. Die Marktgegenseite ist eventuell in der Lage ein Gegengewicht zu einer möglichen Marktmacht eines Mobilfunkanbieters zu erzeugen, wenn sie sich durch eine besondere Professionalität und Sachkunde auszeichnet.⁸⁴ Im Bereich Terminierung ist dies zumindest für die Mobilfunknetzbetreiber der Fall. Zurzeit handelt es sich nur um drei grosse Unternehmen mit einer professionellen Organisation, die ausserdem über gewisse Einblicke in die Geschäftstätigkeit ihrer Konkurrenten verfügen oder zumindest von der eigenen Geschäftstätigkeit auf diejenige der anderen Wettbewerber schliessen können. Durch den Zusammenschluss käme es zu einer Konzentration der Nachfrager und somit der Marktgegenseite in Bezug auf die Mobilfunkanbieter.

203. Aufgrund der Verpflichtung zur Interoperabilität (Art. 11 Abs. 1 FMG) können Fernmeldedienstleister zwar nicht mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen, sie haben jedoch die Möglichkeit, eine Preisdifferenzierung vorzunehmen, welche sich gegen gewisse Mobilfunkanbieter mit hohen Terminierungsgebühren richtet.⁸⁵

204. Die Möglichkeit der Marktgegenseite, Preisdifferenzierung vorzunehmen, besteht darin, dass Anrufe, welche auf das Mobilfunknetz eines solchen Mobilfunkanbieters eingehen, wesentlich teurer angeboten werden, als Anrufe in alle anderen Mobilfunknetze. Zusätzlich wird der Endkunde durch einen Warnton auf die höheren Preise aufmerksam gemacht. Dadurch wird der Endkunde, sobald er eine Nummer des entsprechenden Mobilfunkanbieters anrufen will, tendenziell weniger oft oder weniger lange telefonieren als bei Anrufen in andere Mobilfunknetze. Durch diese Massnahmen kann das Mobilfunknetz eines kleinen Mobilfunkanbieters mit einer hohen Terminierungsgebühr von der Marktgegenseite

⁸¹ Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 71.

⁸² Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 73; für eine eingehendere Analyse zur nachfrageseitigen Gegenmacht vgl. auch www.rtr.at/en/tk/BescheidM1_08/M_1_08_mobilkom.pdf (zuletzt besucht am 29. Januar 2010)

⁸³ Gutachten, RPW 2006/4, S. 741, Rz. 25.

⁸⁴ Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 73 (mit weiteren Hinweisen).

⁸⁵ Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 74.

unattraktiv gemacht werden. Ein kleiner Mobilfunkanbieter mit einer hohen Terminierungsgebühr würde so einen empfindlichen Rückgang der Anzahl Anrufe und Minuten und damit des Umsatzes erleiden, was zusätzlich in preislicher Hinsicht zu einem Imageproblem führen könnte.⁸⁶

205. Bei der Marktgegenseite von Orange und Sunrise im Mobilfunkbereich handelt es sich in erster Linie um Swisscom. Durch die Verringerung der Abhängigkeit von Terminierungsdienstleistungen (mehr On-Net-Minuten) wird die fusionierte Unternehmung ihre Marktstellung daher insgesamt verstärken. Die Zusammenschlussparteien merken in diesem Zusammenhang an, dass sie sich auf dem Terminierungsmarkt nicht unabhängig verhalten können, da sie in jedem Fall mit einer Reaktion seitens Swisscom rechnen müssten.

B.4.3.3.5. Einfluss der nachgelagerten Märkte

206. Bei der Analyse sind auch die nachgelagerten Märkte mit einzubeziehen.⁸⁷ Wenn ein Mobilfunkanbieter im Endkundenmarkt schwach ist, so kann er sich im Terminierungsmarkt, in welchem er als Anbieter von Terminierungsdienstleistungen auftritt unter Umständen nicht unabhängig verhalten. Durch den Zusammenschluss wird sich die Marktstellung der fusionierten Unternehmung im Endkundenmarkt und im Netzzugangsmarkt verstärken. Die Zusammenschlussparteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass Weiterverkäufer und MVNO mit einem Interkonnectionsgesuch angemessene Preise erzwingen können, was sehr wohl eine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber habe. Ausserdem hätte bei der grossen Anzahl an Klageberechtigter der Wegfall eines einzigen Klageberechtigten keinen negativen Einfluss.

207. Wie später noch ausführlich dargelegt, sind die Weiterverkäufer und MVNO von den Netzbetreibern abhängig. Zudem ist der Anreiz für Weiterverkäufer und MVNO, eine Interkonnectionsklage anzustreben relativ gering. Würden ein Weiterverkäufer oder MVNO mit einer solchen Klage obsiegen, könnten alle anderen Weiterverkäufer und MVNO hiervon Kapital schlagen und ihrerseits ebenfalls niedrigere Terminierungsgebühren verlangen. Daher könnte der klagende Weiterverkäufer oder MVNO durch die Klage keinen Wettbewerbsvorteil für sich erlangen. Dem Prozessrisiko und den damit verbundenen Kosten steht also ein marginaler Nutzen gegenüber. Dies könnte auch eine Erklärung dafür sein, warum bis heute keine Interkonnectionsklage im Mobilfunkbereich zu Ende geführt wurde.

B.4.3.3.6. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den Terminierungsmärkten

208. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die Wettbewerbskommission, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. 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. Im Bereich Terminierung sind daher sowohl die Verhältnisse auf den einzelnen Terminierungsmärkten als auch die

Interdependenzen zwischen den Terminierungsmärkten zu betrachten.

209. Die festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

210. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass ein Marktanteil von 100 % nicht erhöht werden kann und folglich auf den jeweiligen Märkten bereits heute kein Wettbewerb herrsche. Dabei verkennen die Parteien, dass das Vorliegen von Wettbewerb nicht alleine gestützt auf die Marktanteile erfolgen kann. So sind, wie bereits bei der Prüfung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung, weitere Aspekte zu berücksichtigen (vgl. Rz. 189 ff.). Ein Marktanteil von 100 % schliesst das Vorhandensein von Wettbewerb a priori nicht aus.

211. Durch den Zusammenschluss soll ein neuer, grösserer Wettbewerber in diesem Bereich entstehen. Der Zusammenschluss würde im Terminierungsmarkt der fusionierten Unternehmung dazu führen, dass ihr On-Net-Verkehr ca. 40 % betragen würde (statt wie bis anhin bei Orange und Sunrise je ca. 20 %). Durch die Verdoppelung der Marktanteile im Endkundenmarkt und der Anrufe ins gleiche Netz, wäre sie einerseits in der Lage in diesem Bereich Kosten zu sparen und andererseits verstärkt von den sogenannten Club-Effekten⁸⁸ zu profitieren. Hierdurch wird insbesondere die Abhängigkeit von anderen Mobilfunkanbietern reduziert.

212. In der Vergangenheit ging die WEKO davon aus, dass sich Orange, Sunrise und Swisscom im Bereich der Terminierung gegenseitig kaum disziplinierten.⁸⁹ Diese Situation hat sich bis heute nicht grundlegend verändert. So vermögen Orange, Sunrise und Swisscom zurzeit kaum disziplinierend aufeinander einzuwirken.

Demgegenüber bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass die Verpflichtung zur Interoperabilität eine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber habe. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings verkennen die Zusammenschlussparteien dabei, dass es sich um eine gesetzliche Verpflichtung handelt, die nur dann Anwendung findet, wenn zwischen den Fernmeldediensteanbietern keine vertragliche Vereinbarung getroffen werden kann. Zudem wird durch den Zusammenschluss der Kreis der potenziellen Kläger verringert, sodass auch die allfällig disziplinierende Wirkung einer drohenden Klage auf Interkonnection verringert wird.

213. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass durch den Zusammenschluss nicht plötzlich von

⁸⁶ Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 74 f.

⁸⁷ Gutachten, RPW 2006/4, S. 748, Rz. 86.

⁸⁸ Als Club-Effekte werden positive Externalitäten bezeichnet, die im Rahmen einer abgeschlossenen Einheit entstehen können.

⁸⁹ Gutachten, RPW 2006/4, S. 747 f., Rz. 73 ff.

einer relativen Verstärkung der Marktposition gegenüber der Swisscom gesprochen werden könne. Die WEKO ist in diesem Zusammenhang der Meinung, dass durch den Zusammenschluss kaum mit einer grundlegenden Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen sein wird und geht daher davon aus, dass aufgrund der Reziprozität nach dem Zusammenschluss auf den einzelnen Terminierungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung in einem Masse verstärkt wird, welches die Wettbewerbsverhältnisse in den Terminierungsmärkten nicht grundlegend verändert. .

B.4.3.3.7. Zwischenergebnis

214. Gestützt auf die oben gemachten Ausführungen kann daher festgehalten werden, dass der Zusammen-

schluss im Bereich Terminierung zu einer Verstärkung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung führen wird, welche die derzeit im Bereich Terminierung herrschenden Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich zu ändern vermag.

B.4.3.4 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

B.4.3.4.1. Aktueller Wettbewerb

215. Wholesale-Angebote im Bereich internationales Roaming können nur von Inhabern von Mobilfunknetzen erbracht werden. Die nachfolgende Tabelle enthält die Marktanteile der drei Wettbewerber in diesem Markt.

Tabelle 26: Marktanteile Roaming-Markt (basierend auf der Menge der eingehenden Anrufterminierung)

Unternehmen	2006	2007	2008
Orange	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Swisscom	[60-70]%	[50-60]%	[50-60]%

216. Aus Tabelle 26 wird ersichtlich, dass im Jahre 2008 einerseits Orange und Sunrise gemeinsam sowie andererseits Swisscom Marktanteile von je rund 50 % hatten. Auch in diesem Markt wird es nach dem Zusammenschluss nur noch zwei Wettbewerber geben.

217. Durch den Zusammenschluss würde die fusionierte Unternehmung im Bereich internationales Roaming unter Umständen attraktiver werden, um Vorzugskonditionen mit ausländischen Mobilfunkanbietern zu vereinbaren. Dennoch kann dies nicht zu einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung

führen, da die starke Stellung von Swisscom und der Marktgegenseite (ausländische Mobilfunkanbieter) im Roaming-Markt ein unabhängiges Verhalten verhindert.

218. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Roaming-Markt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI (Δ HHI). Tabelle 27 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteilswerten auf Netzwerkbasis vom Jahr 2008 wieder.

Tabelle 27: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	3982
HHI nach dem Zusammenschluss	5002
Δ HHI	1020

B.4.3.4.2. Potenzieller Wettbewerb

219. Auch in Bezug auf die potenzielle Konkurrenz im Roaming-Markt kann auf die Ausführungen in Rz. 168 ff. verwiesen werden.

B.4.3.4.3. Zwischenergebnis Wholesale-Markt für internationales Roaming

220. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Roaming-Markt zu einer Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung führte.

Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

221. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4. jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

B.4.3.5 Zwischenergebnis Einzelmarktbeherrschung

222. Aus den obgenannten Gründen wurde anlässlich der vorläufigen Prüfung ersichtlich, dass im Endkundenmarkt, im Netzzugangsmarkt und im Roaming-Markt keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Einzel-

marktbeherrschung des fusionierten Unternehmens bestehen. Folglich wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

223. Für den Terminierungsmarkt kann zusammenfassend festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss der beiden vormals eigenständigen Mobilfunkanbieter Orange und Sunrise von einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung auszugehen ist (siehe Rz. 189 ff.). Obwohl jeder Marktteilnehmer in seinem Terminierungsmarkt marktbeherrschend ist, könnte eine gegenseitige Disziplinierung über die Märkte hinweg erfolgen, da der jeweils andere die Terminierungsdienstleistung nachfragt. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass eine solche Disziplinierung schwach ist.⁹⁰ Aufgrund der reziproken Abhängigkeit der Mobilfunknetzbetreiber ist allerdings davon auszugehen, dass sich trotz einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung die Wettbewerbsverhältnisse nur geringfügig ändern werden.

B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung

224. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in ihren Entscheidungen zu den Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner und Heineken/Eichhof behandelt.⁹¹

225. Ausgehend von den Ausführungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz wird eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der fusionierten Unternehmung und Swisscom untersucht. Vorliegend wird zusätzlich auf die Ausführungen zu einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung auf die entsprechenden Argumente der Zusammenschlussparteien in ihrer Meldung und ihren Stellungnahmen eingegangen.

226. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass für die Beurteilung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung eine dynamische Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse erfolgen müsse und zwar sowohl auf der Zeitachse als auch in Bezug auf das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren untereinander. Zudem sei es erforderlich, dass die Wettbewerbsbehörde eindeutige Beweise liefern könne, dass die fusionierte Unternehmung andere Unternehmen als Wettbewerber beseitigen könne. "Entscheidend für eine Intervention wäre somit, dass die Analyse des Zusammenschlussvorhabens ergäbe, dass dieses nicht auf die Förderung der Effizienz, sondern auf die Erzielung von Monopolrenten und damit auf Ausbeutung gerichtet ist, und dass diese Ausbeutungsabsicht rechtsgenügend nachgewiesen ist". Von Amtes wegen sei eine Gesamtmarkt Betrachtung anzustellen und eventuelle negative Auswirkungen auf einem Markt positiven Auswirkungen auf einem anderen Markt gegenüberzustellen und diese Auswirkungen gegeneinander abzuwägen, sollte das

Zusammenschlussvorhaben tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne. Ausserdem seien einige Faktoren ambivalent, weil sie nicht nur die Möglichkeit von kollusivem Verhalten, sondern genauso Wettbewerb nachweisen könnten. Zudem seien die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten zu erwartenden positiven Auswirkungen im Antrag weitgehend unberücksichtigt geblieben. Insbesondere sei bedeutsam, dass zwei wesentlich schwächere Unternehmen als die Swisscom fusionieren würden, mit dem erklärten Ziel, ihre Effizienz erheblich zu verbessern und die Argumentation der WEKO, wonach das Kartellgesetz es nicht zulasse, Effizienzgewinne im Rahmen der Fusionskontrolle zu berücksichtigen, nicht stichhaltig sei. Der Nachweis kollusiven Verhaltens bedürfe, dass einzelne Kriterien nicht nur isoliert voneinander betrachtet werden. Vielmehr seien sie in einen geeigneten Gesamtzusammenhang zu setzen, der eine einwandfreie Rechtsanwendung zulasse. Eine simple ökonomische Analyse einzelner Faktoren lasse regelmässig keine Schlüsse darüber zu, was der gesamte Nettoeffekt dieser Faktoren in einem konkreten Fall in Bezug auf die Möglichkeit des Entstehens von kollusivem Verhalten in der Zukunft sein würde. So bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass das Abarbeiten einzelner Faktoren im Sinne einer Checkliste zu keinem direkten Beweis darüber führe, ob die vorstehend genannten zentralen Voraussetzungen erfüllt sein würden. Deshalb sei für die Frage, ob kollektive Marktbeherrschung entstehen kann, gerade der Zusammenhang zwischen den einzelnen Faktoren und somit eine Gesamtschau bedeutend. Das Abarbeiten einzelner Faktoren führe im Ergebnis dazu, dass immer dann, wenn bestimmte Marktfaktoren gegeben seien, angenommen würde, ein Zusammenschluss führe zu kollusivem Verhalten.

227. Im Rahmen der von den Zusammenschlussparteien geforderten dynamischen Gesamtbetrachtung verweisen sie auf die Praxis der EU-Kommission bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit koordinierten Verhaltens. Hierbei seien insbesondere auch die Besonderheiten und Strukturmerkmale der betroffenen Märkte und das Verhalten der beteiligten Unternehmen in der Vergangenheit zu berücksichtigen. Für den Nachweis von kollektiver Marktbeherrschung wäre demzufolge nachzuweisen, dass kollusives Verhalten bereits vor dem Zusammenschluss existiere. Da dies nach Ausführungen der Zusammenschlussparteien nicht der Fall gewesen sei, wäre auch zukünftig kein kollusives Verhalten zu erwarten. Eine solche Schlussfolgerung kann aber alleine schon aus dem Grund nicht gezogen werden, da ein Unternehmenszusammenschluss erst Rahmenbedingungen schaffen kann, welche zukünftiges kollusives Verhalten ermöglichen. Vor diesem Hintergrund kann

⁹⁰ Gutachten, RPW 2006/4, S. 739 ff.

⁹¹ Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184 ff.; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 422 ff.

aus der Tatsache, dass in der Vergangenheit kein kollusives Verhalten nachgewiesen wurde, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass auch in der Zukunft kein kollusives Verhalten stattfinden wird. Zudem ist dies für die Beurteilung des Zusammenschlusses unerheblich, da in diesem Rahmen nur geprüft werden muss, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Demnach müssen die beteiligten Unternehmen nur in eine Lage kommen, die es ihnen ermöglicht, eine (implizite oder explizite) Koordinierung zu etablieren und aufrecht zu erhalten. Hierbei ist es für die Fusionskontrolle unerheblich, ob und auf welche Weise die beteiligten Unternehmen den wirksamen Wettbewerb in der Zukunft tatsächlich beseitigen werden oder nicht.

228. Im Rahmen der vertieften Prüfung wurde neben der Betrachtung der einzelnen Faktoren, welche eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begünstigen können, auch eine dynamische Gesamtbetrachtung durchgeführt (vgl. Rz. 376 ff.). Zwar werden die einzelnen Faktoren und die sich daraus ergebenden Effekte einzeln beschrieben, allerdings erfolgt deren Würdigung stets im Gesamtzusammenhang, was letztendlich Schlussfolgerungen über ein mögliches zu erwartendes kollusives Verhalten zulässt. Ebenfalls wird am Ende der Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung auf die von den Zusammenschlussparteien mehrfach vorgebrachten zu erwartenden positiven Auswirkungen eingegangen (vgl. Rz. 403 ff.). Im Hinblick auf die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Effizienzreden sei insbesondere auf Rz. 408 ff. verwiesen.

229. Laut den Ausführungen der Zusammenschlussparteien müsse gemäss Motta der Nachweis erbracht werden, dass die betroffenen Unternehmen miteinander kommunizieren, um das kollusive Verhalten abzustimmen. Dies sei allerdings aufgrund des gespannten Verhältnisses zwischen Swisscom, Orange und Sunrise nicht zu erwarten. Diese Feststellung ist allerdings unvollständig und aus dem Zusammenhang gerissen. Zwei Sätze später hält Motta fest, dass sich Unternehmen auch ohne den Austausch von Informationen über Preis und Menge kollusiv verhalten können. Sie können sich auch dadurch koordinieren, dass sie Rahmenbedingungen schaffen und aufrecht erhalten, welche Kollusion vereinfachen.⁹²

230. In der ökonomischen Literatur werden koordinierte Effekte, welche bei einer kollektiven Marktbeherrschung möglich sind, immer dann angenommen, wenn der zu erwartende Gewinn durch koordiniertes Verhalten grösser ist als die zu erwartenden Gewinne, gesetzt den Fall, dass der bzw. die Konkurrenten vom koordinierten Verhalten (Kollusion) abweichen.⁹³

231. Als stillschweigend kollusives Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordinierung und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken.⁹⁴ Insbesondere wenn Unternehmen in einer Folge von Perioden im Markt aktiv sind, erhält die Konkurrenzsituation eine zeitliche Dimension, die eine dynamische Betrachtung des Wettbewerbs erfordert. Durch die zeitliche Dimension und die damit verbundenen Reaktions-

möglichkeiten des jeweiligen Konkurrenten ergeben sich Anreize, welche stillschweigend kollusive Verhaltensweisen stabilisieren können. Dies lässt sich an einem Duopol bei Preiswettbewerb (sogenanntes Bertrand-Preis-Duopol) wie folgt veranschaulichen.⁹⁵ Nimmt man an, dass beide Konkurrenten homogene Güter (z.B. SMS, Sprachtelefonie oder mobiles Internet) und damit substituierbare Produkte zu den gleichen Kosten beschaffen und vertreiben, so entspricht der resultierende Marktpreis bei vollständiger Konkurrenz den Grenzkosten. Weil die Gesamtmarge in diesem Fall gleich Null ist, erzielen die beiden Firmen einen Gesamtgewinn von Null.⁹⁶ Das Konkurrenzgleichgewicht resultiert im Bertrand-Preis-Duopol aus der Tatsache, dass jeder der beiden Konkurrenten durch eine Preissenkung versucht, seinen Marktanteil zu erhöhen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Gewinn durch den höheren Marktanteil die Mindereinnahmen aufgrund des niedrigeren Verkaufspreises übersteigt. Nur unter diesen Voraussetzungen hat jeder Konkurrent den kurzfristigen Anreiz den Preis zu senken, um damit die Nachfrage an sich zu ziehen und so seinen Gewinn zu maximieren, solange der Preis über dem Konkurrenzpreis (Preis = Grenzkosten) liegt. Der jeweils andere Anbieter hat allerdings den genau gleichen Anreiz seinen Preis geringfügig zu senken, so dass im Bertrand-Preis-Duopol letztendlich der Konkurrenzpreis resultiert.⁹⁷

232. Mit einer solchen Marktsituation konfrontiert, ist es für die beiden Konkurrenten im Duopol allerdings ökonomisch rational vom Konkurrenzgleichgewicht in ein Kollusionsgleichgewicht überzugehen und damit einen Marktpreis zu vereinbaren, der den gemeinsamen Gewinn maximiert, um diesen dann untereinander aufzuteilen.⁹⁸ Solche Vereinbarungen können expliziter oder impliziter Natur sein. So könnte beispielsweise einer der beiden im Duopolmarkt agierenden Akteure (A) seinen Preis geringfügig erhöhen. Der jeweils Andere (B) hätte dann die Möglichkeit, seinen Preis beizubehalten oder ebenfalls zu erhöhen. Würde B seinen Preis beibehalten, könnte er so lange mit einem höheren Umsatz rechnen, als A seinen Verkaufspreis nicht anpasst. Würde B hingegen seinen Preis ebenfalls erhöhen, würde er mit der gleichen Verkaufsmenge einen höheren Gewinn als bis anhin erzielen können und zwar so lange, wie A den Verkaufspreis nicht wieder senkt. Da beide Akteure allerdings längerfristig von einer Preiserhöhung profitieren würden, scheint kollusives Verhalten (ob implizit oder explizit) das wahrscheinlichste Resultat, wenn die Rahmenbedingungen im Markt dies zulassen.

⁹² "But firms might also sustain collusion without openly discussing prices or quantities, but coordinating so as to establish the environment that facilitates collusion": Motta Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2004, S. 189.

⁹³ KÜHN Kai-Uwe, *The Coordinated Effect of Mergers*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008, S. 107 f.; Motta Massimo, a.a.O., S. 142.

⁹⁴ Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184, Rz. 457.

⁹⁵ Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184 f., Rz. 458 ff.

⁹⁶ Dies bedeutet nicht unbedingt, dass das Unternehmen keinen Gewinn mehr erwirtschaftet. Allerdings kann die Unternehmung dann keine überdurchschnittlichen Renditen mehr erwirtschaften.

⁹⁷ VARIAN Hal R., *Intermediate Microeconomics – a modern approach*, W. W. Norton & Company, New York 1996, S. 472 f.

⁹⁸ VARIAN Hal R., a.a.O., S. 473.

233. Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf den relevanten Märkten. In diesem Zusammenhang sind die kollusionshemmenden oder fördernden Marktcharakteristika jeweils auf vier Ebenen zu untersuchen.⁹⁹ Neben den Anreizen zur Etablierung und Aufrechterhaltung von implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten müssen auch die Möglichkeiten untersucht werden, das Abweichen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und erfolgreich zu bestrafen. Im Parteigutachten von swiss economics und in der Stellungnahme vom 11. März 2010 werden für eine Kollusion folgende Voraussetzungen angeführt: 1. Übereinstimmung im Ziel und im Gegenstand der Kollusion, 2. Kein Anreiz, vom kollusiven Arrangement abzuweichen: Der Nutzen einer Abweichung muss kleiner sein als die erwartete künftige Nutzeneinbusse aufgrund einer Retorsion durch hintergangene Kollusionspartner, 3. Glaubwürdige Bestrafungsandrohung bei Abweichung, 4. Keine Möglichkeit Dritter, die Kollusion zu unterwandern. Hierbei muss allerdings beachtet werden, dass die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Voraussetzungen 2. und 3. voneinander abhängig sind. Ist der Nutzen, vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen bereits ohne drohende Sanktionen des hintergangenen Kollusionspartners geringer als der Nutzen, das Kollusionsgleichgewicht aufrecht zu erhalten, kann ein stabiles Kollusionsgleichgewicht auch ohne das Bestehen von Sanktionsmechanismen stabil sein. Zudem ist kollusives Verhalten nur möglich, wenn die Rahmenbedingungen dies zulassen, wie dies die Zusammenschlussparteien sinngemäss vorbringen. In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung folgende Kriterien herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.¹⁰⁰

234. Die Zusammenschlussparteien führen zudem aus, dass eine kollektive Marktbeherrschung nicht möglich sei, da sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung nämlich in Bezug auf eine mindestens 13 Punkte umfassende Liste von Aspekten einigen müssten, um ein gleichförmiges Verhalten effektiv erreichen zu können. Die von den Zusammenschlussparteien aufgeführte Liste könnte unter Umständen dazu verwendet werden eine explizite vertragliche Vereinbarung auszuarbeiten, um zu kolludieren. Für die Entstehung und Aufrechterhaltung von implizit kollusivem Verhalten genügt es hingegen, wenn die Kollusionspartner ein gemeinsames Verständnis von dem gemeinsam zu erreichenden Kollusionsziel haben, um sich entsprechend koordinieren zu können.

235. Als betroffene Märkte, welche im vorliegend zu beurteilenden Fall für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in Frage kommen, wurden der Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt), der Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) und der Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) identifiziert. Um die Wahrscheinlichkeit von koordinier-

tem Verhalten auf einzelnen Märkten abschätzen zu können, muss – aufgrund der Interdependenzen – neben der Analyse einzelner Effekte auf den betroffenen Märkten auch eine Gesamtbeurteilung über die Märkte hinweg vorgenommen werden.¹⁰¹ Wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen, bedarf es „einer dynamischen Gesamtbetrachtung, und zwar sowohl auf der Zeitachse – indem die vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Wettbewerbsverhältnisse zu prüfen sind – als auch in Bezug auf das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren untereinander, indem hier eine Gesamtschau gefordert ist“.

236. In den Parteigutachten bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass im Rahmen der Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses zwei mögliche Fehler vermieden werden sollten: 1. Verbot eines Zusammenschlusses, obwohl dieser keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Fehler 1. Grades) und 2. Zulassung eines Zusammenschlusses, obwohl es aufgrund eines Marktversagens gerechtfertigt wäre, diesen zu untersagen oder nur mit Auflagen oder Bedingungen zuzulassen (Fehler 2. Grades). Im Unterschied zur Einzelmarktbeherrschung müssen die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen ein stabiles Kollusionsgleichgewicht etablieren, was im Gutachten als die Bildung einer koordinierten Einheit beschrieben wird. Da dies gemäss dem Parteigutachten schwierig zu antizipieren sei, bestünde gegenüber der Beurteilung einer allfälligen Einzelmarktbeherrschung ein erhöhtes Risiko eines Fehlers 1. Grades.

237. Zur Etablierung einer kollektiven Marktbeherrschung bedarf es dem Zusammenwirken von den im Markt agierenden Akteuren, welche gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können. Eine solche Koordination fällt bei einer Einzelmarktbeherrschung naturgemäss weg, da nur ein einzelner Akteur im Markt tätig ist. Gerade aus diesem Grund werden an die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung erhöhte Anforderungen gestellt, um einen – von den Zusammenschlussparteien beschriebenen – Fehler 1. Grades zu vermeiden.

238. Nachfolgend werden die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehenden Kriterien (vgl. Rz. 233) erörtert und es wird, wo nötig, einzeln auf die betroffenen Märkte eingegangen.

⁹⁹ GANZ ELIANE E., Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, Zürich 2004, S. 165 f.

¹⁰⁰ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 541 ff.; Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 186 ff. sowie KÜHN KAI-UWE, a.a.O., S. 105 – 144 oder MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 142 ff., wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung hindeuten können, diskutiert werden.

¹⁰¹ In Anlehnung an MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 148 f.

B.4.4.1 Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

239. In der Meldung wird dargelegt, dass nach der Fusion Swisscom und die fusionierte Unternehmung gemeinsam einen Marktanteil von fast 100 % (auf Netzbasis) und von 84 % (auf Markenbasis) hielten, wobei der relevante Marktanteil von Swisscom (>60 %) bedeutend grösser sei als derjenige des kombinierten Unternehmens (<40 %). Des Weiteren wird angeführt, dass die Weiterverkäufer und MVNO mit einem kombinierten markenbasierten Marktanteil von [10-20] % mit den drei Hauptwettbewerbern (Swisscom, Orange und Sunrise) konkurrierten. Aufgrund der Differenz von mehr als 20 % zwischen den Marktanteilen von Swisscom und der fusionierten Unternehmung sei das Risiko von kollusivem Verhalten signifikant reduziert und aufgrund des von den Weiterverkäufern und MVNO ausgehenden Wettbewerbsdrucks erscheine jegliche Koordination unwahrscheinlich. Des Weiteren führen die Parteien in ihrer Stellungnahme aus, dass die Marktanteile auch nach dem Zusammenschluss stark asymmetrisch seien. Es sei zudem anerkannt, dass in einem asymmetrischen Duopol, in welchem es einen klaren Marktführer gebe, kaum zu kollusivem Verhalten kommen könne.

240. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass die Marktführerschaft von Swisscom auf gesetzgeberische Wertungen und Entscheidungen zurückzuführen sei und nicht darauf, dass bei den neuen Marktteilnehmern der Wille zu effektiver Konkurrenzierung gefehlt hätte. Im Gegenteil hätten die anderen Wettbewerber mit verschiedenen dynamischen Mitteln versucht, die Marktstellung von Swisscom anzugreifen und zu destabilisieren. Es ist darauf hinzuweisen, dass es für die Beurteilung der Marktverhältnisse im Rahmen der Fusionskontrolle unerheblich ist, wie diese zustande gekommen sind. Im Hinblick auf das Vorbringen, den Zusammenschlussparteien hätte es in der Vergangenheit nicht am Willen zur effektiven Konkurrenzierung gefehlt, wird auf die Ausführungen in Rz. 284 verwiesen.

241. Im Rahmen der Analyse der Marktdynamik (vgl. Rz. 157) konnte festgestellt werden, dass im untersuchten Zeitraum von 2007 bis 2009 Sunrise die aktivste Kraft im Markt war und insbesondere auf Orange einen gewissen Wettbewerbsdruck ausgeübt hat. So hat Sunrise gegenüber Orange geringfügig aber stetig an Marktanteilen gewonnen und Orange schliesslich überholt (vgl. Abbildung 1: Entwicklung der Marktanteile). Die Preisanalyse legt daher den Schluss nahe, dass Sunrise die Rolle eines "Maverick" im Markt gespielt hat. Dies bestätigt auch der Artikel in der Online-Ausgabe der NZZ, wonach Sunrise im dritten Quartal 2009 Umsatz und Gewinn aufgrund der im Jahr 2008 induzierten deutlichen Preissenkung steigern konnte.¹⁰² Auch France Télécom bestätigt, dass Sunrise und Orange in starker Konkurrenz zueinander stehen, wenn gesagt wird, dass es für die Schweiz besser sei, zwei Akteure zu haben, die viel investieren, als die momentane Situation, in der es einen dominanten Anbieter gibt und zwei mit einem kleineren Marktanteil, die sich zudem noch bekämpfen.¹⁰³

242. Zur Analyse der Anzahl beteiligter Unternehmen, der Marktanteile und der Marktkonzentration im Hinblick auf ein mögliches kollusives Verhalten von Swisscom

und der fusionierten Unternehmung werden die Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt, dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt einzeln untersucht.

B.4.4.1.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

243. Im Endkundenmarkt kann zwischen Anbietern ohne eigenes Netz (Weiterverkäufer / MVNO) und Netzbetreibern unterschieden werden. In der Meldung wird bezugnehmend auf die Entscheidung der EU-Kommission im Fall T-Mobile/Orange Netherlands¹⁰⁴ vorgebracht, dass die Weiterverkäufer und MVNO einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die Netzbetreiber ausübten. Damit Weiterverkäufer und MVNO überhaupt einen Wettbewerbsdruck ausüben können, müssen diese in der Preisfestsetzung vom Netzbetreiber unabhängig agieren und mit diesem in Konkurrenz treten können. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn Weiterverkäufer und MVNO einen regulierten Zugang zum Mobilfunknetz erhalten.

244. Die Zusammenschlussparteien führen an, dass der Markterfolg der Weiterverkäufer und MVNO zeige, dass sie sehr wohl in der Lage seien, den Retail-Markt aufzufrischen. Sie könnten den Netzbetreibern nicht nur in Bezug auf Preise, sondern auch in Bezug auf andere Wettbewerbsparameter die Stirn bieten. So habe eine Studie des Vergleichsdienstes Comparis gezeigt, dass in einem beispielhaften Testszenario Aldi Suisse am besten abschneide, gefolgt von Tele2, Migros, Orange, Coopmobile und Cablecom Mobile. Dies sehen die Zusammenschlussparteien als Nachweis für das Bestehen wirksamen Wettbewerbs unter sämtlichen Mobilfunkdiensteanbietern. In der Anhörung vom 8. März 2010 führt der Swisscom CEO zudem aus, dass von Weiterverkäufern dahingehend ein Druck auf die Netzbetreiber ausgehe, als z.B. Migros günstiger sein wolle als Aldi oder Coop, sie diesen Druck dann an Swisscom weitergeben würden. Zudem würden grosse Weiterverkäufer versuchen die Mobilfunkanbieter gegeneinander auszuspielen. Damit üben die Reseller allerdings nur einen geringfügigen Druck auf die Netzbetreiber aus, da sie nur relativ zu den jeweils anderen günstigen Anbietern konkurrieren. [...].

245. Die meisten befragten Mobilfunkdienstleistungsanbieter führten allerdings aus, dass sie lediglich ihr Label

¹⁰² Vgl. "Sunrise hat offenbar den Turnaround geschafft" Interview mit dem Chef von France Télécom, in: NZZ Online vom 6. November 2009, abrufbar unter: www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/sunrise_auch_im_dritten_quartal_profitabel_gewachsen_1.3979235.html (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

¹⁰³ Vgl. "Mobil-Tarife sinken jährlich um 6 Prozent" in: NZZ am Sonntag vom 7. Februar 2010, abrufbar unter: www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobil-tarife_sinken_jaehrlich_6_prozent_1.4846946.html (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

¹⁰⁴ Vgl. T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748. In diesem Zusammenschlussvorhabens resultiert auf dem niederländischen Markt eine Situation, in welcher nach dem Zusammenschluss noch drei Netzbetreiber mit Marktanteilen von 48.5 %, 22.3 % und 25.5 % übrig geblieben sind (Rz. 31). Zudem ist die damals im niederländischen Markt herrschende Marktdynamik nicht mit der in der Schweiz vergleichbar (Rz. 44).

bzw. ihre Marke für einen mit dem jeweiligen Netzbetreiber vereinbarten Tarif zur Verfügung stellen und unter diesen Bedingungen die Mobilfunkdienstleistung des jeweiligen Netzbetreibers verkaufen (reine Weiterverkäufer). Für den Verkauf erhielten sie dann eine Provision, welche sich am Verkaufsumsatz orientiert.

246. Um die tatsächliche Konkurrenzsituation auf dem Endkundenmarkt abschätzen zu können ist es daher unumgänglich, die einzelnen Mobilfunkdienstleistungsanbieter ohne eigenes Netz zu qualifizieren. Hierzu wurden aufgrund der von den Mobilfunkdienstleistungsanbietern mit den Netzbetreibern geschlossenen Verträge zur Netzmitbenutzung zwei Kategorien (Weiterverkäufer und eigenständige Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen) gebildet. Zudem muss zwischen dem Wettbewerbsdruck, den ein Weiterverkäufer bzw. ein MVNO auf dem Endkundenmarkt und auf dem Netzzugangsmarkt ausübt unterschieden werden. Während tiefe Endkundenpreise dem Weiterverkäufer bzw. MVNO höhere Verkaufszahlen ermöglicht, wirken sich gute Konditionen auf dem Netzzugangsmarkt in der Erzielung besserer Margen aus. Das Erzielen guter Margen durch einen Weiterverkäufer bzw. MVNO sagt aber noch nichts über sein Preissetzungsverhalten im Endkundenmarkt aus.

247. Als Weiterverkäufer wurden für das vorliegende Verfahren Mobilfunkanbieter definiert, die den von ihnen angebotenen Mobilfunktarif nur in Absprache mit ihrem Netzbetreiber festsetzen können und kein Kostenrisiko beim Angebot der Mobilfunkdienstleistung tragen. Sie bieten in eigenem oder fremdem Namen dem Endkunden Mobilfunkangebote an, welche sie vorher mit dem Netzbetreiber vereinbart haben. Für den Verkauf von SIM-Karten und Gesprächsminuten erhalten sie eine entsprechende Provision. Weiterverkäufer können aus diesem Grund nicht mit ihrem Netzbetreiber in Konkurrenz treten. Vielmehr ist das Angebot eines Weiterverkäufers dem Netzbetreiber zuzurechnen, da er damit

lediglich einen weiteren Vertriebskanal für den Verkauf seiner Mobilfunkdienstleistungen nutzt.

248. Damit ein Weiterverkäufer mit einem Netzbetreiber einen Vertrag schliesst, müssen aus ökonomischer Sicht zwei Bedingungen erfüllt sein. Auf der einen Seite muss der Weiterverkäufer auf dem Endkundenmarkt einen Preis anbieten können, mit welchem er eine gewisse Menge absetzen kann. Auf der anderen Seite nutzt der Weiterverkäufer sein Image und seine Marke aus, um gegenüber dem Netzbetreiber eine möglichst hohe Marge (z.B. in Form einer Provision) zu erzielen. Dies bedeutet allerdings nur, dass der Weiterverkäufer nur mit den Mobilfunkanbietern in seinem Preissegment in Konkurrenz tritt. Das Preisniveau innerhalb dieses Preissegments wird ihm vom Netzbetreiber vorgegeben, da in der Regel der Netzbetreiber die Endkundenpreise eines Weiterverkäufers entweder direkt festlegt oder indirekt über die Einkaufspreise determiniert. Vor einem solchen Hintergrund konkurriert der Weiterverkäufer zwar mit den anderen Anbietern in seinem Preissegment, ohne allerdings einen nennenswerten Einfluss auf das Preisniveau insgesamt zu haben. Vor diesem Hintergrund kann der Netzbetreiber – wie dies im Parteigutachten von RBB Economics dargelegt wird – neue Kundengruppen in anderen Preissegmenten erschliessen, ohne dabei das eigene Angebot zu kannibalisieren. Da eine solche Strategie der Markterschliessung dem Netzbetreiber zuzurechnen ist, müssen auch die hierbei ausgehandelten Endkundenpreise dem Netzbetreiber zugerechnet werden.

249. Aufgrund der Auswertung der zwischen den drei grossen in der Schweiz tätigen Netzbetreibern Orange, Sunrise und Swisscom und ihren Weiterverkäufern bzw. MVNO abgeschlossenen Verträge, konnten insgesamt 17 Weiterverkäufer auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt identifiziert werden. Diese werden in der nachfolgenden Tabelle zusammen mit einer kurzen Beschreibung des Vertrages aufgeführt.

Tabelle 28: Vertragsbedingungen der Weiterverkäufer

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Aldi Suisse AG (Sunrise)	[...]

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Red Bull Media House GmbH (Sunrise)	[...]
[...]	[...]
Coop (Orange)	[...]
Mobilezone AG ¹⁰⁵ (Orange)	[...]
API Telekom (Schweiz) AG (Orange)	[...]
COLT Telecom AG (Orange)	[...]
VTX Services SA, etc. (Orange)	[...]
e-fon AG (Orange)	[...]
Zirkumflex AG (Orange)	[...]

¹⁰⁵ Mobilezone hat den Verkauf von Mobilfunkdienstleistungen per 1. Dezember 2009 eingestellt.

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Reinvest select AG (Orange)	[...]
Abalon Telecom IT AG (Orange)	[...]
F.I.Z. GmbH (Orange)	[...]
Netstream AG (Orange)	[...]
Telebroke AG (Orange)	[...]
Telecom Liechten- stein AG (Orange)	[...]
Migros- Genossenschafts- Bund (Swisscom)	[...]

250. Wie in Tabelle 28 aufgezeigt, kann keiner der Weiterverkäufer eigenständige Mobilfunktarife anbieten. Die auf dem Endkundenmarkt angebotenen Tarife werden entweder in Absprache mit dem jeweiligen Netzbetreiber festgelegt oder die Weiterverkäufer können lediglich bestehende Mobilfunktarife des Netzbetreibers weiterverkaufen. Eine Ausnahme stellt hierbei Migros dar, die den Verkaufspreis der wiederaufladbaren Guthaben grundsätzlich selbst ausgestalten kann. Der Ausgestaltungsspielraum ist allerdings recht beschränkt, da eine Preisgestaltung nur im Rahmen der auf den Umsatz der verkauften Guthaben erzielten Provisionen möglich ist. Vor diesem Hintergrund scheiden alle 17 Weiterverkäufer als Konkurrenten zu den Mobilfunknetzbetreibern aus. Dies bestätigen die Zusammenschlussparteien auch implizit, wenn sie vorbringen, dass eine Multi-brandstrategie eine wichtige Strategie zur Gewinnung von Marktanteilen darstelle, da auf diese Weise neue Kundensegmente angesprochen werden können, die mit der eigenen Marke nicht oder weniger gut erreicht werden können. Auch in der Anhörung vom 8. März macht der CEO von Sunrise auf die fortlaufende Atomisierung (der Märkte) aufmerksam, welche zu einer stärkeren Marktsegmentierung zwingt. Weiterverkäufer seien für die Netzbetreiber wichtige Handelspartner, was den

Wettbewerbsdruck erhöhe. Zudem seien starke Marken für die fusionierte Unternehmung wichtig, um Wechsel der eigenen Kundschaft zu Swisscom zu vermeiden. Damit bestätigen die Zusammenschlussparteien selbst, dass Weiterverkäufer vorwiegend ein Instrument der Preisdifferenzierung sind und eben gerade nicht als effektive und eigenständige Konkurrenten gegenüber den Netzbetreibern im Endkundenmarkt auftreten. Auch die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass die Weiterverkäufer ihre Endkundenpreise nicht eigenständig festlegen können (was aber gerade die zwingende Voraussetzung dafür wäre, um mit den Netzbetreibern in Konkurrenz treten zu können), indem sie ausführen, dass Weiterverkäufer in der Regel nicht bereit sind, den Netzbetreibern die Festsetzung der Endkundenpreise uneingeschränkt zu überlassen. Diese Ausführungen können nur bedeuten, dass die Netzbetreiber die Preise der Weiterverkäufer weitgehend vorgeben und den Weiterverkäufern nur ein äusserst eingeschränkter Handlungsspielraum zukommt. Anders wäre die Sachlage, wenn die Netzbetreiber MVNO und Weiterverkäufern den Zugang zu ihrem Mobilfunknetz zu kostenorientierten Preisen gewähren würden. Dann könnten diese mit den Netzbetreibern tatsächlich in effektive Konkurrenz treten (vgl. hierzu auch Ausführungen in Rz. 420).

251. Die Zusammenschlussparteien bringen in ihrer Eingabe vom 22. Januar 2010 vor, dass im Vorfeld zum Einstieg eines Weiterverkäufers oder MVNO kommerzielle Verhandlungen stattfinden, in welchen der Weiterverkäufer / MVNO Einfluss darauf nehmen könne, wie das spätere Pricing für seine Produkte aussehen wird. Weil sämtliche Netzbetreiber an Verträgen mit Unternehmen interessiert seien, die starke Marken und eine ausgebaute Vertriebsstruktur besitzen, sei die Verhandlungsmacht der Weiterverkäufer / MVNO in der Regel daher äusserst stark.

252. Im Rahmen dieser Verhandlungen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Netzbetreiber den Weiterverkäufern keine Vertragsbedingungen und Mobilfunktarife anbieten, welche die eigenen Angebote kannibalisieren würden. Die starke Marktposition der Weiterverkäu-

fer zeigt sich, wenn überhaupt, nur in der Höhe der Provisionen, welche diese für die Nutzung ihrer Marke durch den Netzbetreiber erzielen. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die Weiterverkäufer im Hinblick auf die Endkumentarife einen disziplinierenden Einfluss auf die Netzbetreiber ausüben können. So gab im Übrigen auch Mobilezone an, dass der Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Preisgestaltung eher gering war. Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen der Zusammenschlussparteien falsch, das Sekretariat würde die stetig zunehmende Bedeutung der MVNO und Weiterverkäufer massiv unterschätzen.

253. In Tabelle 29 werden MVNO aufgeführt und eine Kurzbeschreibung des Vertrages mit dem jeweiligen Mobilfunkanbieter abgegeben.

Tabelle 29: Vertragsbedingungen eigenständiger Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen

MVNO / Netzbetreiber	Beschreibung
BeeOne Communications SA (Swisscom)	[...]
Lebara GmbH (Sunrise)	[...]
Barablu Mobile AG (Sunrise)	[...]
The Phone House SA (Sunrise)	[...]
Sympac B.V. (Sunrise)	[...]

MVNO / Netzbetreiber	Beschreibung
Cablecom (Sunrise)	[...]
[...]	[...]
Lycamobile Limited (Orange)	[...]

254. In der Schweiz existieren derzeit sieben Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen, welche selber ein Angebot auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt anbieten können. [...] Bisher konnten die im schweizerischen Markt tätigen MVNO allerdings keine signifikanten Marktanteile erreichen. Gemäss den in Tabelle 15 aufgeführten Marktanteilen belaufen sich diese im Jahr 2008 auf weniger als [0-10] %. Für das Jahr 2009 schätzen die Zusammenschlussparteien den Marktanteil für MVNO auf rund [0-10] %. Damit spielen MVNO im schweizerischen Mobilfunkmarkt heute nach wie vor eine untergeordnete Rolle.

255. [...] Dieses Beispiel zeigt eindrücklich, dass MVNO – entgegen den Vorbringungen der Zusammenschlussparteien – mit den Netzbetreibern nicht in Konkurrenz treten können.

256. Ausgehend von der Befragung der Marktteilnehmer und der Analyse der zwischen den Weiterverkäufern / MVNO und Netzbetreibern geschlossenen Verträge muss aufgrund deren Ausgestaltung, der fehlenden Regulierung sowie aufgrund der vergleichsweise geringen Gewinnmargen, welche die Weiterverkäufer / MVNO im schweizerischen Markt erzielen, auf ein starkes Abhängigkeitsverhältnis geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund müssen sämtliche im Markt angebotenen Tarife der Weiterverkäufer den jeweiligen drei Mobilfunknetzbetreibern zugeordnet werden. Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass die MVNO auf dem Endkundenmarkt nicht mit den Mobilfunknetzbetreibern in Konkurrenz treten. Ausserdem üben sie letztendlich mit weniger als [0-10] % Marktanteil im Jahr 2008 sowie von den Zusammenschlussparteien geschätzten [0-10] % Marktanteil in 2009 keinen merklichen Einfluss aus und haben daher keine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber. Vor diesem Hintergrund sind im schweizerischen Mobilfunkmarkt – unabhängig vom Vorbringen der Zusammenschlussparteien – zurzeit effektiv lediglich drei schweizweit eigenständig agierende Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen, namentlich Orange, Sunrise und Swisscom, tätig.

257. Durch den Zusammenschluss würde die Anzahl der im Endkundenmarkt effektiv konkurrierenden Akteure von drei auf zwei reduziert. Hierdurch würde die Koordination der Preise im Endkundenmarkt zwischen den

beiden verbleibenden Marktteilnehmern bedeutend vereinfacht. Gleichzeitig sinkt – alleine schon aufgrund der geringeren Anzahl der am möglichen kollusiven Verhalten beteiligten Akteure – die Unsicherheit, dass ein kollusives Gleichgewicht nicht beibehalten werden könnte.

258. Daher wird aufgrund der sich verstärkenden Marktkonzentration und der Reduktion der Marktteilnehmer von drei auf zwei der Anreiz und die Möglichkeiten zur Etablierung und Aufrechterhaltung von (implizitem oder explizitem) kollusivem Verhalten deutlich erhöht.

259. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass neue Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintreten. Wie dies die Zusammenschlussparteien festhalten, will In&Phone gemäss Pressemitteilung eine wichtige Rolle spielen. Hierzu sind allerdings erhebliche finanzielle Investitionen notwendig, welche das BAKOM auf ca. CHF 1.2 Mrd. veranschlagt. Demgegenüber schätzen die Zusammenschlussparteien diese Kosten auf [1-2] Mrd. Es erscheint äusserst unwahrscheinlich, dass In&Phone diese Investitionen zu tragen vermag. [...].

260. Weiterhin bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass seit dem Einstieg von Weiterverkäufern und MVNO die Preise im schweizerischen Endkundenmarkt massiv gefallen seien. Diese allgemeinen Preissenkungen sind allerdings eher auf das Senken der Terminierungsgebühren seitens Swisscom vom 1. Juni 2005 zurückzuführen als auf den Einstieg von Weiterverkäufern und MVNO in den schweizerischen Markt. Alleine aufgrund möglicher Preissenkungen auf eine verstärkte Konkurrenz seitens der Weiterverkäufer und MVNO zu schliessen wäre im vorliegenden Fall vorschnell und aus den oben genannten Gründen auch nicht möglich.

261. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass Weltunternehmen wie beispielsweise Apple mit ihren neu entwickelten Mobilfunkgeräten Druck auf die Netzbetreiber auszuüben vermögen und Mobilfunkanbieter zu reinen Verbindungsdienstleistern degradiert werden sollen. Zwar wird das mobile Internet in der Gesellschaft voraussichtlich einen immer höheren Stellenwert einnehmen. Dennoch ist nicht zu erwarten, dass das mobile Internet und die damit verbundenen Möglichkeiten die VoIP-Technologie zu nutzen in den nächsten zwei bis drei Jahren das mobile Telefonieren ersetzen

werden. Dennoch gehen die Zusammenschlussparteien in ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung davon aus, dass VoIP zumindest Druck auf die Mobilfunkanbieter ausüben werden. Ausserdem sind die Netzbetreiber auch heute schon im Bereich des mobilen Internets grösstenteils nur Zugangsprovider, woran auch die Einführung von neu entwickelten Mobilfunkgeräten nichts ändert. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, warum es den Zusammenschlussparteien nur aufgrund des Zusammenschlusses und der damit einhergehenden neu gewonnenen Grösse und erweiterten Produktpalette möglich sei, für Inhalte- und Anwendungsanbieter ein ernstzunehmenderer Partner zu werden, als dies bereits heute der Fall ist.

B.4.4.1.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

262. Auf dem Netzzugangsmarkt können lediglich Marktteilnehmer als Anbieter agieren, welche über ein eigenes Mobilfunknetz verfügen. Der bisherige Marktführer Swisscom würde zusammen mit der fusionierten Unternehmung einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % halten. Während heute Swisscom lediglich einem Weiterverkäufer und einem MVNO den Netzzugang gewährt, würde die fusionierte Unternehmung den restlichen im Markt tätigen Mobilfunkanbietern ohne eigenes Mobilfunknetz voraussichtlich Zugang gewähren. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass es sich bei den Nachfragern grösstenteils um Weiterverkäufer handelt, welche ohnehin den Mobilfunknetzbetreibern zuzurechnen sind (vgl. hierzu Rz. 246 ff.).

263. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass die Mobilfunkanbieter über genügend freie Kapazitäten auf dem Netzzugangsmarkt verfügen werden. Da Weiterverkäufer und MVNO im Kampf um zusätzliche Marktanteile eine zentrale Rolle spielten, würden Mobilfunkanbieter alles daran setzen, die erforderlichen Kapazitäten anbieten zu können und, falls nötig, aufzubauen. Demzufolge sei die Behauptung, der Netzzugangsmarkt spiele eine untergeordnete Rolle, falsch. Wie nachfolgend aufgezeigt, darf auch der Netzzugangsmarkt nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss in einem – wie von den Zusammenschlussparteien gefordert – dynamischen Gesamtzusammenhang beleuchtet werden.

264. Im Netzzugangsmarkt konkurrieren die Netzbetreiber um Weiterverkäufer und MVNO, indem sie diesen unterschiedliche Bedingungen für den Netzzugang anbieten. Allerdings müssen bei der Analyse des Netzzugangsmarkts zudem die Interdependenzen zwischen dem Netzzugangsmarkt und dem Endkundenmarkt berücksichtigt werden. Jeder Mobilfunkanbieter, welchem ein Netzbetreiber den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewährt, könnte unter gewissen Voraussetzungen mit den Mobilfunkdienstleistungsanbietern (inklusive den Netzbetreibern) auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz treten. Vor diesem Hintergrund haben Netzbetreiber ein grosses Interesse daran, den Nachfragern im Netzzugangsmarkt Konditionen anzubieten, welche ihre eigene Marktposition im Endkundenmarkt nicht schwächen und den MVNO keine Möglichkeit eröffnen, mit den Netzbetreibern in effektive Konkurrenz zu treten. Insbesondere

re aufgrund der Auswirkungen auf den Endkundenmarkt stellt sich bei den Netzbetreibern deshalb nicht nur die Frage nach ausreichenden Kapazitäten und nach der Netzauslastung, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Von erheblich grösserer Relevanz sind aufgrund der zu erwartenden Konkurrenz im Endkundenmarkt die Zugangsbedingungen zum Netz des jeweiligen Betreibers.

265. Von den derzeit im schweizerischen Mobilfunkmarkt tätigen MVNO haben fünf Verträge mit Sunrise und einer einen Vertrag mit Orange sowie ein MVNO einen Vertrag mit Swisscom. Durch die Fusion würde die fusionierte Unternehmung den Grossteil der auf dem Endkundenmarkt tätigen MVNO auf sich vereinen und hätte damit diesen gegenüber eine sehr starke Marktposition. Zwar würde im Netzzugangsmarkt für MVNO Swisscom als Konkurrent im Markt vertreten sein, es ist allerdings noch nicht vorherzusehen, inwiefern Swisscom weiteren, in den schweizerischen Markt eintretenden MVNO, einen Netzzugang gewähren würde, auch wenn der CEO von Swisscom sagt, dass Swisscom viel riskiere, wenn sie ihr Netz nicht öffne.

266. Durch den Zusammenschluss zwischen France Télécom und Sunrise würde die Anzahl der im Netzzugangsmarkt agierenden Anbieter von drei auf zwei sinken. Zur Reduktion von drei auf zwei im Netzzugangsmarkt tätigen Anbietern äusserte sich der Grossteil der befragten Marktteilnehmer kritisch. Zudem befürchten einige Weiterverkäufer und MVNO aufgrund einer in den Verträgen vereinbarten Exklusivitätsklausel, dass die fusionierte Unternehmung ihr Vertragsverhältnis aufkündigen oder die Vertragsbedingungen zumindest ändern wird. Demgegenüber geht nur Coop explizit davon aus, dass sich der Wettbewerb durch den Zusammenschluss tendenziell intensiviere. Swisscom war mit der Aufnahme von MVNO auf ihr eigenes Netz in der Vergangenheit recht zurückhaltend. Selbst wenn Swisscom auf dem Netzzugangsmarkt vermehrt verschiedenen MVNO den Zugang zu ihrem Netz gewähren würde, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen, würde die Koordination der Netzzugangsbedingungen durch die Fusion erheblich erleichtert, da die Anzahl der beteiligten Unternehmen von drei auf zwei sinken würde. Da zudem jeder MVNO unter gewissen Umständen mit den Netzbetreibern in Konkurrenz treten könnte, besteht ein deutlicher Anreiz zu kollusivem Verhalten zwischen den beiden dann noch im Markt verbleibenden Netzbetreibern. Vor diesem Hintergrund würde durch die Fusion auch im Netzzugangsmarkt sowohl der Anreiz als auch die Möglichkeiten zu kollusivem Verhalten deutlich gesteigert.

B.4.4.1.3. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

267. Anbieter auf dem Roaming-Markt können ebenfalls lediglich Marktteilnehmer sein, welche über ein eigenes Mobilfunknetz verfügen. In der Schweiz sind dies heute Swisscom, Sunrise und Orange mit einem gemeinsamen Marktanteil von 100 %. Nach dem Zusammenschluss reduziert sich die Anzahl der Anbieter von drei auf zwei, womit die Konzentration deutlich steigt (vgl. Tabelle 27). Dies würde dazu führen, dass ausländische Anbieter nur noch zwei mögliche Vertragspartner zur Auswahl haben, um Roaming-Verträge auszuhandeln.

268. Die meisten ausländischen Mobilfunkunternehmen schliessen mit allen drei Netzbetreibern in der Schweiz eine Roaming-Vereinbarung ab, um ihren eigenen Kunden im Ausland eine optimale Netzabdeckung zu gewährleisten. Gleichzeitig geben sie die Roaming-Gebühren an ihre Endkunden weiter. Der ausländische Endkunde wird allerdings in den wenigsten Fällen bewusst den einen oder anderen Roaming-Partner auswählen. Aus diesem Grund bieten ausländische Mobilfunkanbieter ihren Endkunden oft eine bevorzugte Auswahl von Roaming-Partnern an, indem sie bei automatischer Einwahl in ein fremdes Netz einen präferierten Roaming-Partner vorauswählen.

269. Der Zusammenschluss zwischen France Télécom und Sunrise führt auch im Roaming-Markt zu einer höheren Marktkonzentration, welche die Koordination der Roaming-Angebote für ausländische Mobilfunkkunden zwischen den beiden im Markt verbleibenden beiden Anbietern erheblich reduziert.

270. Nach Angaben des BAKOM profitiert Swisscom beim internationalen Roaming dank ihrer besseren Marktstellung in der Schweiz und der damit verbundenen Verhandlungsmacht über bedeutend tiefere Vorleistungspreise als Orange und Sunrise. Ein Zusammenschluss von Orange und Sunrise könnte nach Einschätzung des BAKOM die fusionierte Unternehmung in die Lage versetzen, neue Roaming-Verträge mit günstigeren Grosshandelsstarifen für sich auszuhandeln.

271. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 11. März 2010 bringen die Zusammenschlussparteien weiterhin vor, dass sich kollusives Verhalten auf dem Roaming-Markt nicht in der Schweiz auswirke und daher die Wettbewerbskommission nicht berechtigt sei, der fusionierten Unternehmung diesbezügliche Auflagen oder Bedingungen aufzuerlegen. Die Roaming-Tarife werden allerdings ausländischen Kunden, welche sich in der Schweiz aufhalten und in der Schweiz telefonieren verrechnet. Vor diesem Hintergrund wirkt sich der Sachverhalt in der Schweiz aus, da die Dienstleistung der Netzbetreiber in der Schweiz erbracht wird und die Kosten für den ausländischen Endkunden damit in der Schweiz verursacht werden. Es ist hierbei unerheblich, ob die Rechnungsstellung allenfalls indirekt über den ausländischen Mobilfunkanbieter im Ausland erfolgt. Damit fällt die Untersuchung einer möglichen kollektiven Marktbeherrschenden Stellung im Roaming-Markt in den Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbskommission.

B.4.4.1.4. Zwischenergebnis

272. Durch den Zusammenschluss von France Télécom und Sunrise verstärkt sich auf allen vorgängig betrachteten Märkten die Marktkonzentration. Insbesondere würden nach dem Zusammenschluss auf dem Endkundenmarkt, dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt auf der Angebotsseite effektiv jeweils nur noch zwei Akteure auftreten. Swisscom verfügt im Endkundenmarkt mit einem Marktanteil von ca. 60 % über eine vergleichsweise grössere Marktmacht als die fusionierte Unternehmung, welche einen Marktanteil von ca. 40 % auf sich vereinen würde, während die sonst im Markt tätigen MVNO mit weniger als [0-10] % Marktanteil in 2008 und geschätzten [0-10] % in 2009 im Endkundenmarkt eine untergeordnete Rolle spielen würden.

273. Entgegen den Behauptungen der Zusammenschlussparteien wurde durch die Analyse der Verträge zwischen den Mobilfunkunternehmen einerseits und den Weiterverkäufern sowie MVNO andererseits der Nachweis erbracht, dass sie im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen auf die Netzbetreiber einen vernachlässigbaren Einfluss haben und mit ihnen nicht wirksam in Konkurrenz treten können.

B.4.4.2 Symmetrien

274. In der Literatur wird Symmetrie als Faktor anerkannt, der kollusives Verhalten zwischen Marktteilnehmern begünstigt.¹⁰⁶ Je symmetrischer zwei Marktteilnehmer sind, desto weniger können sie sich über ihre Produkte und Dienstleistungen unterscheiden. Bei einer perfekten Symmetrie auf allen Ebenen ist das primär verbleibende Unterscheidungskriterium der Preis. Die einzige Möglichkeit, in einem solchen Fall eine gegenseitige Preisunterbietung zu vermeiden, besteht in der (impliziten oder expliziten) Kollusion.

275. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen,¹⁰⁷ so etwa Kosten- und Interessensymmetrie, Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Knowhow. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen ist in verschiedenen Industrien unterschiedlich.

276. In der Meldung wird vor allem auf mögliche Symmetrien bei den von den Wettbewerbern verfolgten Zielen (Interessensymmetrie), bei Produkten und Dienstleistungen (Produktsymmetrie) oder bei der Kostenstruktur (Kostensymmetrie) eingegangen. Es wird insbesondere hervorgehoben, dass sich Swisscom als ehemalige Monopolistin und unangefochtene Marktführerin im Hinblick auf ihre Interessen von der fusionierten Unternehmung unterscheiden würde. Es sei zu erwarten, dass Swisscom damit beschäftigt sein würde, ihre Marktdominanz zu erhalten, während die fusionierte Unternehmung neue Strategien zur Kundengewinnung plane. Zudem wird angefügt, dass Swisscom nur auf den schweizerischen Markt fokussiert sei, während Orange und Sunrise zu europäischen Telekommunikationsunternehmen gehören. Diese Interessensunterschiede könnten sogar zu einer Verstärkung des Wettbewerbs führen. Des Weiteren wird geltend gemacht, die Preisgestaltung sowie die Netzabdeckung von Sunrise und Orange seien trotz der relativ homogenen angebotenen Mobilfunkdienstleistungen im Vergleich zur Swisscom signifikant verschieden. Dies führe daher zu einer tiefen Produktsymmetrie. Im Hinblick auf die Kostenstrukturen und die Profitabilitätsraten von Swisscom und der fusionierten Unternehmung seien zudem grosse Unterschiede festzustellen, da Swisscom über eine bedeutend stärkere Auslastung verfüge und im Bezug auf die UMTS-Abdeckung und weitere Technologien über einen bedeutenden Vorteil verfüge. Zudem sei Swisscom finanziell viel stärker als Orange und Sunrise, so dass gerade die fusionierte Unternehmung einen höheren Anreiz hätte, den Wettbewerb aufrechtzuerhalten und die Position von Swisscom anzugreifen.

¹⁰⁶ KÜHN KAI-UWE, a.a.O., S. 117 und 128; MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147.

¹⁰⁷ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147 f.

277. Die Zusammenschlussparteien machen in ihren Stellungnahmen geltend, dass der schweizerische Mobilfunkmarkt durch erhebliche Asymmetrien zu Lasten von Orange und Sunrise gekennzeichnet sei und dass diese Asymmetrien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weiter bestehen würden. Insbesondere bilde das jahrelang geradezu feindselige Verhältnis zu Swisscom, welches sich in den vielen gegen Swisscom angestregten Verfahren zeige, alles andere als einen Nährboden für gegenwärtiges oder künftiges kollusives Verhalten. Im Parteigutachten von swiss economics wird demgegenüber geltend gemacht, dass die primäre Auswirkung der steigenden Kostensymmetrie und technologischen Symmetrie durch den Zusammenschluss eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit (Effizienzgewinn und Qualitätssteigerung) von Orange/Sunrise mit entsprechenden Chancen für die Konkurrenzsituation sei [...]. Da Sunrise im vergangenen Jahr Marktanteile hinzugewinnen konnte, ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht ersichtlich, warum Sunrise nicht auch in Zukunft im Markt bestehen können.

278. Nachfolgend werden einzelne Symmetrien detailliert untersucht und gewürdigt. Zwar wurden zwischen Swisscom und den Zusammenschlussparteien in der Vergangenheit bereits mehrere Verfahren ausgetragen. Hieraus allerdings die Schlussfolgerungen zu ziehen, die Parteien würden sich auf allen Ebenen feindselig gegenüber stehen, wodurch kollusives Verhalten verunmöglicht würde, ist nicht zulässig.

279. Nach Meinung der Zusammenschlussparteien sprächen Symmetrien höchstens dann für kollusives Verhalten, wenn die betreffenden Unternehmen in jeglicher Hinsicht symmetrisch seien, was im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschluss nicht der Fall sei.

280. Auch Symmetrien dürfen nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen in einem Gesamtzusammenhang gesehen werden (vgl. Rz. 226). So wird in der ökonomischen Literatur Symmetrie als begünstigender Faktor für Kollusion angesehen, der in einen Gesamtzusammenhang gebracht werden muss.¹⁰⁸ Daher ist es unzulässig, nur dann auf kollusives Verhalten zu schliessen, wenn die betreffenden Unternehmen in jeglicher Hinsicht symmetrisch sind.

281. In ihrer Praxis betrachtet die WEKO die Symmetrieverhältnisse für jeden relevanten Markt einzeln.¹⁰⁹ Im vorliegenden Fall können allerdings Kostensymmetrie und technologische Symmetrie gesamthaft betrachtet werden, da diese für alle betroffenen Märkte identisch sind. Bei der Betrachtung der Produktsymmetrie und der Interessensymmetrie drängt sich hingegen eine Einzelmarkt Betrachtung auf.

B.4.4.2.1. Kostensymmetrie

282. In ihrer Stellungnahme erklären die Zusammenschlussparteien, dass das erklärte Ziel des Zusammenschlusses die Effizienzsteigerung gegenüber Swisscom sei. Selbst wenn sich auf den betroffenen Märkten symmetrischere Bedingungen ergeben sollten, sei es trotzdem unwahrscheinlich, dass ein solch rein formaler Umstand die gesicherten Wohlfahrtsvorteile aus den Effizienzsteigerungen zu überwiegen vermag. Sie führen weiterhin an, dass es abwegig wäre, der fusionierten

Unternehmung eine Verbesserung ihrer Wettbewerbsposition vorzuhalten, mit dem Argument, ihre Verbesserung der Kostenstruktur sei wettbewerbsrechtlich bedenklich, weil sie zu höheren Symmetrien führe. So eine Schlussfolgerung wird vorliegend nicht derart gezogen. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass im vorliegenden Fall eine Verbesserung der Kostenstruktur zu einer Verstärkung der Kostensymmetrie führt. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, der Zusammenschluss würde während der nächsten drei Jahre immense Kosten verursachen und Zeit in Anspruch nehmen, welche Swisscom für weitere Investitionen ins Netz (z.B. LTE-Standard) nutzen könne. Daher könne von Kostensymmetrie keine Rede sein. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass auch nach der Konsolidierung die Kosten ihres Netzwerks noch [...] % des Netzwerks von Swisscom betragen werden. Zudem bewerten die Zusammenschlussparteien die Verbesserung der Kostenstruktur, welche zu einer leicht erhöhten Symmetrie führe, als nur positiv für den Wettbewerb.

283. An anderer Stelle führen die Zusammenschlussparteien aus, dass grössere Symmetrien (z.B. in Bezug auf Kosten aber auch im Bezug auf Netzqualität) auch dazu führen, dass mehr Wettbewerb entsteht, weil die fusionierte Unternehmung endlich in der Lage sein wird, auf ähnlichem Level mit Swisscom zu konkurrieren. Damit räumen die Zusammenschlussparteien ein, dass der Zusammenschluss die Kostensymmetrien zwischen Swisscom und dem fusionierten Unternehmen vergrössert. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass die Verbesserung der Kostenstruktur eines der zentralen Elemente sei, um die Wettbewerbsposition der fusionierten Unternehmung nachhaltig zu verbessern.

284. [...]. Vor diesem Hintergrund bestünde für die Netzbetreiber bereits heute die Möglichkeit, stärker mit Swisscom in Konkurrenz zu treten. Die Zusammenschlussparteien merken hierzu an, dass Lycamobile zahlreiche Aspekte der Wertschöpfungskette selber übernehmen würde und daher die Kosten von Orange tiefer seien als bei ihren eigenen Mobilfunkangeboten. [...].

285. In Bezug auf die Kosten führen die Zusammenschlussparteien an, dass der Netzwerkbereich der fusionierten Unternehmung und Swisscom auch nach dem Zusammenschluss höchst asymmetrisch bleiben würde. Auch würde der Netzzusammenschluss für die fusionierte Unternehmung während der nächsten zwei Jahre immense Kosten zur Folge haben.

286. Zum jetzigen Zeitpunkt kann Swisscom aufgrund einer bedeutend höheren Netzauslastung als Orange und Sunrise in einem grösseren Masse Skalenerträge nutzen. Im Rahmen einer Simulationsrechnung hat das BAKOM die Kosteneinsparungen im GSM-Netz durch

¹⁰⁸ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147.

¹⁰⁹ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 453, Rz. 276.

die Zusammenlegung der Netze geschätzt. In der Simulationsrechnung wurden für Swisscom mit einem Marktanteil von 60 % jährliche Gesamtkosten für den Netzbetrieb von [...] berechnet. Bei einem Marktanteil von je-

weils 20 % wurden für Sunrise jährliche Kosten von [...] und für Orange jährliche Kosten von [...] berechnet (vgl. Tabelle 30).

Tabelle 30: Kostenvergleich vor der Fusion basierend auf Simulationsrechnung BAKOM

	Swisscom (Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Sunrise (Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Orange (Primary 1800 MHz, secondary 900 MHz)
Jährliche Netzbetriebskosten	[...]	[...]	[...]
Jährlich Netzbetriebskosten pro 1 % Marktanteil	[...]	[...]	[...]
Vergleich der Kosten in Prozenten	[100-200]%	[100-200]%	[200-300]%

287. Durch einen Zusammenschluss könnte die fusionierte Unternehmung von Skalenerträgen in einem bedeutenden Umfang profitieren, wodurch sich die Kostenstrukturen von Swisscom und der fusionierten Unternehmung annähern würden, so dass aufgrund der neuen Aufteilung des gesamten Mobilfunkmarktes (ca. im Verhältnis 60 % zu 40 %, bisher 60 % zu 20 % und 20 %) die bisher vorhandenen Skaleneffekte zu Gunsten von Swisscom eine weniger bedeutende Rolle spielen

würden. Im Rahmen des Simulationsmodells hat das BAKOM zwei Modellrechnungen durchgeführt. Würde die fusionierte Unternehmung das Netz von Sunrise als Primärnetz nutzen, so würden bei einem Marktanteil von 40 % Kosten für das GSM-Netz in Höhe von jährlich [...] anfallen. Mit dem Netz von Orange als Primärnetz würden für das GSM-Netz Kosten in Höhe von jährlich [...] anfallen (vgl. Tabelle 31).

Tabelle 31: Kostenvergleich nach der Fusion basierend auf Simulationsrechnung BAKOM

	Swisscom	Fusioniertes Unternehmen (Netz Sunrise; Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Fusioniertes Unternehmen (Netz Orange; Primary 1800 MHz, secondary 900 MHz)
Jährliche Netzbetriebskosten	[...]	[...]	[...]
Jährlich Netzbetriebskosten pro 1 % Marktanteil	[...]	[...]	[...]
Vergleich der Kosten pro 1% Marktanteil in Prozenten	[100-200]%	[100-200]%	[100-200]%

288. Wie die Simulationsrechnung der Netzbetriebskosten des GSM-Netzes für das Jahr 2007 zeigt, würde eine bedeutend stärkere Kostensymmetrie zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom entstehen. Bei der Primärnutzung des 900 MHz Frequenzspektrums sind aufgrund der Simulationsrechnung annähernd symmetrische Kostenstrukturen zu erwarten. Im Hinblick auf die Entwicklung der Kostensymmetrie im UMTS-Bereich sind ähnliche Entwicklungen zu erwarten.

289. Ob die hierdurch von der fusionierten Unternehmung erzielten Kosteneinsparungen allerdings dazu genutzt würden, die Position von Swisscom anzugreifen oder ob hierdurch kollusives Verhalten wahrscheinlicher wird, hängt massgeblich von der aufgrund des möglichen Wettbewerbs zu erwartenden Verschiebung der Marktanteile ab. Die Zusammenschlussparteien bringen hervor, dass die Verbesserung der Kostenstruktur eines der zentralen Elemente sei, um die Wettbewerbsposition der fusionierten Unternehmung nachhaltig zu verbessern. [...].

B.4.4.2.2. Technologische Symmetrie

290. Die Mobilfunknetze der drei Akteure im schweizerischen Markt basieren auf der gleichen Technologie (GSM 900/1800 und UMTS). Während Orange mehrheitlich 1800-Frequenzen besitzt, verfügt Sunrise vor allem über 900-Frequenzen. Durch den Zusammenschluss fällt hier ein leichter Nachteil von Orange (aufgrund der grösseren Anzahl an benötigten Antennen), welcher heute vor allem gegenüber Sunrise und Swisscom besteht und sich auch in den Kostenstrukturen bemerkbar macht, weg. Swisscom benutzt beide Frequenzen, womit durch den Zusammenschluss die technologische Symmetrie bei den Netzwerken vergrössert würde und die Netzwerke der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber als annähernd äquivalent angesehen werden können. Die zusammengeschlossene Unternehmung würde zwar anfänglich über mehr Antennenstandorte verfügen als Swisscom, was zu Überkapazitäten bzw. einer mangelnden Auslastung führen könnte. Es ist allerdings davon auszugehen, dass diese in relativ kurzer Zeit abgebaut werden, so dass sich die beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber auch im Hinblick auf die Antennenstandorte weiter annähern würden. Auch bei Swisscom ist die Grundauslastung der Antennen nicht sonderlich hoch und es werden insbesondere für Peaks grosszügige Reserven einberechnet, so dass nach der Fusion auch in technologischer Hinsicht kaum mehr von Asymmetrie ausgegangen werden kann.

291. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass es für die fusionierte Unternehmung zentral sei, genügend finanzielle Mittel zur Verfügung zu haben, um nachzurüsten sowie um die regelmässig anfallenden Investitionen in neue Technologien tragen zu können. Ohne den Zusammenschluss würde Swisscom den beiden kleineren Mobilfunkanbietern endgültig davonziehen.

292. Den Zusammenschlussparteien ist dahingehend zuzustimmen, dass die Umstrukturierung der Netze und die Einführung von LTE Investitionen erfordern. Dennoch können auch bei der Netzzusammenlegung und dem Aufbau von LTE Synergien erzielt werden. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die fusionierte Unternehmung die Investitionen in die LTE-Technologie vornehmen würde. Zudem machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass es noch einige Jahre dauern wird, bis die fusionierte Unternehmung über ein mit Swisscom technologisch vergleichbares Mobilfunknetz verfügt. Unbestritten sei damit, dass die technologische Symmetrie der fusionierten Unternehmung im Vergleich mit Swisscom durch den Zusammenschluss zunehmen werde, da dies ja gerade das Ziel des Zusammenschlusses sei. Da allerdings wie nachfolgend noch gezeigt wird, die Ankündigung, mit Swisscom in starke Konkurrenz treten zu wollen aus Gründen ökonomischer Rationalität nicht realistisch erscheint (vgl. insbesondere Rz. 396), begünstigt eine grössere technologische Symmetrie tendenziell kollusives Verhalten. Im Rahmen der Anhörung vom 8. März 2010 führte der CEO von Swisscom – Carsten Schloter – zudem aus, dass seiner Meinung nach aus Perspektive der Endkunden die Anbieter [gemeint sind die Netzbetreiber] austauschbarer geworden seien und hinter allen nun leistungsfähigere Netze stehen würden.

293. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien an, dass der technische Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt neben den Netzwerken eng mit den Endgeräten und Diensten der Fernmeldedienstleister zusammenhänge. Es wird angeführt, dass ein Anbieter, welcher lange Zeit zu wenig in die technische Entwicklung investiert habe, plötzlich von neuen Wettbewerbern überholt werde. Durch den Zusammenschluss solle den beteiligten Unternehmen dieses Schicksal erspart bleiben. Hierbei muss allerdings berücksichtigt werden, dass sich der Markt für mobile Endgeräte von den Mobilfunkmärkten sehr stark unterscheidet. Daher sind auch pauschale Vergleiche der Marktstrukturen grundsätzlich nicht möglich. Vor diesem Hintergrund ist dieses Vorbringen der Zusammenschlussparteien abzulehnen.

B.4.4.2.3. Produktsymmetrie

294. Auf dem Endkundenmarkt bieten alle Mobilfunkanbieter mehr oder weniger die gleichen Dienstleistungen (Voice, SMS, MMS, Voice-Mail, etc.) und vergleichbare Endgeräte an. Wie die Zusammenschlussparteien zutreffend feststellen, werden diese Basisdienstleistungen immer in Bündeln angeboten (Voice, SMS/MMS und meist noch mobiles Internet). Alleine durch die Bündelung der Basisdienstleistungen entstehen dadurch aber noch keine neuen eigenständigen Produkte, sondern immer nur neue Zusammenstellungen der Menge dieser Basisdienstleistungen zu einem anderen Preis. Da die Basisdienstleistungen auch nur eigenständig konsumiert werden können (es ist nicht möglich Voice-Telefonie und SMS so zu kombinieren, dass hieraus eine neue Dienstleistung entstehen würde), entsteht durch die Kombination auch kein neues Produkt. Vor diesem Hintergrund sind die von den Zusammenschlussparteien bezeichneten „Produkte“ nichts anders als eine andere Preisgestaltung dieser Bündel von Basisdienstleistungen. Hinsichtlich der Angebote zeichnen sich die Anbieter zudem durch eine ähnliche Kundensegmentierung aufgrund ihrer Zahlungsbereitschaft aus. Was die monatlichen Grundgebühren anbelangt, so werden von den drei Netzbetreibern gestaffelte Abonnemente in vergleichbaren Grössenordnungen angeboten. Zwar sind diese Angebote im Detail betrachtet in der Ausgestaltung je nach Anbieter unterschiedlich (Anzahl Freiminuten / gratis SMS, etc.), zielen aber grundsätzlich auf die jeweils gleichen Kundengruppen ab, so dass zwischen den derzeitigen Angeboten der Netzbetreiber (was die reinen Mobilfunkabonnemente anbelangt) bereits heute eine grosse Produktsymmetrie vorliegt. So unterscheiden sich die Preise in der Ausgestaltung zwar, allerdings sind die Preisniveaus vergleichbar, wie dies das BAKOM im Rahmen ihrer Studien regelmässig zeigt.¹¹⁰ Die Zusammenschlussparteien merken an, dass die Produkte und Preise der Mobilfunkanbieter nicht vergleichbar seien. Zudem sei auch der BAKOM Preisvergleich deshalb unvollständig, nicht repräsentativ sowie rudimentär und entspreche nicht der Realität, weil alle Angebote, welche nicht alleine auf einem Preis/Minute-Verhältnis beruhen,

¹¹⁰ Vgl. Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

ausser Acht gelassen würden. Zudem seien bei Flat-Angeboten Preisvergleiche aufgrund der unbekanntenen Variable "telefonierte Minuten" nicht möglich. Im Markt bestehen zahlreiche Anwendungen zum Vergleich von Mobilfunktarifen, so beispielsweise der vom BAKOM verwendete Teligen-Basket. Auch im Bereich "telefonierte Minuten" haben die Mobilfunkbetreiber Erfahrungswerte im Hinblick auf die durchschnittliche Dauer eines Telefonanrufs. Vor diesem Hintergrund sind die tatsächlichen Preisniveaus für Mobilfunknetzbetreiber erkennbar und damit transparent. Entgegen der Vorbringung der Zusammenschlusspartei, ändert hieran auch die Subventionierung der Endgeräte nichts, da den Mobilfunknetzbetreibern die Einstandspreise bekannt sind.

295. Zu erwähnen sind auch Bündelangebote, bei denen Mobilfunk, Breitbandinternet und Festnetz zu einem Kombipreis angeboten werden (Triple Play). [...]. Der Zusammenschluss führt dazu, dass auch Orange-Kunden von solchen Bündelangeboten vermehrt profitieren könnten und so eine noch grössere Produktsymmetrie bei den nach erfolgtem Zusammenschluss verbleibenden Netzbetreibern entstehen würde.

296. Sowohl im Netzzugangsmarkt als auch im Roaming-Markt stellt die Nutzung des Mobilfunknetzwerkes der einzelnen Anbieter das einzige angebotene Produkt dar. Aus diesem Grund besteht hier bereits heute eine sehr grosse Produktsymmetrie. Zwar weisen – wie dies die Zusammenschlussparteien auch vorbringen – die Netze von Swisscom, Sunrise und Orange Unterschiede in der Qualität der Abdeckung auf, welche aber im Rahmen der Fusion und der damit einhergehenden Netzoptimierung der fusionierten Unternehmung weitgehend wegfallen werden. Vor diesem Hintergrund ist ebenfalls auf dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt von einer grösseren Produktsymmetrie auszugehen.

297. Wenn die Zusammenschlussparteien vorbringen, eine Produktsymmetrie würde voraussetzen, dass die Produkte und Preise der Mobilfunkanbieter vergleichbar seien und dass dies vorliegend nicht der Fall sei, da die Anbieter über eine Vielzahl von Angeboten und Preisplänen verfügten, die voneinander abweichen, vernachlässigen sie die Tatsache, dass im Bereich der Mobilfunkdienstleistungen (Voice, SMS, mobiles Internet) jeder Preisplan letztendlich nichts anderes ist, als ein unterschiedlicher Preis für diese drei Basisprodukte. Inwiefern also unterschiedliche Preispläne für Mobilfunkdienstleistungen zu unterschiedlichen Produkten führen sollen, ist nicht ersichtlich. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Mobilfunkanbieter die Endgeräte bei verschiedenen Angeboten unterschiedlich subventionieren, was nach Meinung der Zusammenschlussparteien gegen eine Produktsymmetrie sprechen würde, die wiederum koordiniertes Verhalten erleichtern würde.

298. Weiterhin fügen die Zusammenschlussparteien an, dass weitere Faktoren für die Produktqualität massgebend seien, so etwa Netzabdeckung, Qualität der Kundenberater, Gesprächsqualität, usw. und dass die Anzahl dieser verschiedenen Serviceelemente in ihrer Gesamtheit das Produkt ausmachen würden. Da der geplante Zusammenschluss aber gerade darauf abzielt, Netzabdeckung, Qualität der Kundenberater, Ge-

sprächsqualität, usw. zu verbessern, bestätigen die Zusammenschlussparteien damit vielmehr, dass sich hierdurch die Produktsymmetrie zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom weiter verstärkt.

B.4.4.2.4. Interessensymmetrie

299. Alle drei Mobilfunknetzbetreiber sind Kapitalgesellschaften und zeichnen sich daher grundsätzlich in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse der im Markt agierenden Mobilfunknetzbetreiber in erster Linie symmetrisch. Dies kann dennoch dazu führen, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussparteien behauptet die WEKO nicht, dass das vorrangige Ziel einer Kapitalgesellschaft, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.

Endkundenmarkt

300. Ob im Endkundenmarkt nach dem Zusammenschluss von Sunrise und Orange zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom eher konkurrierendes oder kolludierendes Verhalten zu erwarten ist, hängt massgeblich von der Einschätzung ab, ob Verschiebungen der Marktverhältnisse wahrscheinlich sind, da die Mindereinnahmen durch das Absenken der Mobilfunkpreise durch ein höheres Kundenaufkommen und den damit verbundenen höheren Umsatz kompensiert werden müssen (vgl. Rz. 231). Da der Endkundenmarkt im Abonnementsbereich aufgrund der hohen Wechselkosten und der vergleichsweise geringen Wechselbereitschaft träge auf Preisänderungen reagiert, können durch Preisunterbietungen im Mobilfunkmarkt kaum bzw. nur über einen längeren Zeitraum Marktanteile hinzugewonnen werden.¹¹¹ Auch die in den letzten Jahren recht stabilen Marktverhältnisse innerhalb des Mobilfunkmarktes legen den Schluss nahe, dass es nach dem Zusammenschluss kaum zu grösseren Marktverschiebungen zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom kommen würde. Vielmehr würde der noch bestehende Wettbewerb zwischen Sunrise und Orange wegfallen. Gerade aus diesen Gründen würden Preissenkungen lediglich die Margen des jeweiligen Netzbetreibers verringern, ohne dass dieser hierbei mit einem Zugewinn an Neukunden rechnen könnte (vgl. hierzu auch Rz. 385). Daher sind unabhängig von der Kostenentwicklung grössere Preissenkungen kaum zu erwarten.

301. Hierzu bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass Mindereinnahmen auch durch tiefere Kosten kompensiert werden können und daher das oben genannte Argument nicht nachvollziehbar sei. Das Vorbringen, dass Mindereinnahmen durch verhältnismässig tiefere Kosten kompensiert werden können, wird nicht bestritten. Dennoch kann alleine aufgrund tieferer Kosten nicht

¹¹¹ Vgl. Studie betreffend die Nutzung von Mobilfunkdiensten vom September 2007, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00906/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

automatisch darauf geschlossen werden, dass ein Unternehmen diese durch Kostensenkungen an den Endkunden weitergibt, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Weiterhin machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass Netzbetreiber vor dem Dilemma stünden, auf der einen Seite Kosteneinsparungen an die Kunden weitergeben und auf der anderen Seite damit Investitionen tätigen zu müssen. Da eine reine Weitergabe an die Kunden den Marktanteil der fusionierten Unternehmung nicht merklich erhöhen würde, gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass wohl vor allem das Investieren in Infrastruktur, Service etc. zur Steigerung der Qualität den Wettbewerb gegenüber Swisscom intensivieren würde. Zudem habe Sunrise dank ihrer Investitionen, der Multibrandstrategie und den Bündelangeboten in den letzten Jahren Marktanteile, Umsatz und Gewinn steigern können. Es sei daher nicht einsichtig, weshalb sich die fusionierte Unternehmung nicht auch so verhalten sollte. Sunrise hat aber gerade mit den Bündelangeboten eine Tiefpreisstrategie verfolgt. Eine solche Strategie hätte Orange in der Vergangenheit auch verfolgen können. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb das Ausscheiden des aktivsten Konkurrenten im Markt den Wettbewerb verbessern sollte.

302. Die Zusammenschlussparteien behaupten, dass in der Argumentation der WEKO ein Widerspruch vorliege, indem der Wettbewerb im Endkundenmarkt nur über den Preis erfolgen könne, ein solcher allerdings aufgrund der trägen Marktreaktion auf Preisänderungen nicht erfolgreich sein könne. Dazu wird wie folgt Stellung genommen: Im Endkundenmarkt bestehen besondere Wettbewerbsverhältnisse. Da im Endkundenmarkt sehr ähnliche Basisprodukte (mobile Telefonie, SMS/MMS und mobiles Internet) angeboten werden, kann der Wettbewerb nicht über die Ausgestaltung der Produkte, sondern muss grundsätzlich über den Preis erfolgen (vgl. hierzu auch Ausführungen zum Bertrand-Preis-Oligopol in Rz. 231). Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Marktverhältnisse kann allerdings festgestellt werden, dass im Endkundenmarkt im Abonnementsbereich die Wechselbereitschaft aufgrund der hohen Wechselkosten gering ist. Deshalb reagiert der Endkundenmarkt träge auf Preisänderungen. Dass der Markt nur träge auf Preisänderungen im Abonnementsbereich reagieren kann, bestätigen die Zusammenschlussparteien, wenn sie ausführen, dass Abonnementsverträge in der Regel auf 12 oder 24 Monate abgeschlossen werden und der Kunde erst nach dieser Frist wieder frei sei, das für ihn beste Angebot im Markt auszusuchen. Daher ist man auf dem Endkundenmarkt mit folgender Situation konfrontiert: 1. Wettbewerb um Marktanteile erfolgt vorwiegend über den Preis. 2. Aufgrund der speziellen Marktkonstellation im Endkundenmarkt ist aber gerade ein effektiver Preiswettbewerb nicht bzw. nur auf lange Frist möglich. Aus diesem Grund würde eine Preissenkung eines der Anbieter zuerst einmal gerade nicht zu einer Erhöhung der Marktanteile sondern ausschliesslich zu einer Reduktion der Gewinnmargen führen (vgl. hierzu auch Rz. 385). Daher ist davon auszugehen, dass sich Netzbetreiber kollusiv verhalten werden. Im EU-Durchschnitt sind in den letzten Jahren die Mobilfunktarife im Endkundenmarkt stetig gefallen. Diesem allgemeinen Trend konnten sich die in der Schweiz tätigen Mobilfunkanbieter

teilweise entziehen, so dass das Mobilfunktelefonieren für den Endkunden in der Schweiz grundsätzlich teurer ist als in der Europäischen Union.¹¹² In der Vergangenheit haben allerdings Preissenkungen keine nennenswerten Marktverschiebungen bewirkt (vgl. Abbildung 2).

Abbildung 2: Entwicklung Marktanteile von Sunrise, Swisscom und Orange, berechnet auf Basis der Netzauslastung (Summe aus On-Net und terminierten Minuten).

[...]

Vor diesem Hintergrund würde Konkurrenz zwischen den Netzbetreibern lediglich dazu führen, dass ihre Margen geringer würden, ohne dass es ihnen möglich wäre, Marktanteile hinzuzugewinnen. Da die Mobilfunkbetreiber ein Interesse daran haben, ihre Gewinnmargen auf dem Endkundenmarkt so lange wie möglich hoch zu halten, ist daher zu erwarten, dass sie versuchen werden Preissenkungen so lange wie möglich hinauszuzögern. Entgegen den Ausführungen der Zusammenschlussparteien ist aufgrund der speziellen Marktverhältnisse davon auszugehen, dass die Marktteilnehmer dies durch (explizites oder implizites) kollusives Verhalten am besten erreichen können.

Netzzugangsmarkt

303. Im Netzzugangsmarkt ist damit zu rechnen, dass Swisscom und die fusionierten Unternehmung unterschiedliche Strategien wählen werden. Bereits heute hat Swisscom nur einen Drittanbieter (Migros) als Weiterverkäufer zugelassen, wobei dieser Mobilienleistungen unter seiner eigenen Marke verkauft. Die übrigen im Markt tätigen Weiterverkäufer und MVNO nutzen heute die Netze von Sunrise und Orange. Durch den Zusammenschluss würde die fusionierte Unternehmung oder Mehrzahl der Weiterverkäufer und MVNO den Netzzugang gewähren.

304. Insgesamt machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass gerade durch die verbesserte Kostenstruktur (erhöhte Kostensymmetrie) die fusionierte Unternehmung die Möglichkeit haben wird, Angebote zu lancieren, um ihren bestehenden Kundenstamm zu halten und weitere Kunden hinzuzugewinnen, und es für die Zusammenschlussparteien nicht ersichtlich sei, wie sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung diesbezüglich kollusiv verhalten könnten. Aufgrund der trägen Marktverhältnisse und der Möglichkeit, dass Swisscom die Preise der fusionierten Unternehmung jederzeit unterbieten kann, ist konkurrierendes Verhalten nach dem Zusammenschluss allerdings sehr unwahrscheinlich (vgl. Rz. 356).

4.4.2.5. Schlussfolgerung

305. Durch den Zusammenschluss würde sich die technologische Symmetrie und die Kostensymmetrie der beiden im Markt verbleibenden Unternehmen deutlich

¹¹² Vgl. "Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich: Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 14. Implementierungsbericht der Europäischen Union" (BAKOM 2009), S. 6, abrufbar unter: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 22. Februar 2010).

erhöhen. In der wissenschaftlichen Literatur wird eine verstärkte Symmetrie als Indiz angesehen, welches tendenziell kollusives Verhalten begünstigt, was zu einer Einschränkung oder Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen kann.¹¹³

B.4.4.3 Marktwachstum und Innovationen

306. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung.¹¹⁴ Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z.B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen, bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz hierzu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.

307. In der Meldung wird geltend gemacht, dass im Endkundenmarkt sowohl etablierte Marktteilnehmer als auch Newcomer zu ständiger Innovation gezwungen werden. Hierbei werden vor allem Innovationen in der Preisgestaltung und der Ausgestaltung der Angebote (z.B. Bundling) angeführt. So wird auch in der Meldung angemerkt, dass im relevanten Markt ein Wettbewerb bestehe, der über die blossе Preisfestsetzung hinausgehe, was aus den für die Wahl und den Wechsel von Providern relevanten Kriterien ersichtlich sei. Als wichtigstes Kriterium wird die Netzabdeckung, gefolgt vom Preis, der Servicequalität, der Attraktivität der Mobiltelefone (verbunden mit dem Service) und die zusätzlich offerierten Dienstleistungen genannt. Die in der Meldung bezeichneten Innovationen beziehen sich damit einzig auf das Verhältnis zwischen [...] und [...] und nicht auf [...], welche zu grösseren Marktverschiebungen führen könnten und hierdurch kollusives Verhalten erschweren oder sogar verunmöglichen würden. Da der Wettbewerb aber (wenn überhaupt) über die Preisgestaltung und Produktbündelung von bestehenden Grunddienstleistungen (Voice-Telefonie, SMS, MMS, mobile Datenübertragung, Kombination mit Festnetz und ADSL-Internet, etc.) erfolgt, besteht gerade ein erhöhter Anreiz zu kollusivem Verhalten, welcher durch den Wegfall eines Netzbetreibers verstärkt wird.

308. In der Stellungnahme führen die Zusammenschlussparteien weiterhin aus, dass es ein erklärtes strategisches Ziel sei, [...]. Wie bereits oben angeführt, sind dies allerdings keine Produktinnovationen im eigentlichen Sinn, sondern lediglich eine andere (möglicherweise innovative) Zusammenstellung von Basisprodukten zu einem anderen Preis.

309. Neue Technologien sind zwar immer wieder ein Thema (EDGE, HSDPA, iPhone, etc.), sie wirken sich in der Schweiz jedoch meist auf alle Anbieter gleichermaßen aus. Dass nur einer der drei Netzbetreiber der Schweiz eine neue, bahnbrechende Technologie entwickelt oder als einziger anbieten kann (z.B. durch eine entsprechende Lizenz), die es ihm erlaubt die Marktverhältnisse nachhaltig zu verschieben, ist unwahrscheinlich.

Innovationen im Mobilfunkbereich kommen meist von Drittunternehmen wie Herstellern von Endgeräten oder Sendeeinheiten (Nokia, Motorola, Apple, etc.) während die Mobilfunkanbieter und Netzbetreiber alle mehr oder weniger die gleichen Technologien und Endgeräte (Sendemasten, GSM, UMTS, EDGE, HSDPA, etc.) verwenden.

310. Ob und inwiefern die von Orange angeführte Innovation des Livebox-Angebots eine tatsächliche Produktinnovation darstellt, kann aufgrund der derzeit zur Verfügung stehenden Informationen nicht geprüft werden. Von einer solchen Beurteilung kann aber im vorliegenden Fall abgesehen werden, da nicht anzunehmen ist, dass dieses Angebot die Marktverhältnisse nachhaltig ändern wird.

311. Die Zusammenschlussparteien führen aus, [...]. Gerade dies verdeutlicht aber, dass durch die Fusion solche Unterschiede zwischen den einzelnen Netzbetreibern verringert werden und somit auch in Zukunft neue Technologien allen Netzbetreibern in derselben Weise zur Verfügung stehen.

312. Ebenfalls kaum denkbar ist eine Situation, in welcher z.B. in einem Forschungslabor von einem der drei Netzbetreiber Technologien oder Produkte entwickelt werden, welche zu einer signifikanten Verbesserung der Marktposition oder Kostenstruktur führen würde (wie dies beispielsweise im Pharmabereich der Fall sein könnte). Daher ist im Endkundenmarkt von stabilen Marktverhältnissen auszugehen.

313. Lediglich im Rahmen der Einführung von LTE könnte einer der Netzbetreiber einen First-Mover-Advantage im Bereich Datentransfer und mobilem Internet erzielen, wenn er die neue Technologie als Erster einführt und die anderen Mobilfunkanbieter diese Technologie erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung einführen können. Es ist allerdings zu erwarten, dass sich dieser Effekt weitgehend ausgleichen wird, sobald die anderen Netzbetreiber nachziehen. Die Einführung von LTE ist erst möglich, nachdem die entsprechenden Frequenzen erworben wurden. Diese kommen in der Schweiz voraussichtlich 2010/2011 zur Ausschreibung. Es ist allerdings aufgrund der Nachfrage nach mobilem Breitbandinternet zu erwarten, dass sämtliche Netzbetreiber, welche die entsprechenden Frequenzblöcke erwerben, zeitnah mit dem Aufbau eines LTE-Netztes beginnen werden, so dass auch hieraus keine Asymmetrien zu erwarten sind.

314. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien an, dass die fusionierte Unternehmung durch [...] in der Zukunft mit Swisscom und Cablecom im Bereich [...] konkurrieren werden könne. Es ist aber nicht ersichtlich wie diese Innovation eine verstärkte Konkurrenz auf den Mobilfunkmärkten bewirken soll. Es ist auch bei den weiteren, von den Zusammenschlussparteien angeführten, Innovationen nicht ersichtlich, wie diese die Marktverhältnisse nachhaltig verändern sollten.

¹¹³ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 146 f.

¹¹⁴ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 455, Rz. 287.

B.4.4.3.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

315. Der Endkundenmarkt hat in der Schweiz eine gewisse Reife erreicht. Die Zuwachsraten gehen kontinuierlich zurück und die Marktdurchdringung ist bereits auf einem sehr hohen Niveau (Marktdurchdringung von 115,5 %), so dass von einer Reifephase des Marktes gesprochen werden kann.¹¹⁵ Die Zuwachsraten wurden bei allen Netzbetreibern kontinuierlich kleiner und bei einzelnen Anbietern (Orange) sogar negativ. Es gab in den letzten Jahren im Endkundenmarkt kaum Marktanteilsverschiebungen. Daher sind die Marktverhältnisse als stabil zu bezeichnen. Hieraus leitet das Parteigutachten von swiss economics ab, dass dies bedeuten würde, dass künftige Gewinneinbussen aufgrund einer Bestrafung klein seien, da die gemeinsam erzielbaren Übergewinne nicht zunehmen würden. Dies mache es relativ attraktiv, von einer Kollusion abzuweichen, was diese destabilisiere. Die im Parteigutachten angesprochene Bestrafung in Form von Preissenkung als Reaktion auf ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht betrifft aufgrund der regelmässigen Erneuerung der Verträge nicht nur die in der Zukunft neu gewonnenen Kunden, sondern auch die heute bestehenden Kunden. Somit sind die künftigen Gewinneinbussen aufgrund einer solchen Bestrafung entgegen den Schlussfolgerungen im Gutachten sehr hoch.

316. Die Zusammenschlussparteien kritisieren zudem, die WEKO würde fälschlicherweise davon ausgehen, dass der Markt vollständig gesättigt sei, die Wachstumsraten im Markt sich allerdings seit 2002 relativ stabil zwischen 8 und 10 % eingependelt hätten. Die WEKO geht, wie in Rz. 315 dargelegt wird, auch nicht von einem vollständig gesättigten Markt, sondern lediglich von stabilen Marktverhältnissen aus. Im Rahmen der Anhörung vom 8. März 2010 bestätigt der CEO von Swisscom, dass im Mobilfunk der Voice Bereich gesättigt sei, nicht aber der Datentransfermarkt. Hier würden die Preise noch massiv kleiner werden. So habe beispielsweise die Einführung des iPhones auf dem Markt bewirkt, dass die Datennetze doppelt so stark genutzt würden. Da allerdings nach der Fusion das iPhone allen Mobilfunkanbieter zur Verfügung steht, würde gerade ein solches Ungleichgewicht, welches zu unterschiedlichem Marktwachstum und dem damit verbundenen Wettbewerbsdruck für den Benachteiligten führen würde, wegfallen (vgl. Rz. 310). Die Marktverhältnisse würden daher trotz Wachstum im Markt relativ stabil bleiben.

317. Die Zusammenschlussparteien merken weiterhin an, dass aufgrund der Zahlen von Kunden, welche den Mobilfunkanbieter in der Vergangenheit gewechselt haben (sog. "Churn-Rates") eindrücklich belegt sei, dass sehr viele (Pre- und Postpaid-)Kunden ihren Mobilfunkanbieter regelmässig wechseln. Hierbei stützen sich die Zusammenschlussparteien auf Berechnungen von RBB im Rahmen des Parteigutachtens. Die von RBB berechnete Anzahl der abgewanderten Kunden pro Jahr entspricht ungefähr der von den Zusammenschlussparteien gelieferten Anzahl Kunden, welche ihren Vertrag beendet hat. Die Anzahl der neu hinzugewonnenen Kunden pro Jahr entspricht der von den Zusammenschlussparteien gelieferten Anzahl Kunden, welche einen neuen Vertrag abgeschlossen hat. Diese Zahlen wurden in

Tabelle 32 mit den von den Zusammenschlussparteien eingeforderten Zahlen der gekündigten und neu abgeschlossenen Verträgen sowie der Anzahl portierter Nummern verglichen.

¹¹⁵ Vgl. BAKOM 2008, S. 27, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 32: Churn-Rates und Anzahl portierter Nummern im Vergleich

			2008	2009
RBB	Sunrise	Abgewanderte Kunden	[...]	[...]
		Hinzugewonnene Kunden	[...]	[...]
	Orange	Abgewanderte Kunden	[...]	[...]
		Hinzugewonnene Kunden	[...]	[...]
Parteien / WEKO	Sunrise	Deaktivierungen (Verträge)	[...]	[...]
		Aktivierungen (Verträge)	[...]	[...]
	Orange	Terminated Subscriptions	[...]	[...]
		New Subscriptions	[...]	[...]
	Sunrise	Portierte Nummern (out)	[...]	[...]
		Portierte Nummern (in)	[...]	[...]
	Orange	Portierte Nummern (out)	[...]	[...]
		Portierte Nummern (in)	[...]	[...]
	Sunrise	Ø Anzahl aktiver SIM-Karten	[...]	[...]
	Orange	Ø Anzahl aktiver SIM-Karten	[...]	[...]

* Verhältnis der Anzahl mutierter Nummern zur durchschnittlichen Anzahl aktiver SIM-Karten

318. Vergleicht man die die Anzahl beendeter und neu abgeschlossener Verträge mit der Anzahl portierter Nummern, so stellt man fest, dass die Anzahl der portierten Nummern meist [...] der Anzahl Verträge entspricht, welche beendet und neu abgeschlossen wurden. In der Anzahl portierter Nummern sind allerdings nur diejenigen Kunden enthalten, welche den Anbieter wechseln und hierbei ihre ursprüngliche Mobiltelefonnummer beibehalten. Nicht enthalten sind hierin Kunden, welche den Anbieter wechseln und sich im Rahmen des Wechsels vom neuen Mobilfunkanbieter eine neue Nummer zuweisen lassen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die meisten Kunden, welche den Anbieter wechseln ihre Nummer portieren, da es in der Regel für Mobilfunknutzer zu aufwändig ist, eine neue Telefonnummer in Betrieb zu nehmen.

319. Diese Zahlen belegen, dass im Mobilfunkmarkt im Hinblick auf die Anzahl der Kunden, welche den Netzbetreiber wechseln, stabile Verhältnisse bestehen. Die wenigsten Kunden, welche einen Vertrag beenden, portieren ihre Nummer zu einem anderen Mobilfunkanbieter. Daraus kann geschlossen werden, dass die meisten Kunden, welche einen Vertrag beenden, den Mobilfunkanbieter nicht wechseln. Basierend auf den portierten Nummern wechseln lediglich zwischen [0-10] % und [0-10] % der Kunden jedes Jahr den Anbieter.

320. Innovationen im Endkundenmarkt erfolgen hauptsächlich über die Einführung neuer Preispläne durch die

einzelnen Mobilfunkanbieter. Die Leistungen (mobile Telefonie, SMS/MMS, mobiles Internet) sind über die Jahre weitgehend gleich geblieben und es ist auch nicht zu erwarten, dass sich dies in Zukunft ändert. Im Endkundenmarkt sind keine grösseren Produktneuerungen in Sicht, die den Markt instabiler und unvorhersehbar machen, indem die Bedingungen des Wettbewerbs nachhaltig geändert werden.¹¹⁶ Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass der Zusammenschluss zahlreiche Innovationen auslösen wird und führen beispielhaft [...] auf. Die WEKO würde all diese Innovationen zu Unrecht unberücksichtigt lassen, wobei diese Innovationen angesichts der enormen Dynamik des Telekommunikationsmarktes eine *conditio sine qua non* für den Erhalt und den Zugewinn von Marktanteilen sei. Gerade weil diese Innovationen eine *conditio sine qua non* darstellen, sind sie ungeeignet eine Verbesserung der Wettbewerbssituation zu bewirken und falls sie derart entscheidend wären, müssten sie von den Zusammenschlussparteien ohnehin eingeführt werden, um nicht vom Markt zu verschwinden. Dies sind aber gerade keine Investitionen, welche die Marktverhältnisse zu verändern vermögen und die Möglichkeit zur Kollusion ausschliessen würden.

¹¹⁶ Die Einführung von LTE ist zwar eine technische Produkterneuerung, allerdings ist nicht zu erwarten, dass diese geeignet ist, die Wettbewerbsbedingungen nachhaltig zu verändern (vgl. Rz. 313 f.).

B.4.4.3.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

321. Im Netzzugangsmarkt ist es in den letzten Jahren zu mehreren neuen Markteintritten von Weiterverkäufern und MVNO gekommen. Auch in der Zukunft ist mit weiteren Markteintritten zu rechnen, so dass der Netzzugangsmarkt in der Zukunft noch ein gewisses Wachstum aufweisen wird. Dennoch bedarf es einer weitergehenden Analyse, um die Auswirkungen auf die kollektive Marktbeherrschung abschätzen zu können, da der Netzzugangsmarkt speziellen Marktbedingungen unterworfen ist.

322. Im Rahmen des Netzzugangsmarktes befinden sich Netzbetreiber in einem Dilemma. Einerseits konkurrieren sie um eine möglichst grosse Anzahl an Mobilfunkanbietern, die ihr Netz mitbenutzen. Hierdurch erreichen sie eine höhere Netzauslastung, was die Kostenstruktur verbessert. Auf der anderen Seite tritt jeder neue unabhängige Mobilfunkanbieter auf dem Endkundenmarkt mit den Netzbetreibern in gewisse Konkurrenz. Vor diesem Hintergrund haben kollektiv marktbeherrschende Unternehmen einen erheblichen Anreiz, die Zugangsbedingungen für Mobilfunkanbieter ohne eigenes Netz so zu gestalten, dass ihnen hierdurch auf dem Endkundenmarkt keine wirksame Konkurrenz entsteht.

323. Da Weiterverkäufer lediglich ihre Marke und den Zugang zu ihren Kunden für den Vertrieb der Mobilfunkdienstleistung anbieten und die Netzbetreiber die Endkundertarife zusammen mit den Weiterverkäufern festlegen, stellen Weiterverkäufer im Endkundenmarkt in der Regel keine Konkurrenten zu den Netzbetreibern dar. Aus Sicht der Netzbetreiber stellen Weiterverkäufer lediglich eine Möglichkeit dar, eine weitere Preisdifferenzierung der eigenen Mobilfunkdienstleistungen zu erreichen. Durch den Zusammenschluss von France Télécom und Sunrise sinkt die Zahl der Anbieter auf dem Netzzugangsmarkt von drei auf zwei. Während im Netzzugangsmarkt Swisscom mit Migros zurzeit nur mit einem Weiterverkäufer zusammenarbeitet, würden alle Weiteren bei der fusionierten Unternehmung verbleiben. Hierdurch vergrössert sich die Marktmacht der fusionierten Unternehmung und sie kann den Weiterverkäufern die Bedingungen für den Zugang zum Mobilfunknetz weitgehend unabhängig auferlegen.

324. Da MVNO mit den Netzbetreibern auf dem Endkundenmarkt in direkte Konkurrenz treten, haben Netzbetreiber ein grundsätzliches Interesse, MVNO Zugangsbedingungen zu ihrem Mobilfunknetz anzubieten, welche ihnen eine effektive Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt verunmöglichen. Die Situation in der Schweiz, dass sechs MVNO mit einem Marktanteil von insgesamt weniger als [0-10] % im Jahr 2008 bzw. gemäss Schätzungen der Zusammenschlussparteien [0-10] % im Jahr 2009 auf dem Endkundenmarkt tätig sind, zeigt deutlich, dass heute MVNO nur eine untergeordnete Rolle spielen. In diesem Bereich ist daher auch nach der Fusion nicht mit einem nennenswerten Marktwachstum zu rechnen.

B.4.4.3.3. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

325. Im Wholesale-Markt für internationales Roaming konkurrieren die Netzbetreiber um die so genannten "Preferred Roaming List (PRL)" mittels welcher ausländische Mobilfunkanbieter ihren Endkunden bei der automatischen Netzeinwahl einen Roaming-Partner im Ausland vorschlagen.

326. Das Marktwachstum des Roaming-Markts ist von der Anzahl der neuen Mobilfunkanbieter im Ausland abhängig. Auch hier dürfte eine gewisse Marktsättigung erreicht sein, da zumindest in den Industrienationen Mobilfunkanbieter seit Jahren etabliert sind und nicht zu erwarten ist, dass so viele neue Mobilfunkanbieter im Ausland entstehen, dass es im Roaming-Markt zu nachhaltigen Marktanteilsverschiebungen kommen würde. Vor diesem Hintergrund besteht für die Netzbetreiber auch im Roaming-Markt ein Anreiz zu kollusivem Verhalten, welcher – aufgrund der geringeren Koordinationskosten zwischen Swisscom und der fusionierten Unternehmung – durch die Fusion noch verstärkt wird.

B.4.4.3.4. Schlussfolgerung

327. Aufgrund der Marktreife und durch die Tatsache, dass grundlegende Innovationen, welche geeignet sind die Marktverhältnisse nachhaltig zu verändern, entweder nicht durch die schweizerischen Mobilfunkanbieter zu erwarten sind oder solche allen Marktteilnehmer in gleicher Weise zur Verfügung stehen, wird koordiniertes Verhalten der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber weiter begünstigt. Insbesondere im Netzzugangsmarkt wird sich die kollektive Marktposition gegenüber den Weiterverkäufern und MVNO durch den Zusammenschluss deutlich verstärken. Da sich Swisscom bei der Zusammenarbeit mit Weiterverkäufern und MVNO zurzeit noch sehr verhalten zeigt, verstärkt sich die Marktmacht der fusionierten Unternehmung gegenüber den Weiterverkäufern und MVNO.

B.4.4.4 Markttransparenz

328. In der ökonomischen Literatur wird eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten angesehen.¹¹⁷ Hieran ändert auch das Zitat der Zusammenschlussparteien nichts, wonach das Argument, dass Fusionen die Markttransparenz erhöhen würden, bestenfalls schwach sei. Bei der Diskussion rund um die Markttransparenz ist insbesondere die Beobachtbarkeit von Preisen auf dem relevanten Markt von zentraler Bedeutung. Senkt ein Anbieter im Markt seinen Preis und ist dies für die anderen Marktteilnehmer ersichtlich, so können sie direkt mit Gegenmassnahmen reagieren und so gegebenenfalls verhindern, dass ein Teil ihrer Kunden zur Konkurrenz abwandert. Sind hingegen die Abweichungen vom kolludierenden Verhalten nicht beobachtbar, kann ein Anbieter, der sich einem Nachfrageeinbruch gegenübergestellt sieht, nicht ohne weiteres abschätzen, ob dies darauf zurückzuführen ist, dass ein Konkurrent ihn im Preis unterboten hat oder dass die Nachfrage im Markt aus einem anderen Grund zurückgegangen ist.

¹¹⁷ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 150 f.; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 456, Rz. 293.

329. In ihrer Stellungnahme führen die Zusammenschlussparteien zudem aus, dass eine eventuelle Preistransparenz alleine auf das Wettbewerbsverhalten keinen wesentlichen Einfluss hätte, mithin dafür nicht kausal sei. Zudem könne und dürfe es nichts daran ändern, weil die Mobilfunkbetreiber gesetzlich verpflichtet seien, ihre Preise zu veröffentlichen. Sie bestreiten zudem, dass im Endkundenmarkt Markttransparenz bestehe. Zudem würde die WEKO den Entscheid des holländischen Mobilfunkmarktes als nicht relevant abtun. Der von den Zusammenschlussparteien aufgeführte Entscheid ist, wie in Rz. 243 (insbesondere Fussnote 242) und Rz. 342 ausgeführt, nicht direkt vergleichbar. Auch wenn die Europäische Kommission in einem Fall in diese Richtung entschieden hat, so ist dies noch kein Beleg dafür, dass dies für die Mobilfunkmärkte aller anderen Staaten ebenso gilt. So kommt die Europäische Kommission im Entscheid vom 26.04.2006 in Sachen Nr. COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.Ring zu dem Schluss, dass auf der Basis der Marktstellung der Diensteanbieter/Wiederverkäufer in der Vergangenheit geschlossen werden kann, dass sie insbesondere verglichen mit den Netzbetreibern nur eine sehr begrenzte Rolle im Markt ausgeübt haben und sich auf absehbare Zeit nichts daran ändern wird.¹¹⁸ Auch die französische Wettbewerbsbehörde hat eine weitreichende Analyse zu MVNO durchgeführt und kommt für den französischen Markt zum Schluss, dass MVNO mit den Netzbetreibern nicht in effektive Konkurrenz treten können.¹¹⁹

330. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien aus, dass ihr geschätzter Marktanteil im Geschäftskundenbereich deshalb so gering sei, weil sie die Konditionen von Swisscom nicht kennen würden. Durch die gesetzliche Pflicht, die Preise zu veröffentlichen, herrscht im Endkundenmarkt für die Mobilfunkanbieter Preistransparenz. Damit ist es ihnen jederzeit möglich, Preissenkungen der jeweils anderen Akteure im Markt zeitnah zu erkennen. Inwiefern das Argument des Sekretariats falsch sei, dass die Marketingabteilungen der Netzbetreiber die Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter ohne weiteres vergleichen können, ist nicht ersichtlich. So veröffentlicht beispielsweise das BAKOM regelmässig vergleichende Studien über die verschiedenen Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter.¹²⁰ Zudem bietet Comparis auf seiner Webseite eine Suchfunktion an, mit welcher ein einfacher Preisvergleich jederzeit durchgeführt werden kann.¹²¹ Die Behauptung, das BAKOM oder Comparis könnten als Marktkenner die Preise nicht vergleichen, entbehrt jeglicher Grundlage. Dies würde bedeuten, dass das BAKOM unseriöse Studien veröffentlicht. Auch die Vorbringungen der Zusammenschlussparteien, dass andere für den Wettbewerb relevante Elemente wie beispielsweise die Netzabdeckung und Netzqualität nicht ohne Weiteres beobachtbar seien, sind aufgrund der Trägheit, mit welcher der Markt auf Änderungen reagieren kann, nicht geeignet, um die Wettbewerbsbedingungen in einer Weise nachhaltig zu ändern, dass keine Kollusion mehr möglich wäre (vgl. hierzu auch Rz. 341).

331. In der Meldung wird eine gewisse Markttransparenz im Mobilfunkmarkt bejaht. Zudem wird vorgebracht, dass Markttransparenz unter gewissen Umständen sogar

wohlfahrtsfördernd sein kann, nämlich dann, wenn gut informierte Kunden Preise und Leistungen besser vergleichen können und somit eine grössere Marktmacht besitzen. Allerdings gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass der Mobilfunkmarkt weder auf der Anbieter- noch auf der Konsumentenseite in einer Weise transparent sei, dass der Zusammenschluss zu einem kollusiven Verhalten führen könnte. In der Stellungnahme bringen die Zusammenschlussparteien zudem vor, dass davon auszugehen sei, dass zahlreiche Konsumenten und die Mitbewerber keinen Überblick über das Angebot und Preise im Markt haben und sich einen solchen – insbesondere aufgrund der immer zahlreicher werdenden Bündelangebote – auch nicht verschaffen könnten. Relevant für das Auftreten von kollusivem Verhalten ist nicht, ob die Marktverhältnisse für den Endkunden, sondern ob sie für die Anbieter transparent sind. Da sich Marketingabteilungen mit der Festsetzung des Angebots beschäftigen, ist es für die Netzbetreiber möglich, die Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter zu vergleichen. Auch wenn man wie im bereits mehrfach zitierten Entscheid des holländischen Mobilfunkmarktes, zu dem Schluss käme, dass aufgrund der verschiedenen Preispläne der Mitbewerber die Transparenz als sehr tief einzustufen sei, gilt dies in der Schweiz allenfalls für den Endkunden, jedoch nicht für die im Markt agierenden Konkurrenten.

332. Weiterhin machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die ständig ändernden, in der Regel mehrteiligen Preispläne nicht nur der Netzbetreiber, sondern sämtlicher Weiterverkäufer und MNVO sowie die Konkurrenz durch VoIP-Telefonie den Markt noch intransparent machen würden. Die Auswirkungen der mobilen VoIP-Telefonie auf den Mobilfunkmarkt sind heutzutage noch sehr spekulativ und es ist noch nicht ersichtlich, ob VoIP im Mobilfunkbereich zu einem starken Konkurrenzdruck führen wird. So geht beispielsweise Verizon davon aus, dass Skype keinen Einfluss auf die ARPU der Mobilfunkdienstleistungsanbieter haben wird.¹²² Dagegen gehen andere Marktbeobachter davon aus, dass mobiles VoIP einen Einfluss auf die Einnahmen der Mobilfunkdienstleister haben wird.¹²³ Zum jetzigen Zeitpunkt ist der Einfluss von VoIP-Diensten auf die Mobilfunkanbieter – alleine schon aufgrund der bisher geringen Marktanteile – noch vernachlässigbar und es ist auch in der Zukunft keinesfalls gewiss, dass diese geeignet sind die Mobilfunkmärkte nachhaltig zu verändern.

¹¹⁸ Vgl. Entscheid der Europäischen Kommission vom 26.04.2006 über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache Nr. COMP/M.3916 – T-Mobile Austria / Tele.Ring), Rz. 38.

¹¹⁹ Vgl. Avis n° 08-A-16 vom 30. Juli 2008, abrufbar unter: www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08a16.pdf; (zuletzt besucht am 19. April 2010), Rz. 41 ff., 47, 50, 52 ff., 68, 70 ff., 77 ff. und Zusammenfassend in Rz. 86.

¹²⁰ Vgl. Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

¹²¹ www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx.

¹²² Vgl. <http://connectedplanetonline.com/ctia/2010/news/verizon-skype-arpu-0323/> (zuletzt besucht am 14. April 2010).

¹²³ Vgl. <http://www.tmcnet.com/channels/mobile-unified-communications/articles/66906-report-mobile-voip-growth-will-impact-operator-voice.htm> (zuletzt besucht am 14. April 2010).

333. Im Mobilfunkmarkt trägt auch das BAKOM erheblich zur Markttransparenz bei, indem es regelmässig Studien und Statistiken über Marktanteile, Preise, Preisvergleiche und Penetrationsraten über den Bereich der Telekommunikation veröffentlicht. Zudem finden zwischen den Netzbetreibern auch regelmässig Verhandlungen (über Interkonnectionsfragen, neue Standards oder Angebote, sogar Preise), verschiedene Konferenzen oder Roundtables (FTTH) statt. Daneben sind die Netzbetreiber in der Schweiz in verschiedenen Verbänden vertreten. Sie haben somit verschiedene Plattformen, um sich gegenseitig über die Marktbedingungen auszutauschen, was die gegenseitige Transparenz sowohl in der technologischen Entwicklung, in der strategischen Ausrichtung, als auch im Marktverhalten erhöhen kann. Damit will das Sekretariat in keiner Weise andeuten (wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen), dass die Wettbewerber an solchen Anlässen wettbewerbslich sensitive Daten austauschen würden. Dennoch zeigen solche Treffen, dass auf verschiedenen Ebenen ein Austausch zwischen den Netzbetreibern stattfindet, welcher die Transparenz im Markt erhöht.

334. Weiterhin bestreiten die Zusammenschlussparteien, dass der Mobilfunkmarkt in einer Weise transparent sei, die belegen würde, dass der Zusammenschluss zu kollusivem Verhalten und letztlich zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen würde. Wie dies die Zusammenschlussparteien bereits mehrfach vorgebracht haben, „ist für die Frage, ob kollektive Marktbeherrschung entstehen kann, gerade der Zusammenhang zwischen den einzelnen Faktoren und somit eine Gesamtschau bedeutend“. Hierzu ist festzuhalten, dass die Markttransparenz im Mobilfunkmarkt eine Beobachtbarkeit der Preise zulässt. Damit ist die Transparenz ausreichend gross, um kollusives Verhalten zu begünstigen.

335. Auch das Vorbringen der Zusammenschlussparteien, dass Swisscom bislang nicht jedes Mal auf die zahlreichen Preissenkungen ihrer Wettbewerber reagiert hätte, hat keinen Einfluss auf die Markttransparenz. Es zeigt vielmehr, dass aufgrund der Trägheit des Marktes die jeweils anderen Marktteilnehmer noch ausreichend Zeit haben, mögliche Marktverschiebungen zu beobachten und falls nötig ihre Angebote entsprechend anzupassen.

B.4.4.4.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

336. Im Endkundenmarkt für Mobilfunk herrscht für die Netzbetreiber eine sehr grosse Markttransparenz. Insbesondere die Preise sind im Internet für jedermann ohne Weiteres einsehbar. Veränderungen der Preise, der Preisstruktur oder die Einführung neuer Produkte (z.B. das iPhone) sowie Veränderungen der Angebotsstruktur (Bündelung mehrere Angebote, etc.) werden häufig sogar via Pressemitteilung der Öffentlichkeit bekannt gegeben. Auch Preise, welche selten zur Anwendung kommen (z.B. Roaming-Tarife für Endkunden) werden publiziert. Zudem werden vom BAKOM regelmässig Studien veröffentlicht, welche die einzelnen Mobilfunktarife der Anbieter vergleichen und die Kostenstrukturen im schweizerischen Mobilfunkmarkt abbilden.¹²⁴ Auch Comparis bietet mit ihrem Service "Mobilnetz: Tarifvergleich" ebenfalls eine Möglichkeit an, die

Preise direkt zu vergleichen.¹²⁵ Der Dienst von Comparis wird auch von einigen Weiterverkäufern und von den Netzbetreibern als Benchmark zur Tarifausgestaltung genutzt. Insbesondere dann, wenn der Netzbetreiber die Marke des Weiterverkäufers im Niedertarifsegment nutzt.

337. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass im Geschäftskundenbereich ohnehin nicht von Preistransparenz ausgegangen werden könne, da in diesem Bereich individuellere Angebote und Konditionen angeboten würden. Bei Geschäftskunden ist keine so weitreichende Markttransparenz gegeben, wie dies bei Privatkunden der Fall ist. Zwar bieten die Netzbetreiber auch im Geschäftskundenbereich zum Teil standardisierte Tarife an, welche sich miteinander vergleichen lassen. Allerdings werden bei grossen Geschäftskunden spezielle Konditionen und Rabatte ausgehandelt, welche für die anderen Netzbetreiber nicht direkt eruiert sein dürften. Da allerdings davon auszugehen ist, dass grössere Geschäftskunden mit allen drei Netzbetreibern über Mobilfunktarife individuell verhandeln, erhalten sie in der Regel durch die Verhandlungen Kenntnis von Tarifen und Bedingungen, die von den jeweils anderen Netzbetreibern angeboten werden.

338. Während auf dem Retail-Markt für Privatkunden eine quasi vollkommene Transparenz besteht, können die Preise auf dem Retail-Markt für Geschäftskunden nicht direkt beobachtet werden. Die Zusammenschlussparteien bringen in diesem Zusammenhang vor, dass die Geschäftskunden die Offerten der anderen Mobilfunkanbieter nicht offenlegen und diese Offerten auch regelmässig Geheimnisklauseln enthalten würden. Allerdings werden auch im Retail-Markt für Geschäftskunden die Preise für Privatkunden zugrunde gelegt und hierauf Rabatte gewährt, welche den jeweils anderen Netzbetreibern nicht bekannt sein dürften. Daher können die jeweils anderen Netzbetreiber diese lediglich schätzen. Dies ist im Rahmen der Verhandlungen in der Regel ohne Weiteres möglich. Obwohl die Zusammenschlussparteien vorbringen, die Geschäftskunden würden ein optimales Angebot aushandeln, indem sie die Anbieter über die Konkurrenzofferten im Unklaren lassen, muss auch im Geschäftskundenbereich für die Mobilfunkanbieter von einer hohen Markttransparenz ausgegangen werden.

¹²⁴ Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/ (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

¹²⁵ www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx (zuletzt besucht am 14. April 2010).

B.4.4.4.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) und Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

339. Der Netzzugangsmarkt ist eher als intransparent einzustufen, da die Verträge zwischen den Netzbetreibern und den Weiterverkäufern bzw. den MVNO Drittparteien nicht zugänglich sind. Allenfalls könnten (in begrenztem Masse) mögliche Rückschlüsse über die jeweiligen Preisgestaltungen im Endkundenmarkt gezogen werden. Analog verhält es sich im Roaming-Markt, wo ebenfalls die Vertragskonditionen zwischen den schweizerischen Netzbetreibern und den ausländischen Mobilfunkanbietern Drittparteien in der Regel nicht bekannt sind.

340. [...] Vor diesem Hintergrund kann zumindest bezweifelt werden, dass im Netzzugangsmarkt tatsächlich Intransparenz herrscht.

B.4.4.4.3. Zwischenergebnis

341. Der Endkundenmarkt ist für die Anbieterseite transparent, so dass quasi jede Preisänderung eines Marktteilnehmers sofort erkannt wird und die Konkurrenten entsprechend darauf reagieren können (im Falle von Konkurrenz durch Preisanpassungen, um ein Abwandern der Kunden zu vermeiden; im Falle einer Kollusion mit entsprechendem Parallelverhalten). Aufgrund der langen Vertragslaufzeiten im Endkundenmarkt (Postpaid Segment), der hohen Markttransparenz und der schnellen Reaktionsmöglichkeit der Konkurrenten kann ein Mobilfunkanbieter durch eine Preissenkung kaum mit einer grösseren Marktverschiebung rechnen. Daher muss davon ausgegangen werden, dass im Mobilfunkmarkt kollusives Verhalten sehr leicht möglich ist. Dies gilt umso mehr nach einem Zusammenschluss von Sunrise und Orange, da hierdurch im Markt lediglich zwei Netzbetreiber verbleiben würden.

B.4.4.5 Multimarktbeziehungen

342. Von Multimarktbeziehungen wird gesprochen, wenn sich die Marktteilnehmer nebst dem zu untersuchenden Markt auch in sogenannten Drittmärkten in vergleichbarer Positionierung als Konkurrenten gegenüberstehen.¹²⁶ Durch Multimarktbeziehungen kann gemäss der ökonomischen Literatur kollusives Verhalten unter verschiedenen Umständen begünstigt werden.¹²⁷

343. Die Zusammenschlussparteien führen in Anlehnung an Parker und Röller¹²⁸ aus, dass durch empirische Forschung kollusives Verhalten bisher selbst in einem duopolistischen Setting nicht nachgewiesen werden konnte, wenn nicht gleichzeitig Multimarktkontakte und Kapitalverflechtungen vorhanden seien. Die Studie, auf welche sich die Zusammenschlussparteien berufen, wurde im Jahre 1997 veröffentlicht und verwendet einen Datensatz im Zeitraum von 1984-1988.¹²⁹ In der Folge stellen die Zusammenschlussparteien zutreffend fest, dass das Argument Multimarktkontakt mit Zurückhaltung und immer unter genauer Beachtung der konkreten Bedingungen zu gebrauchen ist.

344. In der Meldung wird geltend gemacht, dass zwischen Swisscom, Orange und Sunrise lediglich limitierte

vertragliche Verbindungen bestünden und eine Kooperation in Bezug auf die Mobilfunkinfrastruktur nur soweit nötig bestehe. Ausserdem wird angefügt, dass in Märkten ausserhalb der Schweiz, in denen France Télécom und TDC präsent seien, Swisscom nicht aktiv sei.

345. Zudem bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass im Zusammenhang mit Multimarktbeziehungen auch strukturelle Verbindungen, mithin Verbindungen personeller und kapitalmässiger Art, geprüft werden sollten. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Zusammenschlussparteien in der Stellungnahme, wonach keinerlei solche strukturellen Verbindungen gegeben seien, führen diese in der Meldung jedoch aus, dass sie, wie auch Swisscom, an der TELDAS GmbH finanziell beteiligt sind.¹³⁰

346. Swisscom und die fusionierte Unternehmung sind in vielen Märkten aktiv. Sie kaufen und verkaufen einander gegenseitig in unterschiedlichsten Bereichen eine Vielzahl von Dienstleistungen, so dass zahlreiche Abhängigkeiten untereinander bestehen. In der Schweiz bestehen zwischen Orange, Sunrise und Swisscom mehrere Multimarktkontakte. In diesem Zusammenhang sind auch insbesondere die Terminierungsmärkte zu nennen, zwischen denen Multimarktkontakte herrschen. Aber auch international bestehen Multimarktkontakte. So tritt die Swisscom beispielsweise im Roaming-Markt als Nachfrager in Erscheinung und kann daher auf internationaler Ebene auch den Zugang zu den Mobilfunknetzen von France Télécom und TDC nachfragen.

347. In der Schweiz bestehen zwischen den einzelnen Netzbetreibern auf dem Endkundenmarkt, den Terminierungsmärkten und dem Netzzugangsmarkt Multimarktbeziehungen, welche in einer gegenseitigen Abhängigkeit zueinander betrachtet werden müssen. Während auch die Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt und dem Netzzugangsmarkt als Anbieter auftreten, nehmen sie im Terminierungsmarkt jeweils auf dem Markt, in dem sie Netzbetreiber sind, die Rolle des Anbieters und auf den jeweils anderen Märkten die Rolle des Nachfragers ein. Vor diesem Hintergrund müssen die einzelnen durch die Multimarktkontakte entstehenden Effekte analysiert werden.

B.4.4.5.1. Effekt Multimarktkontakt: Terminierungsmärkte – Endkundenmarkt

348. Auf den Terminierungsmärkten stehen sich die jeweiligen Netzbetreiber auf der Anbieterseite als Monopolist und auf der Nachfrageseite als Konkurrenten gegenüber. Über die Terminierungsgebühren werden die Preise im Endkundenmarkt für Telefongespräche in ein fremdes Netz weitgehend bestimmt. Vor diesem Hintergrund können Terminierungsgebühren dazu genutzt

¹²⁶ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 457, Rz. 301; vgl. auch MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 145.

¹²⁷ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 148 f.

¹²⁸ PARKER PHILIP M. / RÖLLER LARS-HENDRIK, 1997, Collusive conduct in duopolies: multimarket contact and cross-ownership in the mobile telephone industry, RAND Journal of Economics, Vol. 28, No 2, Summer 1997, S. 304-322.

¹²⁹ PARKER PHILIP M. / RÖLLER LARS-HENDRIK, a.a.O., S. 311.

¹³⁰ Vgl. www.teldas.ch/en/home/about-us/index.html (zuletzt besucht am 14. April 2010).

werden, die Endkundenpreise für Anrufe in ein fremdes Netz hoch zu halten. Auf diese Weise können die Netzbetreiber höhere Einnahmen im Endkundenmarkt für Off-Net Anrufe der Kunden der jeweils anderen Netzbetreiber generieren.

B.4.4.5.2. Effekt Multimarktkontakt: Netzzugangsmarkt – Endkundenmarkt

349. Auf dem Netzzugangsmarkt konkurrieren Netzbetreiber sowohl um Weiterverkäufer als auch um MVNO. Wollen Netzbetreiber allerdings durch (implizite oder explizite) Kollusion das Preisniveau auf dem Endkundenmarkt auf einem höheren Niveau halten bzw. auf ein höheres Niveau bringen, als dies dem Konkurrenzpreis entspricht, müssen sie den Markteintritt von weiteren Konkurrenten, welche das Kollusionsgleichgewicht destabilisieren könnten, unterbinden. Da Weiterverkäufer die auf dem Endkundenmarkt angebotenen Tarife nicht unabhängig vom Netzbetreiber festlegen können, geht von diesen für die Netzbetreiber in der Regel keine Gefahr für allfällige Kollusionspreise auf dem Endkundenmarkt aus. Würde hingegen MVNO ein Zugang zu kostenorientierten Preisen gewährt (was dem Konkurrenzpreis auf dem Netzzugangsmarkt entsprechen würde), so hätten diese die Möglichkeit, günstige Tarife auf dem Endkundenmarkt anzubieten und könnten auf diese Weise ein Kollusionsgleichgewicht stören. Diesen Effekt auf den Endkundenmarkt könnten Mobilfunkbetreiber unterbinden, indem sie MVNO auf dem Netzzugangsmarkt lediglich Angebote offerieren würden, welche es ihnen nicht erlauben, das Kollusionsgleichgewicht auf dem Endkundenmarkt zu destabilisieren.

350. Die 2008 auf dem schweizerischen Markt tätigen MVNO haben einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als [0-10] % (Ende 2009 schätzen die Zusammenschlussparteien die Marktanteile auf ca. [0-10] %) und sind daher derzeit nicht in der Lage einen grossen Konkurrenzdruck auf die Netzbetreiber aufzubauen.

351. Sunrise hat heute bereits mit [...] MVNO Verträge geschlossen. Orange hat hingegen erst mit einem MVNO Verträge abgeschlossen und Swisscom gewährt derzeit ebenfalls einem im Endkundenmarkt aktiven MVNO den Netzzugang. Während im Netzzugangsmarkt Sunrise sehr aktiv war, haben sich die beiden anderen Netzbetreiber bei der Gewährung des Netzzugangs durch MVNO eher zurückhaltend gezeigt. Durch die Fusion und der damit verbundenen Verstärkung der kollektiven Marktposition ist es daher wahrscheinlich, dass die beiden verbleibenden Netzbetreiber in Zukunft tendenziell versuchen werden, den Netzzugang für MVNO zu begrenzen bzw. die Netzzugangskonditionen nicht marktorientiert festzulegen.

352. Die Zusammenschlussparteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass nicht erklärt werde, wie es der fusionierten Unternehmung und Swisscom gelingen soll, sich kollusiv zu verhalten, wenn die WEKO auf der einen Seite von einem wachsenden Markt und auf der anderen Seite von fehlender Markttransparenz ausgeht. Um sich kollusiv auf dem Netzzugangsmarkt zu verhalten, genügt es allerdings schon, wenn den MVNO Konditionen für die Netzmitbenutzung offeriert werden, welche die eigenen Angebote auf dem Endkundenmarkt nicht kannibalisieren. Beides steht mit einem wachsen-

den Markt und einer angeblich fehlenden Markttransparenz nicht im Widerspruch.

B.4.4.5.3. Zwischenergebnis

353. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Multimarktbeziehungen bestehen, welche kollusives Verhalten begünstigen. Insbesondere wird durch die Fusion die Marktposition des fusionierten Unternehmens auf dem Netzzugangsmarkt verstärkt.

B.4.4.6 Sanktionsmechanismen

354. Im Hinblick auf Sanktionsmöglichkeiten wird in der Meldung und in der Stellungnahme geltend gemacht, dass lediglich Swisscom über wirksame Sanktionsmöglichkeiten verfügen würde und dass aufgrund der zahlreichen in der Schweiz konkurrierenden Weiterverkäufer und MVNO die Vollstreckung von Sanktionen kaum den gewünschten Effekt erzielen würde. Geeignete Sanktionsmöglichkeiten bestehen grundsätzlich immer dann, wenn gezielt und effektiv sanktioniert werden kann. Sanktionsmechanismen werden aber innerhalb einer kollektiven Marktbeherrschung relevant, wenn für die an der Kollusion beteiligten Unternehmen Anreize bestehen hiervon abzuweichen. An die Sanktionsmechanismen können für die Stabilität des Kollusionsgleichgewichts geringere Anforderungen gestellt werden, wenn (unabhängig von den Sanktionsmechanismen) nur geringe Anreize für ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestehen.

355. Sowohl Swisscom als auch die fusionierte Unternehmung verfügen über zahlreiche geeignete Sanktionsmöglichkeiten, um unerwünschtes Verhalten der Konkurrenz abstrafen zu können. So haben die Netzbetreiber jederzeit die Möglichkeit langwierige und kostenintensive fernmelderechtliche Verfahren sowie einen möglichen Eingriff des Regulators anzudrohen. Hierzu führen die Zusammenschlussparteien aus, dass sich ein Netzbetreiber, der einen anderen grundlos in ein kostspieliges Verfahren verwickelt, damit hauptsächlich selber straft. Ein solches Verfahren würde sich nur auszahlen, wenn die Klage fundiert sei. Hierbei handle es sich allerdings nicht um einen Sanktionsmechanismus, sondern um die Durchsetzung eines gesetzlich vorgesehenen Rechts. Zudem wird im Gutachten von swiss economics ausgeführt, dass eine Klage ohnehin erhoben würde, wenn diese fundiert sei. In der Vergangenheit wurden fernmelderechtliche Klagen aufgrund von Art. 11 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) nur selten bis zu Ende geführt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 FMG müssen Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen [...] Zugang zu ihren Einrichtungen und ihren Diensten gewähren. Sind Preise nicht kostenorientiert, so kann jeder Fernmeldediensteanbieter entsprechend klagen. Hat allerdings ein Fernmeldediensteanbieter erfolgreich geklagt, so werden die anderen entsprechend nachziehen und er kann auf diese Weise gegenüber den anderen Anbietern keinen Wettbewerbsvorteil erzielen. Zudem werden Interkonnektionsgebühren (wie beispielsweise die Terminierungsgebühren) an den Endkunden weitergereicht. Vor diesem Hintergrund hat ein Mobilfunkanbieter nur einen eingeschränkten Nutzen von einer Interkonnektionsklage. Unter gewissen Umständen könnte er aller-

dings mit einer solchen Klage der Gegenseite auch einen erheblichen Gewinnverlust verursachen, was die Interkonnektionsklage für einen Netzbetreiber als "ultima ratio" zu einem wirksamen Sanktionsinstrument macht.

356. Das Parteigutachten von RBB Economics führt als möglichen Sanktionsmechanismus eine erhebliche Unterbietung des Kartellpreises (beispielsweise durch eine permanente Rückkehr zu vollständiger Konkurrenz, oder eine ausgefeiltere Strategie der Preissenkung für eine begrenzte Zeitdauer) an. Dieser Sanktionsmechanismus wird sodann gleich wieder verworfen, da die Voraussetzung hierfür sei, dass das sanktionierte Unternehmen hierdurch einen grossen Teil seines Kundenstamms verlieren müsste, falls sie nicht ihrerseits die Preise senken würde. Da aufgrund der speziellen Situation (lange Vertragslaufzeiten) die Mobilfunkkunden nur träge auf Preissenkungen reagieren können, stellen kurzfristige Preissenkungen keine glaubhaften Sanktionsmechanismen dar, da sich der jeweilige Netzbetreiber lediglich selbst schädigen würde. Nach einem möglichen Zusammenschluss könnte Swisscom allerdings auf jede Preisreduktion der fusionierten Unternehmung mit einer Preisreduktion im gleichen Verhältnis reagieren, so dass jede Preisreduktion der fusionierten Unternehmung letztendlich zu keiner Vergrösserung ihrer Marktanteile führen würde. Eine solche Reaktion von Seiten Swisscom auf Preisänderungen der fusionierten Unternehmung ist aus zwei Gründen höchst wahrscheinlich. Erstens kann Swisscom aufgrund der besseren Kostenstruktur das fusionierte Unternehmen jederzeit im Preis massiv unterbieten und zweitens ist nicht zu erwarten, dass Swisscom einem Kundenschwund tatenlos zusehen würde. Vor diesem Hintergrund ist die Sanktionsandrohung von Seiten Swisscom, dass jegliche Preissenkung der fusionierten Unternehmung wirkungslos sein wird, äusserst wirksam und auch glaubhaft. Vor einem solchen Hintergrund ist auch nicht zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung mit Swisscom überhaupt in Konkurrenz treten kann, wie dies die Zusammenschlussparteien mehrfach vorbringen. Selbst wenn dies – wie dies die Zusammenschlussparteien ausführen – ein Sanktionsmechanismus ist, der hauptsächlich (aber nicht ausschliesslich) von Swisscom angewendet werden kann, ist er dennoch geeignet um zu einem stabilen Kollisionsgleichgewicht zu führen. In der heutigen Situation besteht ein solcher Sanktionsmechanismus nicht, da er nur reaktiv angewendet werden kann. Wenn sich Sunrise und Orange gegenseitig im Preis unterbieten, kann (und muss zu einem gewissen Grad) Swisscom nur nachziehen. Somit beeinflusst der zwischen Sunrise und Orange bestehende Restwettbewerb das Preisniveau. Dieser Restwettbewerb würde durch den Zusammenschluss wegfallen und so einen Sanktionsmechanismus für Swisscom schaffen, der ein stabiles Kollisionsgleichgewicht aufrechterhalten zu vermag. Zwar ist es auch in der gegenwärtigen Situation für Swisscom möglich, auf Preisreduktionen von Sunrise zu reagieren, um ein mögliches Abwandern der Kunden von Swisscom zu Sunrise zu verhindern. Auch Orange könnte eine solche Strategie wählen. Dennoch konnte in der Vergangenheit festgestellt werden, dass Orange gerade keine aggressive Preispolitik betrieben hat und auf diese Weise an Sunrise Marktanteile verloren hat. Bei nur zwei im Markt verbleibenden Anbietern, welche zudem einen

recht grossen Marktanteil auf sich vereinen, gewinnt dieser Sanktionsmechanismus jedoch sehr stark an Bedeutung.

357. In diesem Zusammenhang ist aber auch insbesondere der Terminierungsmarkt zu erwähnen, in dem sich die Netzbetreiber jeweils als Monopolisten (für ihr eigenes Netz) gegenüberstehen. Da sich die Netzbetreiber im Terminierungsmarkt jeweils als Anbieter und Nachfrager gleichzeitig gegenüberstehen, könnten die Terminierungsgebühren zumindest kurzfristig als Instrument zur Sanktionierung eingesetzt werden.

B.4.4.7 Stellung der Marktgegenseite

358. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab, da ein starker Käufer mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren kann.¹³¹ Hierbei hat der Käufer – je nach Marktmacht – die Möglichkeit mit einem Wechsel zur Konkurrenz zu drohen, einen potenziellen neuen Konkurrenten zu fördern bzw. aufzubauen oder das entsprechende Produkt selbst herzustellen.

359. Die Zusammenschlussparteien führen hierzu aus, dass im Retail-Telekommunikationsmarkt und dem Markt für Retail-Telekommunikationsdienstleistungen immer wenige Anbieter einer Vielzahl von Konsumenten entgegenstehen. Daher seien die Ausführungen des Sekretariats zu Käufern mit Verhandlungsmacht ungeeignet zur Beurteilung von Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einen Massenmarkt. Zudem stellen sie zutreffend fest, dass weder vor noch nach dem Zusammenschluss die einzelnen Konsumenten in der Lage seien, die Einzelheiten ihrer Pre- oder Postpaid Angebote zu verhandeln. Alles andere sei ökonomisch auch abwegig. Aber gerade diese Feststellung zeigt, dass die Konsumenten über keinerlei Verhandlungsmacht verfügen und damit reine Preisnehmer sind (vgl. hierzu auch Rz. 363).

360. In der Meldung und in der Stellungnahme wird geltend gemacht, dass aufgrund der Möglichkeit der Kunden ihren Anbieter zu wechseln, Fernmeldedienstleister ihre Angebote stets attraktiv und kompetitiv ausgestalten müssten, um den Weggang von Kunden zu vermeiden. Zudem würde der Konkurrenzdruck der zahlreichen Weiterverkäufer und MVNO die Marktmacht der Kunden verstärken, für die darüber hinaus aufgrund der Flexibilität in Bezug auf die Nummernportierung ein Wechsel des Anbieters umso leichter sei. Ausserdem kenne der Endkunde seine Bedürfnisse und sein eigenes Telefonieverhalten am besten und könne deshalb die Angebote vergleichen und das für ihn günstigste Angebot auswählen. Im Bereich der Weiterverkäufer-Verträge wird vorgebracht, dass verschiedene aktuelle und potenzielle Weiterverkäufer eine starke Verhandlungsposition hätten. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

¹³¹ Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 457, Rz. 304.

361. Zudem machen die Zusammenschlussparteien in der Stellungnahme geltend, dass wichtige Handyproduzenten wie Apple häufig – zumindest in der Einführungszeit – nur mit einem Telekommunikationsanbieter (in der Regel demjenigen mit den meisten Kunden) Verträge abschliessen würden, wodurch es diesbezüglich nicht zu kollusivem Verhalten kommen könne. Gerade in Bezug auf Apple ist dieses Argument nicht schlüssig, da bereits heute neben Swisscom auch Orange, als relativ kleiner Mobilfunkanbieter, entsprechende Verträge mit Apple abgeschlossen hat. Die Zusammenschlussparteien bringen zudem vor, die Equipment- und Inhaltenanbieter würden bereits heute über ausreichende Druckmittel auf die Netzbetreiber verfügen, um zu hohe Preise und eventuelles kollusives Verhalten zu verhindern. Es ist zwar denkbar, dass Equipment- und Inhaltenanbieter auf mögliche überhöhte Preise von Endgeräten oder Inhalte Einfluss nehmen könnten. Inwiefern dies allerdings Wirkung auf die Mobilfunkpreise selbst haben soll, ist nicht ersichtlich.

362. Auch das Vorbringen, der Gesetzgeber habe auf eine Unterstellung der Mobilfunkdienste unter das Grundversorgungsregime mit dem Argument verzichtet, dass der Wettbewerb ausreichend spiele, ist zwar grundsätzlich zutreffend, aber für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt unerheblich. So stellt der Bundesrat fest, dass heute die Mobilfunknetze der ganzen Bevölkerung zur Verfügung stehen und die Kundinnen und Kunden aus den vielen Marktangeboten dasjenige wählen können, das ihren Bedürfnissen am besten entspricht. Alleine die Tatsache, dass die Grundversorgung in der Schweiz gewährleistet ist, sagt noch nichts über die Preisgestaltung und die Wettbewerbsverhältnisse aus. Die Ausführungen des Bundesrates in diesem Zusammenhang zielen ausschliesslich auf die Grundversorgung und nicht auf die im Markt tatsächlich herrschenden Wettbewerbsverhältnisse ab. Aus der Feststellung, dass durch die Marktverhältnisse die Grundversorgung gewährleistet wird, lässt sich in keiner Weise ableiten, dass die Leistungen der Netzbetreiber zu Konkurrenzpreisen angeboten würden.

B.4.4.7.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

363. Der Endkundenmarkt zeichnet sich dadurch aus, dass eine Vielzahl privater und geschäftlicher Kunden einer geringen Anzahl von Mobilfunkanbietern gegenüber steht. Der einzelne Privatkunde macht hierbei einen so geringen Anteil am Umsatz aus, dass er keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilfunkanbieter hat. Er hat nur die Möglichkeit, das ihm unterbreitete Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Zudem wird auch die Möglichkeit zu einem anderen Netzbetreiber zu wechseln alleine schon aufgrund der Verringerung des Angebots von drei auf zwei stark eingeschränkt.

364. Die Markttransparenz ist für den Endkunden aufgrund der Vielzahl von Angeboten und Anbietern (Weiterverkäufer / MVNO) eher als gering einzustufen, so dass hierdurch seine Marktposition weiter geschwächt wird (vgl. auch Rz. 328 ff.). Zwar bietet z.B. Comparis auf seiner Webseite einen Dienst an, mit welchem sich

die einzelnen Mobilfunktarife vergleichen lassen. Allerdings sind diese Preisvergleiche eher pauschaler Natur und können nicht in einem ausreichendem Masse auf den jeweiligen Nutzer abgestimmt werden, so dass er den für sich optimalen Tarif erfragen kann. Alleine schon das Bedürfnis an solchen Auskunftsdiensten im Markt zeigt aber, dass der Mobilfunkmarkt für die Endkunden wenig transparent ist.

365. Es ist davon auszugehen, dass Grosskunden (z.B. Unternehmen mit einer grösseren Anzahl an Mitarbeitern) einen gewissen Verhandlungsspielraum haben und somit von bevorzugten Konditionen (z.B. Rabatten im On-Net-Bereich oder Gratistelefonieren im firmeninternen Netz) profitieren können. Dennoch ist ihre Marktposition im Verhältnis zu den Netzbetreibern als eher schwach einzustufen, da selbst die Summe des Gesamtumsatzes der jeweils grössten drei Kunden weniger als 1 % des Gesamtumsatzes des jeweiligen Netzbetreibers ausmacht.

Tabelle: Umsatzzahlen der 3 grössten Geschäftskunden pro Netzbetreiber

Netzbetreiber	Unternehmen	Umsatz pro Jahr	Anteil am Gesamtumsatz pro Jahr.
Swisscom	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
Orange	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]

366. Durch den Zusammenschluss von Orange und Sunrise würden nur noch zwei Netzbetreiber im Markt verbleiben, so dass auch Grosskunden nur noch eine sehr beschränkte Auswahl hätten. Damit würde ihre ohnehin schon schwache Marktposition noch weiter geschwächt.

B.4.4.7.2. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

367. Im Bereich des internationalen Roaming stehen sich zwar grössere Anbieter gegenüber. Die Vergangenheit hat jedoch auch im europäischen Umfeld gezeigt, dass keiner der im Markt agierenden Anbieter einen Anreiz hat, die Roaming-Gebühren zu senken, da diese direkt an die Endkunden weitergereicht und von diesen in der Regel akzeptiert werden. Aus diesem Grund hat schliesslich die EU auf dem internationalen Roaming-Markt regulierend eingegriffen. Auch im Roaming-Markt besteht eine disziplinierende Marktgegenseite in diesem Sinne nicht.

B.4.4.7.3. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netz-zugangsmarkt)

368. Die starke Position der Netzbetreiber zeigte sich in der Vergangenheit bereits mehrfach deutlich. So wurde beispielsweise der Zugang zu den Mobilfunknetzen erst nach der Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens gewährt (zunächst nur für Migros und Coop, dann auch für Tele2 und weitere).¹³² Weiterverkäufer verfügen in vielen Fällen allerdings über eine bereits gut etablierte Marke und einen Kundenstamm. Diesen können sie nutzen, um bessere Verkaufsprovisionen beim Netzbetreiber auszuhandeln. Dies führt dazu, dass ein Teil des Umsatzes an die Weiterverkäufer geht. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass dies in der Regel nicht weniger als [30-40] % des Umsatzes ausmache und zwar ohne dass sie die Aufwendungen für den Betrieb des eigenen Netzes auf sich nehmen müssten. Folglich seien die [...] im Netzzugangsmarkt erziel-

ten Resultate [...] und es sei unzutreffend, dass die beteiligten Unternehmen im Netzzugangsbereich zu Lasten ihrer Abnehmer überdurchschnittliche Margen generieren würden. Alleine schon aufgrund der zu entrichtenden Provisionen müssen die im Netzzugangsmarkt erzielten Resultate im Vergleich zu den auf dem Endkundenmarkt erzielten Resultate [...] sein. Es ist allerdings anzunehmen, dass die Netzbetreiber auch mit den von Weiterverkäufern angebotenen Tarifen nach wie vor Gewinne erwirtschaften. Alles andere wäre ökonomisch nicht sinnvoll. Da aber wie bereits oben ausgeführt, die einzelnen Weiterverkäufer ihre Tarife im Endkundenmarkt nicht eigenständig festlegen (vgl. Rz. 250), muss hieraus der Schluss gezogen werden, dass die von den Netzbetreibern angebotenen Endkundentarife als vergleichsweise hoch einzustufen sind.

369. Für Weiterverkäufer und MVNO gibt es keinen gesetzlich geregelten Zugang zum Mobilfunknetz, so dass sie von den Netzbetreibern abhängig sind. Ihre Marktposition ist daher als eher schwach einzustufen. Die Zusammenschlussparteien bringen weiter vor, ein MVNO wäre je nach konkreten Umständen als interkonnektionsberechtigter Anbieter zu betrachten, der sich auf Art. 11 FMG berufen könne. Zum jetzigen Zeitpunkt erscheint es zumindest fraglich, ob diese einen Netzzugang via Interkonnektion verlangen können (vgl. Rz. 176). Damit dies möglich wäre, müsste die Originierung von Telefonanrufen als Interkonnektion im Sinne von Art. 11 FMG angesehen werden. Bis heute existiert hierzu noch keine Rechtsprechung. Zudem ist es fraglich, ob ein Verfahren nach Art. 11 FMG für MVNO überhaupt sinnvoll ist, da sie ein langwieriges und unter Umständen kostspieliges Interkonnektionsverfahren mit ungewissem Ausgang einleiten müssten.

¹³² Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung, RPW 2006/3, S. 432.

370. Die Zusammenschlussparteien führen zudem aus, dass es mit Hilfe von Weiterverkäufern und MVNO gelinge, weitere Kundensegmente zu erschliessen, gleichzeitig ihre Netze besser auszulasten und damit die Kosten zu senken. Da sich Weiterverkäufer und MVNO dieser Umstände bewusst seien, verfügten sie über – teilweise sogar starke – Verhandlungsmacht. Die von den Zusammenschlussparteien angesprochene Verhandlungsmacht bezieht sich vorwiegend auf die zu bezahlenden Entgelte, um Geschäfte mit deren Kundenstamm machen zu können und nicht primär auf die absolute Höhe der Endkundenpreise. Vor diesem Hintergrund hat die behauptete Verhandlungsmacht der Weiterverkäufer und MVNO nur beschränkt Auswirkungen auf das Preisniveau im Endkundenmarkt.

371. Im Hinblick auf den Zugang zu Mobilfunknetzen würde der Zusammenschluss von Sunrise und Orange zudem zu einer starken Konzentration führen, so dass lediglich zwei Anbieter (Migros & BeeOne) bei der Swisscom und alle anderen Anbieter das Netz der fusionierten Unternehmung nutzen würden.

B.4.4.7.4. Zwischenergebnis

372. Durch den Wegfall eines dritten eigenständigen Netzanbieters würde die Position der Marktgegenseite auf dem Endkundenmarkt und dem Netzzugangsmarkt zusätzlich geschwächt, während die Koordination unter den beiden verbleibenden Netzbetreibern erheblich vereinfacht würde. Durch den Zusammenschluss würde weiterhin die Stellung der Weiterverkäufer bzw. MVNO zusätzlich geschwächt.

B.4.4.8 Potenzielle Konkurrenz

373. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.¹³³

374. Aufgrund der hohen Initialinvestitionen und der hoch konzentrierten Marktstruktur (vgl. Tabelle 25) ist der Markteintritt für einen Netzbetreiber auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt von hohen Eintrittsbarrieren geprägt.¹³⁴ Bereits zwei Versuche ausländischer Mobilfunkanbieter (Telefonica und Tele2), sich als Netzbetreiber im schweizerischen Markt zu etablieren, sind gescheitert. Seither hat es keine dauerhaften Markteintrittsversuche gegeben, obwohl es möglich wäre, eine weitere Mobilfunkkonzession zu erhalten. Auch wenn der Zusammenschluss keine Auswirkungen auf die Markteintrittsbarrieren betreffend Initialinvestitionen haben wird, ist dennoch davon auszugehen, dass sich die Markteintrittsbarrieren im Allgemeinen durch den Zusammenschluss von Orange und Sunrise noch erhöhen dürften, da hierdurch ein zweites relativ starkes Unternehmen entstehen würde, welches ein grosses Interesse hätte, dass kein zusätzlicher Konkurrent als Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintritt (siehe auch Rz. 219). Auch die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass nicht damit zu rechnen sei, dass in Zukunft ein Netzbetreiber eine landesweite, eigenfinanzierte Netzinfrastruktur schaffen und betreiben wird, da die Kosten hierfür zu hoch seien.

375. Für Weiterverkäufer und MVNO sind die Markteintrittsbarrieren vom finanziellen Aufwand her zwar vergleichsweise gering. Jedoch haben sie aufgrund der Abhängigkeit von den Netzbetreibern kaum die Möglichkeit, mit den Netzbetreibern im Endkundenmarkt in wirksame Konkurrenz zu treten (vgl. Rz. 243). Aus diesem Grund sind, entgegen den Vorbringungen der Zusammenschlussparteien, auch Weiterverkäufer und MVNO nicht als effektive potenzielle Konkurrenz im Endkundenmarkt anzusehen. Wie bereits in Rz. 259 angeführt, ist es zudem sehr unwahrscheinlich, dass sich In&Phone als neuer Netzbetreiber im schweizerischen Markt etablieren wird.

B.4.4.9 Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung

376. Zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung müssen die einzelnen Effekte miteinander in Relation gebracht und einer Gesamtwürdigung unterzogen werden. Hierbei ist, wie bereits in Rz. 233 erwähnt, zu beurteilen, ob Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten bestehen und zudem das Abweichen von kollusivem Verhalten entdeckt und erfolgreich bestraft werden kann. Entgegen den Ausführungen der Zusammenschlussparteien ist es hierbei gerade nicht notwendig nachzuweisen, wie eine solche kollusive Strategie aussehen könnte, solange eine solche möglich ist (siehe auch Rz. 227).

377. Die Zusammenschlussparteien stellen eine Liste von Aspekten auf, über welche sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung ihrer Meinung nach einigen müssten, um ein gleichförmiges Verhalten effektiv erreichen zu können. Sie führen aus, dass ein – implizit oder explizit – kollusives Verhalten für all diese Punkte schlicht unmöglich sei. Im Hinblick auf eine mögliche Kollusion stellt sich allerdings nicht die Frage, ob die Kollusionspartner ein perfekt gleichförmiges Verhalten an den Tag legen müssen, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Zielführend für eine Kollusion ist bereits, dass sich die Kollusionspartner in den wesentlichen Aspekten (insbesondere der Preissetzung) gleichförmig verhalten können und dies auch wollen.

B.4.4.9.1. Auswirkung auf den Endkundenmarkt

378. Wie bereits in Rz. 315 gezeigt, befindet sich der Endkundenmarkt weitgehend in einer Reifephase und die Marktverhältnisse sind als stabil zu bezeichnen. Vor diesem Hintergrund zielt ein möglicher Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern nicht auf die Gewinnung neuer Kunden ab. Vielmehr konkurrieren die Mobilfunkanbieter weitgehend um die im Markt bestehenden Kunden. Im Mobilfunkmarkt werden lediglich drei Grunddienstleistungen (Sprachtelefonie, SMS/MMS und mobiles Internet) angeboten. Während heute bei den drei Grunddienstleistungen noch geringfügige Unterschiede in der Qualität (Netzabdeckung, etc.) bestehen, ist nach dem Zusammenschluss damit zu rechnen, dass auch

¹³³ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 143.

¹³⁴ Zur Frage der potenziellen Konkurrenz vgl. Rz. 166 ff.

diese durch die Netzzusammenlegung verschwinden werden. Auch in Zukunft wird nicht damit zu rechnen sein, dass zwischen den Netzbetreibern grosse technologische oder qualitative Unterschiede entstehen werden. Vor diesem Hintergrund können Marktanteilsverschiebungen auf längere Frist vorwiegend durch eine unterschiedliche Tarifgestaltung (Preissetzung) erreicht werden. Um mehr Marktanteile zu erzielen, müsste ein Mobilfunkanbieter daher langfristig seine Preise senken.

379. Die Möglichkeit seine Preise zu senken, um mehr Marktanteile zu gewinnen, hängt von der eigenen Kostenstruktur ab. Grundsätzlich können Preise soweit gesenkt werden, bis der Mobilfunkanbieter nur noch kostendeckend anbietet. Während vor dem Zusammenschluss die Mobilfunkanbieter unterschiedliche Kostenstrukturen aufwiesen, werden sich diese nach dem Zusammenschluss stark annähern (vgl. Rz. 287). Vor diesem Hintergrund kann jeder der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber mit Preissenkungen des jeweils anderen mitgehen, so dass jeder Mobilfunkanbieter durch Preissenkungen grundsätzlich keine Erhöhung seines Marktanteils erzielen kann, wenn die anderen Mobilfunkanbieter ihre Preise ebenfalls senken. Daher ist zu erwarten, dass jede Preissenkung auf dem Endkundenmarkt aufgrund der geringeren Margen lediglich zu einem Gewinnrückgang führt. Vor diesem Hintergrund haben die Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt ein erhöhtes Interesse zu implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten.

380. Ein kolludierendes Verhalten ist im schweizerischen Mobilfunkmarkt auch ohne weiteres möglich, da die Marktgegenseite über keinerlei Marktmacht verfügt (vgl. Rz. 363 ff.), Weiterverkäufer keine Konkurrenz darstellen (vgl. Rz. 247 f.) und MVNO bisher keinen merklichen Einfluss auf das Marktgeschehen im Endkundenmarkt nehmen konnten (vgl. Rz. 243 ff.). Somit bestehen keine Marktteilnehmer, welche disziplinierend auf die beiden verbleibenden Netzbetreiber einwirken könnten.

381. Aufgrund der für die Netzbetreiber guten Beobachtbarkeit des Endkundenmarkts (Rz. 336) könnte auch ein Abweichen des jeweils anderen Netzbetreibers vom impliziten oder expliziten Kollusionsgleichgewicht jederzeit bemerkt werden. Ebenfalls bestehen für die Mobilfunkbetreiber geeignete Sanktionsmechanismen, mit welchen sie ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestrafen können (vgl. Rz. 355).

Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt

382. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die Wettbewerbskommission, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. 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.

383. Wie bereits oben aufgezeigt, werden nach erfolgtem Zusammenschluss nur noch zwei Netzbetreiber auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt tätig sein. Da die Weiterverkäufer den Netzbetreibern zuzurechnen sind und MVNO weniger als [0-10]% (bzw. [0-10]%) Marktanteile

(vgl. Tabelle 15) innehaben, würde nach erfolgtem Zusammenschluss faktisch ein Duopol entstehen. Aufgrund der oben beschriebenen Marktverhältnisse ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die beiden Duopolisten in der Zukunft im Endkundenmarkt gegenseitig in den Preisen unterbieten werden, da der Endkundenmarkt die Haupteinnahmequelle darstellt.

384. Der Mobilfunkmarkt ist international dadurch gekennzeichnet, dass die Endkundenpreise stetig fallen. Diesem internationalen Trend konnte sich auch der schweizerische Mobilfunkmarkt in der Vergangenheit nicht entziehen. So rechnet auch France Télécom in den nächsten Jahren mit einem Sinken der Mobilfunkpreise um ca. 6% pro Jahr.¹³⁵ Allerdings kann festgestellt werden, dass die schweizerischen Mobilfunkpreise deutlich über dem Durchschnitt der Europäischen Union liegen. Sunrise hat historisch gesehen meist die niedrigsten Endkundenpreise angeboten und damit einen gewissen Preisdruck auf die beiden anderen Netzbetreiber ausgeübt (vgl. Rz. 157 und Rz. 241). Durch den Zusammenschluss würde derjenige Netzbetreiber wegfallen, der ein massgeblicher Treiber der Kostensenkungen im schweizerischen Mobilfunkmarkt ist. Da sich die fusionierte Unternehmung und Swisscom besser koordinieren können und der Netzbetreiber, der historisch gesehen die günstigsten Mobilfunkpreise angeboten hat, wegfällt, ist zu erwarten, dass die Preise im schweizerischen Mobilfunkmarkt noch langsamer sinken als bisher oder auf dem bisherigen Niveau verharren bzw. steigen werden. Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass selbst bei geringfügigen in der Zukunft zu erwartenden Preissenkungen, die Differenz zum Preisniveau des Auslandes weiter ansteigen wird.

385. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, da sich die Anreize zur Senkung der Preise mit der Grösse des Kundenstamms ändert. Preisaggressive Tarife führen zu einer geringeren Profitabilität des existierenden Kundenstamms, da die Konditionen solcher Tarife auch an die Bestandskunden weitergegeben werden müssen. Zwar ist es aufgrund der Trägheit des Endkundenmarktes im Abonnementsbereich für eine bestimmte Zeit möglich, zwischen Tarifen für Neukunden und für Bestandskunden zu differenzieren. Mittelfristig werden aber gesenkte Tarife für Neukunden in jedem Fall Auswirkungen auf den bestehenden Kundenstamm haben, da Bestandskunden eine längerfristige Differenzierung (zumindest nicht länger als die vereinbarte Vertragsdauer von 12 oder 24 Monaten) nicht hinnehmen werden. Aus diesem Grund ist ein dauerhaftes Niedrigpreisangebot zur Gewinnung von Neukunden umso unwahrscheinlicher, je grösser der Kundenstamm ist. Denn im Hinblick auf den bestehenden Kundenstamm drohen Einnahmeverluste, die durch die erwarteten zusätzlichen Einnahmen von den Neukunden nicht mehr kompensiert werden können (vgl. hierzu auch Ausführungen in Rz. 231). Die Zusammenschlussparteien originierten beispielsweise im Jahr

¹³⁵ Vgl. "Mobil-Tarife sinken jährlich 6 Prozent", in: NZZ am Sonntag vom 7. Februar 2010, abrufbar unter: www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobiltarife_sinken_jaehrlich_6_prozent_1.4846946.html (zuletzt besucht am 16. Februar 2010).

2009 pro Monat durchschnittlich [...]. Würde die fusionierte Unternehmung die Mobilfunktarife um einen Rappen senken, so würde dies beim bestehenden Kundentamm zu einem Rückgang der Einnahmen von [...] führen. Bei einer durchschnittlichen ARPU des fusionierten Unternehmens bei Endkunden im Postpaid-Bereich von [...], müsste das Unternehmen [...] neue Kunden gewinnen, um die Preissenkung von einem Rappen zu kompensieren. Sunrise originierte im Jahr 2009 hingegen pro Monat durchschnittlich [...]. Vor diesem Hintergrund müsste Sunrise bei einer durchschnittlichen ARPU bei Endkunden im Postpaid-Bereich von [...] neue Kunden akquirieren. Zudem hat Sunrise die Möglichkeit, durch attraktive Angebote Kunden von Orange und Swisscom abzuwerben, während die fusionierte Unternehmung nur die Möglichkeit hat von Swisscom Kunden abzuwerben.

386. Im Parteigutachten von RBB Economics bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass Neukunden auch ohne Preissenkungen akquiriert werden können, wenn spezielle (zeitlich befristete) Angebote und Rabatte für Neukunden angeboten werden. Es ist zwar korrekt, dass mit so genannten „Lockvogel-Angeboten“ ebenfalls Neukunden gewonnen werden können. Allerdings ist hierbei fraglich, inwieweit diese Kunden längerfristig gebunden werden können. Ausserdem wird auch schon heute von solchen Promotionen Gebrauch gemacht, ohne dass sich die Marktanteile signifikant geändert haben. Zudem werden bestehende Kunden, deren Abonnement ausläuft, eine solche Preisdiskriminierung nur in beschränktem Masse akzeptieren, so dass letztendlich im Mobilfunkbereich die Möglichkeiten zur Preissenkung durch spezielle Angebote, die sich nur an Neukunden richten, sehr begrenzt ist.

387. Die Zusammenschlussparteien merken in diesem Zusammenhang zudem an, dass die Preissenkung von Sunrise im Oktober 2007 deutlich zeige, dass eine Preissenkung nach einer kurzen Übergangszeit zu höheren Umsätzen und höherer Profitabilität führe. [...].

388. Mit diese Ausführungen bestätigen die Zusammenschlussparteien, dass nach Preissenkungen im Mobilfunkmarkt aufgrund der Trägheit der Märkte lange Zeiträume ([...]) nötig sind, bis es zu spürbaren Effekten kommt und dass Preissenkungen zu Umsatzverlusten führen, die in der Folge mit einem höheren Telefonievolumen kompensiert werden müssen.

389. Zusammenfassend muss daher geschlussfolgert werden, dass der Zusammenschluss zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Endkundenmarkt beseitigt werden kann.

B.4.4.9.2. Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

390. Durch den Zusammenschluss wird die fusionierte Unternehmung eine bessere Netzabdeckung haben und über eine grössere Kundenbasis verfügen. Daher ist zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung günstigere Roaming-Vereinbarungen mit ausländischen Mobilfunkanbietern schliessen können wird. Im Hinblick auf die Roaming-Tarife für ausländische Mobilfunkkunden kann

grundsätzlich auf die Ausführungen von Abschnitt B.4.4.9.1 verwiesen werden (vgl. Rz. 325 ff.). Dennoch ist anzunehmen, dass die ausländischen Mobilfunkunternehmen über eine grosse Verhandlungsmacht verfügen. Da sowohl Swisscom als auch die fusionierte Unternehmung in einer internationalen Roaming-Allianz Mitglied sein werden, ist zu erwarten, dass hierdurch eine disziplinierende Wirkung ausgeübt wird. Vor diesem Hintergrund ist eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Roaming-Markt beseitigt werden kann, zumindest fraglich.

B.4.4.9.3. Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

391. Im Netzzugangsmarkt werden sich die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss am stärksten verändern, da Swisscom in diesem Markt bis anhin vergleichsweise geringe Aktivität zeigt. Gleichzeitig hat der Netzzugangsmarkt direkte Auswirkungen auf den Endkundenmarkt, da jeder neue Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen gleichzeitig ein neuer Teilnehmer auf dem Endkundenmarkt ist.

392. Durch den Zusammenschluss entsteht auf dem Netzzugangsmarkt ein Duopol, da dann in der Schweiz nur noch zwei Netzbetreiber tätig sind. Durch den Wegfall eines Netzbetreibers wird daher die Verhandlungsposition der Weiterverkäufer und MVNO geschwächt, während die Koordination zwischen den Duopolisten erleichtert wird.

Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Netzzugangsmarkt

393. Der Zusammenschluss wird sich für Weiterverkäufer in erster Linie auf die Provisionszahlungen auswirken. Da sich Swisscom bei der Gewährung des Netzzugangs eher verhalten gezeigt hat (lediglich ein Weiterverkäufer (Migros) und ein MVNO (BeeOne) nutzen derzeit das Swisscom Netz), würde bei der fusionierten Unternehmung eine Marktkonzentration entstehen, welche es ihr erlaubt die Zugangsbedingungen weitgehend unabhängig festzulegen. Ein Weiterverkäufer oder MVNO kann heute mit allen drei Netzbetreibern über einen Netzzugang verhandeln. Dennoch nutzt ein Grossteil der Weiterverkäufer und MVNO die Netze von Sunrise und Orange.

394. Während heute zwischen Sunrise und Orange auf dem Netzzugangsmarkt eine gewisse Konkurrenz betreffend der Zugangsbedingungen herrscht, würde diese nach dem Zusammenschluss wegfallen. Swisscom hat sich in der Vergangenheit bei der Gewährung des Netzzugangs auf einen Weiterverkäufer (Migros) und einen MVNO (BeeOne) beschränkt. Selbst wenn Swisscom diese Strategie in der Zukunft nicht weiter beibehalten sollte, wären die Ausweichmöglichkeiten für Weiterverkäufer und MVNO weniger attraktiv, da Swisscom bereits heute keine aggressive Marktstrategie verfolgt und damit weniger stark auf MVNO und Weiterverkäufer angewiesen ist, als Sunrise heute. Für Weiterverkäufer und MVNO wird es ausserdem schwieriger sein, mit Swisscom zu verhandeln, da Swisscom alleine schon

durch ihre Grösse über bedeutend mehr Marktmacht verfügt, als Sunrise heute.

395. Der Zusammenschluss wird somit zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens führen, durch die wirksamer Wettbewerb im Endkundenmarkt beseitigt werden kann.

B.4.4.10 Zusammenfassende dynamische Gesamtbetrachtung

396. Eine kollektive Marktbeherrschung bedarf einer Gesamtwürdigung der einzelnen Faktoren, welche eine Interpretation des wettbewerblichen Marktverhaltens der hieran beteiligten Akteure erlaubt. So machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass für die Annahme eines kollusiven Verhaltens die Erfüllung der folgenden zentralen Voraussetzungen notwendig seien: Erzielen von Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten; Möglichkeit der Überwachung von Abweichungen; Vorhandensein von glaubhaften Abschreckungsmechanismen; Fehlen von Reaktionen Aussenstehender, welche die Koordinierung gefährden könnten. Hierzu seien diese Faktoren in einen geeigneten Gesamtzusammenhang zu setzen, der eine einwandfreie Rechtsanwendung zulasse. GANZ fordert zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung die Analyse von kollusionshemmenden und fördernden Marktcharakteristika jeweils auf vier Ebenen zu untersuchen. Hierzu müssen (1) Anreize zur Etablierung und (2) zur Aufrechterhaltung von implizitem und explizitem kollusivem Verhalten sowie Möglichkeiten untersucht werden, (3) Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und (4) erfolgreich zu unterbinden (z.B. durch Bestrafung).¹³⁶ In der ökonomischen Literatur wird sogar davon ausgegangen, dass (implizites) kollusives Verhalten alleine schon dadurch entstehen kann, dass die Möglichkeit besteht, (1) das Abweichen vom kollusiven Verhalten zeitnah zu entdecken und (2) eine Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen.¹³⁷ Nachfolgend werden daher in einer dynamischen Gesamtbetrachtung die Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten sowie die Möglichkeiten, Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen, zusammengefasst.

B.4.4.10.1. Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollektivem Verhalten

397. Der Endkundenmarkt ist im Mobilfunkbereich dadurch gekennzeichnet, dass die hierauf angebotenen Güter weitgehend homogen sind (vgl. Rz. 294 - 298) und der Wettbewerb vorwiegend über den Preis stattfindet (vgl. Rz. 231 f.). Gleichzeitig reagiert der Mobilfunkmarkt auf Preisänderungen recht träge, so dass sich Preisänderungen erst mit einer starken zeitlichen Verzögerung bemerkbar machen (vgl. Rz. 157, 385), wie dies am Beispiel von Sunrise im Markt deutlich beobachtbar ist (vgl. Rz. 241). Weil sich aber Preisänderungen umso stärker auf den Umsatz auswirken, je grösser die Kundenbasis ist, steigen mit einer grösseren Kundenbasis die Anreize zur Kollusion, während gleichzeitig die Möglichkeiten zu effektivem Wettbewerb sinken (vgl. Rz. 385). Da sowohl der Netzzugangsmarkt (vgl. Rz. 348) als auch der Terminierungsmarkt (vgl. Rz. 349) einen Einfluss auf den Wettbewerb im Endkundenmarkt haben

und die Haupteinnahmequelle im Bereich Mobilfunk bei den Endkunden liegt, bestehen auch auf diesen Märkten erhöhte Anreize zur Kollusion.

398. In der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurde zudem festgestellt, dass sich durch den Zusammenschluss die Anzahl der im Endkundenmarkt effektiv konkurrenzierenden Unternehmen von drei auf zwei reduzieren würde (vgl. Rz. 243 - Rz. 266). Zudem würden sich die beiden Unternehmen in technologischer Hinsicht (insbesondere, was die Frequenzausstattung anbelangt; vgl. Rz. 290 ff.), aber auch hinsichtlich der Kostenstruktur (vgl. Rz. 282 ff.), der Produkte (vgl. Rz. 294 ff.) sowie der Interessen (vgl. Rz. 299 ff. und Rz. 385) angleichen. Weiterhin befindet sich der Mobilfunkmarkt in einer Reifephase, so dass grössere Marktanteile nur noch auf Kosten der Konkurrenten hinzugewonnen werden können (vgl. Rz. 306, Rz. 315). Zwar ist es im Netzzugangsmarkt in den letzten Jahren zu neuen Markteintritten von MVNO und Weiterverkäufern gekommen. Da diese aber bisher zu den Netzbetreibern nicht in effektive Konkurrenz getreten sind, reichen diese Neuzutritte nicht aus, um ein kollusives Gleichgewicht zu stören (vgl. Rz. 321 ff.). Auch die Stellung der Marktgegenseite auf dem Endkundenmarkt (vgl. Rz. 363 ff.) und dem Netzzugangsmarkt (vgl. Rz. 247 ff., Rz. 368 f.) ist als sehr schwach zu qualifizieren. Der internationale Roamingmarkt hat zudem kaum einen Einfluss auf die Preissetzung im Endkundenmarkt. Es ist daher auch keinerlei disziplinierende Wirkung von der Marktgegenseite zu erwarten.

399. Vor diesem Hintergrund werden durch den Zusammenschluss die Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten verstärkt. Deshalb ist auch nicht davon auszugehen, dass die durch den Zusammenschluss realisierten Effizienzgewinne in erheblichem Masse an den Endkunden weitergegeben werden.

B.4.4.10.2. Möglichkeiten zur Entdeckung und Sanktionierung von Abweichungen vom kollusionsgleichgewicht

400. Für Unternehmen, die sich regelmässig mit der Preissetzung im Bereich Mobilfunk auseinandersetzen, ist der Mobilfunkmarkt (nicht auch zuletzt aufgrund der gesetzlichen Publizitätspflichten) sehr transparent (vgl. Rz. 328 ff.). Daher können Mobilfunkunternehmen die Preise und Preisstrategien im Endkundenmarkt (da diese zumeist vorangekündigt werden) frühzeitig erkennen.

401. Der fusionierten Unternehmung würden aber auch wirksame Sanktionsmechanismen zur Verfügung stehen, mit welchen sie gegen Swisscom vorgehen könnte (vgl. Rz. 354 f.). Neben der Möglichkeit zur glaubhaften Androhung von Interkonkurrenzverfahren ist auch der Terminierungsmarkt zu nennen (vgl. Rz. 355). Selbst wenn die Erhöhung der Terminierungsgebühren durch

¹³⁶ GANZ ELIANE E., a.a.O., S. 165 f.

¹³⁷ MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 140.

einen der Marktteilnehmer nur über einen gewissen Zeitraum möglich ist, so stellt sie ein glaubhaftes Drohpotenzial dar, welches den jeweils anderen Mobilfunkanbieter davon abhalten kann, vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen. Die wohl wirksamste Sanktionsmöglichkeit, auf ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht zu reagieren, ist die Drohung des jeweils anderen Mobilfunkanbieters, ebenfalls in der selben Art und Weise vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen, wodurch der erhoffte Effekt vom abweichenden Marktteilnehmer nicht realisiert werden könnte.

402. Wie dargelegt verfügen die Mobilfunkanbieter über geeignete und effektive Sanktionsmechanismen, welche sie aufgrund der sehr hohen Markttransparenz für Mobilfunkbetreiber gezielt dazu einsetzen können, um ein kollusives Gleichgewicht zu etablieren und auch über längere Zeit beizubehalten.

B.4.4.11 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt

403. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, der die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

404. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien wird sich der Zusammenschluss sowohl auf den betroffenen Märkten, als auch auf anderen Märkten positiv auswirken. So soll die fusionierte Unternehmung insbesondere in der Lage sein, verbesserte Kundenangebote zu lancieren. Vorgebracht werden in diesem Zusammenhang unter anderem die Reduktion von Abdeckungslücken, Ausbau der Dienstleistungs- und Produktangebote sowie der konvergenten Angebote, Verbesserung des Dienstleistungsniveaus und Verbesserung und Ausweitung des Vertriebsnetzwerks. Darüber hinaus führen die Zusammenschlussparteien nicht aus, inwiefern und in welchen Märkten dies zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führen könnte.

405. Diese Argumentation könnte in Bezug auf die Abdeckungslücken jedoch nur als Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse vorgebracht werden, wenn vorliegend keine kollektive Marktbeherrschung der fusionierten Unternehmung mit Swisscom festgestellt würde. In den Bereichen, in denen heute Abdeckungslücken sowohl von Sunrise als auch Orange bestehen, würde man von einer allfälligen Einzelmarktbeherrschung von Swisscom zu einer kollektiven Marktbeherrschung übergehen, was keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse darstellt.

406. Bezüglich der konvergenten Angebote ist darauf hinzuweisen, dass die Zusammenschlussparteien solche bereits heute anbieten. Auch im Festnetz- und Breitbandmarkt sind heute entweder Orange, Sunrise oder gar beide Unternehmen tätig. Die fusionierte Unternehmung wird dort nicht in Märkte eintreten, in denen bis anhin weder Orange noch Sunrise tätig waren. Auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass sich die Wettbewerbssituation in diesen Märkten etwas verbessern könnte, ist nicht davon auszugehen, dass diese Verbesserung die massiven Nachteile einer kollektiven Marktbeherrschung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleis-

tungen und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu überwiegen vermögen.

407. Die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Verbesserungen (Synergien, attraktive Bündelangebote, Effizienzsteigerungen, etc.) führen dazu, dass die fusionierte Unternehmung eine stärkere Marktposition innehaben wird, als dies heute für Orange und Sunrise je einzeln der Fall ist. Von dieser Tatsache kann jedoch nicht auf eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen als den vertieft geprüften Märkten geschlossen werden, welche die Nachteile der kollektiven Marktbeherrschung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu überwiegen vermag.

B.4.4.12 Effizienzgewinne

408. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sich zwei Unternehmen mit dem Ziel zusammenschliessen wollen, ihre Effizienz zu verbessern. Es bestehe Einigkeit darüber, dass eine Effizienzsteigerung von Unternehmen im Gesamtzusammenhang als positiv beurteilt werden müsse. Selbst wenn sich auf den betroffenen Märkten symmetrischere Bedingungen ergeben sollten, sei trotzdem unwahrscheinlich, dass ein solcher rein formaler Umstand die gesicherten Wohlfahrtsvorteile aus den Effizienzsteigerungen zu überwiegen vermöge.

409. Im Rahmen der Fusionskontrolle wird basierend auf Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ein so genannter CSDP-Test („Creation or Strengthening of Dominant Position“) durchgeführt. Hierbei wird geprüft, ob der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.¹³⁸ Demnach sind Zusammenschlüsse zu verbieten, welche dazu führen, dass nach dem Zusammenschluss ein einzelnes Unternehmen über eine monopolähnliche Stellung verfügt (Einzelmarktbeherrschung) und/oder zwei oder mehr Unternehmen den Markt kollektiv beherrschen (kollektive Marktbeherrschung). In diesem Rahmen können Effizienzeinreden, wie sie in der Europäischen Union im Rahmen eines SIEC- oder SLC-Test angewendet werden, allenfalls betrachtet werden, wenn sie geeignet sind, eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermeiden. Eine solche Effizienzeinrede hat zum Ziel, dem Trade-off zwischen anti-kompetitiven Effekten (z.B. Tendenzen zu Preiserhöhungen infolge gestiegener Marktmacht) und pro-kompetitiven Effekten (z.B. Tendenz zu Preissenkungen infolge synergiebedingter Kostensenkungen) eines Unternehmenszusammenschlusses Rechnung zu tragen. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass ein Zusammenschluss, durch welchen Effizienzgewinne realisiert werden, die allfällige anti-kompetitive Effekte überkompensieren, nicht verhindert wird.

¹³⁸ Vgl. Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, abrufbar unter: www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de (zuletzt besucht am 14. April 2010), Rz. 230.

410. Im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle werden Effizienzgewinne allerdings nur berücksichtigt, wenn die Zusammenschlussparteien nachweisen, dass und auf welche Weise die durch einen Unternehmenszusammenschluss erzielten Effizienzgewinne den Wettbewerb verstärken.¹³⁹ Diese Überlegungen und die darauf beruhenden, von den Parteien angerufenen horizontalen Leitlinien können allerdings nicht unbesehen auf den schweizerischen CSDP-Test übertragen werden, da die europäische Zusammenschlusskontrolle in ihrer Konzeption von der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle abweicht. Selbst wenn sie übernommen werden könnten, würde dies in jedem Fall voraussetzen, dass die Effizienzsteigerungen an die Konsumenten weitergegeben werden. An der Erfüllung dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall.

411. Grundsätzlich ist bei jedem Unternehmenszusammenschluss davon auszugehen, dass dieser zu Vorteilen für mindestens eine der Zusammenschlussparteien führt. Vor diesem Hintergrund ist auch vorliegend davon auszugehen, dass der geplante Zusammenschluss zu Effizienzgewinnen für die fusionierte Unternehmung führen wird. Dies wird insbesondere durch die Berechnung des BAKOM betreffend Netzkosten ersichtlich (vgl. Tabelle 30 und Tabelle 31). Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurde festgestellt, dass es durch den Zusammenschluss zu einer kollektiven Marktmarktbeherrschung kommen würde (vgl. diesbezüglich die Ausführungen zur kollektiven Marktbeherrschung sowie zusammenfassend Rz. 397 ff.), weshalb den von den Zusammenschlussparteien angefügten Effizienzgewinnen und den damit möglichen pro-kompetitiven Effekten anti-kompetitive Effekte durch die kollektive Marktbeherrschung entgegenstehen.

412. Die Zusammenschlussparteien haben vorgebracht, dass sie die realisierten Effizienzgewinne dazu verwenden möchten, [...]. Ausserdem würde das fusionierte Unternehmen vor dem Dilemma stehen, einerseits die Kosteneinsparungen an die Kunden weiterzugeben und andererseits damit Investitionen tätigen zu müssen. Insbesondere vor diesem Hintergrund machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die fusionierte Unternehmung sich vorerst damit beschäftigen müsse, die beiden Netze zusammenzuführen. Zudem gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, [...]. Im Rahmen der Anhörungen zu möglichen Auflagen haben die Zusammenschlussparteien geltend gemacht, dass [...]. Trotz dieser Zusagen ist daher keine Weitergabe der – durch den Zusammenschluss – erzielten Synergien an die Konsumenten ersichtlich, welche die negativen Auswirkungen der kollektiven Marktbeherrschung auf den Wettbewerb zu überwiegen und damit zu vermeiden vermag.

413. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist im übrigen darauf hinzuweisen, dass es den Zusammenschlussparteien möglich wäre, zumindest einen Teil der Effizienzgewinne durch eine Zusammenlegung ihrer Netze zu realisieren (vgl. auch Rz. 292) und auf diese Weise die Investitionen zum Aufbau eines LTE-Netzes zu teilen, was auch der Präsident der ComCom im Rahmen der Anhörungen bestätigt hat. Die Synergien im Netzbereich liessen sich also auch ohne Unternehmenszusammenschluss realisieren.

B.4.5 Mögliche Auflagen

414. Im Rahmen der Anhörung vom 22. März 2010 hat der Präsident der ComCom verschiedene Möglichkeiten für Auflagen vorgeschlagen, welche den Zusammenschlussparteien zur Stellungnahme unterbreitet wurden.

415. Die vom Präsidenten der ComCom vorgeschlagenen Auflagen wurden durch die Zusammenschlussparteien abgelehnt. Die Zusammenschlussparteien haben allerdings die nachfolgenden Auflagen vorgeschlagen:

[...]

416. [...]

417. [...]

418. [...]

419. [...]

420. [...]

421. [...]

422. [...]

423. [...]

424. [...]

425. [...]

426. [...]

427. Zusammengefasst muss daher gesagt werden, dass die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagenen Auflagen nicht geeignet sind, die aus dem Zusammenschluss resultierende Begründung der marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, soweit abzuschwächen, dass der Zusammenschluss mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden könnte.

B.5 Schlussfolgerungen

428. Aus diesen Gründen ergibt die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO, dass das Zusammenschlussvorhaben zwischen France Télécom und Sunrise eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Endkundenmarkt und im Netzzugangsmarkt mit Swisscom begründet. Hierdurch kann wirksamer Wettbewerb beseitigt werden (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), insbesondere auch deshalb, weil der derzeitige "Maverick" aus dem Markt verschwinden würde (vgl. Rz. 157 ff., Rz. 241, Rz. 385). Zugleich ergibt sich durch den Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Es sind auch keine zielführenden Auflagen oder Bedingungen ersichtlich, mittels welcher der Zusammenschluss genehmigt werden könnte.

429. Die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 41-0594 France Télécom SA/Sunrise Communications AG hat ergeben, dass der Zusammenschluss nicht zugelassen werden kann.

¹³⁹ Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Horizontale Leitlinien), 2004/C 31/03, ABI C 31/05, Rz. 76 ff.

B.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

430. Die Zusammenschlussparteien beantragen den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission in Sachen Zusammenschlussvorhaben France Télécom SA/Sunrise Communications AG. Begründet wird dies durch die Beschwerdemöglichkeit einer dritten Partei im Falle der Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung. Die Zusammenschlussparteien legen dar, dass es den beteiligten Unternehmen möglich sein müsse, das Zusammenschlussvorhaben auch im Falle einer solchen Beschwerde einer Drittpartei unter Einhaltung der verfügten Auflagen zu vollziehen.

431. Im Falle eines Zusammenschlusses unter Auflagen und Bedingungen kann, wenn von der WEKO eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, die Beschwerdemöglichkeit einer dritten Partei nicht vollumfänglich ausgeschlossen werden. Daher könnte in einer solchen Konstellation der Entzug der aufschiebenden Wirkung im Falle einer Beschwerde durch eine dritte Partei geboten sein.

432. Für den Fall, dass das Zusammenschlussvorhaben untersagt wird, ist ein Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht möglich, da dies den Entscheid quasi verunmöglichen würde. Zudem würde durch den beginnenden Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die Beschwerde präjudiziert.

C Kosten

433. 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 France Télécom SA und Sunrise Communications AG.

434. 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.

435. 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 910 Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 200.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 182'000.-.

436. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 187'000.-, bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von CHF 182'000.- für die Prüfung.

437. 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 France Télécom SA und Sunrise Communications AG solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.
2. Der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung nicht entzogen.
3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 2.3

4. Ringier AG/Axel Springer AG (GU osteuropäische Aktivitäten)

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 31. Mai 2010.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Mai 2010

1. Am 18. Mai 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die vollständige Meldung (Meldung) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Ringier AG (Ringier) und die Axel Springer AG (Axel Springer) ihre Geschäfte in sechs Ländern Osteuropas in einem neuen Unternehmen mit Hauptsitz in Zürich zusammenzulegen (www.ringier.ch, besucht am 17. Mai 2010). Die Tätigkeiten des neuen Gemeinschaftsunternehmens umfassen gemäss Meldung Aktivitäten von Ringier und Axel Springer im Bereich der gedruckten und elektronischen Medien in der Tschechischen Republik, Ungarn, Polen, Serbien, Bosnien-Herzegowina und der Slowakischen Republik. Am Aktienkapital des neuen Gemeinschaftsunternehmens (GU) werden Ringier und Axel Springer je 50 % halten.

2. Ringier ist ein multinational tätiges Medienunternehmen. Das Tätigkeitsgebiet umfasst gemäss Meldung die Schweiz, Deutschland, Zentral- und Osteuropa sowie Asien. Ringier verlege weltweit mehr als 120 Zeitungen und Zeitschriften, produziere und vermarkte über 20 Fernsehsendungen, halte wesentliche Beteiligungen an Fernseh- und Radiokanälen, unterhalte mehr als 80 Web- und Mobile-Plattformen und betreibe 11 Druckereien.

3. In der Schweiz habe Ringier im Jahr 2008 mit rund 3500 Personen einen Umsatz von 939 Mio. Fr. erreicht (www.ringier.ch, besucht am 17. Mai 2010). Gemäss Meldung ist Ringier in den drei Hauptsprachgebieten der Schweiz vertreten. Insgesamt verlege Ringier in der Schweiz zwei Zeitungen (z. B. Blick), eine Abendzeitung (Blick am Abend), zwei Sonntagszeitungen und 13 Zeitschriften (z. B. Glückspost). Ebenso sei Ringier in der Schweiz in den Bereichen Fernsehen, Radio (Radio Energy Zürich und Radio Energy Bern) und Online-Medien tätig. Zudem produziere Ringier Fernsehsendungen für das Schweizer Fernsehen SF. In das neu zu gründende GU bringe Ringier seine Tätigkeiten in den Ländern Polen, Ungarn, Tschechische Republik, Slowakische Republik und Serbien ein.

4. Axel Springer ist ein deutscher Zeitungs- und Zeitschriftenverlag. Unter www.axelspringer.de (besucht am 17. Mai 2010) bezeichnet sich Axel Springer als ein in Europa führendes, multimedial integriertes Print-, Online- und Web-TV-Unternehmen. Axel Springer beschäftigt rund 10 000 Personen. Gemäss Meldung umfasst das Geschäft von Axel Springer aktuellen, informativen beziehungsweise unterhaltensamen Journalismus (zum Beispiel die Printprodukte Bild oder Welt). Insgesamt sei

Axel Springer mit über 170 Zeitungen und Zeitschriften, über 80 Online-Angeboten für die unterschiedlichsten Interessengruppen und Informationsbedürfnisse sowie Beteiligungen an TV- und Radiosendern in insgesamt 36 Ländern aktiv (www.axelspringer.de, besucht am 17. Mai 2010).

5. In der Schweiz ist Axel Springer mit dem Tochterunternehmen Axel Springer Schweiz tätig. Axel Springer Schweiz sei im Jahr 2007 aus der Fusion der Jean Frey AG und dem Verlag Handelszeitung hervorgegangen (www.axelspringer.ch, besucht am 17. Mai 2010). Axel Springer Schweiz gehöre zu den führenden Medienhäusern der Schweiz. Neben dem Printbereich (z. B. Handelszeitung, Beobachter, Bilanz oder Tele) ist Axel Springer Schweiz mit der Amiado-Gruppe im Bereich der digitalen Medien vertreten (z. B. www.students.ch oder www.usgang.ch). Axel Springer Schweiz beschäftige rund 400 Mitarbeiter. In das neu zu gründende GU bringe Axel Springer seine Tätigkeiten in den Ländern Polen, Ungarn, Tschechische Republik, Slowakische Republik und Serbien ein.

6. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist grundsätzlich meldepflichtig. Allerdings betreffen die Aktivitäten des Zusammenschlussvorhabens vorwiegend verschiedene osteuropäische Länder. Gemäss alter Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden bis im März 2009 bestand bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens grundsätzlich eine Meldepflicht, wenn mindestens zwei beteiligte Unternehmen die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Entsprechend wurde nach der alten Praxis die Meldepflicht auch dann bejaht, wenn zwei Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ein Gemeinschaftsunternehmen im Ausland gründeten, welches selbst keinen weiteren Bezug zur Schweiz aufwies. Diesbezüglich änderten die schweizerischen Wettbewerbsbehörden ihre Praxis im März 2009. Gemäss dieser neuen Praxis vertreten die Wettbewerbsbehörden die Auffassung, dass die Meldepflicht mangels Auswirkungen auf die Schweiz (Art. 2 KG) ausnahmsweise dann nicht besteht, wenn das Gemeinschaftsunternehmen einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d. h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind.

7. Aus den Angaben der Meldung geht hervor, dass in das neu zu gründende GU eingehende Geschäftseinheiten im Jahr 2009 Umsätze in der Schweiz erwirtschafteten. Insbesondere bestanden Lieferungen in die Schweiz. Somit weist das zu gründende GU einen Bezug zur Schweiz auf. Damit ist das Zusammenschlussvorhaben von Ringier und Axel Springer unter Berücksichtigung der Umsätze und der neuen Praxis meldepflichtig.

8. Die vorläufige Prüfung beschränkt sich auf die Betrachtung der Bereiche mit Bezug zur Schweiz. Für diese Bereiche bestehen 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

3. JPMorgan Chase & Co/gewisse Rohstoffhandelsaktivitäten der RBS Sempra Commodities LLP und The Royal Bank of Scotland pic.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. Juni 2010

1. Am 14.05.2010 hat die Wettbewerbskommission die erleichterte Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt JPMorgan Chase & Co. (nachfolgend: JPMorgan) das physische Rohstoffhandelsgeschäft der RBS Sempra Commodities (nachfolgend: RBS Sempra) zu übernehmen. Gewisse Vermögenswerte, die mit dem Erwerbsobjekt verbunden sind, aber in den Bilanzen von The Royal Bank of Scotland plc. (nachfolgend: RBS) beziehungsweise in jenen von Sempra Energy Trading LLC figurieren, werden ebenfalls erworben.

2. JPMorgan ist eine Finanzholdinggesellschaft mit Sitz in New York. In der Schweiz ist JPMorgan mit der J.P. Morgan (Suisse) SA als Bank in den Bereichen Vermögensverwaltung und Wertschriftenhandel in Genf und Zürich tätig.

3. Die RBS Sempra ist eine Personengesellschaft, zu der sich die RBS und die Sempra Energy Trading LLC zusammengeschlossen haben, wobei die RBS die alleinige Kontrolle über die Gesellschaft ausübt. Die RBS Sempra ist im physischen Rohstoffhandelsgeschäft tätig. Dabei handelt sie mit Öl, Metallen, Kohle, Emissionsrechten, Plastik, landwirtschaftlichen Produkten, Konzentraten, Strom und Erdgas. Über eine Tochtergesellschaft (Henry Bath and Son Ltd.) erbringt sie weltweit Lagerdienstleistungen für an Börsen gehandelte Basismetalle und andere Rohstoffe. Zur Kursabsicherung ist die RBS Sempra auch im nicht-physischen Rohstoffhandel tätig (d.h. Handel mit Finanzderivaten). Die RBS Sempra hat folgende Tochtergesellschaften in der Schweiz: die RBS Sempra Commodities Sàrl, Genf (Handel und Beschaffung von Ölprodukten); die RBS Sempra Energy Trading Holdings Sàrl, Genf, eine Hol-

dinggesellschaft, die Beteiligungen an anderen Gesellschaften der Gruppe hält, und die TTMI Sàrl, Genf, eine Chartergesellschaft für Frachtschiffe.

4. Das Zusammenschlussvorhaben wurde mit Eingabe vom 10. Mai 2010 auch bei der EU-Kommission gemeldet (Case Comp/M.5844). Diese hat den Zusammenschluss am 16. Juli 2010 gutgeheissen.

5. Im vorliegenden Falle handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) bzw. um Erlangung der Kontrolle gemäss Art. 1 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4). Durch ihr Tochterunternehmen JPMorgan Ventures Energy Corporation wird JPMorgan das Eigenkapital der betreffenden Unternehmen erwerben. Die Aktiven werden anschliessend auf diverse andere Tochtergesellschaften von JPMorgan aufgeteilt.

6. JPMorgan ist als Bank hauptsächlich im nicht-physischen Rohstoffhandel (financial trading) tätig. Demgegenüber bestehen die Aktivitäten von RBS Sempra vor allem im physischen Rohstoffhandel. Das financial trading der RBS Sempra beschränkt sich auf den Handel zwecks Kursabsicherung. Die RBS Sempra erbringt keine Finanzdienstleistungen für Dritte. In Bezug auf die Schweizer Tochtergesellschaften überschneiden sich die Aktivitäten der Beteiligten überhaupt nicht, da JPMorgan hier nur in der Vermögensverwaltung und im Wertschriftenhandel tätig ist, während die RBS Sempra von der Schweiz aus mit Ölprodukten (sowie entsprechenden Derivaten) handelt und Transportschiffe chartert.

7. Die vorläufige Prüfung ergab, dass der Zusammenschluss in der Schweiz zu keinen Überlappungen der Geschäftstätigkeiten führt und keine betroffenen Märkte vorliegen. Somit lagen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 2.3

4. Swatch Group AG/Tanzarella 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. Juni 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. Juni 2010

1. Am 20. Mai 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Swatch Group AG die Kontrolle über die Tanzarella SA zu erwerben.
2. Die Swatch Group AG wird zu diesem Zweck die Assemti SA mit Sitz in Locarno gründen, welche sämtliche Aktiven der Tanzarella SA übernehmen wird. Nach der Gründung wird die Assemti SA zu 100 % von der Swatch Group AG gehalten werden. Die Assemti SA soll die Geschäftstätigkeit der Tanzarella SA übernehmen.
3. Die Swatch Group AG, Biel, kontrolliert verschiedene Unternehmen im Bereich der Uhrenindustrie, dazu gehören insbesondere Hersteller von Uhrwerkskomponenten wie Nivarox-FAR SA oder ETA SA Manufacture Horlogère Suisse sowie u.a. die Uhrenmarken Swatch, Certina, Tissot, Rado, Longines und Omega.
4. Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Grenchen, wird zu 100 % von der Swatch Group AG gehalten. Die ETA SA ist u.a. in der Herstellung von "Bausätzen" für mechanische Uhrwerke (sog. Ebauches) und der Montage von mechanischen Uhrwerken tätig. Daneben stellt die ETA SA Quarz-Uhrwerke her und produziert Uhren der Marke Swatch.
5. Die Tanzarella SA, Riazzino, setzt mechanische Uhrwerke auf Vertragsbasis für die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse zusammen. Dieser von der ETA SA ausgelagerte Arbeitsschritt wird als Terminage T1 bezeichnet.
6. Bei dem Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Formell soll das Vorhaben durch die Übernahme sämtlicher Aktiven der Tanzarella SA durch die neu zu gründende Assemti SA vollzogen werden. Gemäss Aussagen der Parteien geschieht der Erwerb einerseits vor dem Hintergrund einer Nachfolgelösung für die Tanzarella SA, andererseits kann die Swatch Group durch die Übernahme sicherstellen, dass die bisher im Bereich Terminage T1 zur Verfügung stehenden Kapazitäten langfristig erhalten bleiben und nicht intern neu aufgebaut werden müssen.
7. Die Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse besteht ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).
8. Die WEKO hat im Entscheid ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (RPW 2005/1, S. 128ff.) für die ETA SA eine marktbeherrschende Stellung im Bereich Ebauches für mechanische Uhrwerke bis CHF 300.-, welche in der Schweiz hergestellt werden, rechtskräftig festgestellt. Gemäss diesem Entscheid gilt der Markt für fertig montierte Uhrwerke als nachgelagerter Markt. Durch den vorliegend betroffenen Arbeitsschritt Terminage T1 werden Ebauches und weitere Uhrwerkskomponenten zu fertig montierten Uhrwerken zusammengesetzt. Der Zusammenschluss betrifft demnach einen Bereich, welcher dem Markt für mechanische Uhrwerke bis CHF 300.-, welche in der Schweiz hergestellt werden, nachgelagert oder benachbart ist. Aus diesem Grund ist das Vorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.
9. 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).
10. Die Tanzarella SA stellt selber keine Uhrwerkskomponenten her, sondern assembliert lediglich die von der ETA SA angelieferten Bestandteile zu mechanischen Uhrwerken. Zu diesem Zweck hat die ETA SA der Tanzarella SA im Rahmen einer Gebrauchsleihe einen grossen Teil der benötigten Werkzeuge und Maschinen zur Verfügung gestellt. Die Tanzarella SA tritt nach aussen, gegenüber Drittkunden, nicht als Anbieter von Terminage-Leistungen auf, sondern arbeitet seit 1986 ausschliesslich für die ETA SA. Von dem Zusammenschluss sind deshalb keine Dritten betroffen und es besteht kein betroffener Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.
11. Vor diesem Hintergrund hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf die Verhältnisse im Bereich der Terminage-Leistungen in der Schweiz und es kann davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss unbedenklich ist.
12. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3

5. Jura Holding AG/Risi Beteiligungen und Verwaltungen 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26 August 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. August 2010

1. Am 03. August 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Jura Holding AG/Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG erhalten. Laut dieser beabsichtigt die JURA-Holding AG (nachfolgend: Jura) die Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG (nachfolgend: Risi) zu übernehmen.

2. Die Jura ist Teil des weltweit tätigen Baustoffkonzerns CRH plc. mit Sitz in Irland. Als Holdinggesellschaft hält Jura in der Schweiz Beteiligungen an diversen Unternehmen, welche sich hauptsächlich dem Abbau bzw. der Herstellung von Kies, Zement, Beton, Asphalt und Kalkstein widmen sowie damit verbundene Dienstleistungen erbringen.

3. Die Risi ist die Dachgesellschaft der Risi-Gruppe und gehört zu 100 % der Familie Risi. Die Tätigkeiten der hierzu gehörenden Unternehmen umfassen die Kies- und Betonproduktion, den (Spezial-)Tiefbau, sowie Dienstleistungen in den Bereichen Entsorgung, Transportlogistik, Kanalreinigung und Kehrlogistik. Das Kieswerk und die beiden Betonwerke der Risi AG befinden sich in Cham (ZG) bzw. in der direkten Umgebung.

4. Um die Kontrolle zu erlangen, wird die Jura die Mehrheit der Aktien von der Familie Risi erwerben. Die Übernahme hat zum Ziel, für die Risi eine langfristige Nachfolgeregelung zu finden. Dabei soll Risi unter dem bestehendem Management und der angestammten Bezeichnung so weit als möglich operationell selbstständig tätig sein.

5. Basierend auf der bisherigen Rechtsprechung (Jura/HASTAG, RPW 2004/1, S. 146 ff.; Zschokke/Bati-group, RPW 2007/1, S. 101 ff.) und der Parteieingabe werden die folgenden sachlich und geografisch relevanten Märkte unterschieden:

Sachlicher Markt	Geografischer Markt
Sand- und Kiesmarkt	Regional; 60 km Radius um den Produktionsstandort Cham
Betonmarkt (Transportbeton)	Regional; 50 km Radius um den Produktionsstandort Cham
Spezialtiefbau	National
Deponie (Aushub)	Regional; 60 km Radius um den Produktionsstandort Cham

6. In keinem der vier sachlich relevanten Märkte erreicht eines der beiden beteiligten Unternehmen alleine einen Marktanteil von 30 %. Der kumulierte Marktanteil der beiden Unternehmen beträgt in keinem der aufgeführten Märkte über 20 %. Da die Werte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) folglich nicht erreicht werden, liegen keine betroffenen Märkte vor.

7. Im Weiteren sieht sich die Jura in den entsprechenden Märkten im Grossraum Zürich starker Konkurrenz gegenüber (so zum Beispiel in den Märkten Sand/Kies und Beton die Holcim- und die KIBAG-Gruppe).

8. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind daher nicht gegeben.

B 2.3

6. Barclays/Credit Suisse/Ionbond

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Juli 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. Juli 2010

1. Am 5. Juli 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung von Barclays PLC (Barclays) und Credit Suisse Group AG (Credit Suisse) über ein Zusammenschlussvorhaben Barclays/Credit Suisse/Ionbond erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben stellt einen Erwerb gemeinsamer Kontrolle dar. Die gemeldete Transaktion betrifft die Übernahme des gesamten ausgegebenen Aktienkapitals von SSCP Coatings SARL (Ionbond) – und hiermit indirekt der gesamten Ionbond-Gruppe – durch Barclays und Credit Suisse mittels der neu gegründeten Indigo AcqCo.

2. Barclays ist ein weltweit tätiges Finanzdienstleistungsunternehmen, welches in den Bereichen Privat- und Geschäftskundenbanking, im Kreditkartengeschäft, im Investmentbanking, im Wealth Management-Bereich und dem Investitionsmanagement-Bereich tätig ist. Barclays ist in über 60 Ländern auf globaler Basis tätig.

3. Credit Suisse ist ein weltweit tätiges Finanzdienstleistungsunternehmen, welches in den Bereichen Privat- und Geschäftskundenbanking, Vermögensverwaltung, Investmentbanking und Asset Management aktiv ist. Credit Suisse ist in 57 Ländern tätig.

4. Die Ionbond-Gruppe ist aktiv im Geschäftsbereich der Oberflächenbehandlung. Dieser Industriebereich umfasst zahlreiche industrielle Prozesse, welche primär dazu dienen, die Oberfläche von Metallteilen zu behandeln, so dass deren Eigenschaften verbessert werden. Die Ionbond-Gruppe entfaltet ihre Hauptaktivitäten im Bereich der Dünnschichtbeschichtung, einem Spezialbe-

reich der Oberflächenbehandlungsprozesse. Dieser Prozess dient dazu, Metallkomponenten oder Werkzeuge mit einer sehr dünnen Materialschicht zu überziehen, welche die Oberfläche dieser Gegenstände stark härtet, ohne dass ihre Form verändert wird. Dies schützt die Gegenstände gegen Reibung und Abnutzung.

5. Am 8. Juni 2010 haben die Parteien ein Begehren um erleichterte Meldung gemäss Art. 12 VKU gestellt. Diesem Begehren wurde stattgegeben.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde mit Eingabe vom 28. Juni 2010 auch bei der EU-Kommission gemeldet (Case Comp/M.5896). Diese hat den Zusammenschluss am 30. Juli 2010 gutgeheissen.

7. Im vorliegenden Falle handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. um Erlangung der Kontrolle gemäss Art. 1 Bst. a VKU.

8. Die Meldung bezieht sich lediglich auf Geschäftsaktivitäten, welche für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens relevant sind, d.h. die Meldung bezieht sich nur auf die Aktivitäten der Zielgesellschaft (die Ionbond-Gruppe) auf die Märkte für Dünnschichtbeschichtungs-Dienstleistungen und Dünnschichtbeschichtungsanlagen.

9. Die meldenden Parteien (Barclays und Credit Suisse) sind beide im Finanzdienstleistungssektor tätig, wohingegen die Ionbond-Gruppe im Bereich der Oberflächenbehandlung aktiv ist. Somit sind weder Barclays noch Credit Suisse in denselben Märkten tätig wie die Ionbond-Gruppe. Zudem sind die Banken in keinem Markt aktiv, der den relevanten Märkten der Ionbond-Gruppe vor- oder nachgelagert bzw. benachbart ist. Deshalb führt das Zusammenschlussvorhaben weder zu horizontalen Überlappungen noch zu vertikalen Beziehungen.

10. Es lagen somit keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 2.3

7. Migros Beteiligungen AG/Iloma Holding AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Juli 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. Juli 2010

A Sachverhalt

1. Am 26. Juni 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine gemäss Art. 12 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) erleichterte Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Migros Beteiligungen AG (nachfolgend Migros Beteiligungen) die Übernahme der Kontrolle der Iloma Holding AG (nachfolgend: Iloma).

2. Migros Beteiligungen mit Sitz in Rüslikon ist eine 100-prozentige Tochter des Migros-Genossenschaftsbundes (nachfolgend: MGB). Sie hält Anteile an diversen Handelsbetrieben und Migros-Industrien, so auch eine 100-prozentige Beteiligung an der Office World AG (nachfolgend: Office World). Letztere verkauft Bürobedarfsartikel an Privat- und Firmenkunden an 21 Verkaufsstellen und über einen Online-Shop.

3. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (u.a. Migros-Supermärkte, Fachmärkte und Migrolino-Läden), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (u.a. Micarna SA und Jowa AG), die Migros-Restaurants, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Ex Libris, Hotelplan, Le Shop und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch Globus, Interio und Denner. Dem MGB kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

4. Iloma hat drei Tochtergesellschaften, an welchen sie direkt resp. indirekt jeweils 100 % der Aktien hält. Es

sind dies die Iba AG (nachfolgend: Iba) und die Perfecta AG, beide mit Sitz in Bolligen, sowie die IBA GmbH mit Sitz in Ludwigshafen (D). Letztere ist eine vollständige Tochter der Iba. Iba ist die einzige operationell tätige Gesellschaft der Iloma-Gruppe. Sie verkauft Bürobedarfsartikel an Firmenkunden via einen Versandhandel, wobei sie Bestellungen per Telefon, Fax oder Online-Shop entgegennimmt. Zudem verfügt sie über Aussendienstmitarbeiter. Eigene Verkaufsstellen betreibt sie nicht.

5. Die Migros-Gruppe erhofft sich durch die Übernahme der Iloma Synergien mit Office World und eine Stärkung ihres Bürozubehörgeschäfts mit Firmenkunden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

7. Die Iloma-Aktien werden [...] von Peter und Philipp Basci gehalten. Migros beabsichtigt, sämtliche Iloma-Aktien zu erwerben und somit die alleinige Kontrolle über die Iloma-Gruppe zu übernehmen. Somit stellt die vorliegende Akquisition einen Kontrollerwerb gemäss Art. 1 VKU in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

B.2 Meldepflicht

8. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2009, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	> 2 Mrd.	> 100 Mio.
Iloma-Gruppe	[...] Mio.	<100 Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

Quelle: Angaben der Parteien

9. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Iba ist im Bereich des Vertriebs von Bürobedarfsartikeln tätig. Dieser ist ein benachbarter Markt des Lebensmittel-Detailhandels. Deshalb handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

10. 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).

11. 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.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

13. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten, auf denen Bürobedarfsartikelhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und den Beschaffungsmärkten, auf denen die Bürobedarfshändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

Absatzmärkte

14. Bürobedarfsartikel werden sowohl von Unternehmen als auch von Privathaushalten nachgefragt. Während Privathaushalte ihren Bedarf an Büroartikeln grösstenteils über den Detailhandel (Fachhandel als auch Lebensmittel-Detailhandel) abdecken, beziehen viele Unternehmen Bürobedarfsartikel von auf Firmen spezialisierten Bürozubehör-Versandhändlern. Zudem lassen sich v.a. grössere Firmen oftmals direkt von den Herstellern beliefen.

15. Zum Vertrieb von Bürobedarfsartikeln gehören der Vertrieb von Verbrauchsmaterialien fürs Büro wie Kopierpapier, Schreibwaren, Ordner und Bostitch,¹ gemäss Auffassung der Parteien in Übereinstimmung mit der Praxis der EU² zudem auch der Vertrieb von einfachem Mobiliar (wie Tische) und Kleingeräten (wie Faxgeräte). Ein Gut, welches zu den Büroverbrauchsmaterialien zu zählen ist, wird oft zusammen mit anderen Gütern dieser Gruppe gekauft, im Lebensmittel-Detailhandel zusammen mit weiteren Gütern des täglichen Bedarfs (vgl. Rz. 18). Die nachfolgende Analyse geht davon aus, dass

Mobiliar und Kleingeräte dem Vertrieb von Bürobedarfsartikeln hinzuzurechnen sind.

16. Sowohl die Praxis der Wettbewerbskommission als auch diejenige der EU zeigen auf, dass zwischen verschiedenen Kundengruppen resp. Absatzkanälen unterschieden werden kann und diese Unterscheidungen auch bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes dienlich sein können. So wurde in Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 376, Rz. 57 ff.) von einem Markt für Papeterie und Bürobedarf für Haushalte ausgegangen. Der Bedarf an Bürobedarfsartikeln, welcher von den Unternehmen ausgeht, wurde dagegen nicht in die Erwägungen der Verfügung einbezogen. In Office Depot/Guilbert (COMP/M.3108, Rz. 10) zählte die EU sechs Vertriebskanäle auf.³ In einem früheren Entscheid der EU wurde dabei die nationale Vertragsbelieferung durch Bürobedarfshändler (contract stationers) an grössere Endnutzer als separater Markt definiert.⁴ Dagegen gehen die Parteien von einem Markt für den Vertrieb von Bürobedarfsartikeln aus, welcher sämtliche Vertriebskanäle und Kundengruppen umfasst.

17. In der nachfolgenden Analyse wird sowohl ein allfälliger Gesamtmarkt für den Vertrieb von Bürobedarfsartikeln betrachtet⁵ als auch die Unterteilung dieses Marktes in die beiden Kundengruppen Firmenkunden und Privathaushalte. Denkbar wäre auch eine Unterteilung nach Vertriebskanälen. Deshalb wird in Abschnitt B.3.2 zudem eine Unterteilung des Gesamtmarktes in folgende drei Vertriebskanäle vorgenommen: erstens der Versandhandel resp. die Belieferung durch Bürofachhändler⁶, zweitens Büro-Grossmärkte und drittens Papeterien, kleinflächige Bürofachmärkte, Supermärkte und Warenhäuser. Schliesslich kann die genaue Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da dadurch das Ergebnis der Analyse nicht geändert wird.

18. Dem Markt für den Vertrieb von Bürobedarfsartikeln benachbart ist der Lebensmittel-Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, "welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken" (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55). Dieses Konzept

¹ Vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 376, Rz. 57.

² Staples/Guilbert COMP/M.2965, Rz. 8; Office Depot/ Guilbert COMP/M.3018, Rz. 8.

³ Es sind dies die Vertragsbelieferung, Versandhändler, Büro-Grossmärkte, Grosshändler von elektronischem Bürozubehör wie Druckerpatronen, andere Wiederverkäufer wie Fachhändlerketten und Supermärkte und schliesslich Hersteller von Bürobedarfsartikeln, welche direkt an Endabnehmer verkaufen. Eine ähnliche Einteilung wurde in Staples/ Guilbert COMP/M.2965, Rz. 9 ff. vorgenommen.

⁴ Vgl. Buhrmann/Samas Office Supplies COMP/M.2286, Rz. 18.

⁵ Zwei der in Office Depot/ Guilbert (COMP/M.3108, Rz.10) erwähnten Bürozubehör-Absatzkanäle werden in diesem Gesamtmarkt nicht berücksichtigt. Es sind dies Grosshändler von elektronischem Bürozubehör wie Druckerpatronen sowie Hersteller von Bürobedarfsartikeln, welche direkt an Endabnehmer liefern.

⁶ Diese erste Kategorie entspricht im Wesentlichen den ersten beiden beschriebenen Vertriebskanälen in Office Depot/ Guilbert (COMP/M.3108, Rz.10, Punkt 1 und 2).

des "One-Stop-Shopping" wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.⁷

Beschaffungsmärkte

19. Beschaffungsseitig bilden die Hersteller und Grosshändler von Bürobedarfsartikeln die Marktgegenseite der Bürofachhändler und weiterer Detaillisten, die Bürobedarfsartikel anbieten. Hersteller gewisser Bürobedarfsartikel wie z.B. Kopierpapier haben nebst der Belieferung an Händler die Möglichkeit, direkt an Endabnehmer zu liefern. Hersteller von Bürobedarfsartikeln sind häufig international tätig. Oft stellen sie dabei nur Produkte einzelner Produktgruppen her, mit geringer Umstellungsflexibilität gegenüber anderen Produktgruppen. Für jede Produktgruppe ist dabei ein eigener sachlich relevanter Markt zu bilden (vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 150 ff., Rz. 205 ff. und Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 601 ff., Rz. 80 ff.). Auf eine genaue Festlegung der einzelnen Produktgruppen wird nachfolgend verzichtet, da dies keinen Einfluss auf das Ergebnis der Analyse hat.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

20. 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).

Absatzmärkte

21. Es ist davon auszugehen, dass der Vertrieb von Bürobedarfsartikeln für private Haushalte und kleinere Unternehmen, welche Büroartikel im stationären Detailhandel (z.B. bei Fachmärkten oder dem Lebensmittel-Detailhandel) einkaufen, lokal ist, während dieser Markt für Firmen, welche Büromaterial über einen Versandhändler bestellen, national sein dürfte.⁸ Für grosse Firmen, welche auch Bestellungen direkt bei Herstellern tätigen, könnte dieser Markt allenfalls sogar weiter als national sein. Die Parteien machen geltend, dass der Absatzmarkt für Bürobedarfsartikel mindestens national sei und im Bereich Business-to-Business sogar das benachbarte Ausland einschliesse.

22. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird zur Vereinfachung für den Vertrieb von Bürobedarfsartikeln und dessen Unterteilung gemäss Rz. 17) von nationalen Märkten ausgegangen. Schliesslich wird aber offen gelassen, ob die Märkte betreffend den Vertrieb von Büroartikeln allenfalls enger oder weiter einzugrenzen wären, da dies das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

23. Aus Sicht der Konsumenten ist der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.⁹ Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112).

Beschaffungsmärkte

24. Die Beschaffungsmärkte der Detaillisten von Bürobedarfsartikeln (Fachhändler als auch Supermärkte etc.)

sind in räumlicher Hinsicht mindestens national und überwiegend international abzugrenzen. Vorliegend kann offen gelassen werden, ob diese Beschaffungsmärkte national oder weiter abzugrenzen sind, da das Ergebnis der Analyse dadurch nicht verändert wird.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

25. 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.

26. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich, hat die Migros-Gruppe im Gesamtmarkt für den Vertrieb von Bürobedarfsartikeln einen Marktanteil von [10–20] %, Iba einen solchen von [0–10] %. Mit einem kumulierten Marktanteil von [10–20] % handelt es sich somit nicht um einen betroffenen Markt. Wird der Gesamtmarkt nach Kundengruppen unterteilt, so führt das Zusammenschlussvorhaben beim Vertrieb von Bürobedarfsartikeln an Firmenkunden zu einer Marktanteilsaddition auf [0–10] %, während von den beiden Zusammenschlussparteien nur die Migros-Gruppe im Bereich des Vertriebs von Bürobedarfsartikeln an Privathaushalte tätig ist mit einem Marktanteil von [20–30] %. Wird der Gesamtmarkt gemäss den in Rz. 17 aufgeführten Absatzkanälen unterteilt, so führt dies zu folgenden Ergebnissen. Beim Versandhandel resp. der Belieferung durch Grosshändler sind beide beteiligten Unternehmen tätig und kommen auf einen gemeinsamen Marktanteil von [10–20] %. Auf den beiden weiteren Märkten ist von den Zusammenschlussparteien lediglich die Migros-Gruppe aktiv mit einem Marktanteil von [70–80] % bei den Büro-Grossmärkten und einem solchen von [10–20] % beim Markt, welcher die Umsätze von Papeterien, kleineren Bürofachhändlern, Supermärkten und Warenhäusern beinhaltet. Somit handelt es sich beim Markt für Büro-Grossmärkte um einen betroffenen Markt. Insgesamt erzielten die Unternehmen 2009 in diesem Markt schweizweit rund CHF [...] Mio. Der zweite betroffene Markt ist der Lebensmittel-Detailhandel, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat. Wiederum liegt aber keine Marktanteilsaddition vor.

⁷ Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

⁸ Bei Staples/Guilbert (COMP/M.2965, Rz. 14–15) wird der Markt für „distant selling“ (Fernabsatz), also der Versandhandel, national abgegrenzt, die genaue Marktabgrenzung aber schliesslich offen gelassen. In Office Depot/ Guilbert (COMP/M.3108, Rz. 25) wird der Markt für Vertragsbelieferung (contract stationing) national abgegrenzt.

⁹ Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

27. Die zur Migros-Gruppe gehörende Office World ist mit ihren 21 Filialen und einem Marktanteil von [70–80] % klarer Marktführer im schweizerischen Markt für Büro-Grossmärkte. Zwei weitere Bürobedarfsartikelanbieter, welche insbesondere im Versandhandel tätig sind, betreiben ebenfalls Büro-Ladengeschäfte: die Waser-Gruppe mit vier grossen Papeterien und Lyreco mit

einem Ladengeschäft. Gemäss den Parteien sind die Papeterieabteilungen der grossen Manor-Warenhäuser bezüglich Fläche mit den Verkaufsstellen von Waser und Lyreco sowie den kleineren Office-World-Verkaufsstellen vergleichbar und sollten deshalb zum Gesamtmarkt für Grossmärkte gezählt werden. In einem solchen Markt hätte Office-World einen Marktanteil von [50–60] %.

Tabelle 2: Marktanteile in verschiedenen Märkten sowie Gesamtmarktschätzung, Schweiz, im Jahr 2009

Produktmärkte	Migros-Gruppe	Iba	Gesamtmarkt [Mio. CHF]
Vertrieb von Bürobedarfsartikeln	[10–20] %	[0–10] %	1'900
Unterscheidung nach Kundengruppen:			
- Firmenkunden			
- Privathaushalte	[0–10] %	[0–10] %	900
Unterscheidung nach Absatzkanälen:	[20–30] ¹⁰ %	–	1'000
- Versandhandel resp. Belieferung durch Bürofachhändler	[0–10] %	[0–10] %	800
- Büro-Grossmärkte			
- Papeterien, kleinere Bürofachhändler(ketten), Supermärkte, Warenhäuser	[70–80] % [10–20] %	– –	100 1'000
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–	k.A.

Quelle: Angaben der Parteien und darauf gestützte Berechnungen des Sekretariats¹¹

28. Wenngleich die aktuelle Konkurrenz im Bereich Büro-Grosshändler beschränkt ist, so ist davon auszugehen, dass ausreichend potentielle Konkurrenz vorhanden ist, welche insbesondere von Bürofachhändlern ausgehen könnte, die im Bereich des Versandhandels tätig sind. Wie bereits in Rz. 27 erwähnt, gehören hierzu die Waser-Gruppe und Lyreco, aber auch die Office Depot-Gruppe, welche wie Lyreco auch international tätig ist. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich, verfügen die Migros-Gruppe mit Office World und Iba in diesem Markt zusammen nur über einen Marktanteil von [10–20] %. Obwohl durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben mit Iba ein potentieller Konkurrent im Markt für Büro-Grossmärkte entfällt, verbleiben somit ausreichend weitere potentielle Konkurrenten.

B.3.3 Ergebnis

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

¹⁰ Der Umsatz der Migros-Gruppe mit unbekannter Laufkundschaft wurde zum Umsatz der Privathaushalte gerechnet.

¹¹ Dabei wurde der schweizweite Umsatz mit dem Vertrieb von Bürobedarfsartikeln für 2009 von den Parteien auf CHF 1,9 Mia. geschätzt. Dies stimmt in etwa überein mit der Schätzung des Verbandes Schweizerischer Papeteristen VSP, welcher den jährlichen Umsatz im schweizerischen Papeterie- und Bürobedarfsmarkt auf insgesamt CHF 2 Mia. schätzt (www.papeterie.ch/kennzahlen.html).

B 2.3

8. Emmi/Fromalp

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. Mai 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. Mai 2010

A Sachverhalt

1. Am 22. April 2010 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Emmi AG (nachfolgend: Emmi), 97,4 % des Aktienkapitals der Fromalp AG (nachfolgend: Fromalp) zu übernehmen.

2. Emmi ist der grösste Schweizer Milchverarbeiter. Sie ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig, befasst sich also insbesondere mit der Herstellung von Molkereiprodukten (Trinkmilch, Konsumrahm, Butter, Milchpulver etc.), Molkerei-Frischprodukten (Joghurts, Quark, Dessertprodukte und Glace) sowie mit der Produktion und dem Vertrieb von Käse auf allen Marktstufen, darunter auch Schmelzkäse (u.a. die Marke Gerber). Ihre Aktivitäten im Bereich Schmelzkäse sind in der Emmi Fondue AG, Langnau i.E. zusammengefasst, an welcher der französische Käseproduzent Bongrain eine Minderheitsbeteiligung von 34 % hält.

3. Fromalp ist vor allem im Schmelzkäse-Bereich tätig und produziert Schmelzkäseprodukte wie Schmelzkäse-Scheiben und Fixfertig-Fondue. Im Zuge der Liberalisierung der Käsemärkte hat Fromalp in die Herstellung von Raclette-Käse sowie die Affinage und Vermarktung von Schweizer Naturkäse (z.B. Emmentaler) diversifiziert. Zudem hält Fromalp Minderheitsbeteiligungen an diversen Unternehmen, welche z.B. im Marketing und Export von Käse tätig sind. Seit 2006 gehört Fromalp der deutschen Hochland-Gruppe, welche ebenfalls einen Schwerpunkt auf Schmelzkäse setzt. Laut eigenen Angaben ist es der Hochland-Gruppe nicht gelungen, Fromalp im erhofften Sinne in ihre Geschäftsaktivitäten zu integrieren und die Investition damit zu rentabilisieren.

4. Gemäss eigenen Eingaben beabsichtigt Emmi mit dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben, ihr Schmelzkäsegeschäft vor dem Hintergrund der Europäisierung der Käsemärkte zu stärken. Insbesondere geht es Emmi darum, im Exportgeschäft mit Fixfertig-Fondue die kritische Masse zu erlangen und ihre Produktion in der Schweiz weiter zu rationalisieren und zu verbilligen, was ohne eine zusätzliche Konzentration kaum möglich

sei. Damit die notwendigen Synergien realisiert werden können, wird Emmi die bisherige Produktion von Fromalp in andere Emmi-Werke verlagern und den Fromalp-Standort in Zollikofen für andere konzerninterne Bedürfnisse umnutzen.

5. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden Fragebögen an neun Konkurrenten in der Schweiz verschickt, insbesondere an solche, welche im Bereich Schmelzkäse tätig sind oder potentiell in diesen Bereich eintreten könnten. Zudem wurden acht Detailhändler (Grossverteiler) in der Schweiz als Abnehmer von Schmelzkäse-Produkten im Allgemeinen und Fixfertig-Fondue im Speziellen über die Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens mittels Fragebogen befragt, darunter Migros und Coop sowie mehrere Discounter. Dabei ist anzumerken, dass Migros sowohl als Käsehersteller (Mifroma SA, nachfolgend: Mifroma) als auch als Detailhändler befragt wurde. Sämtliche angeschriebenen Unternehmen antworteten.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

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

7. 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.

8. Sollte die Weko dem Zusammenschlussvorhaben zustimmen, tritt der Zusammenschluss per sofort in Kraft. Dabei verkauft die Hochland-Gruppe sämtliche von ihr gehaltenen Aktien von Fromalp, welche 97.4 % aller Aktien von Fromalp ausmachen. Die restlichen Aktien verbleiben im Nachlass eines Minderheitsaktionärs.

B.2 Meldepflicht

9. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erzielte Emmi weltweit einen kumulierten Umsatz von über CHF 2 Mrd., einen in der Schweiz anfallenden Umsatz von über CHF 100 Mio. erreichte aber lediglich Emmi.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2009, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Emmi	2'619,3 Mio. ¹	> 100 Mio.
Fromalp	[> 100] Mio.	[< 100] Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

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

11. In der Verfügung Emmi/AZM wurde festgestellt, dass Emmi nach dem Zusammenschluss bei Milch und Konsumrahm eine marktbeherrschende und beim Buttermarkt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG erlangt (RPW, 2006/2, S. 278 ff., Rz. 110, 113, 157). Da die zu übernehmende Fromalp u.a. in der Produktion von Halbhartkäse und somit der Butterproduktion, dem Markt für Konsumrahm und dem Milchmarkt benachbarten bzw. vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

13. 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.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

14. 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251 4).

15. Vorliegend werden die sachlich relevanten Märkte definiert. Eine ausführliche Diskussion der Marktabgrenzungen wird dabei lediglich für diejenigen Märkte vorgenommen, in welchen sowohl Emmi als auch die zu übernehmende Fromalp tätig sind. Für die Abgrenzung der Märkte, in welchen Fromalp nicht tätig ist, wird auf die

nachfolgende Tabelle 2 mit Angaben zur Praxis der Weko verwiesen.

¹ Netto-Umsatz gemäss Geschäftsbericht 2009.

Tabelle 2: Marktabgrenzung für Märkte in welchen nur Emmi tätig ist

Sachlicher Markt	Räumliche Dimension	Bemerkungen	RPW
Absatzseitig			
Konsummilch	national	evt. weiter zu unterteilen in Past-, UHT- und Hochpastmilch	EMMI/AZM, RPW 2006/2, S. 263, Rz. 29 ff., S. 270, Rz. 68, S. 277, Rz. 104
Konsumrahm	national		Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 265, Rz. 40, S. 270, Rz. 68
Butter	national		Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 269, Rz. 60 und S. 271, Rz. 74
Magermilchpulver	national		Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 269, Rz. 61–62, S. 271, Rz. 75
Joghurt	national oder EU+CH	effektive Warenströme national, allerdings tiefe Zölle gegenüber EU	Emmi/Nutrifrais, RPW 2009/3, S. 229, Rz. 28; Emmi/AZM RPW 2006/2, S. 266, Rz. 41 und S. 230–232 Rz. 37–47
Dessertprodukte	national oder EU+CH	effektive Warenströme national, allerdings tiefe Zölle gegenüber EU	Emmi/Nutrifrais, RPW 2009/3, S. 229, Rz. 28, S. 234, S. 232–324, Rz. 48–55
Beschaffungsseitig			
Rohmilch	national		RPW 2006/2, S. 269, Rz. 64, S. 272–273, Rz. 77
Milch und Sirtenrahm	national		RPW 2006/2, S.269, Rz. 65, S. 273, Rz. 78

16. Tabelle 3 gibt eine Übersicht über die relevanten Käsemärkte. In Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 529 ff.)² wurde für die einzelnen Marktstufen der Käseherstellung zwischen fünf Produktgruppen unterschieden: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse. Nach der Käseproduktion benötigen Halbhart- und Hartkäse einen Reifungsprozess, die sog. Affinage. Ob dabei die Affinage von Halbhartkäse und diejenige von Hartkäse zum selben sachlich relevanten Markt gehören, kann letztlich offen gelassen werden, da bei beiden Möglichkeiten der Marktabgrenzung, wie im Abschnitt B.3.2.1 gezeigt wird, das Ergebnis der Analyse letztlich gleich ist.

² Vgl. auch Dörig/Koch, RPW 2009/2, S. 170, rz. 16.

Tabelle 3: Marktabgrenzung für Käsemärkte

Sachlicher Markt		Räumliche Dimension	RPW
Käseart	Marktstufen		
Absatzseitig			
Frischkäse	Produktion Konfektionierung Vertrieb	je nach Marktstufe regional, national oder EU+CH-weit	Dörig/Koch, RPW 2009/2, S. 170 ff., Rz. 14 ff.
Weichkäse			
Halbhartkäse	Produktion Affinage Konfektionierung Vertrieb		
Hartkäse			
Schmelzkäse - Rundschnitteln, Scheiben - Fondue fixfertig	Produktion Vertrieb	Rundschnitteln und Scheiben eher EU+CH-weit, Fondue fixfertig eher national	
Beschaffungsseitig			
Partieware - Qualität IB: Randstücke - Qualität II: deklassierter Sortenkäse		eher national - eher national - eher national	

17. Nach der Produktion und der Affinage wird der Käse mehrheitlich konfektioniert und von Grosshändlern vertrieben. Konfektionierung und Vertrieb werden oftmals von ein und demselben Unternehmen vorgenommen.³ Ob diese beiden Stufen zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehören oder eigene sachlich relevante Märkte bilden, kann letztlich offen gelassen werden, da die Wahl dieser sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert. Aus dem gleichen Grund kann offen gelassen werden, ob weiter nach den einzelnen in Rz. 16 aufgeführten Produktgruppen unterschieden werden sollte. Bei Schmelzkäse stellen Produktion und Konfektionierung eine einzige Stufe dar.⁴ Für Schmelzkäse wird Halbhart- oder Hartkäse benötigt. Oftmals wird dafür Partieware verwendet (vgl. Rz. 27).

18. In Mifroma/Dörig wurde die Frage gestellt, ob auf gewissen Marktstufen mehrere Produktgruppen zum gleichen sachlich relevanten Markt zu zählen sind.⁵ Dabei wurde schliesslich offen gelassen, ob die Affinage von Halbhart- und Hartkäse einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt bilden oder nicht. Allenfalls ist die Affinage von Halbhart- und Hartkäse gar weiter nach Sorten zu unterteilen, da gewisse dieser Sorten wie beispielsweise der Emmentaler sortenspezifischen Vorlagen unterliegen, welche besagen, in welchem Gebiet der Käse affinert werden muss. Die genaue sachliche Marktabgrenzung hinsichtlich Affinage kann allerdings an dieser Stelle offen gelassen werden, da unabhängig von der gewählten Eingrenzung des relevanten Marktes, wie nachfolgend in der Beurteilung aufgezeigt, keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

19. Gemäss den Parteien bildet bei industriell produziertem Halbhartkäse (insbesondere bei Raclette-Käse) die Affinage Teil des Produktionsprozesses und kann daher auch nicht als eigene Marktstufe ausgeschieden werden.

20. Wie später aufgezeigt wird (vgl. Tabelle 4), ergeben sich durch das Zusammenschlussvorhaben Marktanteilsadditionen in den Bereichen der Produktion von Halbhart-/ Hartkäse und von Schmelzkäse, der Konfektionierung von Käse sowie der Beschaffung von Partieware, wobei es bei der Konfektionierung nur zu einer geringen Addition kommt. Nachfolgend werden deshalb die Bereiche der Produktion von Halbhartkäse und von Schmelzkäse sowie die Beschaffung von Partieware näher analysiert, während auf eine vertiefte Analyse der weiteren sachlich relevanten Märkte, die vom Zusammenschlussvorhaben tangiert werden, verzichtet wird.

21. Raclette-Käse gehört zu den typischen Halbhartkäsen. Im Zusammenschluss Emmi/Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart – Raclettekäsegeschäft) hat die Weko offen gelassen, ob Raclette-Käse (als Halbhartkäse) einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt.⁶ Im vorliegenden Fall wird von der Produktion von Raclette

³ Vgl. Mifroma/Dörig RPW 2008/4, S. 664, Rz. 20, und Dörig/Koch RPW 2009/2, S.170, Rz. 17.

⁴ Vgl. RPW 2003/3, S. 537, Rz. 51.

⁵ RPW 2008/4, S. 664, Rz. 21.

⁶ RPW 2003/4, S. 778 ff., Rz. 21.

als engstmögliche Marktabgrenzung, allenfalls von der Produktion von Halbhartkäse als ein sachlich relevanter Markt ausgegangen. Schlussendlich wird die genaue Marktabgrenzung in dieser Sache offen gelassen, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

22. Gemäss den Parteien ist ein Markt für Schmelzkäse abzugrenzen, welcher sowohl Schmelzkäse-Scheiben, Rundschnitt (Schmelzkäse-Portionen) als auch Fondue fixfertig beinhaltet.⁷ Allenfalls wäre ein Markt für warme Käsegerichte (Raclette, Fondue etc.) oder ein Fonduemarkt (frisch und fixfertig) abzugrenzen.⁸ Einen sachlich relevanten Markt für Fondue fixfertig abzugrenzen, erachten die Parteien als nicht sachgerecht.

23. Nach Meinung der Weko sind aus Produzentensicht verschiedene Schmelzkäseprodukte zumindest teilweise miteinander substituierbar, da sie teilweise den gleichen Herstellungsprozess benötigen. Allerdings werden aus Konsumentensicht beispielsweise Fondue fixfertig und Schmelzkäse-Scheiben kaum als Substitute wahrgenommen, was auch die Parteien zum Teil anerkennen. Deshalb erachtet die Weko die Abgrenzung eines Gesamtmarktes für Schmelzkäseprodukte als nicht sachgerecht.

24. Die Produktion von warmen Käsegerichten kann sehr unterschiedlich sein. Gemäss den Parteien erachten europäische Konsumenten warme Käsegerichte als austauschbar. Ob dies für den Schweizer Konsumenten ebenfalls gilt, ist fraglich. Der Durchschnittsfonduekonsum eines Konsumenten in der Schweiz liegt ein Vielfaches über dem Konsum eines EU-Konsumenten, was darauf hindeuten könnte, dass Fondue in der Schweiz als eine eigenständige Warenkategorie wahrgenommen wird, welche mit anderen warmen Käsegerichten nicht austauschbar ist.

25. Die Herstellung von Fondue frisch und Fondue fixfertig haben wenig Gemeinsamkeiten. Während für Fondue frisch im Wesentlichen "lediglich" Käse gerieben und abgepackt werden muss, setzt die Herstellung von Fondue fixfertig eine Schmelzmaschine voraus und gemäss eines Konkurrenten gar eine eigene Fabrikhalle aufgrund von Geruchsemissionen. Fondue frisch und Fondue fixfertig sind vermutlich für viele Konsumenten Substitute. Allerdings bestehen bei diesen Produkten gemäss den Aussagen eines Grossverteilers innerhalb der Schweiz erhebliche kulturelle Unterschiede. So akzeptierten Westschweizer Fixfertig-Fondues eher schlecht, hier habe Frisch-Fondue absolute Priorität. Gewisse Konsumenten bevorzugen hingegen Fondue fixfertig, z.B. da es auf Vorrat sowie in Tankstellenshops und anderen Convenience-Shops ausserhalb der regulären Öffnungszeiten gekauft werden kann. Die Ansicht unterschiedlicher Kundengruppen für Fondue frisch und Fondue fixfertig wurde von drei der befragten Detailhändler bestätigt.

26. In der nachfolgenden Analyse wird als engstmögliche Marktabgrenzung von separaten sachlich relevanten Märkten für Fondue fixfertig und Fondue frisch ausgegangen. Da evt. aber auch ein gemeinsamer sachlich relevanter Markt für Fondue frisch und fixfertig vorliegen könnte, wird dieser in der nachfolgenden Analyse ebenfalls betrachtet. Schlussendlich wird die genaue Markt-

abgrenzung in dieser Sache offen gelassen. Zudem wird ein Markt für Schmelzkäseprodukte ohne Fondue fixfertig abgegrenzt. Allenfalls wäre dieser weiter zu unterteilen, z.B. in Schmelzkäse-Scheiben und Rundschnitt resp. Streichschmelzkäse. Auch hier wird die genaue Marktabgrenzung offen gelassen.

27. Zur Partieware gehören Randstücke, deklassierter Sortenkäse und Lagerware. Randstücke fallen bei der Konfektionierung von Käse an. Deklassierter Sortenkäse ist Naturkäse, welcher aus qualitativen Gründen nicht als solcher verkauft werden kann. Lagerware ist Käse, welcher aus Qualitätsgründen der industriellen Verwertung zugewiesen wird. Während Randstücke (sog. Qualität IB) zu Reib- und Schmelzkäse verarbeitet werden können, können deklassierte Käselaike (sog. Qualität II) üblicherweise lediglich noch für Schmelzkäse verwendet werden.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

28. 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).

29. Für die räumliche Marktabgrenzung der Märkte, die zwar betroffen sind, aber für welche keine Marktanteilsaddition stattfindet, wird auf Tabelle 2 verwiesen. Nachfolgend wird die räumliche Marktabgrenzung für diejenigen Märkte diskutiert, für welche Marktanteilsadditionen stattfinden.

30. Die Affinage von Halbhart- und Hartkäse ist schweizweit abzugrenzen, wobei anzumerken ist, dass AOC-geschützte Käsesorten (z.B. Gruyère) nur in einem regional abgegrenzten Gebiet gereift werden dürfen.⁹

31. Für die Konfektionierung von Käse der verschiedenen Produktgruppen ist von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen (vgl. Emmi/SDF, RPW 2003/3, S. 542, Rz. 69).

32. In der Stellungnahme Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 542, Rz. 70–73) wurde der Vertrieb von Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse schweizweit abgegrenzt. Seit dem 1. Juli 2007 ist der Käsemarkt mit der EU vollständig liberalisiert,¹⁰ womit der Vertrieb aus Abnehmersicht räumlich neu allenfalls als EU+CH-weit abgegrenzt werden könnte.¹¹ Bis anhin wurde allerdings noch keine vertiefte Analyse des Vertriebs verschiedener Käsearten vorgenommen. Da die genaue räumliche Marktabgrenzung des

⁷ Dies entspricht der bisherigen Praxis der Weko (vgl. Emmi/SDF, RPW 2003, S. 529 ff). Allerdings war der Schmelzkäse-Bereich bis jetzt nie ein betroffener Markt.

⁸ Im vorliegenden Text werden die Begriffe Fondue fixfertig resp. Fixfertig-Fondue nur für Fertigfondue mit Schmelzsalzen verwendet, nicht aber für fertig angerührtes Frischfondue.

⁹ Vgl. Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 665, Rz. 25, und Emmi/SDF, RPW 2003/3, S. 541–542, Rz. 66–68.

¹⁰ Am 1. Juli 2002 trat das Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999 in Kraft. Darin verpflichten sich die EU und die Schweiz zu einer schrittweisen Liberalisierung des Käsehandels innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens (Art. 3 und Anhang 3 des Abkommens).

¹¹ Vgl. auch Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 665, Rz. 27.

Vertriebs von Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse das Ergebnis der Analyse nicht beeinflusst, kann auf eine genaue Festlegung dieser räumlichen Abgrenzung verzichtet werden.

33. Gemäss den Parteien (Meldung ab Rz. 110) ist es dem typischen Schmelzkäse-scheiben-Kunden einerlei, ob dieser aus der Schweiz oder dem Ausland kommt. Auch bei den klassischen Rundschachteln sind Produkte aus dem Ausland in der Schweiz omnipräsent. Dagegen sind Importe bei Fertig-Fondues kaum anzutreffen.

34. Für Schmelzkäseprodukte ausser Fondue fixfertig gibt es viele europäische Hersteller, welche in der Schweiz anbieten. Die befragten Detailhändler (dabei auch Discounter) in der Schweiz führen dagegen ausschliesslich in der Schweiz hergestelltes Fondue fixfertig. Als Gründe hierfür nennen diese, dass den Schweizer Konsumenten Fondue mit Schweizer Käse wichtig ist. Fondue im Allgemeinen und Fondue fixfertig im Speziellen ist ein typisch schweizerisches Produkt. Rund 25 % des Fondue fixfertig auf europäischer Ebene wird in der Schweiz konsumiert, rund 60 % des Fondue fixfertig in EU+CH-Raum wird in der Schweiz produziert.

35. Die Weko folgt im vorliegenden Fall der Einschätzung der Parteien bezüglich Import und Kundenpräferenzen und grenzt deshalb die Märkte für Schmelzkäse ausser Fondue CH+EU-weit ab, denjenigen von Fondue fixfertig dagegen schweizweit. Ein allfälliger Markt für Fondue frisch+fixfertig ist ebenfalls schweizweit abzugrenzen. Letztendlich kann aber die genaue Abgrenzung offen gelassen werden, da selbst bei der engsten räumlichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

36. Gemäss den Parteien kann Schmelzrohware durchaus exportiert werden, weshalb auf dem Beschaffungsmarkt von einer zunehmenden Europäisierung auszuge-

hen sei. Gemäss den der Weko vorliegenden Informationen wird die Partieware von Schweizer Naturkäse trotz Liberalisierung des Käsemarkts immer noch hauptsächlich in der Schweiz verarbeitet. Gründe hierfür sind u.a. das Verhalten der Sortenverbände, welche den Verkäufern von Partieware zum Teil Einschränkungen bezüglich den Absatz ins Ausland auferlegen, z.B. dahingehend, dass diese zu kontrollieren haben, dass die sog. II. Qualität nur als Schmelzkäse verwendet wird. Daher wird in der folgenden Analyse von einem nationalen Markt für Partieware ausgegangen. Dies könnte sich möglicherweise in Zukunft ändern.

B.3.2 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.

38. Wie Tabelle 4 aufzeigt, ist bei vielen der nachfolgend aufgelisteten betroffenen Märkte wie beispielsweise dem Markt für Butter und dem Markt für Joghurt lediglich Emmi tätig. Märkte mit Marktanteilsadditionen sind in der Tabelle grau schraffiert. Es sind dies Märkte, welche die Bereiche der Produktion von Halbhartkäse, der Affinage von Halbhart- und Hartkäse, der Konfektionierung von Käse, der Produktion und den Vertrieb von Schmelzkäse und von Fondue sowie die Beschaffung von Partieware betreffen. Diese werden nachfolgend näher diskutiert.

Tabelle 4: Marktanteile Schweiz in den betroffenen Märkten im Jahr 2009

Produktmärkte	Emmi	Fromalp
Absatzseitig		
Konsummilch	[40–50] %	0 %
- Past	[40–50] %	0 %
- UHT	[30–40] %	0 %
- Hochpastmilch		
Konsumrahm	[50–60] %	0 %
Butter	[50–60] %	0 %
Joghurt	[40–50] %	0 %
Dessertprodukte	[20–30] %	0 %
Produktion Halbhartkäse	[20–30] %	[0–10] %
davon Raclette	[30–40] %	[0–10] %
Affinage von Halbhart- und Hartkäse	[30–40] %	[0–10] %

Produktmärkte	Emmi	Fromalp
- Halbhartkäse	[20–30] %	0 %
- Hartkäse	[30–40] %	[0–10] %
(davon Emmentaler)	[40–50] %	[10–20] %
Konfektionierung von Käse	[30–40] %	[0–10] %
Frischkäse-Produktion exkl. Quark	[20–30] %	0 %
Schmelzkäse	[40–50] %	[20–30] %
- Rundschachteln, Scheiben	[20–30] %	[20–30] %
- Fondue fixfertig	[60–70] %	[20–30] %
Fondue frisch und fixfertig	[40–50] %	[10–20] %
Käse-Halbfabrikate für industrielle Applikationen (insbesondere Käsemischungen für Chäschüechli)	0 %	[90–100] %
Beschaffungsseitig		
Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm	k.A. %	0 %
Beschaffung von Rohmilch	[20–30] %	[0–10] %
Beschaffungsmarkt von Partieware (für Schmelzkäse und Reibkäse)	[40–50] %	[10–20] %
- Qualität IB: Randstücke		
- Qualität II: deklassierter Sortenkäse		

Grau schattiert: betroffene Märkte mit Marktanteilsaddition; Quelle: Angaben der Parteien und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats

B.3.2.1 Markt für die Produktion von Halbhartkäse

39. Raclette, Appenzeller, Tilsiter, Tête de Moine und Vacherin Fribourgeois sind einige der typischen in der Schweiz hergestellten Halbhartkäsesorten. Der Marktanteil bei der Produktion von Halbhartkäse beträgt 2009 bei Emmi als Marktführer [20–30] %, bei Fromalp [0–10] % (vgl. Tabelle 4). Somit kommt es in diesem Bereich nur zu einer geringen Marktanteilsaddition. Die Zusammenschlussparteien sehen sich einer grösseren Anzahl mittlerer und kleinerer Wettbewerber gegenüber, so der Cremo SA (nachfolgend: Cremo), der Alois Imlig Käserei Oberriet AG und der Strähl AG (nachfolgend: Strähl) mit einem von den Parteien geschätzten Marktanteil für 2009 von jeweils [0–10] %.

40. Fokussiert man auf die Herstellung von Raclette-Käse, so beträgt der Marktanteil 2009 von Emmi [30–40] %, derjenige von Fromalp [0–10] %, was zu einem gemeinsamen Marktanteil von [30–50] % führt. Obwohl Emmi damit seine Marktführerschaft ausbaut, ist aufgrund einer grösseren Anzahl mittlerer und kleinerer Wettbewerber davon auszugehen, dass auch nach dem Zusammenschluss ausreichender Wettbewerb vorhanden ist, so u.a. seitens der Cremo mit einem Marktanteil

von [10–20] % und von Hardegger Käse (nachfolgend: Hardegger), der Seiler Käserei AG und Strähl mit Marktanteilen zwischen [0–10] % und [0–10] %.

41. Somit ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben im schweizerischen Markt für die Produktion von Halbhartkäse im Allgemeinen und im schweizerischen Markt für die Produktion von Raclette-Käse im Speziellen zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.2.2 Markt für die Affinage von Halbhart- und Hartkäse

42. Emmi ist im Bereich der Affinage von Halbhart- und Hartkäse im Allgemeinen in der Schweiz Marktführer. Ihr Marktanteil wurde für 2008 auf [30–40] % geschätzt (vgl. Mifroma/Dörig, RPW 2008/4, S. 666, Rz. 32), derjenige von Fromalp auf [0–10] %. Nebst den Zusammenschlussparteien sind eine grosse Anzahl kleinerer Affineure tätig, so beispielsweise Cremo, Hardegger, der InterCheese AG, Lustenberger & Dürst SA (nachfolgend: L&D), Mifroma und Strähl. Oftmals spezialisieren sich die Unternehmen dabei auf die Affinage einer bestimm-

ten Käsesorte. So affinert Fromalp lediglich Emmentaler Käse.

43. Bei der Affinage von Emmentaler in der Schweiz kommt Emmi auf einen Marktanteil von [40–50] %, Fromalp auf einen solchen von [10–20] % (vgl. Tabelle 4,) was addiert einen Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [50–70] % ergibt. Aktuelle Konkurrenten in diesem Schweizer Markt sind insbesondere L&D, Cremo und die Gourmino AG. Letzteres Unternehmen wurde im Jahr 2001 durch mehrere Käser gegründet. Es ist denkbar, dass weitere Käser in der Schweiz diesem Beispiel folgen.

44. Zudem besteht ein grosser Wettbewerbsdruck durch im Ausland produzierten Emmentaler Käse. Während die geographische Ursprungsbezeichnung "Emmentaler AOC" geschützt ist, fehlt ein solcher Schutz für die Bezeichnung "Emmentaler". Entsprechend wird ein grosser Anteil an Emmentaler Käse auch im benachbarten europäischen Ausland produziert. Wie bereits erwähnt sind die Käsemärkte zur EU seit dem 1. Juli 2007 vollständig liberalisiert. Es ist davon auszugehen, dass der daraus entstehende Wettbewerbsdruck sich auch auf den dem Vertrieb vorgelagerten Marktstufen, darunter die Affinage, auswirkt.

45. Zusammenfassend geht die Weko davon aus, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder im Markt für die Affinage von Käse im Allgemeinen noch im Markt für die Affinage von Emmentaler im Speziellen zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.2.3 Markt für Konfektionierung

46. Bei der Konfektionierung von Käse erreicht Emmi im Schweizer Markt einen Marktanteil von [30–40] % und ist damit der umsatzstärkste Wettbewerber im Markt (vgl. Tabelle 4). Die zu übernehmende Fromalp hat einen Marktanteil von [0–10] %. Zweitgrösster Wettbewerber ist Mifroma mit einem Marktanteil von [30–40] %. Des Weiteren sind mehrere kleinere Unternehmen in diesem Markt präsent, so insbesondere Hardegger und L&D mit Marktanteilen von [0–10] %, welche wie Emmi, Fromalp und Mifroma auch als Affineure tätig sind. In Abwägung der relativ bescheidenen Marktanteilsaddition erachtet die Weko die Anzahl und Stärke der verbleibenden Konkurrenz als ausreichend.

B.3.2.4 Markt für Schmelzkäse (ohne Fondue fixfertig)

47. Auf dem Schmelzkäsemarkt (ohne Fondue fixfertig), welcher eher europäisch abzugrenzen ist, sind viele grosse europäische Schmelzkäseproduzenten mit bekannten Marken – auch in der Schweiz – vorhanden, z.B. die französische Firma Bel (Babybel, Kiri, La vache qui rit) und die zur Lactalis-Gruppe gehörende italienische Firma Galbani (Crema Bel Paese). Auf einem europäischen Markt für Schmelzkäse-Produkte (ohne Fondue fixfertig) sind die Marktanteile der Zusammenschlussparteien mit rund [0–10] % bei Emmi und [0–10] % bei Fromalp gering (vgl. Tabelle 5). Bei einem Markt, welcher sämtliche Schmelzkäse-Produkte umfasst (also mit Fondue fixfertig), welcher die Weko als nicht korrekt erachtet, wären die Marktanteile ebenfalls gering (vgl. Tabelle 6).

Tabelle 5: Marktanteile bei Schmelzkäse (ohne Fondue fixfertig) 2009

EU + Schweiz		Schweiz	
Hersteller	Marktanteil	Hersteller	Marktanteil
Emmi	[0–10] %	Emmi	[20–30] %
Fromalp	[0–10] %	Fromalp	[20–30] %
Bel (Frankreich)	[10–20] %	Bel (Frankreich)	[10–20] %
Hochland (Deutschland)	[10–20] %	Hochland (Deutschland)	[0–10] %
Kraft	[10–20] %	Strähl (CH)	[0–10] %

Quelle: Angaben der Parteien

Tabelle 6: Marktanteile bei Schmelzkäse (mit Fondue fixfertig) 2009

EU + Schweiz		Schweiz	
Hersteller	Marktanteil	Hersteller	Marktanteil
Emmi	[0–10] %	Emmi	[40–50] %
Fromalp	[0–10] %	Fromalp	[20–30] %
Hochland (Deutschland)	[10–20] %	Bel (Frankreich)	[10–20] %
Bel (Frankreich)	[10–20] %	Hochland (Deutschland)	[0–10] %
Kraft	[0–10] %	Strähl (CH)	[0–10] %

Quelle: Angaben der Parteien

48. Ein bedeutender Teil der von den Grossverteilern in der Schweiz angebotenen Schmelzkäsescheiben und – rundscheideln sind Eigenmarken. Letztere werden fast ausschliesslich durch Emmi und Fromalp hergestellt. Zu einem geringen Anteil werden Eigenmarken für Grossverteiler in der Schweiz bereits im europäischen Raum hergestellt. Bei gewissen Produktlinien, welche mit "Swissness" werben, sind allerdings die Grossverteiler auf in der Schweiz hergestellte Produkte angewiesen. Zusammen mit dem hohen Anteil an Eigenmarken bei Schmelzkäse (ohne Fondue fixfertig) erklärt dies die hohen Marktanteile der Zusammenschlussparteien in der Schweiz (vgl. Tabelle 5). Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 35) ist der Markt allerdings eher EU+CH-weit abzugrenzen.

49. Lediglich einer der befragten Grossverteiler hat negative Auswirkungen im Bereich Schmelzkäse (ohne Fondue fixfertig) auf sein Unternehmen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erwähnt, dies aufgrund erheblicher Abhängigkeit. Ein weiterer Grossverteiler hat präzisiert, dass selbst bei erhöhter Abhängigkeit von den Zusammenschlussparteien ausländische Beschaffungsalternativen vorhanden sind und ein entsprechender Konkurrenzdruck durch den effektiven und potentiellen Wettbewerb aus dem Ausland besteht. Auf-

grund der genügenden aktuellen Konkurrenz, insbesondere aus dem Ausland, wird auf die Analyse der potentiellen Konkurrenz bei Schmelzkäse-Produkten (ohne Fondue fixfertig) verzichtet.

B.3.2.5 Markt für Fondue

I. Aktueller Wettbewerb

50. Der grösste Fonduehersteller (frisch und fixfertig) ist Emmi mit einem Marktanteil von [40–50] %, gefolgt von Fromalp mit [10–20] % und Mifroma mit [10–20] % (gemessen am Absatz Schweiz). In der Schweiz gibt es zahlreiche Hersteller von Frischfondue, von grossen Unternehmen wie Emmi und Mifroma bis hin zu kleinen Käsereien. Dies erklärt sich dadurch, dass im Gegensatz zu Fixfertig-Fondue bei Frischfondue nur geringe Investitionen notwendig sind. Hier liegen die Marktanteile von Emmi und Fromalp bei rund [10–20] % und [0–10] %. In einem hypothetischen Markt für warme Käsemahlzeiten für die EU inkl. Schweiz, welcher von der Weko als nicht sachgerecht erachtet wird, liegen die Marktanteile der Zusammenschlussparteien bei gesamthaft rund [10–20] %. Angaben zu den Marktanteilen von Emmi und Fromalp auf schweizerischer als auch EU+CH-Ebene im Bereich Fondue finden sich in Tabelle 7.

Tabelle 7: Marktanteile der Parteien von Fondue fixfertig bis hin zu warmen Käsemahlzeiten für das Jahr 2009 [in %, basierend auf Volumen in t]

	Räumlich	
	Schweiz	EU und Schweiz
Fondue fixfertig		
- Emmi	[60–70]	[40–50]*
- Fromalp	[20–30]	[10–20]*
- Emmi + Fromalp	[80–100]	[50–60]*
Fondue frisch		
- Emmi	[10–20]*	k.A.
- Fromalp	[0–10]*	
- Emmi + Fromalp	[10–20]*	
Fondue (frisch und fixfertig)		
- Emmi	[40–50]*	k.A.
- Fromalp	[10–20]*	
- Emmi + Fromalp	[50–60]*	
Warme Käsemahlzeiten		
- Emmi	k.A.	[0–10]*
- Fromalp		[0–10]*
- Emmi + Fromalp		[10–20]*

Quelle: Erhebungen des Sekretariats und die mit einem Stern gekennzeichneten Marktanteile gemäss Angaben der Parteien

51. Im Gegensatz dazu gibt es bei Fondue fixfertig nur wenige Hersteller in der Schweiz. Wie bereits in Rz. 26 erwähnt, handelt es sich bei Fondue fixfertig um die engstmögliche Markttabgrenzung. Die grössten Herstel-

ler sind Emmi mit einem (am Absatzmarkt Schweiz gemessenen) Anteil von rund [60–70] % und Fromalp mit einem solchen von rund [20–30] % (vgl. Tabelle 10). Zusammen vereinen sie also rund [80–100] % der in der

Schweiz abgesetzten Menge an Fondue fixfertig auf sich. Neben ihren Marken (u.a. Gerber) produzieren Emmi und Fromalp die Eigenmarken der Fixfertig-Fondues von Migros und Coop. Ca. [50–60] % der produzierten Menge der Zusammenschlussparteien wird ins Ausland exportiert. Weitere Wettbewerber sind Hardegger und Strähl. Diese sind vor wenigen Jahren in den Schweizer Markt für Fixfertig-Fondue eingetreten und verfügten 2009 über Marktanteile von [0–10] % bzw. [0–10] %. Ein dritter Wettbewerber, [...], welcher [...] beliefert, ist erst vor kurzem in den Markt eingetreten und verfügt über einen Prototypen einer Schmelzmaschine. 2009 erreichte er in der Schweiz für Fixfertig-Fondue einen Marktanteil von [0–10] %.

52. Migros und Coop beziehen Fondue fixfertig ausschliesslich bei Emmi und Fromalp. Mit einer Ausnahme bezogen 2009 zudem sämtliche weiteren befragten Detailhändler Fondue fixfertig mehrheitlich oder gar ausschliesslich bei den Zusammenschlussparteien. Daneben berücksichtigen gewisse aber auch einen oder mehrere weitere Produzenten wie Strähl und Hardegger.

53. Die drei in der Schweiz ansässigen Konkurrenten der Zusammenschlussparteien bezüglich Schmelzkäse sehen gemäss ihren Angaben durch den Zusammenschluss eher eine Verbesserung ihrer Position und Chancen, Eigenmarken für Grossverteiler zu produzieren. Möchte einer der Wettbewerber der Zusammenschlussparteien einen neuen, grösseren Auftrag akquirieren, muss dieser allenfalls in neue Kapazitäten investieren (vgl. Rz. 55 ff.).

Tabelle 8: Prognose der Marktanteile ausländischer Anbieter von Fondue fixfertig in der Schweiz (Konkurrenten und Detailhändler)

	0–3 %*	4–5 %	6–10 %	>10 %	Total Antworten
In 2 Jahren	12	1	0	0	13
In 5 Jahren	5	4	4	0	13

* Antworten mit „gering“ oder „insignifikant“ wurden als 0–3 % gezählt. Quelle: Erhebungen des Sekretariats

56. Wenngleich die Weko die disziplinierende Wirkung der ausländischen Konkurrenz als eher gering einschätzt, so könnte eine disziplinierende Wirkung durch inländische Unternehmen erfolgen. Diese könnte von neu in den Markt eintretenden Unternehmen ausgehen oder von bestehenden Konkurrenten, welche ihre maximale Kapazitäten ausschöpfen oder in neue Kapazitäten investieren. Nachfolgend soll analysiert werden, ob es wahrscheinlich ist, dass solche Konkurrenten vorliegen, die in genügendem Ausmass und rechtzeitig in den Markt eintreten und somit den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussparteien einschränken.

57. Gemäss den Erhebungen des Sekretariats verfügen Hardegger und Strähl derzeit über gemeinsame maximale Kapazitäten für die Herstellung von Fondue fixfertig in der Höhe von [über 2000] t jährlich. Dies entspricht [mehr als der Hälfte] der schweizerischen Nachfrage nach Fondue fixfertig für 2009. Die von den Konkurrenten angegebenen maximal mögliche Tagesproduktion

54. Sechs Detailhändler machen keine negativen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens bezüglich ihre Bezugsmöglichkeiten von Fondue fixfertig geltend, nur zwei sehen durch die Fusion eine Zunahme ihrer Abhängigkeit von den Zusammenschlussparteien [...]. V.a. eher kleinere Detailhändler dürften für ihre Eigenmarken auf den Bezug alternativer Hersteller in der Schweiz zurückgreifen (oder tun dies bereits).

II. Potentieller Wettbewerb

55. Gemäss den Parteien sind ausländische Käsekonzerne bereit und in der Lage, in den Aufbau des Fertigfondue-Produkts sehr erhebliche Mittel zu investieren. Die Erhebungen des Sekretariats bei den Konkurrenten und den Grossverteilern zeigen allerdings ein anderes Bild (siehe Tabelle 8). Fast alle der Befragten schätzen den Marktanteil ausländischer Anbieter für Fondue fixfertig in zwei Jahren auf maximal 3 % resp. als gering oder insignifikant ein. Den Marktanteil in fünf Jahren schätzen immerhin 4 von 13 Befragten auf 6–10 %, die restlichen Befragten sehen diesen Wert tiefer resp. als gering oder insignifikant. Viele weisen darauf hin, dass es für ausländische Anbieter schwierig ist, in diesen Markt einzutreten. Insbesondere wird dabei auf die Wichtigkeit des schweizerischen Elements bei diesem Produkt hingewiesen. So weist einer der Konkurrenten der Parteien darauf hin, dass es schwierig ist, ein ausländisches Produkt für Fondue fixfertig auf dem Schweizer Markt zu positionieren. Insgesamt lässt sich daraus folgern, dass die ausländische Konkurrenz kaum eine disziplinierende Wirkung auf Emmi/Fromalp ausüben kann.

bei zwei Schichten wurde dabei auf ein Jahr hochgerechnet unter der Annahme, dass das Unternehmen Fondue fixfertig während 22 Tagen pro Monat und acht Monaten pro Jahr produziert. Allenfalls müssten die Konkurrenten dabei Produktionseinbussen bei anderen Schmelzkäseprodukten hinnehmen. Dies zeigt, dass die bestehenden Konkurrenten das Potential besitzen, einen deutlich höheren Anteil an Fondue fixfertig im schweizerischen Markt abzusetzen, sofern eine diesbezügliche Nachfrage seitens des Detailhandels besteht. Eine solche Nachfrage könnte es insbesondere bei den Eigenmarken der Grossverteiler geben, die durch Dritte, d.h. nicht von Eigenindustrien dieser Grossverteiler, hergestellt werden. Rund 80 % der in der Schweiz abgesetzten Menge an Fondue fixfertig werden gemäss den Erhebungen des Sekretariats bei den wichtigsten Grossverteilern als Eigenmarken verkauft. Dies deutet darauf hin, dass kleinere Konkurrenten relativ schnell Marktanteile gewinnen können, sofern sie über die notwendigen Kapazitäten verfügen.

Tabelle 9: Kapazitäten von Hardegger und Strähl für Fondue fixfertig

	Hardegger	Strähl	Hardegger + Strähl
Jährliche Kapazität [t]	[...]	[...]	[> 2000]
Jährliche Kapazität gemessen an der schweizerischen Nachfrage für 2009			[> 50 %]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats; Bemerkungen: Kapazitäten errechnet auf Basis zweier Schichten, für 22 Tage pro Monat und 8 Monate pro Jahr.

58. Gemäss den Parteien sind die Markteintrittsschranken sehr gering. Sie schätzen die erforderlichen Investitionen auf CHF 1–2 Mio., eine Summe, welche auch für mittelständische Betriebe ohne weiteres verkraftbar sei. Die Befragung von bestehenden und potentiellen Konkurrenten durch das Sekretariat hat ergeben (vgl. Tabelle 10), dass Hersteller von Schmelzkäse Investitionen in der Höhe von CHF 0,5–4 Mio., Hersteller von Frischfondue solche von CHF 0,3–5 Mio. und Newcomer solche von CHF 1–8 Mio. für den Eintritt in den Markt für Fondue fixfertig aufwenden müssen, während die Dauer je nach bereits vorhandenen Anlagen auf ein halbes bis zwei Jahre geschätzt wurde. Insbesondere schätzen die

Konkurrenten (drei Antworten), dass ein Schmelzkäse-Hersteller für den Markteintritt nur rund 0.5–1 Jahr benötigt, was auf tiefe Markteintrittsschranken hinweist. Mehrere der befragten Konkurrenten sind dabei erst vor kurzem in den Markt eingetreten und können daher eine verlässliche Schätzung der Investitionen und Dauer für einen Markteintritt liefern. Insgesamt erscheinen die Eintrittskosten und -dauer in den Markt für Fondue eher tief zu sein. Sofern für bereits bestehende Eigenmarken der Grossverteiler produziert wird, fallen zudem für den Hersteller auch keine Marketingkosten für die Lancierung eines neuen Produkts an.

Tabelle 10: Investitionen und Dauer für einen Markteintritt bei Fondue fixfertig (Konkurrenten)

Eintritt in den Markt für Fondue fixfertig eines ...	Höhe der Investitionen [in CHF]		Dauer bis Markteintritt	
	Min.	Max.	Min.	Max.
Herstellers von Schmelzkäse	0,5 Mio.	4 Mio.	0,5 Jahre	1 Jahr
Herstellers von Fondue frisch	0,3 Mio.	5 Mio.	0,5 Jahre	2 Jahre
Newcomers	1 Mio.	8 Mio.	1 Jahr	2 Jahre
Anzahl Antworten	6		3	

Quelle: Erhebungen des Sekretariats

III. Zwischenergebnis

59. Im schweizerischen Markt für Fondue fixfertig sind nebst den Parteien mit Hardegger und Strähl zwei Schmelzkäsehersteller im Markt vertreten, welche zwar deutlich kleiner sind als Emmi und Fromalp, aber dennoch bei mehreren Detailhändlern vertreten sind. Der sehr hohe kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien steht der disziplinierenden Wirkung der potentiellen Konkurrenz gegenüber. Die Markteintrittsschranken bei Fondue fixfertig sind insbesondere für schweizerische Hersteller von Schmelzkäse tief. Dies ist auf mehrere Faktoren zurückzuführen. Erstens sind die Gesamtinvestitionen, um in den Markt einzutreten, verhältnismässig tief. Zweitens kann ein solcher Markteintritt rasch erfolgen. Schliesslich besteht drittens aufgrund des hohen Eigenmarkenanteils bei Fondue fixfertig der Grossverteiler die Möglichkeit für potentielle Konkurrenten, grössere Aufträge zu akquirieren. Aus diesen Gründen gibt es keine Anhaltspunkte, dass das

vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Fixfertig-Fondue begründet oder verstärkt.

B.3.2.6 Markt für die Beschaffung von Partieware

60. Wie bereits in Rz. 27 erläutert, gibt es Partieware unterschiedlicher Qualität und Verwendungsmöglichkeiten. Während Randstücke (Qualität IB) als Reibkäse und Schmelzkäse weiter verarbeitet werden können, kann deklassierter Sortenkäse (Qualität II) lediglich zur Produktion von Schmelzkäse verwendet werden. Abnehmer deklassierter Sortenkäselaipe sind praktisch ausschliesslich Schmelzkäsehersteller in der Schweiz. Die Anbieter solcher Laipe, überwiegend Unternehmer, welcher in der Konfektionierung von Halbhart- und Hartkäse tätig sind, sind dabei auf die Abnahme durch Schmelzkäsehersteller in der Schweiz angewiesen. Einerseits ist es zumindest für gewisse Sorten aufgrund von Bestimmungen seitens der jeweiligen Sortenorganisation

schwierig, ins Ausland zu exportieren. So hat die Emmentaler-Sortenorganisation bisher noch keinen Exporten deklassierter Käselaike ins Ausland zugestimmt, während die Gruyere-Sortenorganisation verlangt, dass der Verkäufer bei einem allfälligen Export ins Ausland sicherzustellen hat, dass deklassierter Käse nicht als IA-Ware weiterverwendet wird. Andererseits wird gemäss Informationen des Sekretariats für Sorten-Partieware in der Schweiz in der Regel ein höherer Preis als im Ausland bezahlt, da im Ausland die Sorten weniger wichtig sind und z.B. Schmelzkäse auch mit einem industriell hergestellten Emmentaler produziert werden kann.

61. Gemäss den Parteien übersteigt bei der Partieware die Nachfrage das Angebot deutlich. Gemäss ihren Angaben fällt jährlich eine Menge von ca. 8'000 – 9'000 t Partieware an (wobei nicht bekannt ist, wie viel davon IB-Qualität und wieviel II-Qualität ist), während die Nachfrage bei mindestens 21'000 t. liege. Für 2009 lag die Nachfrage nach Reibkäse in der Schweiz gemäss den Parteien bei 10'639 t, bei Schmelzkäse bei 10'425 t. Somit macht die Nachfrage nach Partieware der Qualität II, also von deklassiertem Sortenkäse, nur rund die Hälfte der Gesamtnachfrage nach Partieware in der Schweiz aus.

62. Die grössten Abnehmer von Partieware in der Schweiz sind Emmi und Fromalp mit Marktanteilen von rund [40–50] % und [10–20] %. Zusammen fragen sie also rund [50–70] % der gesamten Partieware nach. Bezüglich Emmentaler hat sich Emmi bisher verpflichtet, sämtlichen deklassierten Käse abzunehmen. Weitere Abnehmer von Partieware sind v.a. Hardegger und Strähl, zu einem sehr geringen Ausmass auch [...].

63. Die Abnahme von Partieware beeinflusst die Stufe der Konfektionierung und somit traditionelle Käsehandelsfirmen. So sind diese darauf angewiesen, Randstücke und deklassierte Sortenkäselaike absetzen zu können.

64. Die Marktstellung der Zusammenschlussparteien bei der Beschaffung von Partieware hängt stark von der (zukünftigen) Konkurrenzsituation im Bereich der Produktion von Schmelzkäse in der Schweiz ab. Mit Hardegger und Strähl sind zwei ernstzunehmende Konkurrenten auf dem Schweizer Markt vorhanden, die ihre Marktstellung allenfalls ausbauen könnten. Ein weiterer Konkurrent, [...], ist dabei, möglicherweise ebenfalls Schmelzkäse in der Schweiz herzustellen. Somit ist davon auszugehen, dass Anbietern von Partieware zumindest mittelfristig genügend Absatzmöglichkeiten für Partieware zur Verfügung stehen. Deshalb geht die Weko davon aus, dass der Zusammenschluss bei der Beschaffung von Partieware keine marktbeherrschende Stellung begründet.

B.3.3 Ergebnis

65. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf mehreren Märkten zu Marktanteilsadditionen. In den Bereichen der Produktion von Halbhartkäse, der Affinage von Halbhart-

und Hartkäse und der Konfektionierung von Käse hat die Analyse der Weko keine Anhaltspunkte für die Eröffnung einer vertieften Prüfung ergeben.

66. Der Markt für sämtliche Schmelzkäseprodukte ausser Fondue fixfertig umfasst gemäss Einschätzung der Weko den Raum EU inkl. Schweiz. Schweizweit sind zwar die rund die Hälfte des Gesamtabsatzes in diesem Markt auf Produkte der beiden Zusammenschlussparteien zurückzuführen, es besteht aber ausreichend aktueller als auch potentieller Wettbewerb durch inländische aber v.a. auch durch ausländische Produzenten. Gründe hierfür ist die Liberalisierung des Käsemarktes als auch das vielfältige, effektive Warenangebot ausländischer Schmelzkäseproduzenten im Bereich von Scheiben und Rundschnitten. In einem solchen europäischen Markt ist der Marktanteil der beiden Parteien mit rund [0–10] % sehr gering.

67. Der Markt für Fondue ist stark schweizerisch geprägt. So finden sich (praktisch) ausschliesslich Schweizer Fondue-Produkte in den Regalen der Detailhändler. Swisness scheint dabei ein wichtiges Verkaufsargument zu sein. Deshalb geht die Weko von einer nationalen Marktsegmentierung aus. Im engstmöglichen Markt, dem Markt für Fondue fixfertig, führt das Zusammenschlussvorhaben zu einem kumulierten Marktanteil der Parteien von [80–100] %. Den restlichen Umsatz entfällt im Wesentlichen auf zwei weitere schweizerische Schmelzkäsehersteller. Ein dritter Wettbewerber ist möglicherweise dabei, in den Markt einzutreten. Der sehr hohe kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien steht der disziplinierenden Wirkung der potentiellen Konkurrenz aufgrund tiefer Markteintrittsbarrieren gegenüber.

68. Emmi und Fromalp kommen bei der Beschaffung der Partieware auf einen gemeinsamen Marktanteil von nahezu zwei Drittel des Marktes. Weitere Abnehmer sind die beiden grössten schweizerischen Konkurrenten im Bereich Schmelzkäse, Hardegger und Strähl. Da schweizerische Partieware faktisch vollständig in der Schweiz zu Schmelzkäse und allenfalls, im Falle von Randstücken, auch zu Reibkäse weiterverarbeitet wird, hängen mögliche alternative Absatzkanäle insbesondere für deklassierte Sortenkäselaike von der Nachfrage der in der Schweiz ansässigen Schmelzkäsehersteller ab. Wie bereits in Rz. 64 erwähnt, geht die Weko davon aus, dass der aktuelle resp. potentielle Wettbewerb bei Schmelzkäseherstellern ausreichend ist und somit auch genügend Absatzmöglichkeiten für schweizerische Partieware bestehen.

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

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Rechtsverweigerungsbeschwerde – Vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung des Schlussberichts

Urteil (B-1612/2010) des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 in Sachen (...) -Wartungspreiserhöhung – Rechtsverweigerungsbeschwerde – Vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung des Schlussberichts.

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2007 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat, Vorinstanz) eine Vorabklärung, unter anderem um festzustellen, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) vorlagen. Den Anlass zur Eröffnung der Voruntersuchung gab die von der Beschwerdeführerin geplante Erhöhung der Preise für die Wartung von ERP-Software aufgrund der Einführung eines neuen Wartungssystems ((...) Enterprise Support), welches das alte Wartungssystem ((...) Standard Support) ablösen sollte.

Mit eigener Pressemitteilung vom 14. Januar 2010 gab die Beschwerdeführerin bekannt, dass sie allen Kunden weltweit ein innovatives und umfassendes, gestaffeltes IT-Support-Modell anbieten werde. Im Rahmen des neuen Angebots bestehe für Kunden die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Optionen (...) Enterprise Support und (...) Standard Support. Weiter kündigte die Beschwerdeführerin an, die Preisobergrenzen in Bezug auf die Supportvergütung für 2010 für bestehende (...) Enterprise-Support-Verträge auf dem Niveau von 2009 zu belassen. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 und 3. Dezember 2009 informierte die Beschwerdeführerin das Sekretariat über diese neuen Entwicklungen.

Mit Schreiben vom 2. Februar 2010 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen Beschluss mit, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen, da keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorlägen und stellte ihr den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 zu. Im Hinblick auf dessen Veröffentlichung bat das Sekretariat die Beschwerdeführerin, ihm innert der angesetzten Frist bekanntzugeben, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2010 nahm die Beschwerdeführerin zum Schlussbericht Stellung. Sie beantragte, auf jegliche Veröffentlichung des Schlussberichts zu verzichten. Da der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse der X._____ enthalte, "die vom Amtsgeheimnis erfasst" seien, erübrige sich eine Bekanntgabe der Geschäftsgeheimnisse.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2010 hielt das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts fest und bat die Beschwerdeführerin, ihm erneut mitzuteilen, ob die Beschlussbegründung Geschäftsgeheimnisse enthalte. Ohne ihren Gegenbericht gehe das Sekretariat davon aus, dass die Beschwerdeführerin der Veröffentlichung des vollständigen Texts zustimme.

Mit Schreiben vom 3. März 2010 erklärte die Beschwerdeführerin, sie sei weder mit dem Versand des Schlussberichts an die Interessengemeinschaft (...)Wartung noch mit einer anderweitigen Veröffentlichung einverstanden, da der Schlussbericht zahlreiche Geschäftsgeheimnisse enthalte. Für den Fall, dass das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts festhalte, beantragte die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 25a VwVG den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht zu identifizieren.

B.

Mit Eingabe vom 16. März 2010 reichte die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, gegenüber X._____ eine anfechtbare Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...) -Wartungspreiserhöhung zu erlassen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat; und

2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei verbindlich anzuweisen, gegenüber X._____ eine anfechtbare Verfügung betreffend Identifikation der Geschäftsgeheimnisse zu erlassen.

3. Eventualiter sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, über die Veröffentlichung des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...) -Wartungspreiserhöhung nach Art. 25a VwVG zu verfügen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat; und

4. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei eventualiter verbindlich anzuweisen, gegenüber X._____ eine Verfügung betreffend Veröffentlichung des Schlussberichts zu erlassen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates".

Sodann beantragt die Beschwerdeführerin den Erlass der folgenden vorsorglichen Massnahmen:

"1. Es sei dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen, den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...) -Wartungspreiserhöhung zu veröffentlichen.

2. Zur Sicherstellung der rechtlichen Interessen von X. _____ sei die Untersagung der Veröffentlichung des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...) -Wartungspreiserhöhung superprovisorisch anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates".

Die Beschwerdeführerin gibt als Grund für die Erhebung der Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht an, das Sekretariat habe ihr am 12. März 2010 telefonisch mitgeteilt, es sei nicht bereit, eine Verfügung zu erlassen und werde stattdessen die Geschäftsgeheimnisse nach eigenem Gutdünken grosszügig abdecken und den Schlussbericht an die Interessengemeinschaft (...) -Wartung zustellen und publizieren.

Zur Begründung des Hauptrechtsbegehrens führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie habe einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung, um zu klären, ob ein rechtlich geschütztes Interesse an der Identifikation der Geschäftsgeheimnisse gegeben sei. Gemäss Art. 25 KG dürften die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Um die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, seien die Wettbewerbsbehörden auf die betreffenden Unternehmen angewiesen. Sofern das Sekretariat mit der Einschätzung eines Unternehmens betreffend seine Geschäftsgeheimnisse nicht einverstanden sei, sei es gemäss Lehre verpflichtet, eine verfahrenleitende Verfügung zu erlassen. Auch das Sekretariat gehe selbst davon aus, dass die Identifikation von Geschäftsgeheimnissen im Streitfall mittels Verfügung zu erledigen sei. Dies gehe im Übrigen sowohl aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010 als auch aus dem Merkblatt betreffend Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008 hervor.

Die Beschwerdeführerin weist weiter darauf hin, das Eventualbegehren beziehe sich auf die bevorstehende Veröffentlichung des Schlussberichts. Sie habe folglich ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über die Veröffentlichung des Schlussberichts.

Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, die Voraussetzungen für die Gutheissung des Gesuchs um (superprovisorischen) Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen seien als gegeben zu erachten.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2010 ordnete das Bundesverwaltungsgericht superprovisorisch an, bis zu seinem Entscheid über das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, "es sei dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB während der Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vorsorglich zu untersagen,

den Schlussbericht vom 28. Januar 2010 in Sachen 32-0218 (...) -Wartungspreiserhöhung zu veröffentlichen", habe eine Publikation des Schlussberichts vom 28. Januar 2010 zu unterbleiben.

D.

In seiner innert verlängerter Frist eingereichten Stellungnahme vom 29. April 2010 beantragt das Sekretariat die kostenfällige Abweisung der Beschwerde mit Bezug auf Haupt- und Eventualbegehren sowie auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen.

Vorab kritisiert das Sekretariat die Darstellung des Sachverhalts der Beschwerdeführerin. Insbesondere entspreche der von ihr in der Beschwerde wiedergegebene Inhalt des Telefonats vom 12. März 2010 nicht den Tatsachen. Es hält dafür, das Sekretariat habe weder anlässlich dieses noch anderer Telefongespräche mitgeteilt, es sei nicht willens, eine Verfügung zu erlassen.

Das Sekretariat führt an, die Aufforderung zur Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse in einem Schlussbericht stelle keine Verfügung dar, sondern entspreche einem "gesetzlichen Recht der Unternehmen" und diene einzig zu ihrem Schutz. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse verweigert, um auf diese Weise die Publikation zu verhindern.

Das Sekretariat weist auch darauf hin, dass die Verfügung, auf deren Erlass die Beschwerdeführerin in der Beschwerde einen Anspruch zu haben glaube, nicht der Verfügung entspreche, um deren Erlass sie vor Einreichung der Beschwerde ersucht habe. In der Beschwerde beziehe sich die Beschwerdeführerin auf diejenigen Verfügungen, die mangels Eignung zwischen dem Sekretariat und den Betroffenen erlassen würden, um festzustellen, welchen Angaben der Charakter eines Geschäftsgeheimnisses zukomme. Der Erlass einer Verfügung, in welcher festgestellt werde, welche Angaben als Geschäftsgeheimnisse gälten, sei unbestritten und stelle die Vorgehensweise dar, die das Sekretariat auch im konkreten Fall getroffen hätte, falls zwischen ihm und der Beschwerdeführerin keine Einigung zu Stande gekommen wäre. Dies ergebe sich auch aus dem veröffentlichten Merkblatt Geschäftsgeheimnisse.

Das Sekretariat stellt sich auf den Standpunkt, der Vorwurf der unzulässigen Rechtsverweigerung sei haltlos. Die Beschwerdeführerin habe während den ganzen Verhandlungen versucht, Druck auf das Sekretariat auszuüben und habe die Beschwerde in einem verfrühten Stadium eingereicht, als die Verhandlungen immer noch im Gange gewesen seien und das Sekretariat seine Abklärungen noch nicht abgeschlossen habe. Die Beschwerdeführerin sei mehrmals aufgefordert worden, die Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht zu identifizieren. In ihren Schreiben vom 16. Februar und 3. März 2010 sei sie dieser Aufforderung nicht nachgekommen. In beiden Fällen habe sie die Veröffentlichung des Schlussberichts als unzulässig erachtet, weshalb sich aus ihrer Sicht eine Identifikation der Geschäftsgeheimnisse erübrige.

Gegen den Vorwurf der Rechtsverweigerung spreche auch der zeitliche Ablauf. Nachdem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. März 2010 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Aufforderung an

X. _____, die Identifikation der Geschäftsgeheimnisse vorzunehmen, beantragt habe, habe ihr das Sekretariat am 12. März 2010 mitgeteilt, dass es in Kürze mit ihr Kontakt aufnehmen werde, um bezüglich der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht eine Lösung zu finden. Die Beschwerdeführerin habe diesen Kontakt nicht abgewartet und stattdessen am 16. März 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht.

Das Sekretariat begründet die Abweisung des Eventualantrags damit, die Beschwerdeführerin habe vor Beschwerdeerhebung den Erlass einer Verfügung über die Rechtmässigkeit der Publikation des Schlussberichts gar nicht beantragt. Im Übrigen stelle die Veröffentlichung bzw. Ankündigung der Veröffentlichung des Schlussberichts keine Verfügung, sondern ein Realakt dar. Daher sei eine Rechtsverweigerung auszuschliessen.

Schliesslich weist das Sekretariat darauf hin, es sei stets ausser Frage gestanden, dass eine Veröffentlichung des Schlussberichts erst nach einer Bereinigung um die Geschäftsgeheimnisse erfolgen könnte, sei es durch die Beschwerdeführerin oder - sollte diese eine Bereinigung verweigern - durch das Sekretariat. Damit würde sich das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen erübrigen.

E.

Mit Verfügung vom 4. Mai 2010 erachtet das Bundesverwaltungsgericht die bisher eingereichten Eingaben als ausreichend, um über den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu befinden. Das Bundesverwaltungsgericht informierte die Verfahrensbeteiligten über seinen Vorbehalt, allenfalls direkt über das Hauptbegehren zu befinden.

F.

Weitere Ausführungen der Parteien werden, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen dargestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 S. 45 m. w. H.).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

1.2 Die Vorinstanz gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. f VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme betreffend das Sachgebiet (Art. 32 VGG) ist nicht gegeben.

1.3 Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission keine anfechtbare Verfügung hinsichtlich der Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht erlassen habe. Indem die Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung geltend macht, geht sie davon aus, dass keine anfechtbare Verfügung vorliegt. Das trifft auf den hier zu beur-

teilenden Fall zu. Nach Art. 46a i. V. m. Art. 50 Abs. 2 VwVG kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung jederzeit Beschwerde geführt werden. Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4408; vgl. auch ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUTSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 5.18 mit Hinweisen).

1.4 Die Frage, ob das verweigernde oder verzögerte Verwaltungshandeln in Verfügungsform zu ergehen hat, bildet erst Gegenstand der materiellen Prüfung und braucht bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen noch nicht entschieden zu werden. Voraussetzung für das Eintreten auf eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde ist lediglich, dass der Beschwerdeführer plausibel macht, die säumige Behörde sei zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung rechtlich verpflichtet gewesen (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N 7 und 9 zu Art. 46a VwVG; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N 725). Gelangt die Beschwerdeinstanz aber schon aufgrund einer summarischen Prüfung zum Schluss, dass keine Pflicht zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung vorliegt, wird sie das Beschwerdeverfahren durch Nichteintretensentscheid erledigen (vgl. MÜLLER, a. a. O., N 9 ad Art. 46a VwVG; Urteil BVGer A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3 und 4.1).

Ob die Beschwerdeführerin - wie sie in ihren Ausführungen behauptet - plausibel machen konnte, dass die Vorinstanz bezüglich der Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet gewesen wäre, eine verfahrensleitende Verfügung zu erlassen, kann vorliegend offen bleiben. Ausschlaggebend erscheint jedoch, dass die Verfügungen, auf deren Erlass die Beschwerdeführerin einen Anspruch geltend macht, Besonderheiten des kartellverwaltungsrechtlichen (Vor-)Verfahrens tangieren, welche sich in dieser Form zum ersten Mal in einem Beschwerdeverfahren stellen. Die in diesem Zusammenhang stehenden Fragen erfordern eine eingehende Auseinandersetzung und sind für eine summarische Beurteilung weniger geeignet. Unter diesen Umständen erscheint es gerechtfertigt, den Anspruch auf Erlass einer Verfügung und das unrechtmässige Verweigern der Verfügung im materiellen Teil zu behandeln (vgl. E. 2 ff.).

1.5 Das Bundesverwaltungsgericht ist nach dem Gesagten zuständig für die Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die Vorinstanz. Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

Streitgegenstand der Rechtsverzögerungs- bzw.

Rechtsverweigerungsbeschwerde kann lediglich die Verzögerung bzw. Verweigerung der angebehrten Verfügung, nicht jedoch deren materielle Aspekte sein (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, N 30 zu Art. 54 VwVG). Der Entscheid in einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsstreitigkeit hat feststellenden Charakter: Die angerufene Instanz stellt lediglich fest, ob das Verfahren zu Unrecht gar nicht oder verzögert behandelt wurde (MARKUS MÜLLER, a. a. O., N 14 zu Art. 46a VwVG). Heisst das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gut, so weist es die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine andere Möglichkeit, den rechtmässigen Zustand herzustellen, gibt es nicht; insbesondere darf das Gericht nicht anstelle der das Recht verweigernden Behörde entscheiden, da dadurch der Instanzenzug verkürzt und allenfalls weitere Rechte der am Verfahren Beteiligten verletzt würden (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, a. a. O., N 36 zu Art. 46a VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 5.25).

3.

Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass die Rechtssuchenden vorgängig ein Begehren um Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt haben und ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 5.20; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a. a. O., N 13 zu Art. 46a; MÜLLER, a. a. O., N 7-9 zu Art. 46a). Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person, Organisation oder Behörde nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a. a. O., N 13 zu Art. 46a; Urteil des BVGer A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3; KÖLZ/HÄNER, a. a. O., N 723).

Diese Fragen sind im Zusammenhang mit den Besonderheiten des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens der Vorabklärung zu prüfen.

4.

Die Vorabklärung ist ein sogenanntes formloses Verfahren zur Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 und 7 KG vorliegen. Zuständig für die Durchführung der Vorabklärung ist allein das Sekretariat der Weko. Der Vorabklärung kommt eine Triage-Funktion zu: damit werden die Fälle ausgesondert, welche einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zuzuführen sind. In der Vorabklärung wird der Sachverhalt summarisch abgeklärt und rechtlich sowie ökonomisch einer ersten Würdigung unterzogen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 23. November 1994, BBl 1995 468 ff., insbesondere S. 602). Das Sekretariat kann bereits im Stadium der Vorabklärung Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. zum Ganzen BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, N 1-13; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 145; ROGER ZÄCH,

Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, N 973 ff.; JOACHIM FRICK in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Bern 2007, N 1-3 zu Art. 26 KG).

Mit Bezug auf den Abschluss der Vorabklärung sind drei Ergebnisse möglich: entweder wird das Verfahren eingestellt, weil keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen bzw. weil die Anhaltspunkte nachträglich wegfallen, indem das Sekretariat mit den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Lösung findet, oder es kommt zur Eröffnung einer Untersuchung, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegeben sind (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 114 zu Art. 26 KG; Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel-Genf-München 2005, N 12.28; BGE 135 II 60 E. 3.1.2). Für die Vorabklärung ist kein Verfahrensabschluss mit Verfügung vorgesehen, sondern lediglich ein Schlussbericht, welcher keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG ist (ZIRLICK/TALMANN, a. a. O., N 4, 44 ff., 70, 125 zu Art. 26 KG m. w. H.).

Gemäss Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen findet auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG keine Anwendung (REKO WEF, RPW 2004/2 E. 1.2.3; gleicher Meinung auch PAUL RICHLI, in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, SIWR V/2, S. 424; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 144; ZÄCH, a. a. O., N 975; JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, N 10 ff. zu Art. 26 KG). Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt, das sich für eine vollumfängliche Anwendung des VwVG erst im Untersuchungsverfahren ausspricht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen für die Verfahrensschritte auf dem Weg zur Untersuchung nur die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien gelten (BGE 135 II 60 E. 3.1.3).

Im Rahmen der Vorabklärung kann das Sekretariat grundsätzlich keine verbindlichen Anordnungen im Sinne von End- und Zwischenverfügungen erlassen. Ausgenommen sind verfahrensleitende Verfügungen betreffend die Auskunfts- bzw. Editionsspflicht, die im Rahmen der Vorabklärungen direkt gestützt auf Art. 40 KG erlassen werden (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 44 ff. zu Art. 26 KG).

Aufgrund der Natur der Vorabklärung als informellen Verfahrensrechts haben die Verfahrensadressaten und Beteiligten in der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Ihnen ist der Schlussbericht grundsätzlich nicht zugänglich. Ausnahmsweise erfolgt eine Zustellung, wenn das Sekretariat den Schlussbericht im RPW (Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden) publizieren will und zuvor die Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen sind (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 130 ad Art. 26 KG m. w. H.). In der Praxis erfolgt eine Publikation des Schlussberichts offenbar, wenn das Sekretariat zum Schluss kommt, für die Eröffnung einer Untersuchung lägen keine Anhaltspunkte vor und die Voruntersuchung eingestellt wird;

indessen werde oft auf eine Publikation des Schlussberichts verzichtet, wenn dieser keine Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthalte oder wenn eine Untersuchung zu eröffnen sei (vgl. THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, a. a. O., N 12.29 f.).

Die Eröffnung, Durchführung und der Abschluss einer Vorabklärung sowie die Veröffentlichung des Schlussberichts stellen nach dem Gesagten grundsätzlich keine anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Eröffnung bzw. Nichteröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG (BGE 135 II 60 E. 3.1.2.; GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, a. a. O., N 12.47). Gegen diese Verwaltungstätigkeiten steht kein Rechtsmittel offen. In diesem Zusammenhang bleibt ebenfalls kein Raum für eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde. Für die Betroffenen besteht die Möglichkeit, Aufsichtsbeschwerde an die Weko zu ergreifen (vgl. zum Ganzen BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 125, 130, 132, 135 f. ad Art. 26 KG; STEFAN BILGER, a. a. O., S. 155; BGE 135 II 67 E. 3.1.2.). Gemäss Praxis ist die Verwaltungsbeschwerde auch nicht gegen die Publikation bzw. Nichtpublikation von Entscheiden und deren Ankündigung oder gegen Pressemitteilungen der Wettbewerbsbehörden möglich, da in diesen Fällen kein entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt (BVGer Urteil B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2; BVGer Urteil B-360/2008 vom 10. Juni 2010 E. 2; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, a. a. O., N 123 ad Art. 27 KG).

5.

Das Bundesverwaltungsgericht kann die Gutheissung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde verfügen, wenn es zur Erkenntnis gelangt, dass die Beschwerdeführerin zuvor beim Sekretariat der Weko ein Begehren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung gestellt hat und ein Anspruch auf deren Erlass besteht, sei es weil die angerufene Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, sei es weil die Beschwerdeführerin Parteistellung gemäss Art. 6 i. V. m. 48 Abs. 1 VwVG beanspruchen kann (vgl. vorne E. 3). Das ist nachfolgend zu prüfen.

6.

Mit Bezug auf das Hauptbegehren macht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde geltend, sie habe einen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen im Schlussbericht. Sie geht davon aus, das Sekretariat sei aufgrund von Art. 25 KG verpflichtet gewesen, eine entsprechende Verfügung zu erlassen, sofern es mit der Einschätzung eines Unternehmens hinsichtlich seiner Geschäftsgeheimnisse nicht einverstanden sei. Sowohl aus dem Merkblatt betreffend Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008 als auch aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010 könne abgeleitet werden, dass die Geschäftsgeheimnisse im Rahmen einer anfechtbaren Verfügung zu bezeichnen seien.

Allerdings hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. März 2010 beim Sekretariat den Erlass einer anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 25a VwVG betreffend die Aufforderung an sie zur Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht beantragt.

Wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zutreffend zum Ausdruck bringt, stimmt die Verfügung, deren Erlass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Vorinstanz beantragte, nicht mit der Verfügung überein, um deren Erlass sie im Hauptbegehren des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ersucht (eine Verfügung im Rahmen von Art. 25 KG betreffend Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht). Inhaltlich macht es einen Unterschied, ob die Aufforderung zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen oder ein Entscheid über den Geheimnischarakter von Geschäftsdaten verlangt wird. Im Hinblick auf die Frage der Rechtsverweigerung erweist sich dieser Unterschied als rechtserheblich.

6.1 Da die Beschwerdeführerin vorgängig beim Sekretariat kein Gesuch um Erlass einer Verfügung gestützt auf Art. 25 KG gestellt hat, muss davon ausgegangen werden, dass eine Voraussetzung für die Bejahung einer Rechtsverweigerung fehlt.

6.2 Selbst wenn die Beschwerdeführerin auch vor dem Bundesverwaltungsgericht den Erlass einer Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, gemäss Art. 25a VwVG beantragt hätte, so wäre ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung wohl zu verneinen. Denn im Verfahren der Vorabklärung sind die Bestimmungen des VwVG, wie bereits erwähnt, grundsätzlich nicht anwendbar, womit es der Beschwerdeführerin auch an der Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG mangeln würde (vgl. zur Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung vorne E. 4).

Im Übrigen kann man sich fragen, ob im Rahmen der Vorabklärung der Erlass einer Verfügung betreffend die Identifizierung von Geschäftsgeheimnissen gestützt auf Art. 25a VwVG überhaupt beantragt werden kann, zumal bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Vorabklärung lediglich ein aufsichtsrechtliches Verfahren zur Verfügung steht (vgl. vorne E. 4 i. f.).

Die Vorinstanz kann die Beschwerdeführerin als Teilnehmerin an einer Voruntersuchung nicht verpflichten, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Inhaltlich könnte das Anliegen der Vorinstanz lediglich als Einladung zur Bezeichnung allfälliger Geschäftsgeheimnisse verstanden werden. Eine ausbleibende Antwort der Teilnehmerin entbindet die Vorinstanz nicht von der Beachtung von Art. 25 Abs. 4 KG, soweit sie an einer Publikation festhält und hat für die Beschwerdeführerin als potentielle Geheimnisträgerin auch keine direkten Folgen. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Verfügungskompetenz ergäbe nur Sinn, wenn sie damit den ihr mit Art. 25 Abs. 4 KG auferlegten Verantwortungsbereich einschränken könnte. Hierfür ist jedoch keine gesetzliche Grundlage ersichtlich. Ob und inwiefern der Umstand einer ausbleibenden Antwort im Rahmen der Beurteilung einer effektiv erfolgten Geheimnisverletzung zu werten wäre, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Aus der fehlenden Verfügungsbefugnis ist auf den fehlenden Anspruch auf Erlass einer entsprechenden Verfügung (Aufforderung zur Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse im Schlussbericht) zu schliessen.

6.3 Selbst unter der Hypothese, dass ein vorgängiger Antrag um Erlass einer Verfügung im Sinne von Art. 25

KG vorliegen würde - was vorliegend effektiv nicht zutrifft - sowie unter der Annahme, dass die Einhaltung dieser Bestimmungen im Hinblick auf die Publikation des Schlussberichts nicht durch die Aufsichtsbehörde, sondern vom Bundesverwaltungsgericht überprüft würde, könnte die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

6.3.1 Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Dieser Bestimmung hat das Sekretariat auch im Rahmen der Vorabklärung, insbesondere mit Blick auf die in Aussicht gestellte Publikation des Schlussberichts, Rechnung zu tragen.

Gemäss Lehre und Praxis ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden vor der Publikation von Schlussberichten, Verfügungen und Pressemitteilungen den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit einräumen, die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Die Unternehmen werden aufgefordert, jeweils die für die Publikation bestimmten Informationen bekanntzumachen, welche sie als Geschäftsgeheimnisse erachten. In der Regel dürften sich die Wettbewerbsbehörden an die deklarierten Geschäftsgeheimnisse halten. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass diese mit der Einschätzung der Unternehmen nicht einverstanden sind oder Uneinigkeit über die geeignete Umschreibung eines Geschäftsgeheimnisses besteht. In diesem Fall versuchen die Wettbewerbsbehörden mit den Unternehmen eine gemeinsame Lösung zu finden. Kann keine Einigung erzielt werden, mag es zutreffen, dass die Wettbewerbsbehörden betreffend die Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen eine verfahrensleitende Verfügung erlassen (vgl. zum Ganzen SIMON BANGERTER in: Amstutz/Reinert [Hrsg.] Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, N 62 ff. zu Art. 25 KG; URS ZENHÄUSERN in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, Bern 2007, N 17 zu Art. 25 KG; Merkblatt Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerbskommission Stand: 30. April 2008). Ob sie hierzu verpflichtet sind, kann - wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht - offen bleiben.

6.3.2 Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin trotz zwei ausdrücklicher Anfragen der Vorinstanz (Schreiben vom 2. und 23. Februar 2010), allfällige im Schlussbericht enthaltene Geschäftsgeheimnisse als solche zu bezeichnen, jeweils primär Einwände gegen eine Veröffentlichung des Schlussberichts vorbrachte. In ihrem Antwortschreiben vom 16. Februar 2010 verwies sie zur Begründung bloss undifferenziert auf den Umstand, dass der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalte. Dasselbe Argument führte die Beschwerdeführerin ebenfalls in ihrem Schreiben vom 3. März 2010 an, in welchem sie zum ersten Mal den Antrag auf Erlass einer Verfügung betreffend die Aufforderung an sie, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, nur für den Fall stellte, dass das Sekretariat an der Veröffentlichung des Schlussberichts festhalten wolle. In beiden Fällen unterliess sie es jedoch, diejenigen Passagen des Schlussberichts genauer zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse zu betrachten wären.

Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zweimal (am 2. und 23. Februar 2010) die Gelegenheit einräumte, die Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren, ging sie

korrekt, d. h. entsprechend den in der zitierten Lehre und im Merkblatt geschilderten Modalitäten, vor. Ihr Verhalten kann ohne weiteres als Indiz gewertet werden, dass die Vorinstanz eine gemeinsame Lösung anstreben wollte. Mit ihrem pauschalen (zweimal vorgebrachten) Hinweis, wonach im Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthalten seien, weshalb dieser nicht veröffentlicht werden dürfe, signalisierte die Beschwerdeführerin, dass im zur Publikation vorgesehenen Schlussbericht zwar Geschäftsgeheimnisse vorhanden sind, verweigerte aber gleichzeitig mit der gleichen Begründung ihre Kooperation zu ihrer Bezeichnung. Diese Vorgehensweise lässt den Schluss zu, dass die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen wollte und es ihr hauptsächlich darum ging, die Publikation des Schlussberichts zu verhindern.

6.3.3 In Anlehnung an die zitierte Lehre und Praxis (vorne E. 6.3.1) drängt sich der Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend Identifizierung der Geschäftsgeheimnisse nicht schon dann auf, wenn die Wettbewerbsbehörde die Betroffenen auffordert, die Geschäftsgeheimnisse in einem Schlussbericht zu bezeichnen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsbehörde mit der Einschätzung und Umschreibung der Geschäftsgeheimnisse durch die involvierten Unternehmen nicht einverstanden ist und zu keiner Einigung zwischen den Parteien kommt. Dieses Prozedere ergibt sich im Übrigen auch aus dem Merkblatt Geschäftsgeheimnisse der Weko und aus der E-Mail des Sekretariats vom 10. März 2010, auf welche die Beschwerdeführerin selber verweist (Beilage 9 der Beschwerde). Gemäss dieser Mitteilung des Sekretariats betreffend Publikation einer Verfügung in der RPW klärt das Sekretariat allfällige Differenzen hinsichtlich der Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen mit den betroffenen Parteien, falls notwendig im Rahmen einer Verfügung. Erst nach definitiver Klärung folge die Publikation des endgültig bereinigten Textes.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, dass - selbst unter der Annahme, dass die Wettbewerbsbehörden Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse mittels Verfügung zu entscheiden hätten - die Bereinigung der Differenzen bei der Definition der Geschäftsgeheimnisse durch die Wettbewerbsbehörden ein entsprechendes vorgängiges Tätigwerden der betroffenen Beteiligten voraussetzen würde. Es wäre mit anderen Worten Sache der Beteiligten, den Wettbewerbsbehörden die Informationen bezüglich der Geschäftsgeheimnisse vorab zu liefern.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin dem Sekretariat nicht vorgängig mitgeteilt, welche konkreten Informationen des Schlussberichts ihrer Meinung nach als Geschäftsgeheimnisse einzustufen wären, obwohl sie vom Sekretariat zweimal ausdrücklich eingeladen worden ist. In diesem Stadium des Verfahrens, als Verhandlungen noch im Gange waren, um die Geschäftsgeheimnisse zu definieren, könnte die Beschwerdeführerin noch nicht mit dem Erlass einer anfechtbaren Verfügung rechnen. Ein diesbezüglicher Antrag wäre als verfrüht und eine entsprechende Verfügung nicht möglich gewesen, da sich die Beschwerdeführerin bis anhin weigerte, die hierzu nötige Mitwirkung zu leisten. Ebenso wenig wäre die Vorinstanz in dieser Verfahrensphase

und nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet, in Verfügungsform zu handeln.

Schliesslich bleibt noch anzufügen, dass die Vorinstanz in den Vorakten und in ihrer Stellungnahme glaubwürdig ihre Bereitschaft zum Ausdruck bringt, die Hand zu einer gemeinsamen Lösung hinsichtlich der Identifikation der Geschäftsgeheimnisse zu bieten. Es kann offen bleiben, was die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin mit Telefonat vom 12. März 2010, dessen Inhalt umstritten ist, abgesprochen haben. Tatsache ist, dass die Vorinstanz am 2. und 23. Februar 2010 das Verfahren zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in die Wege geleitet hatte. Die Einreichung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde bereits am 16. März 2010 (kaum 30 Tagen nach dem letzten Schreiben des Sekretariats) erfolgte nach dem Gesagten ohnehin zu früh und ohne entsprechende Anspruchsgrundlage.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass - selbst unter der doppelten Hypothese, dass die Beschwerdeführerin vorgängig bei der Vorinstanz einen Antrag auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG gestellt hätte sowie dass die Vorinstanz Differenzen in Bezug auf die Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse grundsätzlich mit Verfügung zu entscheiden hätte - ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung noch nicht besteht bzw. ohnehin zu verneinen gewesen wäre.

6.3.1 Die im Hauptbegehren verlangte Feststellung der formellen Rechtsverweigerung und die damit einhergehende Anweisung an das Sekretariat, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, erweisen sich daher als unbegründet.

7.

Im Rahmen des Eventualbegehrens verlangt die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit seiner Weigerung, über die Veröffentlichung des Schlussberichts zu verfügen, eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe einen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Veröffentlichung des Schlussberichts.

Vorab ist auch hier festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin während des Verfahrens vor der Vorinstanz und vor Beschwerdeeinreichung keinen konkreten Antrag auf Erlass einer Verfügung betreffend die Publikation des Schlussberichts gestellt hat, weshalb eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Rechtsverweigerung bereits von vornherein fehlt.

Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen solchen Antrag gestellt hätte, wäre ein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung aber höchst fraglich. Denn die an der Voruntersuchung Beteiligten haben weder ein generalisiertes Recht, die Publikation des Schlussberichts zu verlangen, noch ein solches, sie zu verhindern (ZIRLICK/TAGMANN, a. a. O., N 132 ad Art. 26 KG). Gleiches dürfte selbstverständlich für die blosser Ankündigung der Publikation des Schlussberichts gelten. Dies auch in Anlehnung an die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach weder die Publikation der Unter-

suchung noch deren schriftliche Ankündigung unter den Begriff der Verfügung gemäss Art. 5 VwVG fallen und damit kein gültiges Anfechtungsobjekt bilden (vgl. BVGer Urteil B-4221/2008 vom 28. September 2009 E. 6.2). Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, können Handlungen (Eröffnung, Durchführung und Abschluss der Vorabklärung sowie Publikation des Schlussberichts) oder Unterlassungen des Sekretariats im Rahmen der Vorabklärung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. In diesen Fällen besteht nur die Möglichkeit, eine Aufsichtsbeschwerde an die Weko einzureichen. Eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde ist ausgeschlossen (vgl. vorne E. 4 i. f.).

Nach dem Gesagten erweist sich das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ebenfalls als unbegründet.

8.

Als Hauptergebnis ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine unzulässige Rechtsverweigerung nicht gegeben sind. Insbesondere deckt sich die Verfügung, deren Erlass die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren beantragt, inhaltlich nicht mit jener, um deren Erlass die Beschwerdeführerin noch vor der Vorinstanz ersuchte. Auf der anderen Seite bestand bis zum heutigen Zeitpunkt kein Rechtsanspruch auf Erlass der Verfügung, deren unrechtmässige Verweigerung die Beschwerdeführerin heute festgestellt haben will.

9.

Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde mit ihrem Haupt- und Eventualbegehren als unbegründet abzuweisen.

Der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen verhält sich akzessorisch zum Hauptentscheid. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Aktenlage direkt über das Haupt- und Eventualbegehren hat befinden können, wird das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos und die superprovisorische Anordnung, die Veröffentlichung des Schlussberichts habe bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen zu unterbleiben, fällt ebenfalls dahin (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., N 3.18).

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu verrechnen.

11.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- wird der Beschwerdeführerin

nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils
zurückerstattet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rück-
stattungsformular)

- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0218; Gerichtsurkunde)
 - das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement
EVD (Gerichtsurkunde)
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 3

2. Jelvoli Bonus Card AG gegen Wettbewerbskommission – Kreditkarten-DMIF II (vorsorgliche Massnahmen)

Urteil (B-1324/2010) des Bundesverwaltungsgerichts (Abteilung II) vom 2. Juli 2010 in Sachen Jelvoli Bonus Card AG gegen Wettbewerbskommission (WEKO) – Gegenstand: Kreditkarten-DMIF II (vorsorgliche Massnahmen).

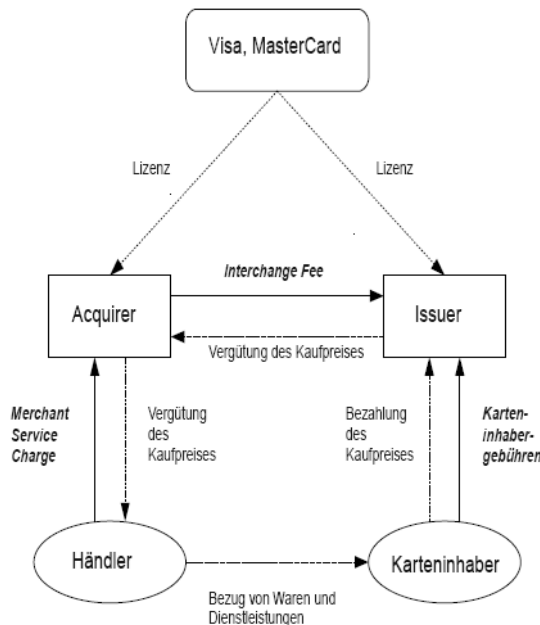
Sachverhalt:

A.

Am 15. Dezember 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Ersteres nachfolgend als "Sekretariat", Letztere als "WEKO" bezeichnet) aufgrund von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbs-

abrede (Preisabrede) im schweizerischen Kreditkartenmarkt eine Untersuchung gegen Issuer und Acquirer von Kreditkarten der Marken Visa und MasterCard, welche sich auf die sog. Domestic Multilateral Interchange Fee(s) (DMIF) konzentrierte (Untersuchung 22-0264: Kreditkarten - Interchange Fee; KK-DMIF I).

Zahlungen mit Visa und MasterCard spielen sich in einem System ab, welches aus Issuern, Acquirern, Händlern und Karteninhabern besteht (sog. Vier-Parteien-Verhältnis). Dieses lässt sich graphisch wie folgt darstellen:



Issuer sind Institute, die Kreditkarten - im vorliegenden Fall als Lizenznehmer von Visa und MasterCard - an ihre Kunden (Endkonsumenten) herausgeben und die damit getätigten Transaktionen auf deren Konten belasten. Acquirer haben die Aufgabe, möglichst viele Händler für die Teilnahme am Kreditkartensystem zu gewinnen und entsprechende Verträge mit ihnen abzuschliessen. Darin verpflichtet sich der einzelne Händler, die Bezahlung von Waren und Dienstleistungen mittels Kreditkarte zu akzeptieren und eine Gebühr (Händlerkommission) in Form eines bestimmten, mit dem Acquirer individuell ausgehandelten Prozentsatzes des Kaufpreises an diesen zu entrichten (sog. Merchant Service Charge, MSC). Im Gegenzug leitet der Acquirer sämtliche Kreditkartentransaktionen seines Vertragspartners an den jeweiligen Herausgeber der Kreditkarte (Issuer) weiter und vergütet dem Händler den Kaufpreis der mit der Karte bezahlten Ware oder Dienstleistung. Vom Kaufpreis zieht er die Händlerkommission ab und ent-

richtet einen Teil derselben als sog. Interchange Fee (IF) an den Issuer. Die Karteninhaber schulden den Issuern üblicherweise eine jährliche Gebühr (Karteninhabergebühr). Bei einer sog. Gratkreditkarte wie der Jelvoli Bonus Card entfällt diese hingegen.

Bei Bezahlung mit einer in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarte an einem Verkaufspunkt in der Schweiz gelangt die DMIF zur Anwendung. DMIF werden in der Schweiz von den Issuern und Acquirern gemeinsam festgelegt, einerseits durch das Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV), andererseits durch das Card Committee MasterCard (CC). Da alle hiesigen Institute Kreditkarten sowohl von Visa als auch von MasterCard vertreiben, sind im IAFV und im CC dieselben Parteien vertreten. Entsprechend erfassen die in den beiden Gremien festgesetzten DMIF einen Grossteil des schweizerischen Kreditkartenmarktes. Visa und MasterCard gebrauchen hierzulande jeweils einen allgemein gültigen Satz (sog.

Standard-DMIF) sowie mehrere Branchensätze. Unterschiedliche DMIF-Sätze existieren auch für verschiedene Transaktionsarten (manuell, elektronisch, mit PIN-Code, telefonisch, via Internet etc.).

B.

Die Untersuchung 22-0264 richtete sich gegen die Issuer UBS AG (UBS), Credit Suisse (CS), Viseca Card Services SA (Viseca) und Cornèr Banca SA (Cornèr) sowie gegen die Acquirer Telekurs Multipay AG (Telekurs) und Aduno SA (Aduno). Sie führte die WEKO zum Schluss, dass die DMIF als Preisabrede im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sei. Eine solche Abrede sei nach dem Kartellgesetz vermutungsweise unzulässig; diese Vermutung könne nur bei Vorliegen besonderer Umstände widerlegt werden.

Die DMIF für die Kreditkartensysteme Visa und MasterCard würden in der Schweiz in nationalen Kartengremien, in welchen die Issuer und die Acquirer Einsitz nähmen, multilateral verhandelt. Als wesentlicher Bestandteil der MSC sei die DMIF die wichtigste Kostenkomponente der Acquirer. Die Höhe der DMIF wirke sich daher direkt auf den Preissetzungsspielraum der Acquirer bzw. auf die Höhe der von den Händlern zu bezahlenden MSC aus; sie fixiere faktisch einen Mindestpreis im Acquiring-Geschäft. Auch auf der Issuing-Seite beeinflusse die DMIF den Preissetzungsspielraum, allerdings in umgekehrter Richtung, indem sie den Anteil der Kosten bestimme, welcher direkt über die Karteninhabergebühren abgerechnet werden müsse. Je höher die DMIF sei, desto geringer werde der Anteil der Issuing-Kosten, welcher über Karteninhabergebühren zu decken sei.

Die DMIF im Vier-Parteien-System sei kein Endpreis, bilde aber eine wesentliche Komponente desselben. Diese belaufe sich auf durchschnittlich ca. [...] % der MSC, welche die Händler den Acquirern zu entrichten hätten. Bei den Kartenherausgebern (Issuern) betrügen die Einnahmen aus der DMIF rund [...] der Gesamterträge und hätten somit einen beträchtlichen Einfluss auf die Höhe der Kartengebühren. Folglich bleibe ein gewisser Spielraum für Wettbewerb, den die Parteien grundsätzlich ausnützen könnten. Allerdings sei der Anreiz dazu derzeit gering. Das sei unter anderem darauf zurückzuführen, dass es den Händlern nach den geltenden Verträgen verwehrt sei, den Kunden einen Preisnachlass zu gewähren, wenn diese nicht mit der Kreditkarte, sondern auf andere Weise bezahlten (Preisdifferenzierungsverbot; sog. Non Discrimination Rule, NDR).

Seit einiger Zeit seien ausländische Acquirer auf dem schweizerischen Markt tätig. Ihre Marktanteile seien gering, aber ihre Präsenz habe einen gewissen Wettbewerbsdruck auf der Ebene der Acquirer erzeugt. Insgesamt habe die Untersuchung ergeben, dass der Wettbewerb zwar nicht vollständig beseitigt, aber erheblich beeinträchtigt sei, was darauf zurückzuführen sei, dass die DMIF in den Gremien in einem multilateralen Verfahren, also von den Herausgebern und Acquirern gemeinsam, ausgehandelt würden.

Bei komplexen Systemen wie dem Vier-Parteien-System könne ein solches multilaterales Verfahren Effizienzvorteile haben. Es erleichtere insbesondere den Markteintritt für ausländische Acquirer, welche sonst mit

jedem einzelnen Schweizer Issuer einen Vertrag abschliessen müssten. Zudem führe das multilaterale Verfahren zu einer Einsparung von Transaktionskosten, welche in einem bilateralen System exponentiell mit der Anzahl Marktteilnehmer stiegen.

Die Vorteile des multilateralen Verfahrens überwiegen jedoch nach Ansicht der WEKO nur dann, wenn sich die Festlegung der DMIF objektiv auf Kostenelemente beschränke, welche mit dem Netzwerk funktionsnotwendig verbunden seien. Diese Voraussetzung sei nach dem bisherigen System nicht gegeben, denn die DMIF werde nach Kriterien ausgehandelt, welche in einer "Gebühr" resultierten, die massgeblich über die Netzwerkkosten hinausgehe. Vor diesem Hintergrund hätten sich die Parteien einverstanden erklärt, die Festlegung der DMIF auf Netzwerkkostenelemente zu beschränken.

C.

Anlässlich einer Sitzung vom 29. März 2005 schlossen UBS, CS, Viseca, Cornèr und Telekurs unter sich sowie mit dem Sekretariat der WEKO eine einvernehmliche Regelung (EVR I) ab. Diese besteht aus vier Komponenten: (1) einem objektivierten Verfahren zur Festlegung der DMIF, (2) der Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, (3) der Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF sowie (4) dem Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien. Sie wurde von der WEKO mit Verfügung vom 5. Dezember 2005 für die Dauer von vier Jahren ab Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung, d.h. mit Wirkung bis zum 1. Februar 2010, genehmigt, wodurch die Untersuchung 22-0264 beendet wurde.

Die Vereinbarung legte die Höhe der DMIF in Form eines Prozentsatzes des zugrundeliegenden Transaktionsbetrages fest. Sie wurde in den sog. Swiss Domestic Rules für beide Kreditkartensysteme, Visa und MasterCard, festgehalten und damit für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer gültig, soweit diese keine bilateralen Vereinbarungen eingingen.

Ihre Genehmigung erteilte die WEKO unter der Voraussetzung, dass die durchschnittliche DMIF (dDMIF) um rund [...] % gesenkt werde. Sie erklärte, sie werde den Kreditkartenmarkt weiterhin beobachten und behalte sich ihre Handlungsfreiheit für die Zeit nach Ablauf der Einführungsphase der EVR I vor, indem sie die Genehmigung auf vier Jahre befriste. Da sich die Parteien noch vor Ablauf der Übergangsfrist des revidierten Kartellgesetzes (31. März 2005) auf die einvernehmliche Regelung verpflichtet hätten, entfalle die Sanktionierbarkeit, wie sie das neue Recht vorsehe, in der Untersuchung 22-0264.

D.

Am 30. Juni 2008 leitete das Sekretariat der WEKO eine Wirkungsanalyse der EVR I in die Wege, wobei es unter anderem Folgendes feststellte:

Seit dem Entscheid der WEKO über die Genehmigung der EVR I sei der Kreditkartenmarkt fortwährend gewachsen, unabhängig davon, ob man als Messgrösse die Anzahl Karten, die Zahl der Transaktionen oder das Transaktionsvolumen heranziehe. Zu einem grossen Teil gehe die Zunahme auf die Einführung von Gratiskarten

zurück, aber selbst ohne diese sei das Wachstum grösser als in der Periode 2002-2005.

Im Issuing habe eine Belebung des Wettbewerbs stattgefunden, und die durchschnittlichen Jahresgebühren seien gesunken, so dass die Belastung der Karteninhaber im Jahr 2008 rund Fr. 80-100 Mio. und kumuliert über die gesamte Zeit von 2005 bis 2008 rund Fr. 200-250 Mio. tiefer sei, als wenn die durchschnittlichen Jahresgebühren aus dem Jahr 2005 beibehalten worden wären. Im Acquiring seien die in der EVR I vorgesehenen Senkungen der Interchange Fees (IF) durch entsprechende Reduktionen der MSC vollständig an den Handel weitergegeben worden, wodurch dieser zwischen 2005 und 2008 um insgesamt Fr. 70-90 Mio. entlastet worden sei.

Während die Reduktion der MSC im Acquiring als direkte Folge der EVR I betrachtet werden könne, sei die Entwicklung im Issuing aus mehreren Gründen bemerkenswert. Wenn die IF nämlich als Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten eingesetzt werde, müsste jede Erhöhung (Senkung) der IF mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und mit einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten (Karteninhaber) einhergehen. Die durch den Kreditkartenentscheid bewirkte Senkung der DMIF hätte also einerseits zu einer Senkung der MSC und andererseits, als Ausgleich, zu einer Erhöhung der Karteninhabergebühren führen sollen. Tatsächlich habe ein Rückgang der MSC festgestellt werden können, gleichzeitig jedoch auch ein Rückgang der Jahresgebühren; auch bei den weiteren Karteninhabergebühren sei tendenziell eher eine Senkung als eine Erhöhung auszumachen. Mit anderen Worten sei es nicht nur zu einer Änderung der Preisstruktur (d.h. des Verhältnisses zwischen den Preisen auf der Issuing- und der Acquiring-Seite), sondern zu einer Senkung des Preisniveaus (der Summe der Preise auf der Acquiring- und der Issuing-Seite) gekommen. Die Reduktion der IF habe nicht nur zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz (Anzahl Händler), sondern auch der Kartenverbreitung (Anzahl Karteninhaber) geführt. Dies sei ein Hinweis darauf, dass die frühere Gebührenstruktur und insbesondere auch die DMIF noch nicht optimal ausgestaltet gewesen seien.

Ein ausschlaggebendes Element zur Beurteilung der Wirkung der EVR I stelle die Entwicklung der Netzwerkkosten dar, weil damit überprüft werden könne, inwieweit der durch die EVR I eingeführte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert habe. Die durchschnittliche Domestic Interchange Fee (dDIF) sei seit der ersten Berechnung im Rahmen des Kreditkartenentscheides auf der Basis der Zahlen für das Jahr 2004 nur marginal von [...] % auf [...] % zurückgegangen. Dabei hätten sehr grosse Differenzen bei der Kostenentwicklung der Issuer festgestellt werden können. Einerseits handle es sich dabei um erhebliche bis starke Steigerungen der absoluten Netzwerkkosten einzelner Issuer, welche teilweise zu einer erheblichen Erhöhung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee(s) (ISDIF) geführt hätten. Andererseits seien geringe bis starke Rückgänge der ISDIF festgestellt worden. Aufgrund der divergierenden Entwicklungen der ISDIF sowie des Umstandes, dass die dDIF seit Inkrafttreten der EVR I nur ein einziges Mal erhoben worden sei, sei es nicht möglich, abschliessend

zu verifizieren oder zu falsifizieren, wie gut der beabsichtigte wettbewerbsorientierte Mechanismus funktioniert habe.

Jelmoli und auch andere Issuer brächten in ihren Stellungnahmen vor, Kostendisparitäten unter den Issuern seien ein klares Indiz für den funktionierenden und intensiven Wettbewerb im Schweizer Kreditkartenmarkt. Dem sei entgegenzuhalten, dass der von der WEKO gewählte kostenbasierte Ansatz bei den Issuern im Sinne der "Yardstick-Competition" Anreize zur Kosteneffizienz schaffen sollte. Der Mechanismus lasse erwarten, dass sich die Kostenstrukturen der verschiedenen Issuer aufgrund dieser Anreize über die Zeit angleichen würden. Dagegen deuteten erhebliche Kostenunterschiede zwischen den Issuern darauf hin, dass der gewählte Mechanismus nicht in genügendem Ausmass Anreize zur Kosteneffizienz habe schaffen können.

E.

Vor dem Hintergrund des Auslaufens der Genehmigung der EVR I am 1. Februar 2010 und unter Berücksichtigung seiner Wirkungsanalyse beschloss das Sekretariat der WEKO am 15. Juli 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Eröffnung eines weiteren Untersuchungsverfahrens zur Beurteilung der DMIF (Untersuchung 22-0389, KK-DMIF II). Laut dem Eröffnungsschreiben vom 15. Juli 2009 an die Parteien bestand das Ziel dieser neuen Untersuchung darin, "zu prüfen, ob die Erwägungen und Ergebnisse der Verfügung vom 5. Dezember 2005 nach wie vor zutreffend sind, insbesondere ob die mit der einvernehmlichen Regelung angestrebten Ziele erreicht werden konnten und entsprechend ob der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Festsetzungsmechanismus beibehalten werden kann oder nicht. Im Rahmen dieser Überprüfung sind auch neue Ansätze zur Lösung der Problematik einzubeziehen, z.B. der in Europa diskutierte Tourist Test."

Die Untersuchung 22-0389 wurde gegenüber den Issuern CS, UBS, Cornèr, Visa, Jelmoli Bonus Card AG (Jelmoli), Die Schweizerische Post (Post) und GE Money Bank AG (GE) sowie gegenüber den Acquirern Aduno, SIX Multipay AG (SIX), ConCardis Schweiz AG (ConCardis) und B&S Card Service GmbH (B&S) eröffnet. Von den Issuern waren CS, Cornèr, UBS und Visa (nachfolgend als "bisherige Issuer" bezeichnet) bereits Parteien im KK-DMIF I; sie unterzeichneten die EVR I. GE, Jelmoli und die Post (im Folgenden "neue Issuer" genannt) begannen erst nach Abschluss der Untersuchung KK-DMIF I mit dem Issuing von Kreditkarten der Marken Visa oder MasterCard. GE ist der einzige Issuer, welcher in keinem der beiden Kartengremien Einsitz nimmt. Bei den Acquirern waren Aduno und SIX (seinerzeit noch Telekurs Multipay AG) als Mitglieder der Kartengremien schon in der ersten Untersuchung Partei. Die beiden Crossborder-Acquirer ConCardis und B&S waren zwar bereits damals in der Schweiz aktiv, hatten jedoch keine Parteistellung im Verfahren KK-DMIF I, weil sie in den schweizerischen Kartengremien nicht mitwirken.

Da die nicht in den Kartengremien vertretenen Unternehmen GE, ConCardis sowie B&S die dort festgelegten DMIF ebenfalls anwenden - was nach Auffassung der

WEKO eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen könnte - wurde die Untersuchung KK-DMIF II auch gegen sie eröffnet. Parteistellung erkannte das Sekretariat der WEKO ferner den beiden Kreditkartenunternehmen Visa Europe (Visa) und MasterCard sowie dem Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) zu.

F.

Im Rahmen der Untersuchung KK-DMIF II hielt das Sekretariat der WEKO vier Besprechungen mit den Issuern und den Acquirern von Visa und MasterCard ab (am 20. Juli 2009, 11. September 2009, 12. Oktober 2009 und 6. November 2009). Anlässlich dieser Sitzungen unterbreitete es ihnen Vorschläge für eine Übergangslösung in Form einer einvernehmlichen Regelung. Dabei gab das Sekretariat zu verstehen, es erachte Anpassungen an der EVR I aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten sowie eines Vergleichs der schweizerischen DMIF mit denjenigen anderer europäischer Staaten für notwendig. Während sich die bisherigen Issuer und die Acquirer mit dem Sekretariat der WEKO schliesslich auf eine weitere einvernehmliche Regelung (EVR II) verständigten, wiesen die neuen Issuer diese zurück. Sie begründeten ihre ablehnende Haltung insbesondere damit, dass die EVR II ihre (höheren) Kosten bei der Berechnung der dDMIF nicht berücksichtige.

Das Sekretariat hatte sich im Verlauf der Verhandlungen gegen einen Einbezug der Kostenerhebungen der neuen Issuer in die Berechnung ausgesprochen. Die neuen Issuer hatten dagegen eingewendet, ihre Teilnahme an der EVR II mache keinen Sinn, wenn ihre Kostenerhebungen nicht in die Berechnungen einfließen würden. Die mit den Änderungen verbundene Senkung der DMIF würde ihre Geschäftsmodelle (z.B. Kreditkarten ohne oder mit einer sehr geringen Jahresgebühr, sog. Gratiskreditkarten) in Frage stellen und könnte sogar zu Marktaustritten der neuen Issuer führen.

G.

Durch Verfügung vom 25. Januar 2010 genehmigte die WEKO "im Rahmen vorsorglicher Massnahmen" die EVR II vom 3., 4. und 10. Dezember 2009 zwischen UBS, CS, Cornèr, Viseca, Aduno, SIX und dem Sekretariat der WEKO für die Dauer von drei Jahren ab 1. Februar 2010. Ziff. 1 E1 bzw. Ziff. 2 des Dispositivs dieser Verfügung sieht vor, dass sich die Übergangslösung bzw. die Genehmigung bis zum Abschluss des am 15. Juli 2009 eröffneten Untersuchungsverfahrens 22-0389 (KK-DMIF II) verlängert, sofern dieses bei Ablauf des Genehmigungszeitraums noch andauert, bzw. dass sie sich entsprechend verkürzt, falls zu einem früheren Zeitpunkt ein formell rechtskräftiger Endentscheid der WEKO vorliegt. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Genehmigung der EVR II (Dispositiv-Ziff. 1) bzw. gegen die Befristungsregelung (Dispositiv-Ziff. 2) entzog die WEKO die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 4).

In den Vorbemerkungen ihrer Verfügung vom 25. Januar 2010 umschrieb die WEKO bzw. ihr Sekretariat die Zielsetzung der EVR II folgendermassen: "Ziel der EVR II ist es, (i) die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund eines objektivierte und kostenbasierte Verfahrens festzulegen und diesbezüglich den Status quo sicherzustellen. (ii) Die Übergangslösung dient weiter der Be-

weiserhebung, weil durch eine Rhythmusserhöhung bei den Kostenerhebungen der Issuer die Grundlagen zur Beurteilung des kostenbasierte Ansatzes im Hinblick auf die Endverfügung verbessert werden. Zudem werden (iii) einige Anpassungen der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgenommen, mit dem Ziel, den wettbewerbsorientierte Ansatz bei der Festlegung der DMIF zu stärken. (iv) Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung zwischen den Parteien und dem Sekretariat bedeutet, dass letzteres darauf verzichtet, bei der Festsetzung der DMIF gemäss der nachfolgenden EVR II im Rahmen der Endverfügung gegenüber den Parteien Sanktionen gemäss Art. 49a KG bei der Weko zu beantragen."

Laut Verfügungstext stellt die EVR II in erster Linie eine Weiterführung der EVR I dar, indem sie von deren vier Elementen drei unverändert übernimmt, nämlich das Verbot der Non Discrimination Rule (NDR, Preisdifferenzierungsverbot), die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifische DMIF gegenüber den Händlern sowie das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien. Zudem werde das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Verfahren, welches das Kernstück der EVR I gebildet habe, weitgehend unverändert fortgeführt. Nach wie vor bildeten die reinen Netzwerkkosten die Grundlage zur Bestimmung der Obergrenze der DMIF, wobei das Kostenraster der EVR I unverändert übernommen werde.

Geändert werde die Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer bei der Berechnung der dDIF. In der bisherigen Berechnungsformel seien die höchste und die tiefste ISDIF einfach, die anderen dreifach gewichtet worden. In der EVR II werde der ineffizienteste Issuer (höchste ISDIF) nicht in die Kostenberechnung einfließen. Demgegenüber würden die beiden effizientesten Issuer (mit den beiden tiefsten ISDIF) als Massstab dessen, was möglich sei, stärker berücksichtigt. Die Werte der übrigen Issuer würden einfach gewichtet. Dadurch werde verhindert, dass ein einzelner "Ausreisser" nach oben das Gesamtergebnis in dem Masse beeinflusse, wie es in der Beobachtungsperiode bei der EVR I geschehen sei. Mit der Streichung eines "Ausreissers" im oberen Bereich würden zudem die Anreize einzelner Issuer minimiert, strategisch Kosten über die Zeit und zwischen Kostenpositionen des Kostenrasters so zu allozieren, dass im Erhebungsjahr ein speziell hoher ISDIF-Wert ausgewiesen werden könne. Mit der stärkeren Gewichtung der Unternehmen mit den tiefsten ISDIF sollten die Anreize für Investitionen in Kostensenkungen zusätzlich verstärkt werden. Gleichzeitig würden die durch den kostenbasierte Ansatz induzierte Anreize zur Kostensenkung für alle Unternehmen aufrechterhalten. Die Anpassung der Gewichtung der ISDIF der einzelnen Issuer habe zur Folge, dass die dDIF für das Jahr 2010 von [...] % auf [...] % sinke.

Sämtliche Parteien und insbesondere die neuen Issuer Jelvoli und Post brächten vor, der Verzicht auf den Einbezug der ISDIF der neuen Issuer in die Berechnung der dDIF sei diskriminierend. Die daraus resultierende tiefere dDIF führe zu einem Wettbewerbsnachteil für die neuen Issuer und errichte Markteintrittsschranken. Nach Auffassung der WEKO werde das Diskriminierungsverbot jedoch nicht verletzt, denn es gebe sachliche Grün-

de, welche eine Differenzierung zwischen den bisherigen und den neuen Issuern rechtfertigten. Die durchschnittliche ISDIF der neuen Issuer sei massiv höher (mehr als [...] % bzw. [...] Basispunkte) als diejenige der bisherigen Issuer. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass mit einem Markteintritt hohe Kosten verbunden seien. In den Kostenraster sollten aber nur Kosten einfließen, welche mit dem ordentlichen Betrieb des Systems zusammenhängen.

Die Markteintrittskosten neuer Marktteilnehmer sollten nicht dazu führen, dass die DMIF für alle Issuer angehoben werde. Damit würden paradoxerweise auch die etablierten Marktteilnehmer von dem Markteintritt profitieren, und der mit der EVR beabsichtigte Anreiz zur Kostensenkung würde reduziert, wenn nicht gar zwischenzeitlich aufgehoben. Letztlich sei der Grund, weshalb die bisherigen und neuen Issuer den Einbezug der neuen Issuer in die Berechnungsformel forderten, gerade der, dass in diesem Fall die dDIF wesentlich höher ausfallen würde, als wenn nur die etablierten Issuer berücksichtigt würden.

Die DMIF solle nicht dem Zweck der Strukturierung dienen, indem Mindestannahmen garantiert würden. Vielmehr solle der wettbewerbsorientierte Ansatz dazu führen, dass die Issuer einem ähnlichen Effizienzdruck ausgesetzt seien, wie er im freien Wettbewerb vorhanden wäre. Schliesslich gelte es darauf hinzuweisen, dass die DMIF im Kreditkartengeschäft eine von mehreren Einnahmequellen darstelle, so dass den Issuern die Möglichkeit offenstehe, Reduktionen der DMIF durch andere Einnahmen, durch eine Verbesserung der Kosteneffizienz oder durch den Abschluss von bilateralen Verträgen zu kompensieren. Durch eine Reduktion der DMIF werde daher kein Issuer "gezwungen", unter Produktionskosten anzubieten. Im schlimmsten Fall müsse er seine Produktionskosten direkt beim Karteninhaber decken.

Zum Wechsel beim Erhebungsrhythmus hält die Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 fest, im Rahmen der EVR I sei die ISDIF lediglich alle drei Jahre erhoben worden; entsprechend sei die dDIF alle drei Jahre neu berechnet worden. Unter der EVR II werde die dDIF neu jährlich aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet. Die Issuer verpflichteten sich zu jährlichen Erhebungen ihrer ISDIF, welche sie jedoch zur Beschränkung der Kosten nur alle drei Jahre durch eine Revisionsstelle bestätigen lassen müssten. Durch einen jährlichen Erhebungsrhythmus könnten die Anreize der Issuer reduziert werden, ihre Kosten strategisch über die Zeit zu allozieren und in demjenigen Jahr hohe Kosten auszuweisen, in welchem die dDIF neu berechnet werde. Zudem führe die jährliche Erhebung dazu, dass die Wettbewerbsbehörden über mehr Datenmaterial bezüglich der Kostenentwicklung verfügten und besser beurteilen könnten, ob (a) der Mechanismus funktioniere und (b) die Vorbringen der Issuer hinsichtlich Investitions- und Abschreibungszyklen zuträfen.

H.

Mit Eingabe vom 1. März 2010 (eingegangen am 4. März 2010) erhob Jelmoli (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Ver-

fügung der WEKO vom 25. Januar 2010 und stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Weko vom 26. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Untersuchungsverfahren 22-0389: KK-DMIF II sei aufzuheben und den Vertragsparteien der Einvernehmlichen Regelung II sei zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden."

"2. Die Verfügung der Weko vom 6. Oktober 1995 betreffend Kreditkarten-Interchange Fee (RPW 2006/1, 65 ff.) sei als vorsorgliche Massnahme fortzuführen."

"3. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen."

"4. Die Anträge 2. und 3. seien ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdegegnerin und der Adressaten der angefochtenen Verfügung superprovisorisch anzuordnen."

In ihrer Begründung hielt die Beschwerdeführerin unter anderem fest, die DMIF stelle einen Ausgleich zwischen der Marktseite der Konsumenten/Issuer einerseits und derjenigen der Händler/Acquirer andererseits her. Im besten Fall optimiere die DMIF das Kreditkartensystem dahingehend, dass auf beiden Marktseiten durch eine stetige Vergrösserung der Kunden- bzw. Händlerbasis grosse Netzwerkeffekte entstünden. Eine überhöhte Gebühr habe zur Folge, dass weniger Händler die betreffende Kreditkarte akzeptierten. Eine zu tiefe Gebühr bewirke, dass weniger Konsumenten diese Kreditkarte wählten, da über höhere Kartengebühren oder versteckte Gebühren ein Ausgleich geschaffen werden müsse.

Es sei auch von der WEKO anerkannt, dass sich der Wettbewerb auf dem Issuing-Markt seit 2006 intensiviert habe. Volumen und Anzahl der Kartentransaktionen seien gestiegen. Zudem existiere eine höhere Zahl von Karteninhabern, was nach den Aussagen der WEKO vor allem auf die Einführung von Gratiskreditkarten, wie die Beschwerdeführerin sie anbiete, zurückzuführen sei. Ob diese Belebung des Kreditkartenmarktes durch die in der EVR I vereinbarte Senkung der DMIF begründet oder auf die allgemeine Marktentwicklung zurückzuführen sei, sei auch für die WEKO unklar.

Entgegen der Erwartung der WEKO in ihrer Verfügung aus dem Jahr 2005 sei der Beschwerdeführerin und zwei anderen Akteuren der Eintritt in den schweizerischen Issuing-Markt gelungen. Diese drei neuen Issuer erzielten bereits heute einen Marktanteil von rund [...] %, was sehr beachtlich sei. Die Beschwerdeführerin habe z.B. mit den Schweizerischen Bundesbahnen ein Halbtax-Abonnement mit Kreditkarten-Funktionalität lanciert.

Am 15. Juli 2009, d.h. knapp sechs Monate vor dem Ablauf der Genehmigungsverfügung aus dem Jahr 2005, habe die WEKO in gleicher Angelegenheit ein Untersuchungsverfahren eröffnet. Unter dem Druck der Sanktionsandrohung sei es dem Sekretariat der WEKO gelungen, Ende 2009 mit vier von sieben Issuern und zwei von vier Acquirern eine einvernehmliche Regelung über eine neue DMIF-Berechnung zu vereinbaren. Diese Regelung sei den Verfahrensparteien am 28. Januar

2010 als vorsorgliche Massnahme eröffnet worden - drei Tage vor dem Ablauf der vorangehenden Verfügung.

Die Massnahme der WEKO habe eine erhebliche Senkung der DMIF zur Folge, weil die für die Berechnung relevanten Netzwerkkosten der Issuer nurmehr gestuft berücksichtigt werden sollten. Die Kosten der kosteneffizientesten Issuer würden dabei graduell gegenüber den Kosten der kostenineffizientesten Issuer übergewichtet. Die Kosten des ineffizientesten Issuers würden gestrichen, während die Kosten derjenigen Issuer, welche seit der Verfügung vom Jahr 2005 in den Markt eingetreten seien, gar nicht berücksichtigt würden.

Die WEKO verfüge diese Massnahme ohne haltbare Gründe. Sie ignoriere die Komplexität des Kreditkartenmarktes und ordne ihrem Ziel der Senkung der DMIF auch den Umstand unter, dass Schaden am Wettbewerb unter den Issuern entstehe und die Folgen der Massnahme gravierend seien. Die Beschwerdeführerin werde (wie wohl auch die anderen zwei neuen Issuer) zu hohen Defiziten gezwungen und den Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit verlassen müssen. Die WEKO stelle auch neue Geschäftsmodelle wie Gratiskreditkarten grundsätzlich in Frage.

Diese Massnahme sei nicht hinzunehmen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete, das mildeste Mittel zur Abwehr des dringenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils anzuordnen. Dieses bestehe vorliegend nicht in einer grundlegenden Umstrukturierung des Kreditkartenmarktes, sondern in der Perpetuierung der bisherigen, etablierten Regelung. Letztere müsse solange wirksam sein, bis zuverlässige Erkenntnisse Anlass zu einer Änderung der DMIF-Berechnung gäben.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 15. März 2010 lehnte es das Bundesverwaltungsgericht ab, superprovisorische Anordnungen entsprechend den Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 der Beschwerdeführerin zu treffen. Dabei erwog es unter anderem, dass vorab deren Beschwerdelegitimation nicht ohne Weiteres ersichtlich sei, zumal sie nicht als (materielle) Verfügungsadressatin aufgeführt werde. Zudem werfe insbesondere der von der Beschwerdeführerin beklagte Umstand, wonach die an der EVR II beteiligten Parteien diese - unabhängig von einer allfälligen Rechtskraft der angefochtenen Verfügung - einhalten würden, um ein Sanktionsrisiko auszuschliessen, auch Zweifel am aktuellen und praktischen Interesse einer Beschwerdeführung auf.

J.

Auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts liess sich die WEKO mit Eingabe vom 26. März 2010 zur Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin und zu deren Anträgen um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie Erlass vorsorglicher Massnahmen vernehmen. Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Replik vom 12. April 2010 zu dieser Stellungnahme der WEKO. Letztere duplizierte mit Eingabe vom 23. April 2010.

K.

Mit Verfügung vom 31. März 2010 gab das Bundesverwaltungsgericht den Empfängern einer Kopie der ange-

fochtenen Verfügung der WEKO Kenntnis vom Eingang der dagegen gerichteten, vorliegend zu beurteilenden Beschwerde und stellte es ihnen frei, allfällige Parteirechte geltend zu machen.

L.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens vor (vgl. Art. 27 Abs. 1 und 39 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, Kartellgesetz, KG, SR 251, i.V.m. Art. 46 VwVG; BGE 130 II 149 E. 1.1 und E. 2.1 mit Hinweisen). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

2.

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a, sog. formelle Beschwer; BGE 133 II 181 E. 3.2, mit Hinweisen), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Das in Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG erwähnte "Berührtsein" ist keine selbständige und damit kumulativ zum schutzwürdigen Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) zu erfüllende Legitimationsvoraussetzung, sondern letztlich eine Präzisierung desselben (BGE 133 V 191 E. 4.3.1, mit Hinweisen).

Während die Beschwerdelegitimation von Amtes wegen geprüft wird (BVGE 2007/6 E. 1), trägt die beschwerdeführende Partei die Beweislast dafür, dass sie beschwerdeberechtigt ist. Sie muss die ihr obliegende Begründungspflicht erfüllen und ihre Legitimation eingehend erörtern bzw. begründen (substantiiieren), wenn diese nicht ohne Weiteres ersichtlich ist (BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 5, mit Hinweisen). Fehlt die Beschwerdelegitimation bei Beschwerdeeinreichung oder wird sie in Zweifelsfällen nicht substantiiert dargelegt, tritt die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Beschwer-

de ein (MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 7, mit Hinweisen).

3.

3.1 Zur Legitimationsfrage wird in der Beschwerdeschrift vorgebracht, die Beschwerdeführerin sei Partei im Untersuchungsverfahren 22-0389 und habe daran mit Stellungnahmen vom 4. September, 2. Oktober, 19. Oktober und 6. November 2009 sowie vom 11. Januar 2010 teilgenommen, weshalb die Voraussetzung des Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG erfüllt sei.

Die Genehmigung der EVR II durch die WEKO habe zur Folge, dass die streitgegenständliche DMIF von derzeit [...] % auf [...] % gesenkt werde. Dies verursache der Beschwerdeführerin einen Einnahmefall von ca. Fr. [...] (auf der Basis der Geschäftszahlen von 2008). Ihre Rechtsstellung sei damit direkt beeinträchtigt, und sie habe angesichts der erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteile ein direktes und persönliches Interesse an einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

3.2 Die Vorinstanz hielt in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2010 fest, die Beschwerdeführerin sei nicht materielle Adressatin der von ihr angefochtenen Verfügung. Die Verfügung, mit welcher die WEKO die EVR II in der Form vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG formell genehmigt habe, sei gegenüber denjenigen Unternehmen eröffnet worden, welche die EVR II gemeinsam mit dem Sekretariat der WEKO am 3., 4. und 10. Dezember 2009 unterzeichnet hätten. Die Beschwerdeführerin habe hingegen von sich aus auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtet, weshalb es ihr gegenüber keiner formellen Genehmigung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG und damit keiner Regelung von Rechten und Pflichten mittels vorsorglicher Massnahmen bedurft habe. Entsprechend sei der Entscheid gegenüber der Beschwerdeführerin nicht formell eröffnet worden; diese habe lediglich eine Kopie zur Kenntnis erhalten. Aufgrund ihres Verzichts fehle es der Beschwerdeführerin an der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG.

Sodann erscheine es fraglich, ob die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sei (materielle Beschwer, Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Zum einen führe sie hierzu aus, sie würde aufgrund der Genehmigung der EVR II durch die WEKO einen Einnahmefall von ca. Fr. [...] erleiden und sei dadurch in ihrer Rechtsstellung direkt beeinträchtigt. Zum anderen behaupte sie, sie sei in einem besonderen Mass von der angefochtenen Verfügung berührt, ohne dies jedoch mittels konkreter Beweisgründe darzulegen. Im Wesentlichen beschränke sich somit die Substantiierung der Beschwerdelegitimation auf den Hinweis auf einen allfälligen Einnahmefall, welcher eine Folge der Senkung der DMIF sei.

Dem sei entgegenzuhalten, dass in der Genehmigung der EVR II durch die WEKO gerade keine Beschwer der Beschwerdeführerin erkannt werden könne. Sinn und Zweck der EVR II sei es, für diejenigen Unternehmen, welche gewillt gewesen seien, sie zu unterzeichnen, eine Übergangslösung zu treffen, welche die an sich als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsbeschränkung zumindest für die Dauer der Genehmigung zu beseitigen

vermöge. Dadurch erhalte die EVR II unter anderem die Wirkung, das Risiko einer Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG während der Dauer der Untersuchung auszuschliessen. Dass ein solches Sanktionsrisiko nach Ablauf der EVR I per 1. Februar 2010 ohne entsprechende Massnahmen nicht auszuschliessen sei, habe die Beschwerdeführerin bereits anhand der materiellrechtlichen Würdigung im Entscheid der WEKO vom 5. Dezember 2005 zur EVR I, spätestens aber im Rahmen der Verhandlungen zur EVR II im vergangenen Jahr erkennen können.

Die Wettbewerbsbehörden seien freilich nicht verpflichtet, Massnahmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos für die Parteien zu treffen oder gar mit ihnen über solche Massnahmen zu verhandeln. Die Situation mit der Übergangslösung sei letztlich aber für sämtliche Issuer und somit auch für die Beschwerdeführerin besser als die Situation ohne Übergangslösung. Aufgrund der Verfügung der WEKO bestehe sogar für die Beschwerdeführerin die Sicherheit, dass sie für die Anwendung der multilateral festgelegten (und daher durch die WEKO als horizontale Preisabrede qualifizierten) DMIF keine Sanktion zu befürchten habe. Die Verfügung der WEKO führe daher bei der Beschwerdeführerin zu keiner materiellen Beschwer, sondern eher zu einer "Rechtswohltat".

Es sei daher auch falsch, von "Einnahmefall" zu sprechen. Die Verfügung der WEKO stelle vielmehr (auch für die Beschwerdeführerin) sicher, dass weiterhin garantierte Einnahmen über die DMIF erzielt werden könnten. Dass diese nicht, wie von der Beschwerdeführerin erwartet, in der gewünschten Höhe ausfielen, könne man nicht als Beschwer bzw. "erheblichen unmittelbaren finanziellen Nachteil" betrachten. Die WEKO habe zudem schon in der angefochtenen Verfügung dargelegt, weshalb die durch die Beschwerdeführerin vorgenommene Berechnungsweise wenig aussagekräftig sei (falsche Berechnungsgrundlage und nicht mehr aktuelle Zahlen).

In diesem Zusammenhang sei sodann festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit der Beschwerdeführerin beschränke, anstelle der DMIF bilaterale IF mit den Acquirern zu vereinbaren. Gemäss den Systemregeln der beiden Kreditkartenorganisationen Visa und MasterCard gingen bilateral vereinbarte IF der Anwendung der DMIF vor. Die Beschwerdeführerin sei daher frei, den sog. "Einnahmefall" über bilaterale Abkommen zur IF oder sogar über die zahlreichen anderen Gebühren, welche im Issuing gegenüber den Kreditkarteninhabern erhoben würden (z.B. Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskurse etc.), zu kompensieren.

Durch die angefochtene Verfügung erleide die Beschwerdeführerin keinen Nachteil, da sie auch ohne Unterzeichnung der EVR II auf genau dieselbe DMIF zurückgreifen könne wie die beteiligten Unternehmen selber. Die angefochtene Verfügung stelle somit die Beschwerdeführerin - entgegen ihrer Behauptung - wirtschaftlich nicht schlechter als die materiellen Verfügungsadressaten oder andere von der Untersuchung betroffene Unternehmen (PostFinance, GE Money Bank). Eine Ungleichbehandlung liege deshalb nicht vor. Letztlich gehe es der Beschwerdeführerin mit ihrer Ar-

gumentation zur Beschwerdelegitimation einzig um die Besorgnis, dass sich dadurch ihre allgemeine wirtschaftliche Stellung als Gewerbetreibende gegenüber den Konkurrenten verschlechtern könnte. Dies genüge jedoch nicht, um ein besonderes Berührtsein im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG zu begründen.

Mangels einer anderweitig vorgebrachten Begründung habe es die Beschwerdeführerin folglich versäumt, die Beschwerdelegitimation genügend zu substantiieren, weshalb sie über kein rechtlich anerkanntswürdiges Interesse verfüge, dass das Rechtsverhältnis gegenüber den materiellen Verfügungsadressaten anders geregelt werde.

Die Beschwerdeführerin sei als Issuerin einer Visa-Kreditkarte und somit Lizenznehmerin - wie alle anderen Lizenznehmer auch - an die Systemregeln von Visa gebunden. Aufgrund dieser Regeln sei sie verpflichtet, sämtliche branchen- und transaktionsspezifischen DMIF in ihr Geschäftsmodell zu übernehmen, sofern diese im schweizerischen IAFV multilateral vereinbart würden und sofern die Beschwerdeführerin selber keine bilateralen Domestic Interchange Fees (DIF) aushandle. Die Beschwerdeführerin nehme Einsitz in diesem Forum, habe aber nicht genügend Stimmkraft, um eine DMIF, welche von den an der EVR II beteiligten Issuern beschlossen werde, zu blockieren. Dieser Umstand bestehe unabhängig von der angefochtenen Verfügung der WEKO. Mit anderen Worten habe die Beschwerdeführerin auch ohne die angefochtene Verfügung der WEKO faktisch keine Möglichkeit, eine ihr nicht genehme DMIF zu verhindern. Ihre faktische Einflussnahme auf die Bestimmung der DMIF werde daher durch die Verfügung der WEKO gar nicht berührt.

In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass sich die Unterzeichner der EVR II (beteiligte Unternehmen) gegenseitig verpflichtet hätten, den Inhalt der EVR II selbst dann in materieller Hinsicht umzusetzen, wenn die Genehmigungsverfügung der WEKO infolge einer Beschwerde nicht rechtskräftig werden sollte; dies im Hinblick darauf, das Risiko einer künftigen Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen des Untersuchungsverfahrens auszuschliessen. Die betreffende Bestimmung sei Ausdruck des Umstandes, dass sowohl das Sekretariat als auch die beteiligten Unternehmen eine Umsetzung der EVR II als dringlich erachteten. Selbst wenn also die Genehmigungsverfügung der WEKO vom 25. Januar 2010 aufgehoben werden sollte, sei es - wie die Beschwerdeführerin selbst festhalte - wahrscheinlich, dass die beteiligten Unternehmen zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos die DMIF auf ein Niveau senkten, welches demjenigen entspreche, das sich aus der Anwendung der EVR II ergeben würde.

Aus der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ergäbe sich somit keine Änderung der Interessenlage der Beschwerdeführerin, weil der angebliche wirtschaftliche Nachteil auch ohne Verfügung weiterhin bestünde. Entsprechend fehle es der Beschwerdeführerin an einem aktuellen und praktischen Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

3.3 Auf die Stellungnahme der Vorinstanz vom 26. März 2010 replizierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 zur

Frage ihrer Beschwerdelegitimation insbesondere Folgendes:

Die Vorinstanz bezweifle bereits in der angefochtenen Verfügung und nun auch in der Stellungnahme, dass eine Senkung der DMIF auf die von der Beschwerdeführerin erzielten Kommissionen aus der Bonus Card durchschlage. Diese Behauptung sei völlig realitätsfremd. Seit Bekanntwerden der von der Vorinstanz erzwungenen vorsorglichen Absenkung der DMIF verlangten Bonus Card - Partner (z.B. [...]) von der Beschwerdeführerin eine mindestens identische Reduktion der Kommission.

Anders als noch in der Beschwerde festgehalten, belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung im Jahr 2009 auf Fr. [...]. Dies resultiere in einem mutmasslichen Geschäftsverlust im Jahr 2010 von Fr. [...]. Im Jahr 2011 belaufe sich der mutmassliche Einnahmeverlust aufgrund der DMIF-Senkung auf Fr. [...] und der Geschäftsverlust auf Fr. [...]. Mit Blick auf den Umstand, dass das Aktienkapital der Beschwerdeführerin Fr. [...] und die gesetzlichen Reserven Fr. [...] betrügen, der kumulierte Verlustvortrag sich aber bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...] belaufe, seien die Folgen der (vorläufigen) Intervention der Vorinstanz offensichtlich fatal für die Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin habe am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und sei mit ihren Anträgen vollständig (ohne Begründung) unterlegen. Damit sei sie offenkundig formell beschwert. Sie sei materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz habe die "Einigung" mit den "alten Issuern" im vollen Bewusstsein getroffen, dass sich die anderen (neuen) Issuer gegen die damit verbundene Senkung der DMIF auf privatrechtlichem Weg gar nicht wehren könnten. Tatsächlich könne sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des VISA-Kartengremiums nicht dagegen auflehnen, wenn sie überstimmt werde. Aufgrund des Einwirkens der Vorinstanz habe der Entscheid des VISA-Kartengremiums aber seine rein privatrechtliche Natur verloren. DMIF-Entscheide würden aufgrund der EVR II nicht autonom von den vier daran beteiligten Issuern getroffen. Vielmehr würden sie inskünftig - bei Rechtsbeständigkeit der angefochtenen Verfügung - stets aufgrund der von der Vorinstanz erzwungenen EVR II getroffen. Die Qualität dieser Intervention sei zweifelsfrei öffentlich-rechtlich. Diese Intervention der Vorinstanz müsse also gesetzeskonform, willkürfrei und nichtdiskriminierend sein. Da die DMIF-Festsetzung einen wesentlichen Einnahmeposten aller Issuer beschlage, seien bei einer Verletzung dieser Anforderung sämtliche Issuer direkt und unmittelbar betroffen.

Direkt und unmittelbar betroffen sei also auch die Beschwerdeführerin. Völlig unerheblich sei dabei, dass die rein zahlenmässige Einbusse bei ihr geringer sei als bei grösseren Wettbewerbern. Die Beschwerdeführerin habe ungeachtet ihrer Grösse genau dieselben materiellen und formellen Rechte wie andere Issuer. Wenn vier von sieben Issuern unter dem Eindruck der Sanktionsdrohung dem Diktat der Vorinstanz nachgäben, mit ihr eine einvernehmliche Regelung träfen und damit einen faktischen Rechtsmittelverzicht leisteten, möge das für diese

Verfahrensparteien richtig sein. Dass diese Issuer (auf Geheiss der Vorinstanz) in der Lage seien, der Beschwerdeführerin die Senkung der DMIF aufzuzwingen, heisse aber keineswegs, dass ihr Rechtsmittelverzicht auch für die Beschwerdeführerin Wirksamkeit beanspruche.

Die Beschwerdeführerin sei zwar tatsächlich Konkurrentin unter anderem der Parteien der EVR II. Ihre Beschwerdelegitimation leite sie aber nicht daraus ab. Der Umstand, dass sie rein tatsächlich und praktisch in ihren wirtschaftlichen Interessen von der angefochtenen Verfügung betroffen sei, genüge vollumfänglich. Selbst wenn die Beschwerde eine Konkurrentenbeschwerde wäre, was sie allerdings nicht sei, stehe die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ausser Frage. Da ihre Netzwerkkosten bei der Berechnung der DMIF gemäss EVR II nicht berücksichtigt würden, werde sie im Vergleich zu den Parteien der EVR II rechtsungleich behandelt. Dass das Ergebnis der DMIF-Berechnung, die DMIF, für alle Issuer im Schweizer Markt gleich sei, ändere an der Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin nichts. Die rechtsungleiche Behandlung habe zum Ergebnis, dass sich die Wettbewerbsposition der Beschwerdeführerin deutlich und spürbar bzw. massiv verschlechtere.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Beschwerde klar signalisiert, dass mit jedem Tag, der nach dem 1. Mai 2010 verstreichen werde, der ihr von der Vorinstanz zugefügte Schaden grösser werde. Die sofortige Korrektur durch Erlass der angebehrten Ersatzmassnahme sei daher dringend erforderlich. Selbst bei ungehinderter Herabsetzung der DMIF bleibe das Interesse der Beschwerdeführerin nach wie vor schutzwürdig, da es weiterhin aktuell und praktisch bleibe.

Die Vorinstanz behaupte zur Frage des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin erneut, dass diese von den EVR II-Issuern ohnehin - im Sinne der Vorinstanz - überstimmt werde, wenn die angefochtene Verfügung weg falle. Der Widerstand der Beschwerdeführerin sei also zwecklos und ihre Beschwerde sinnlos. Die Vorinstanz übersehe einmal mehr, dass die Beschwerdeführerin die Verfügung der Perpetuierung der EVR I verlange, mit der die von der Vorinstanz instrumentalisierte Sanktionsdrohung für die betroffenen Parteien ebenfalls gebannt sei. Es sei zwar theoretisch möglich, dass die vier EVR II-Issuer aus (wirklich) freien Stücken (auch gegen den Willen der Beschwerdeführerin) eine Senkung der DMIF auf [...] % beschliessen könnten oder dass sie im Widerspruch zur angebehrten Ersatzmassnahme die DMIF auf der Höhe gemäss EVR II bestimmten. Beides aber wäre einigermaßen irrational und werde auch mit der Genehmigung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 verunmöglich.

3.4 In ihrer Duplik vom 23. April 2010 hielt die WEKO unter anderem fest, nach wie vor unklar sei die Berechnungsweise der Beschwerdeführerin bezüglich des behaupteten Einnahmenausfalls aus der Senkung der DMIF. Bei einer Senkung der DMIF von [...] % auf den neuen Wert von [...] % würde, basierend auf dem von der Beschwerdeführerin selber angegebenen Umsatzvolumen "Umsatz Visa domestic" für das Jahr 2009, allenfalls ein Einnahmenausfall von Fr. [...] resultieren und

zwar für ein ganzes Jahr und nicht nur für sieben Monate, wie die Beschwerdeführerin glaubhaft machen wolle. Dies entspreche lediglich [...] % der gesamten Einnahmen aus "Kommission Bonus Card (BC)" und "Kommission VISA". Über die Einnahmen, welche von den Karteninhabern an die Beschwerdeführerin flössen (Jahresgebühren, Kreditzinsen, Fremdwährungskommissionen, Wechselkursgewinne etc.), schweige sich diese aber aus.

Die (egoistischen) Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufhebung des WEKO-Entscheidendes vom 25. Januar 2010 zielten in erster Linie auf die Deckung von Verlusten respektive auf die Verringerung des negativen Geschäftsergebnisses durch eine höhere IF. Diesem Ziel dürfe aber die als Preisabrede unter Konkurrenten qualifizierte DMIF gerade nicht dienen.

Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sei nicht ein End- oder Teilentscheid der WEKO im Rahmen des laufenden Untersuchungsverfahrens, welcher die Beschwerdeführerin allenfalls beschweren könnte, sondern einzig die Genehmigung der EVR II, welche in einem Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO am 25. Januar 2010 erteilt worden sei. Es sei nicht zwingend, dass Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung im Hauptverfahren "automatisch" auch Parteistellung im Verfahren auf vorsorgliche Massnahmen einnähmen. Zwar dürfte dies in der Mehrzahl der Fälle zutreffen, nicht aber im vorliegenden Fall, wo einzig die Genehmigung der EVR II Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen gewesen sei.

Die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin sei durch die Genehmigungsverfügung nicht direkt beschränkt, wie dies in der Replik dargestellt werde. Eine Beschränkung wirtschaftlicher Natur ergebe sich allenfalls indirekt, wenn die an der EVR II beteiligten Parteien die Senkung der DMIF innerhalb der Kreditkartenforen umsetzen. Gegen einen solchen Mehrheitsbeschluss könnte sich die Beschwerdeführerin aber so oder so nicht zur Wehr setzen, da sie nicht über ein genügendes Transaktionsvolumen (und damit Stimmrechtsanteile) verfüge.

Das Kartellgesetz setze nicht voraus, dass eine EVR mit sämtlichen Absprachebeteiligten getroffen werde. Im vorliegenden Fall verhalte es sich sogar so, dass aufgrund von privatrechtlichen Regeln der Inhalt der EVR, namentlich die Senkung der DMIF, auf sämtliche Systemteilnehmer (Issuer, Acquirer) der beiden Kreditkartensysteme Visa und MasterCard ausgeweitet werde. Die angebliche wirtschaftliche Schlechterstellung werde also nicht direkt durch die Genehmigungsverfügung der WEKO veranlasst, sondern durch die Systemregeln, zu deren Einhaltung sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Lizenzvertrag gegenüber Visa verpflichtet habe.

Die Beschwerdeführerin behaupte sodann, ihre Wettbewerbsfähigkeit werde durch die Genehmigungsverfügung der WEKO zerstört. In letzter Konsequenz hiesse dies, ihre hohen Netzwerkkosten müssten durch eine Erhöhung der dDIF oder mindestens durch eine Beibehaltung der Regelung gemäss EVR I quasi "geschützt" werden. Dem sei zu widersprechen: Es sei gerade nicht Sinn und Zweck der EVR II (und auch nicht der EVR I), die Netzwerkkosten sämtlicher Issuer zu decken. Die objektivierten Netzwerkkosten dienten als Basis zur

Festlegung der dDIF als Benchmark für die Issuer und Acquirer und damit zur Begrenzung der von den Issuern und Acquirern multilateral festgelegten Interchange Fees (DMIF) gegen oben. Der in der EVR II vorgesehene, wettbewerbsorientierte Ansatz bei der Berechnung der dDIF solle zudem eine Beseitigung des Wettbewerbs bezüglich der Netzwerkkosten durch die Issuer verhindern, indem diese einen starken Anreiz erhielten, ihre Kostenstruktur bei den Kreditkarten-Netzwerken so effizient wie möglich auszugestalten. Das Interesse der Beschwerdeführerin genüge somit nicht, um ein besonderes Interesse im Sinne der materiellen Beschwer zu begründen.

4.

4.1 In ihrer Duplik räumt die WEKO ein, sie bestreite nicht, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des hängigen Untersuchungsverfahrens als Beteiligte mit Parteistellung zugelassen sei. Auch werde nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin zu den Verhandlungen über die EVR II eingeladen worden sei und die Gelegenheit erhalten habe, sich im Vorfeld des Genehmigungsentscheides der WEKO zu den vorsorglichen Massnahmen zu äussern. Die Parteistellung sei aber auch im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, welches ein eigenständiges Verfahren im Rahmen des Hauptverfahrens bilde, zu prüfen. Diejenigen Verfahrensbeteiligten, welche die EVR II nicht unterzeichnet hätten, verfügten über keine Parteistellung im Genehmigungsverfahren.

4.2 Die Beschwerdeführerin ist nicht (materielle) Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist jedoch Partei der Untersuchung KK-DMIF II, in deren Kontext die angefochtene Verfügung ergangen ist. Nachdem sie die EVR II in den Verhandlungen mit dem Sekretariat der WEKO abgelehnt hatte, verzichtete sie auf eine Unterzeichnung. Mit Stellungnahme vom 11. Januar 2010 beantragte sie vor der WEKO erfolglos, die EVR II sei nicht zu genehmigen, und stattdessen sei die EVR I fortzusetzen.

4.3 Die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG "vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen" hat und damit formell beschwert ist, umfasst mehrere Aspekte. Nach bundesgerichtlicher Praxis muss die beschwerdeführende Partei grundsätzlich am Verfahren vor der unteren Instanz teilgenommen haben und mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen sein (BGE 133 II 181 E. 3.2). In diesem Zusammenhang wäre zunächst einmal zu prüfen, welches Verfahren vorliegend massgebend ist. Einerseits könnte dies die Untersuchung an sich, andererseits nur das Genehmigungsverfahren mit Bezug auf die EVR II sein. Im ersten Fall gälte die Beschwerdeführerin ohne Weiteres als formell beschwert, weil sie Partei der Untersuchung ist. Im zweiten Fall müsste bestimmt werden, ob sie die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG erfüllt, nachdem sie schliesslich auf eine Unterzeichnung der EVR II verzichtete, aber andererseits ihrem Antrag auf Fortführung der EVR I (implizit) nicht stattgegeben wurde. Wie es sich bezüglich der formellen Beschwer verhält, kann jedoch offengelassen werden, da die in Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen (MARANTELLI-SONA-

NINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 8; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.60; HANS-JÖRG SEILER in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Güngerich (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Bern 2007, Art. 89 N. 8) und, wie sogleich dargelegt wird, namentlich ein (schutzwürdiges) aktuelles und praktisches Interesse fehlt.

5.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ein Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid "stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stehen" (BGE 133 II 249 E. 1.3). Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde (BGE 133 V 188 E. 4.3.1, 133 II 249 E. 1.3, 131 II 587 E. 2 sowie 123 II 376 E. 2). Schutzwürdig ist ein Interesse grundsätzlich nur dann, wenn es im Urteilszeitpunkt aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch andauert und im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (MARANTELLI-SONA-NINI/HUBER, a.a.O., Art. 48 N. 15, mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 133 II 249 E. 1.3.1). Dass dies hier nicht der Fall ist, ergibt sich aus den nachstehenden Erwägungen.

5.1 Unter dem Titel des aktuellen praktischen Interesses verweist die Beschwerdeführerin in der Replik auf Ziff. 2 ihrer Rechtsbegehren, wonach die EVR I zu "perpetuieren" sei, was die Sanktionsdrohung (ebenfalls) banne. In Rechtsbegehren Ziff. 1 beantragt sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und den "Vertragsparteien" der EVR II sei es zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden.

5.1.1 Das in Art. 29 KG kodifizierte Instrument der EVR lässt sich als eine Form der "Selbstregulierung" charakterisieren, denn eine EVR ist das Ergebnis von kooperativ-partnerschaftlichen Gesprächen und Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden und den betroffenen Rechtssubjekten (JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, Kommentar, Zürich 2005, Art. 29 N. 1; BENOÎT CARRON, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.): Droit de la concurrence, Commentaire, Genf/Basel/München 2002, Art. 29 KG N. 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrik Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, Zürich 1997, Art. 29 N. 12; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 29 N. 3 mit Hinweisen; vgl. Bundesgerichtsurteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.3 mit Hinweisen sowie E. 3.4.7). Nach Art. 29 Abs. 1 KG kann das Sekretariat der WEKO, wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, den Parteien eine EVR über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Das Sekretariat ist allein zuständig für den Entscheid darüber, ob, mit wem, wann und wie über eine EVR verhandelt wird (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29

N. 69; vgl. auch CARRON, a.a.O., Art. 29 KG N. 7 ff. sowie PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 29 N. 3). Es liegt in seinem Ermessen, diesbezügliche Gespräche in die Wege zu leiten (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 344; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2 mit Hinweisen). Überhaupt ist das Verfahren der EVR für alle Beteiligten freiwillig (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 6 und 72).

5.1.2 Juristisch lässt sich die EVR als verwaltungsrechtlicher Vertrag, welcher unter der Suspensivbedingung der Genehmigung durch die WEKO steht, qualifizieren (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 88 mit Hinweisen; vgl. CARRON, a.a.O., Art. 29 KG N. 12 sowie PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 5. Bd., Wettbewerbsrecht, S. 434). Weder die EVR selbst noch ihr Abschluss durch das Sekretariat kann mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Allerdings unterliegt die Verfügung der WEKO über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung einer EVR bei gegebenen Voraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 115 f.). Inhaltlich kann sich eine EVR nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken (RICHLI, a.a.O., S. 435; Bundesgerichtsurteil 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003 E. 3.4.4 mit Hinweisen); ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (BILGER, a.a.O., S. 343; ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 4).

5.1.3 Die Genehmigung der EVR I durch die WEKO war auf vier Jahre ab Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 (publiziert in Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW 2006/1 S. 65 ff.) befristet (siehe Ziff. 4 des Dispositivs dieser Verfügung). Laut Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung (Genehmigung der EVR II) lief die Frist zur Einreichung einer Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO zur Genehmigung der EVR I am 1. Februar 2006 unbenutzt ab, womit diese Verfügung einschliesslich der Befristung in Rechtskraft erwuchs. Am 1. Februar 2010 endete die Dauer der Genehmigung der EVR I. Auf dieses Datum hin schlossen die Parteien der EVR I mit dem Sekretariat der WEKO eine neue EVR (EVR II) ab, wodurch sie bezüglich der DMIF bewusst und willentlich auf eine Fortführung des in der EVR I verankerten Berechnungsmodus verzichteten. Stattdessen sprachen sie sich mit der Unterzeichnung der EVR II explizite für eine anders festzulegende, tiefere DMIF aus.

5.1.4 Da die Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005 über die befristete Genehmigung der EVR I nicht angefochten wurde und ihre Gültigkeitsdauer seit 1. Februar 2010 abgelaufen ist, während sich die Parteien der EVR I in der hier umstrittenen Frage der DMIF-Berechnung für eine neue Lösung entschieden haben, entstünde im Falle einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung durch das Bundesverwaltungsgericht ein Vakuum hinsichtlich der (von der WEKO genehmigten) Festlegung der DMIF, welches die Beschwerdeführerin mit einer Fortsetzung der EVR I (als vorsorgliche Mass-

nahme) beheben möchte. Letzteres aber liesse sich gerade deswegen nicht bewerkstelligen, weil einerseits die (Befristung der) Genehmigung der EVR I durch die WEKO unangefochten geblieben und abgelaufen ist, andererseits diejenigen Parteien, welche die EVR I wieder anwenden müssten, durch den Abschluss der EVR II bewusst davon Abstand genommen haben, zumindest in Bezug auf die Festlegung der DMIF. Angesichts der vertraglichen Natur der EVR wäre es dem Bundesverwaltungsgericht jedenfalls verwehrt, den Parteien der EVR I die Anwendung einer ganz bestimmten DMIF, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, zu befehlen, zumal deren Umsetzung erst noch über die Stimmabgabe in privatrechtlich organisierten Kartengremien erfolgen müsste.

5.1.5 Wenn die EVR II aber aufgehoben bzw. ein Verbot an die Parteien, die darin verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, verhängt würde, ohne dass die bisherige DMIF, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, wieder in Kraft gesetzt werden könnte, stiesse deren Rechtsbegehren ins Leere. Insbesondere könnte und kann in den Kartengremien nach wie vor eine andere (tiefere) als die bisherige DMIF beschlossen werden. Mit dem autoritativen Festsetzen einer bestimmten DMIF würde das Bundesverwaltungsgericht hingegen in eine privatautonome Regelung (durch die Kartengremien) eingreifen, deren kartellrechtliche Implikationen juristisch nicht abschliessend beurteilt worden sind. Eine entsprechende Würdigung im vorinstanzlichen Verfahren ist naturgemäss unterblieben (vgl. dazu BILGER, a.a.O., S. 343 und ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N. 85 f., siehe dort auch N. 95 und 104) und könnte mangels Entscheidungsreife (bzw. beendeter Untersuchung) auch nicht direkt vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommen werden.

5.1.6 Bei einer Aufhebung der EVR II müsste das Bundesverwaltungsgericht der WEKO im Übrigen die Weisung erteilen, ihr Sekretariat anzuweisen, mit den Parteien der EVR I Verhandlungen über eine neue EVR gleichen Inhalts (jedenfalls bezüglich der DMIF-Berechnung) aufzunehmen, denn die EVR I gilt seit 1. Februar 2010 nicht mehr. Nach Art. 29 Abs. 1 KG liegt es jedoch im Ermessen des Sekretariates, eine EVR vorzuschlagen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 344). Eine entsprechende Weisung des Gerichts würde in dieses Ermessen eingreifen. Indizien dafür, dass ein solcher Eingriff gerechtfertigt wäre, sind aber keine ersichtlich. Im Übrigen steht auch der WEKO bei der Genehmigung der EVR ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., N. 90).

5.1.7 Demzufolge könnte eine Gutheissung des Antrags der Beschwerdeführerin, den "Vertragsparteien" der EVR II sei zu verbieten, die dort verankerte DMIF-Berechnung anzuwenden, das mit der Beschwerde verfolgte Ziel nicht erreichen. Die betreffenden Parteien könnten nämlich beispielsweise eine DMIF beschliessen und anwenden, welche nur minimal (symbolisch) von derjenigen gemäss EVR II abweiche. In Anbetracht dessen fehlt der Beschwerdeführerin das für die Rechtsmittellegitimation erforderliche (schutzwürdige) praktische Interesse.

5.2 Übereinstimmend mit der Vorinstanz muss sodann darauf hingewiesen werden, dass die Beschwerdeführerin als Issuerin von Visa-Kreditkarten und Lizenznehmerin von Visa grundsätzlich verpflichtet ist, sämtliche branchen- und transaktionsspezifischen DMIF in ihr Geschäftsmodell zu übernehmen, soweit diese im IAFV multilateral vereinbart werden und sie selbst keine bilateralen DIF aushandelt. Unabhängig von der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin demnach ausserstande, eine ihr nicht genehme DMIF zu verhindern, weil ihr die dafür nötige Stimmkraft im IAFV fehlt. Ein gegen ihre Wünsche ausfallender Beschluss konnte und kann in den Kartengremien stets gefällt werden, ganz unabhängig von einer Einwirkung der WEKO oder ihres Sekretariates. Das Problem der Beschwerdeführerin liegt darin, dass sie aus freien Stücken Mitglied in (privatrechtlich organisierten) Kartengremien geworden ist, die nicht (nur) nach ihren spezifischen Bedürfnissen entscheiden. Sie beabsichtigt nun, ihren dort erfolglos scheinenden Widerstand gegen eine Senkung der DMIF auf dem Beschwerdeweg durchzusetzen, indem sie eine von anderen Mitgliedern der Kartengremien freiwillig abgeschlossene EVR in Frage stellt. Dabei sucht sie über den Umweg der Anfechtung der EVR II die abgelaufene, rechtskräftig befristet gewesene EVR I wieder zu aktivieren. Dieses Ansinnen begründet kein schutzwürdiges Interesse.

5.3 Statt die in der EVR II festgelegte Methode zur Berechnung der DMIF anzuwenden, könnte die Beschwerdeführerin DIF bilateral aushandeln (was aus ihrer Sicht allerdings nicht realistisch erscheint). Falls sie sich aber trotzdem veranlasst fühlen sollte, die DMIF gemäss EVR II festzusetzen, stünden ihr gewisse Kompensationsmöglichkeiten offen. Solche böten sich der Beschwerdeführerin insbesondere bei den anderen Gebühren, welche im Issuing erhoben werden (etwa bei den von der Vorinstanz als Beispiele erwähnten Jahresgebühren, Kreditzinsen und Fremdwährungskursen, welche auch in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12. April 2010 genannt werden). Angesichts dessen erscheint der von ihr geltend gemachte Einnahmefall jedenfalls nicht als unausweichlich.

5.4 Wenn die Beschwerdeführerin weder bilaterale DIF noch anderweitige Ausgleichsmassnahmen als realistisch erachtet und auch künftige Effizienzgewinne nicht ins Auge fasst, läuft dies in letzter Konsequenz darauf hinaus, dass sie auf dem Rechtsmittelweg ihr spezifisches Geschäftsmodell schützen möchte. Wie aber gerade der von ihr ins Recht gelegte Presseartikel zeigt, bestehen auch Kompensationsmöglichkeiten, wiewohl diese aus ihrer Sicht nicht befriedigend sein mögen. Jedenfalls bewirken sie, dass von einem sich unmittelbar aus der angefochtenen Verfügung ergebenden (zwingenden) Einnahmefall nicht die Rede sein kann.

5.5 In diesem Zusammenhang darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beschwerdeführerin als neue Issuerin in ein bestehendes Kreditkartensystem eintrat, dessen Funktionsmechanismen ihr bekannt waren und denen sie sich bewusst anschloss. Daher musste sie auch mit der Möglichkeit rechnen, im betreffenden Kartengremium eines Tages überstimmt zu werden. Sie durfte nicht erwarten, von der seinerzeit bestehenden Gebührenstruktur, insbesondere von einer DMIF in be-

stimmter Höhe, so lange profitieren zu können, bis ihr Geschäftsmodell konsolidiert sein würde.

5.6 Die Senkung der DMIF steht nicht in einem zwingenden ursächlichen Zusammenhang mit der Genehmigung der EVR II durch die angefochtene Verfügung der WEKO. Vielmehr ist sie das Resultat der Entscheidung mehrerer in den Kreditkartengremien IAFV und CC tretender Parteien (namentlich der bisherigen Issuer), die EVR II zusammen mit dem Sekretariat der WEKO auszuhandeln, zu unterzeichnen und (insbesondere) die darin vereinbarte Senkung der DMIF via Kreditkartengremien zu beschliessen sowie umzusetzen. Wenn gleich die bisherigen Issuer ihre Zustimmung zur EVR II unter dem Eindruck des Sanktionsrisikos gegeben haben mögen, hätten sie von einer Unterzeichnung auch absehen können. Sie hätten stattdessen beispielsweise die DMIF gemäss EVR I weiterführen oder eine geringere als die in der EVR II vorgesehene Herabsetzung vornehmen, eine mögliche Sanktionsverfügung abwarten und dagegen allenfalls Rechtsmittel ergreifen können. Allerdings verschafft ihnen (und auch der Beschwerdeführerin) die von der WEKO genehmigte EVR II die Rechtssicherheit, dass das Sekretariat bei einer Festsetzung der DMIF gemäss EVR II im Rahmen der Endverfügung keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen wird (Ziff. h5 unter Ziff. 29 der angefochtenen Verfügung).

5.7 Die Argumentation der Beschwerdeführerin stützt sich massgeblich auf die Annahme, die involvierten Parteien seien gezwungen gewesen, die EVR II bzw. die darin verankerte DMIF-Berechnung nach der Vorgabe der WEKO hinzunehmen und ohne Rücksicht auf die formelle Rechtskraft der angefochtenen Genehmigungsverfügung rasch umzusetzen. Für entsprechenden widerrechtlichen Druck seitens der Vorinstanz bestehen jedoch keine Anhaltspunkte. Aus der Perspektive der an einer wettbewerbsrechtlich möglicherweise unzulässigen Abrede beteiligten Unternehmen geht es vielmehr um eine Interessenabwägung, bei welcher die Gewichtung des Sanktionsrisikos eine bedeutende Rolle spielt. Schätzen sie dieses relativ hoch ein und/oder wollen sie die damit verbundene Ungewissheit minimieren, werden sie eher dazu neigen, mit dem Sekretariat der WEKO Verhandlungen aufzunehmen, um die Sanktionsgefahr mit Hilfe einer EVR zu bannen.

5.8 In der angefochtenen Verfügung vom 25. Januar 2010 hielt die WEKO fest, die Erträge der Issuer an der DMIF machten rund [...] der Gesamterträge aus. Diese Erträge würden nun um rund [...] % gesenkt. Damit führe die Senkung nicht zu derartigen Ertragsausfällen, dass mit Marktaustritten von Issuern zu rechnen sei. Überdies sei es nach Auffassung der WEKO nicht überzeugend, die Erträge aus der Bonus Card im selben Masse zu reduzieren wie die DMIF. Die Kommission für die Bonus Card könnten von Jelmoli frei bestimmt werden und seien wesentlich höher als die DMIF, da der Bonus Card auch eine Kundenbindungsfunktion zukomme. Sie hätten auch eine stark abweichende Struktur und setzten sich aus einer Abwicklungskommission, einem Werbebeitrag, Bonuspunkten sowie Gutschein-Einlösungen zusammen. Würden die nach Auffassung der WEKO einzig relevanten Erträge aus der DMIF berücksichtigt, so ergäben sich eine Reduktion der Einnahmen von nur

noch Fr. [...] und ein Geschäftsverlust von Fr. [...]. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass Jelmoli aufgrund seiner neuen Kooperation mit den SBB über ein erhebliches Potenzial zur Ausweitung seiner Geschäftstätigkeit und Realisierung entsprechender Grössenvorteile besitze.

Dazu erklärt die Beschwerdeführerin, es sei eine mathematische Tatsache, dass sie bei einer DMIF von [...] % im Vergleich zu einer DMIF von [...] % weniger Ertrag aus Kreditkartenumsätzen erwirtschaftete. Konkret ergebe sich ein Delta von [...] %, das sich mathematisch zwingend in der Buchhaltung der Beschwerdeführerin niederschlagen werde. Hinzu komme, dass das aus der Senkung der DMIF resultierende Minus in ihrer Buchhaltung unwiederbringlich verloren sei.

Die Beschwerdeführerin vermag die soeben wiedergegebenen Argumente der WEKO nicht zu entkräften. Nirgends erläutert sie in substantiiert, überzeugender Weise, weshalb sie trotz des beschränkten Umfangs der DMIF-Senkung und ungeachtet des Vorhandenseins weiterer Einnahmekomponenten infolge der angefochtenen Verfügung unzumutbare Einbussen gewärtigen müsste und aus dem Markt gedrängt werden sollte. Sie hat es auch unterlassen, entsprechende Beweismittel vorzulegen. Im Wesentlichen hat sie sich auf nicht belegte Behauptungen und ein pauschales Bestreiten der vorinstanzlichen Argumentation beschränkt, ohne sich etwa mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern eine Ausweitung ihrer Geschäftsfelder kompensatorische Effekte nach sich ziehen könnte.

5.9 Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht vom 12. April 2010 selbst einräumt, beläuft sich ihr "kumulierter Verlustvortrag" bereits ohne DMIF-Senkung per 31. Dezember 2009 auf Fr. [...]. Eine Senkung der DMIF per 1. Mai 2010 zeitige auf der Basis der auditierten Geschäftszahlen für das Jahr 2009 einen Einnahmenverlust (bis Ende 2010) von Fr. [...]. Bei einem Aktienkapital von Fr. [...] und gesetzlichen Reserven von Fr. [...] seien daher die "Folgen der (vorläufigen!) Intervention der Vorinstanz offensichtlich fatal" für die Beschwerdeführerin. Wenn diese jedoch schon unter dem Regime der EVR I, welches sie beibehalten will, beträchtliche Verluste angehäuft hat, wäre das von ihr skizzierte Szenario, sollte es denn eintreten, kaum der hier zu beurteilenden Verfügung der WEKO bzw. der EVR II anzulasten.

5.10 Gemäss Buchstabe A. Absatz h5. des Dispositivs der angefochtenen Verfügung haben sich die Parteien der EVR II verpflichtet, diese selbst dann zu implementieren, wenn sie aufgrund einer Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Darin sieht die Beschwerdeführerin eine Ausserkraftsetzung jeglichen Rechtsschutzes durch die WEKO, weshalb sie eventualiter beantragt, es sei die Unverbindlichkeit der EVR II und namentlich der vorgenannten Verpflichtung festzustellen. Ihrer Ansicht nach ist nämlich "zu befürchten, dass sich die Parteien der ER II an die Ziff. h5. der ER II gebunden fühlen könnten und diese aus Unsicherheit über die Konsequenzen ihrer Missachtung umsetzen werden". Ob die zitierte Bestimmung aber tatsächlich unverbindlich ist (vgl. dazu etwa ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29

N. 39), braucht hier nicht geprüft zu werden, weil, wie oben (E. 5.7) bereits dargelegt wurde, keine Anhaltspunkte für unzulässigen Druck seitens der WEKO oder ihres Sekretariates auf die Vertragsparteien bestehen. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass sich die Unterzeichner der EVR II bewusst und ohne Zwang für die (mindestens vorübergehende) Beseitigung eines Sanktionsrisikos entschieden und in diesem Rahmen auch eine Klausel unterschrieben, welche ihre Absicht bekräftigt, die EVR II im (privatrechtlich verfassten) Kartengremium umsetzen zu wollen. Letzteres hätten sie - gerade angesichts der Sanktionsdrohung - auch unabhängig vom Abschluss einer EVR (II) tun können, allerdings mit Abstrichen in Bezug auf die Rechtssicherheit. Sie könnten es selbst dann beschliessen, wenn die Verpflichtungserklärung unverbindlich wäre, denn die Vorinstanz bzw. das Gericht kann, wie oben (E. 5.1.4) ausgeführt wurde, nicht in die privatautonome Willensbildung des Kartengremiums eingreifen, um dessen Mitglieder zur Aushandlung einer neuen EVR bzw. zur Festsetzung einer DMIF in bestimmter Höhe zu veranlassen.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG und damit die Rechtsmittellegitimation fehlt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

7.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu verrechnen.

8.

Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);

die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0389; Gerichtsurkunde); und auszugsweise an:
das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Ge- [...].
richtsurkunde); [Rechtsmittelbelehrung]

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

D 1	1. Bekanntmachung über die Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden¹ (Vertikalbekanntmachung, VertBek)
-----	---

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010

Die Wettbewerbskommission erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

I. Gemäss Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.

II. Vertikale Vereinbarungen können die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Sie können insbesondere die Transaktions- und Distributionskosten der Beteiligten verringern und deren Umsätze und Investitionen optimieren.

III. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als wettbewerbschädliche Wirkungen, die von Beschränkungen in vertikalen Abreden verursacht werden, hängt von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und somit vom Ausmass des Wettbewerbs zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) ab. Dabei geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass vertikale Abreden im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs führen, sofern keines der an einer vertikalen Abrede beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % am relevanten Markt hält und es sich nicht um eine qualitativ schwerwiegende Abrede handelt.

IV. Im Rahmen der KG-Revision 2003 wurden mit dem Artikel 5 Absatz 4 KG neue Tatbestände eingeführt mit dem Ziel, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) zu fördern. Gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei der

Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (Preisbindungen zweiter Hand) sowie bei gebietsabschottenden Klauseln, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden statuieren.

V. Der Gesetzgeber hat in der KG-Revision 2003 zum Ausdruck gebracht, dass er die Festsetzung von Mindest- und Festpreisen sowie gebietsabschottende Klauseln in vertikalen Vereinbarungen als potenziell besonders schädlich erachtet. Die Wettbewerbskommission hat diese Einschätzung in ihren bisherigen Entscheiden konkretisiert und bereits in der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (Vertikalbekanntmachung 2007) entsprechende Kriterien zur Beurteilung vertikaler Abreden erlassen, insbesondere hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG), der Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG).

VI. Vorliegende Bekanntmachung basiert auf der Vertikalbekanntmachung 2007, welche sich an die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABI 1999 L 336/21) sowie an die Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABI 2000 C 291/1) anlehnte. Diese Rechtsgrundlagen wurden am 1. Juni 2010 ersetzt durch die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABI 2010 L 102/1) und die entsprechenden Leitlinien (ABI 2010 C 130/1), welche in einzelnen Punkten Anpassungen vorsehen. Mit den Änderungen soll im Wesentlichen den Marktentwicklungen Rechnung getragen werden, vor allem der gewachsenen Nachfragemacht grosser Einzelhandelsunternehmen und der Entwicklung des Online-Vertriebs.

¹ Massgebend ist der im Bundesblatt zu veröffentlichende Text.

VII. Die aktuelle Revision der Bekanntmachung trägt der jüngsten Fallpraxis der Wettbewerbskommission sowie den Anpassungen im europäischen Recht – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – Rechnung. Damit stellt sie sicher, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird. In diesem Sinne gelten die europäischen Regeln (vgl. Erw. VI.) analog auch für die Schweiz.

VIII. Ziffer 10 konkretisiert die Abreden, bei welchen gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet wird, dass sie zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. Ziffer 11 macht deutlich, dass für eine Widerlegung der Vermutung auf einer Gesamtbetrachtung des Marktes (Intra-brand- und Inter-brand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt) abgestellt wird.

IX. Kann die Vermutung widerlegt werden, ist die Erheblichkeit der Abrede gemäss Ziffer 12 (1) zu prüfen. Dabei sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen, wobei die Abwägung dieser beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung erfolgt. Ziffer 12 (2) zeigt auf, welche Abreden aufgrund des Gegenstands als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden. Bei solchen Abreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren.

X. Ziffer 13 macht deutlich, dass in der Regel keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % nicht überschritten wird und sich die Abrede nicht kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt auswirkt (Bagatellfälle). Wird die Marktanteilsschwelle von 15 % überschritten oder wirkt sich die Abrede kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt aus, wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall geprüft.

XI. Ziffer 15 bringt zum Ausdruck, wie Preisempfehlungen gewürdigt werden und welche Umstände Anlass geben können, Preisempfehlungen aufzugreifen.

XII. Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden und liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. In Ziffer 16 werden die Voraussetzungen umschrieben, unter denen vertikale Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig. Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG sind nach Artikel 49a KG sanktionsbedroht, selbst wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

XIII. Diese Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

A. Begriffe

Ziffer 1 Vertikale Wettbewerbsabreden

Erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Ziffer 2 Aktiver Verkauf

Die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat.

Ziffer 3 Passiver Verkauf

Die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden. Allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die Kunden in Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, erreichen, die aber eine vernünftige Alternative zur Ansprache von Kunden ausserhalb dieser Gebiete oder Kundengruppen, z.B. im eigenen Gebiet, darstellen, sind passive Verkäufe. In diesem Sinne gelten Internetverkäufe als passive Verkäufe, ausser wenn sich Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten.

Ziffer 4 Selektive Vertriebssysteme

(1) Allgemein

Vereinbarungen zwischen Anbietern und Händlern, wonach

- i) der Anbieter die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und
- ii) diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiterverkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

(2) Rein qualitativer Selektivvertrieb

Ein Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten, z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte.

Ziffer 5 Querlieferungen

Die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

Ziffer 6 Wettbewerbsverbote

Alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Abnehmer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzukaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Des Weiteren alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Abnehmers, mehr als 80 % seiner auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe von Vertragswaren oder -dienstleistungen sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Anbieter oder einem anderen vom Anbieter bezeichneten Unternehmen zu beziehen.

Ziffer 7 Know-how

Eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die der Anbieter durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die

- i) geheim, d.h. nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich sind,
- ii) wesentlich, d.h. für die Verwendung, den Verkauf oder den Weiterverkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen bedeutsam und nützlich sind, und
- iii) identifiziert sind, d.h. umfassend genug beschrieben sind, so dass überprüft werden kann, ob die Merkmale "geheim" und "wesentlich" erfüllt sind.

B. Regeln**Ziffer 8** Geltungsbereich

(1) Diese Bekanntmachung gilt für vertikale Wettbewerbsabreden.

(2) Diese Bekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und

- a) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene; oder
- b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist.

(3) Die Anwendung der vorliegenden Bekanntmachung schliesst nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG qualifiziert oder von Artikel 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der vorliegenden Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen.

(4) Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den

Abnehmer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Abnehmer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer oder seine Kunden beziehen.

Ziffer 9 Verhältnis zu anderen Bekanntmachungen

(1) Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel vom 21. Oktober 2002 (Kfz-Bekanntmachung²) geht dieser Bekanntmachung vor. Soweit sich die Kfz-Bekanntmachung nicht äussert, sind die Vorschriften dieser Bekanntmachung anwendbar.

(2) Diese Bekanntmachung geht der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung vom 19. Dezember 2005 (KMU-Bekanntmachung³) vor.

Ziffer 10 Vermutungstatbestände

(1) Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen;
- b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder End-kunden).

(2) Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietsschutz führen.

(3) Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch in Empfehlungsförmigkeit gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz bezwecken oder bewirken.

Ziffer 11 Widerlegung der Vermutung

Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra-brand- und Inter-brand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra-brand- oder Inter-brand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

Ziffer 12 Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen

(1) Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende

² Abrufbar unter www.weko.ch

³ Bundesblatt 2006, S. 883 ff. (abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/883.pdf>).

Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.

(2) Abreden werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken;
- b) Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf; eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt jedoch nicht vor bei
 - i) Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, vorausgesetzt dass Passivverkäufe uneingeschränkt möglich sind;
 - ii) Beschränkungen des Direktverkaufs von Grossisten an Endverbraucher;
 - iii) Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets;
 - iv) Beschränkungen der Möglichkeit des Abnehmers, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, an Kunden zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie der Anbieter herstellt;
- c) Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu untersagen, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben;
- d) Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind;
- e) Beschränkungen, die zwischen einem Anbieter von Teilen und einem Abnehmer, der diese Teile weiterverwendet, vereinbart werden, welche den Anbieter daran hindern, die Teile als Ersatzteile an Endverbraucher, an Reparaturbetriebe oder andere

Dienstleister zu verkaufen, die der Abnehmer nicht mit der Reparatur oder der Wartung seiner Waren betraut hat;

- f) Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden; die Begrenzung auf fünf Jahre gilt nicht, sofern der Abnehmer die Vertragswaren oder -dienstleistungen in den Räumlichkeiten und auf Grundstücken des Verkäufers (Eigentum oder Miete/Pacht) anbietet;
- g) nachvertragliche Wettbewerbsverbote; dies gilt nicht, wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot
 - i) sich auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen,
 - ii) sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke beschränkt, von denen aus der Abnehmer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat;
 - iii) unerlässlich ist, um dem Abnehmer vom Anbieter übertragenes Know-how zu schützen, und es
 - iv) auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt ist.

Die Beschränkung der Nutzung und Offenlegung von nicht allgemein zugänglichem Know-how bleibt zeitlich unbegrenzt möglich;

- h) Einschränkungen von Mehrmarkenvertrieb in selektiven Vertriebssystemen, welche sich gezielt auf Marken bestimmter konkurrierender Anbieter beziehen.

Ziffer 13 Unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund der Marktanteile

(1) Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 12 (2) Bst. a bis e fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet.

(2) Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Ziffer 13 (1) genannte Marktanteilsschwelle auf 5 % herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden.

Ziffer 14 Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb

Abreden, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, führen nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- i) die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h. ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung

der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;

- ii) die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen, allen potenziellen Wiederverkäufern zur Verfügung zu stellen und unterschiedslos anzuwenden;
- iii) die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Ziffer 15 Preisempfehlungen

(1) Bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG vorliegt.

(2) Preisempfehlungen werden dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (vgl. Ziffer 12 (2) Bst. a).

(3) Folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- a) der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;
- c) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- d) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden.

Ziffer 16 Rechtfertigung

(1) Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig.

(2) Abreden gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 (2) und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.

(3) Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, die von Ziffer 16 (2) nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG erhöht – beispiels-

weise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

(4) Unternehmen können im Rahmen der in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe namentlich Folgendes geltend machen:

- a) Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem);
- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);
- f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

Ziffer 17 Publikation

Diese Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

Ziffer 18 Aufhebung der bisherigen Bekanntmachung

Mit dem Inkrafttreten dieser Bekanntmachung wird die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007⁴ aufgehoben.

Ziffer 19 Übergangsregelung

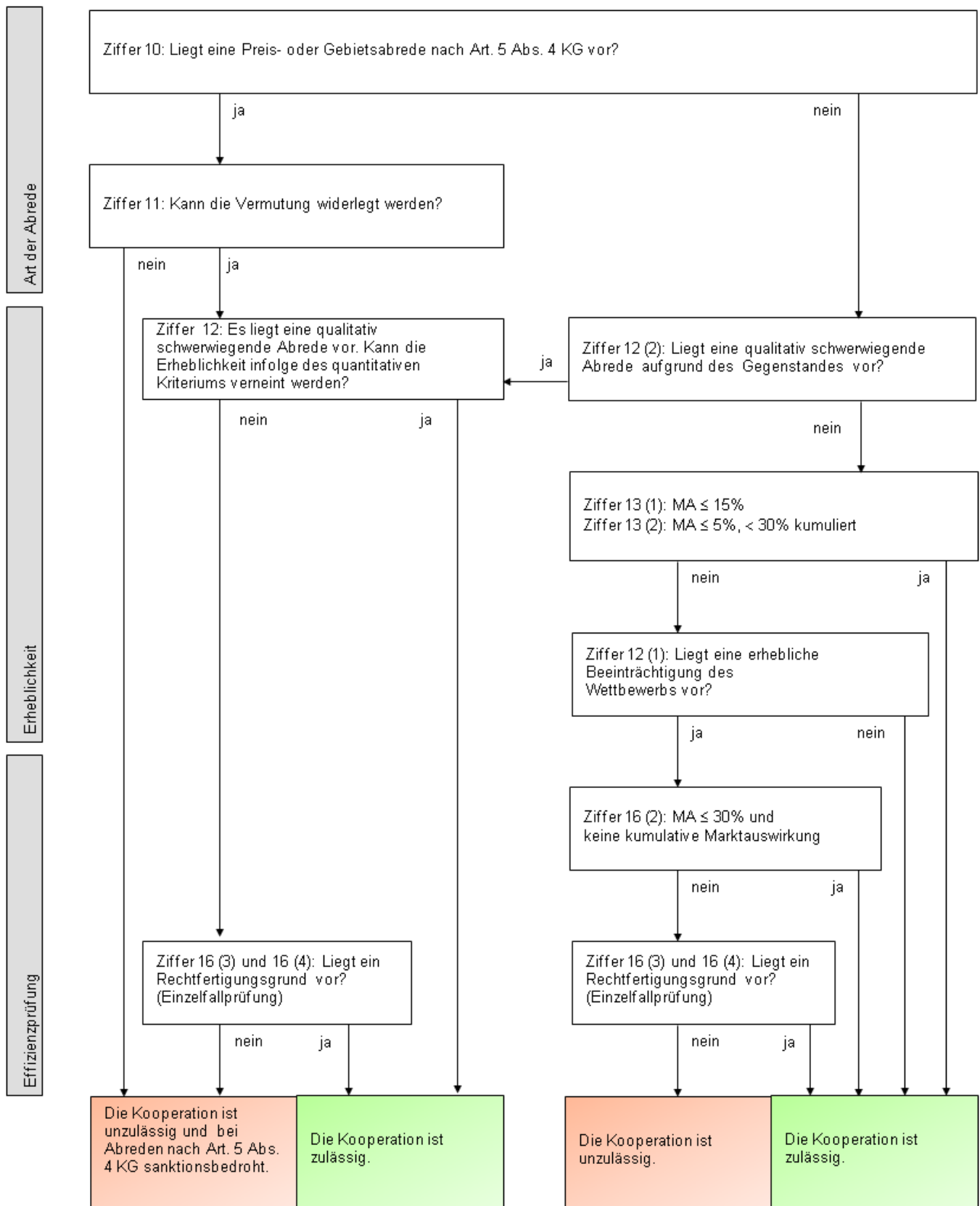
Diese Bekanntmachung soll während der Periode zwischen dem 1. August 2010 und dem 31. Juli 2011 auf all diejenigen Vereinbarungen nicht zur Anwendung kommen, welche vor dem 1. August 2010 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen Bekanntmachung entsprachen, nicht hingegen den Kriterien vorliegender Bekanntmachung genügen.

Ziffer 20 Inkrafttreten

Diese Bekanntmachung tritt am 1. August 2010 in Kraft.

⁴ Bundesblatt 2007, S. 7597 ff. (abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/7597.pdf>).

Anhang 1: Prüfschema für die Beurteilung von vertikalen Abreden



MA: Marktanteil

D 1

2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹ (Communication sur les accords verticaux, CommVert)

Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente communication:

I. Conformément à l'article 6 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application analogique de l'article 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la Loi par voie de communication.

II. Les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.

III. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, entraînés par des restrictions contenues dans les accords verticaux, dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence exercée par les fournisseurs de différentes marques (concurrence intermarques). La Commission de la concurrence part ainsi du principe que les accords verticaux ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution, dans la mesure où aucune des entreprises parties à un accord vertical ne détient une part de marché supérieure à 30 % sur le marché pertinent et qu'il ne s'agit pas d'un accord grave d'un point de vue qualitatif.

IV. Dans le cadre de la révision de la Loi sur les cartels de 2003, l'article 5 alinéa 4 LCart a introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente et le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence à l'intérieur d'une même marque (concurrence intramarque). Selon l'article 5 alinéa 4 LCart, l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles qui cloisonnent un territoire en interdisant les ventes passives aux distributeurs ou aux clients finals sont présumées entraîner la suppression de la concurrence efficace.

V. Le législateur a indiqué, dans le cadre de la révision de la Loi sur les cartels de 2003, qu'il considère l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles cloisonnant un territoire, contenues dans des accords verticaux, comme potentiellement particulièrement nuisibles. La Commission de la concurrence a concrétisé cette appréciation dans ses décisions passées et a déjà édicté, en conséquence, des critères d'appréciation des accords verticaux dans la

Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007 (Communication sur les accords verticaux 2007), notamment en ce qui concerne le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), le caractère notable de l'accord (art. 5 al. 1 LCart) ainsi que les motifs de justification (art. 5 al. 2 LCart).

VI. La présente communication se fonde sur la Communication sur les accords verticaux 2007, laquelle s'inspirait du Règlement (CE) n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 1999 L 336/21) ainsi que de la Communication de la Commission concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2000 C 291/1). Ces dispositions de droit européen ont été remplacées le 1^{er} juin 2010 par le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010 L 102/1) et les Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2010 C 130/1), qui prévoient un certain nombre d'adaptations. Les modifications visent essentiellement à tenir compte des tendances du marché, notamment l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution ainsi que le développement des ventes en ligne sur Internet.

VII. La révision actuelle de la Communication tient compte de la pratique récente de la Commission de la concurrence ainsi que – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – de l'adaptation du droit européen. De cette manière, elle assure que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux continueront d'être appliquées, dans la mesure du possible, en Suisse, que l'isolement du marché suisse est évité et que la sécurité juridique est assurée. En ce sens, les règles en vigueur dans l'Union européenne (cf. considérant VI.) valent de manière analogue en Suisse.

VIII. Le chiffre 10 concrétise les accords présumés entraîner une suppression de la concurrence efficace, selon l'article 5 alinéa 4 LCart. Le chiffre 11 précise que, pour renverser cette présomption, il s'agit d'examiner le marché dans son ensemble (concurrence intramarque et intermarques sur le marché pertinent).

IX. Si la présomption peut être renversée, la notabilité de l'accord doit être examinée selon le chiffre 12 (1). Pour ce faire, des critères tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte, la pesée de ces deux critères

¹ Seul le texte publié à la Feuille fédérale fait foi.

s'effectuant au cas par cas dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Le chiffre 12 (2) énumère les accords qui, en raison de leur objet, sont considérés comme qualitativement graves. D'un point de vue quantitatif, des exigences moins strictes suffisent pour qualifier de tels accords de restrictions notables à la concurrence.

X. Le chiffre 13 précise qu'en règle générale, la concurrence n'est pas affectée de manière notable lorsque le seuil de 15 % de part de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15 % de part de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires, l'affectation de la concurrence doit être examinée au cas par cas.

XI. Le chiffre 15 énonce la manière dont les recommandations de prix doivent être appréciées et les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix.

XII. Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si l'accord peut être justifié par des motifs d'efficacité économique. Le chiffre 16 décrit les conditions auxquelles des accords verticaux en matière de concurrence peuvent, en règle générale, être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. À défaut de motifs d'efficacité économique, l'accord est illicite. Les accords en matière de concurrence illicites au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, sont passibles de sanction selon l'article 49a LCart, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

XIII. La présente communication ne lie pas les tribunaux civils, ni le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.

A. Définitions

Chiffre 1 Accords verticaux en matière de concurrence

Les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence, et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Chiffre 2 Ventes actives

Le fait de prospecter des clients individuels (clients finals ou distributeurs) sur un territoire ou parmi une clientèle alloués exclusivement à un autre acheteur ou que le fournisseur s'est réservés.

Chiffre 3 Ventes passives

Le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire ou faisant partie de la clientèle qui sont réservés au fournisseur ou alloués exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires

(exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. En ce sens, les ventes réalisées par Internet constituent des ventes passives, sauf si les efforts de vente visent à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur.

Chiffre 4 Système de distribution sélective

(1) En général

Une convention entre des fournisseurs et des distributeurs selon laquelle:

- i) le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis (distributeurs agréés) et
- ii) ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

(2) Distribution sélective purement qualitative

Un système de distribution qui consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs de nature qualitative requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente ou l'assortiment des produits vendus.

Chiffre 5 Livraisons croisées

Les livraisons réciproques entre distributeurs membres du système de distribution sélective, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent.

Chiffre 6 Obligation de non-concurrence

Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Chiffre 7 Savoir-faire

Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont:

- i) secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii) substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels et

- iii) identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

B. Règles

Chiffre 8 Champ d'application

(1) La présente communication s'applique aux accords verticaux en matière de concurrence.

(2) La présente communication s'applique aussi lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que
- b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

(3) La présente communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'article 5 alinéa 3 LCart ou tombe sous le coup de l'article 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

(4) La présente communication ne s'applique pas aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de ces accords et qu'elles ne soient pas directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

Chiffre 9 Relations avec d'autres communications

(1) La communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile du 21 octobre 2002 (CommAuto²) prime la présente communication. À défaut de disposition dans la CommAuto, la présente communication s'applique.

(2) La présente communication prime la communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005 (Communication PME³).

Chiffre 10 Présomptions

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence efficace au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart quand elles ont pour objet:

- a) la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe;
- b) l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (en particulier l'interdiction de ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals).

(2) L'article 5 alinéa 4 LCart s'applique également aux accords conduisant indirectement à l'imposition de prix

de vente minimaux ou fixes, ou à une protection territoriale absolue.

(3) L'article 5 alinéa 4 LCart s'applique également aux accords revêtant la forme de recommandations, qui se fondent sur une convention ou sur une pratique concertée, et qui ont pour objet ou pour effet l'établissement de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue.

Chiffre 11 Renversement de la présomption

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

Chiffre 12 Restrictions notables de la concurrence

(1) Pour examiner s'il existe une affectation notable de la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, il faut tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.

(2) Sont considérés comme qualitativement graves les accords ayant pour objet:

- a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;
- b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement. Cependant, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence qualitativement grave quant à l'objet dans les cas suivants:
 - i) restriction des ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, à condition que les ventes passives soient possibles sans restriction;
 - ii) restriction des ventes directes par des grossistes aux utilisateurs finals;

² Disponible sous www.comco.ch.

³ Feuille fédérale 2006, p. 883 et ss. (<http://www.admin.ch/ch/ff/ff/2006/861.pdf>).

- iii) restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;
- iv) restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens;
- f) une obligation de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir des locaux et de terrains du fournisseur (propriété ou bail/fermage);
- g) une obligation de non-concurrence postérieure à l'expiration de l'accord vertical. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'obligation de non-concurrence:
 - i) concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels,
 - ii) est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat,
 - iii) est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, et
 - iv) est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public reste possible pour une durée indéterminée;
- h) une restriction au multi-marquisme dans un système de distribution sélective, qui interdit de vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Chiffre 13 Absence de notabilité en raison des parts de marché

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence non visés au chiffre 12 (2) lettres a à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsque aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord.

(2) Lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires.

Chiffre 14 Absence d'affectation notable de la concurrence par un système de distribution sélective purement qualitative

Les accords ayant pour objet une distribution sélective purement qualitative n'affectent pas de manière notable la concurrence, pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies:

- i) la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;
- ii) les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;
- iii) les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Chiffre 15 Recommandations de prix

(1) En cas de recommandations de prix des fournisseurs à leurs revendeurs ou à leurs distributeurs, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart en relation avec l'alinéa 1 de cet article.

(2) Les recommandations de prix sont considérées comme qualitativement graves si elles ont le même effet que des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord (cf. chiffre 12 (2) let. a).

(3) Les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix sont notamment les suivantes:

- a) le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs;
- b) le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues etc., ne soient pas expressément désignées comme non-contraignantes;

- c) le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;
- d) le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.
- f) l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- g) la garantie d'engagements financiers (par ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Chiffre 16 Motifs justificatifs

(1) Si un accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'article 5 alinéa 2 LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

(2) En règle générale, les accords sont considérés justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou services contractuels. Sont exclus de cette règle, les accords visés au chiffre 12 (2) ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage et affectant la concurrence de manière notable.

(3) Les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas visés par le chiffre 16 (2), sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, au sens d'une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou d'une réduction des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

(4) Les entreprises peuvent en particulier faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique visés à l'article 5 alinéa 2 LCart, les justifications suivantes:

- a) la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b) la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c) la protection des investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de cette relation d'affaires, ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up);
- d) le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème du parasitisme);
- e) le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le distributeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);

Chiffre 17 Publication

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

Chiffre 18 Abrogation de la communication précédente

La présente communication abroge, dès son entrée en vigueur, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007⁴.

Chiffre 19 Réglementation transitoire

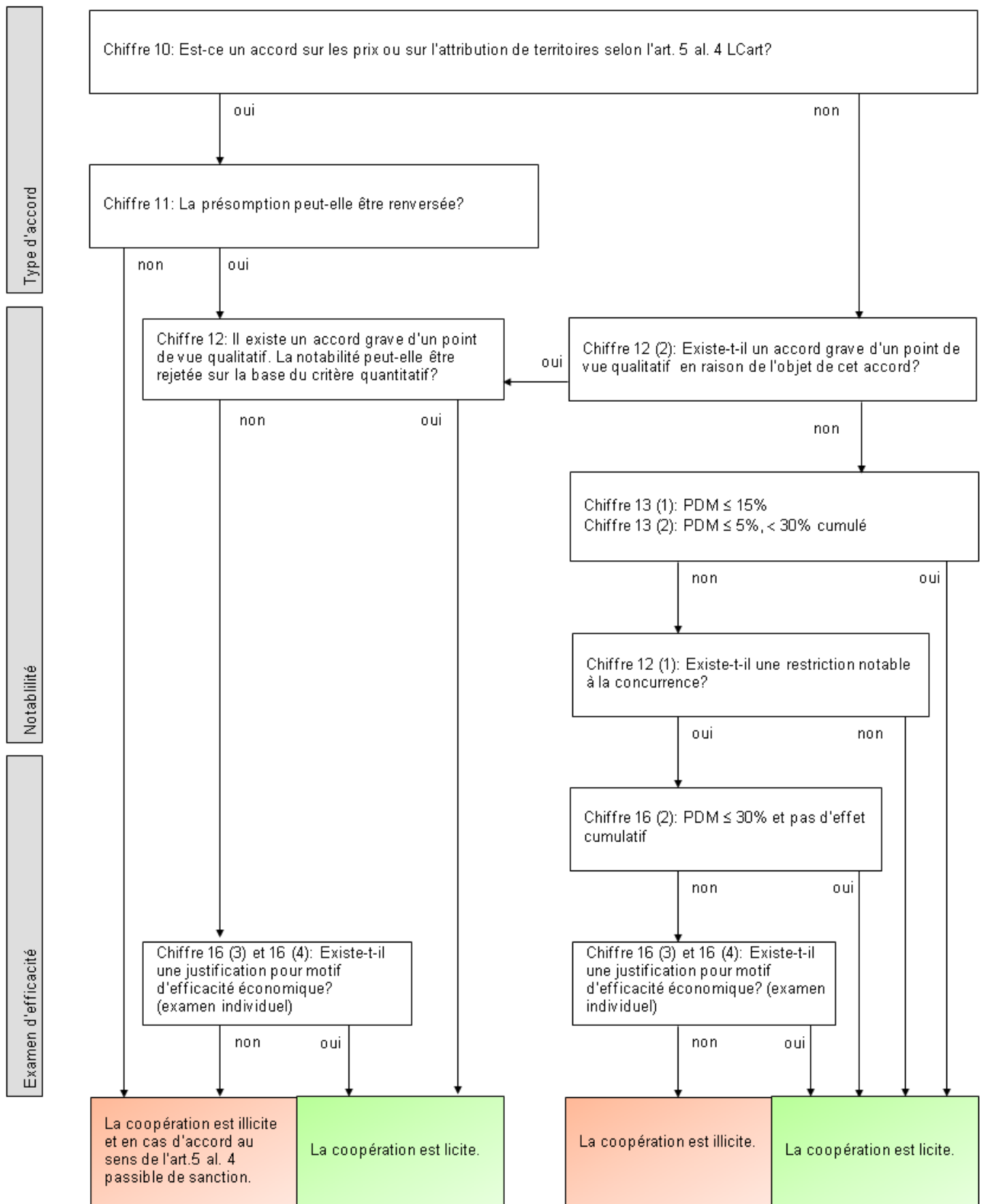
Pour la période allant du 1^{er} août 2010 au 31 juillet 2011, la présente communication ne s'applique pas aux conventions entrées en vigueur avant le 1^{er} août 2010, qui remplissent les critères de la communication abrogée, mais qui ne satisfont, par contre, pas aux critères de la présente communication.

Chiffre 20 Entrée en vigueur

La présente communication entre en vigueur le 1^{er} août 2010.

⁴ Feuille fédérale, p. 7149 ss (disponible sous <http://www.admin.ch/ch/ff/ff/2007/7149.pdf>).

Annexe 1: Schéma pour l'appréciation des accords verticaux



PDM: Part de marché

D 1

3. Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza¹ (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert)

Decisione della Commissione della concorrenza del 28 giugno 2010

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza pubblica la presente comunicazione:

I. Ai sensi dell'articolo 6 della Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251), la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la Comco può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.

II. Alcuni tipi di accordi verticali possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, essi possono contribuire a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti e possono altresì consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite.

III. La probabilità che tali incrementi di efficienza possano controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato delle parti dell'accordo e pertanto dalla misura in cui tali imprese sono esposte alla concorrenza di fornitori di altre marche (concorrenza "interbrand"). La Commissione della concorrenza parte dal presupposto che gli accordi verticali, in generale, portano ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, a condizione che nessuna impresa partecipante ad un accordo verticale detenga una quota di mercato superiore al 30% sul mercato determinante e che non si tratti di un accordo qualitativamente grave.

IV. Nel quadro della revisione della LCart nel 2003 sono state inserite, con l'articolo 5 capoverso 4 LCart, nuove fattispecie allo scopo di impedire imposizioni di prezzi di rivendita e ripartizioni del mercato svizzero nonché di promuovere la concorrenza all'interno dei mercati (concorrenza "intra-brand"). Secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, la soppressione della concorrenza efficace è presunta nel caso in cui si convengono prezzi minimi o fissi (imposizione di prezzi di rivendita) e se si prevedono clausole che assegnano determinate zone e che stabiliscono un divieto della vendita passiva a commercianti o a clienti finali.

V. Nella revisione della LCart del 2003 il legislatore ha espresso la sua volontà, nell'ambito degli accordi verticali, di considerare la fissazione di prezzi minimi o fissi, così come le clausole che assegnano determinate zone

come pratiche potenzialmente particolarmente nocive. La Commissione della concorrenza ha concretizzato la volontà del legislatore nelle sue decisioni e ha comunicato dei criteri per la valutazione degli accordi verticali, in particolare riguardo alla confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace (art. 5 cpv. 4 LCart), alla notabilità (art. 5 cpv. 1 LCart) e ai motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart), nella Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 2 luglio 2007 (Comunicazione accordi verticali 2007).

VI. La presente comunicazione si basa sulla Comunicazione accordi verticali 2007, la quale faceva riferimento al Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 1999 L 336/21), nonché alla comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU 2000 C 291/1). Il 1° giugno 2010, queste basi legali sono state sostituite dal Regolamento (UE) N. 330/2010 (GU 2010 L 102/1) della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate e dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali (GU 2010 C 130/1), i quali prevedono adattamenti in singoli punti. Con questi adattamenti viene essenzialmente tenuto conto dell'evoluzione dei mercati, soprattutto dell'aumento del potere di domanda di grandi imprese attive nel commercio al dettaglio e dell'evoluzione della distribuzione attraverso internet.

VII. Considerando le condizioni legali ed economiche vigenti in Svizzera, l'attuale revisione della comunicazione tiene conto della prassi più recente della Commissione della concorrenza e degli adattamenti nel diritto europeo. Nell'ambito degli accordi verticali, questa revisione assicura che, anche in futuro, in Svizzera vengano possibilmente applicate le stesse regole che nell'Unione europea. Inoltre essa evita l'isolamento dei mercati svizzeri e porta ad un aumento della sicurezza giuridica. In questo senso valgono analogamente le regole europee (cfr. punto VI) anche per la Svizzera.

VIII. La cifra 10 precisa gli accordi per i quali, secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, vi è la presunzione che portino ad una soppressione della concorrenza efficace. La cifra 11 mette in evidenza che per confutare la presunzione occorre procedere ad un apprezzamento globale del mercato (concorrenza intra-brand e interbrand sul mercato determinante).

¹ Fa fede il testo che verrà pubblicato nel Foglio federale.

IX. Se la presunzione è confutata, occorre esaminare la notabilità dell'accordo secondo la cifra 12 (1), tenendo conto sia di criteri qualitativi che quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. La cifra 12 (2) elenca gli accordi che, a causa del loro oggetto, sono considerati qualitativamente gravi. Per questo tipo di accordi si applicano delle esigenze più basse da un punto di vista qualitativo, per poterli qualificare come limitazioni alla concorrenza notabili.

X. La cifra 13 precisa che, di regola, non esiste una limitazione notevole della concorrenza nel caso in cui non viene superata la soglia della quota di mercato del 15 % e se l'accordo in questione non ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato (casi di importanza minore). Se invece la soglia della quota di mercato del 15 % viene superata o se l'accordo ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato, l'intralcio alla concorrenza viene esaminato nei singoli casi.

XI. La cifra 15 definisce come sono apprezzati le raccomandazioni di prezzo e quali circostanze possono portare ad un loro esame.

XII. Se la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace può essere confutata e se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se l'accordo può essere giustificato da motivi di efficienza economica. Alla cifra 16 sono descritte le esigenze in virtù delle quali gli accordi verticali in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non vi sono motivi di efficienza, l'accordo è illecito. Accordi verticali illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart sono passibili di sanzioni secondo l'articolo 49a LCart, anche quando la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere confutata.

XIII. La presente comunicazione non vincola i tribunali civili, il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.

A. Definizioni

Cifra 1 Accordi verticali in materia di concorrenza

Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart) da imprese collocate ad un livello di mercato diverso che si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza e che si riferiscono alle condizioni commerciali in base alle quali le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

Cifra 2 Vendite attive

Il contatto attivo con singoli clienti (clienti finali o rivenditori) all'interno di una determinata zona o con singoli membri di un gruppo di clienti che sono riservati al fornitore o sono attribuiti esclusivamente dal fornitore a un altro rivenditore.

Cifra 3 Vendite passive

Il fatto di soddisfare richieste di ordinazioni non sollecitate di singoli clienti (clienti finali o rivenditori) residenti in

una determinata zona o di singoli membri di un gruppo di clienti che sono riservati al fornitore o sono attribuiti esclusivamente dal fornitore a un altro rivenditore, vale a dire la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti. Sono vendite passive le azioni pubblicitarie o promozioni di portata generale che raggiungano clienti all'interno dei territori o dei gruppi di clienti (esclusivi) di altri distributori, ma che costituiscano un modo ragionevole per raggiungere clienti al di fuori di tali territori o gruppi di clienti, ad esempio per raggiungere clienti all'interno del proprio territorio. In questo senso, le vendite per internet sono da considerare delle vendite passive, salvo il caso in cui gli sforzi di vendita sono diretti a clienti al di fuori di un territorio attribuito.

Cifra 4 Sistemi di distribuzione selettiva

(1) In generale

Si tratta di convenzioni tra il fornitore e il commerciante secondo cui:

- i) il fornitore è autorizzato a vendere i beni o i servizi oggetto della convenzione unicamente a commercianti scelti in base a criteri predefiniti (commercianti autorizzati) e
- ii) tali commercianti si impegnano a non vendere i beni o i servizi in questione a commercianti non autorizzati alla distribuzione.

(2) Distribuzione selettiva puramente qualitativa

Sistema di distribuzione in cui la scelta dei commercianti avviene esclusivamente in base a criteri qualitativi oggettivi richiesti dal genere del prodotto in questione, come ad esempio la formazione del personale di vendita, il servizio fornito dal punto di vendita o una determinata gamma di prodotti offerti.

Cifra 5 Forniture incrociate

Le forniture reciproche tra commercianti che operano a livelli economici identici o diversi all'interno di un sistema di distribuzione selettiva.

Cifra 6 Clausole di non concorrenza

Tutti gli obblighi diretti o indiretti che inducono l'acquirente a non fabbricare, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione. Inoltre ogni obbligo diretto o indiretto che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa designata dal fornitore più dell'80 % dei suoi acquisti annuali in beni o in servizi oggetto della convenzione nonché in beni e in servizi sostituibili sul mercato determinante, calcolati basandosi sul valore degli acquisti che ha effettuato nel corso dell'anno civile precedente.

Cifra 7 Know-how

Un insieme di conoscenze pratiche non brevettate che risultano dall'esperienza del fornitore, testate da quest'ultimo, e che sono:

- i) segrete, vale a dire che esse non sono generalmente conosciute né facilmente accessibili;
- ii) sostanziali, vale a dire che esse devono essere significative e utili per l'uso, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi contrattuali; e

- iii) individuate, vale a dire che esse devono essere descritte in modo sufficientemente esauriente tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità.

B. Regole

Cifra 8 Campo d'applicazione

- (1) La presente comunicazione vale per gli accordi verticali in materia di concorrenza.
- (2) La presente comunicazione è applicabile anche qualora i concorrenti concludano un accordo verticale non reciproco e
- il fornitore è un produttore e un distributore di beni, mentre l'acquirente è un distributore e non un'impresa concorrente a livello della produzione; oppure
 - il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri beni o servizi al livello del dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.
- (3) L'applicazione della presente comunicazione non esclude che una fattispecie costituisca, del tutto o in parte, un accordo orizzontale in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart o sia prevista dall'articolo 7 LCart. In tal caso questa fattispecie deve essere esaminata, indipendentemente dalla presente comunicazione, secondo le pertinenti disposizioni della legge sui cartelli.
- (4) La presente comunicazione non si applica agli accordi verticali che contengono disposizioni concernenti la cessione all'acquirente o l'utilizzazione da parte dell'acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che queste disposizioni costituiscano l'oggetto principale di tali accordi e che esse non si riferiscano direttamente all'utilizzazione, alla vendita o alla rivendita di beni o di servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti.

Cifra 9 Relazioni con altre comunicazioni

- (1) La comunicazione relativa alla valutazione dei cartelli verticali nel settore della distribuzione di automobili del 21 ottobre 2002 (Comunicazione Automobili²) prevale sulla presente comunicazione. Nella misura in cui la Comunicazione Automobili non si esprime, sono applicabili le prescrizioni della presente comunicazione.
- (2) La presente comunicazione prevale sulla Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI³).

Cifra 10 Presunzioni di illiceità

- (1) Nel caso degli accordi verticali in materia di concorrenza si presume che vi sia soppressione della concorrenza efficace secondo l'articolo 5 cpv. 4 LCart quando essi hanno per oggetto:
- la determinazione di prezzi minimi o fissi;
 - l'assegnazione di zone, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni (in particolare

il divieto di vendite passive a commercianti o a clienti finali).

(2) L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi che portano indirettamente a prezzi minimi o fissi oppure ad una protezione territoriale assoluta.

(3) L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi in forma di raccomandazioni, basati su una convenzione o su una pratica concordata bilaterale, nella misura in cui si prefiggono o provocano una fissazione di prezzi minimi o fissi oppure una protezione territoriale assoluta.

Cifra 11 Confutazione della presunzione

Per la confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace è determinante un apprezzamento globale del mercato, tenendo conto della concorrenza intrabrand e interbrand. L'elemento decisivo è l'esistenza di sufficiente concorrenza intrabrand o interbrand sul mercato determinante oppure l'esistenza di una combinazione delle due che porta ad una sufficiente concorrenza efficace.

Cifra 12 Notevoli limitazioni della concorrenza

(1) L'esistenza di un intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart viene esaminata sulla base di criteri qualitativi e quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. Un intralcio qualitativamente grave può essere considerato notevole anche in caso di effetti a livello quantitativo insignificanti. Viceversa, un intralcio dalle conseguenze quantitativamente importanti può portare ad intralciare notevolmente la concorrenza, anche se esso non è qualitativamente grave.

(2) Gli accordi sono considerati qualitativamente gravi, quando essi hanno come obiettivo:

- la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita, fatta salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;
- la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente che è parte contraente dell'accordo, fatta salva una restrizione relativa al suo luogo di stabilimento, può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, Non esiste tuttavia un intralcio alla concorrenza qualitativamente grave in funzione dell'oggetto dell'accordo se le disposizioni previste:
 - limitano le vendite attive a zone esclusive o a gruppi di clienti che il fornitore riserva per se stesso o concede esclusivamente a un altro acquirente, a condizione che le vendite passive siano possibili senza restrizioni;

² Disponibile all'indirizzo www.comco.ch.

³ Foglio federale 2006, p. 803 ss. (disponibile all'indirizzo www.admin.ch/ch/i/ff/2006/803.pdf).

- ii) limitano le vendite dirette da parte dei grossisti ai consumatori finali;
 - iii) limitano le vendite da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a distributori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema;
 - iv) limitano la facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore.
- c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;
- d) la restrizione delle forniture incrociate tra commercianti nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, anche se essi operano a livelli diversi di mercato;
- e) la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti;
- f) contengono clausole di non concorrenza per una durata indeterminata o per un periodo di più di cinque anni. Questa limitazione della durata a cinque anni non è tuttavia applicabile se i beni o i servizi oggetto della convenzione sono venduti dall'acquirente nei locali e sui terreni del venditore (proprietà o locazione/affitto);
- g) contengono clausole di non concorrenza post-contrattuali. Questa disposizione non è applicabile se l'obbligo di non concorrenza post-contrattuale:
- i) si riferisce a beni o a servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione,
 - ii) si limita ai locali e ai terreni a partire dai quali l'acquirente ha operato per tutta la durata del contratto,
 - iii) è indispensabile per proteggere un know-how trasferito dal fornitore all'acquirente,
- e un tale obbligo è limitato al massimo ad un periodo di un anno dopo la conclusione della convenzione. Rimane possibile imporre, per una durata indeterminata, una restrizione all'utilizzazione e alla divulgazione di know-how che non è stato reso noto pubblicamente;
- h) limitano la distribuzione di più marche in sistemi di distribuzione selettiva proibendo la vendita di prodotti di determinati fornitori concorrenti.

Cifra 13 Intralcio alla concorrenza non notevole secondo le quote di mercato

(1) Gli accordi verticali in materia di concorrenza che non sono contemplati alla cifra 12 (2) lettera a – e non costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza se nessuna impresa che partecipa all'accordo detiene una quota di mercato superiore al 15 % su un mercato toccato dall'accordo stesso.

(2) Se la concorrenza sul mercato determinante è limitata dagli effetti cumulativi di svariate reti di distribuzione verticali, simili e funzionanti parallelamente, la soglia della quota di mercato menzionata alla cifra 13 (1) viene abbassata al 5 %. In generale non esiste alcun effetto cumulativo di esclusione se meno del 30 % del mercato determinante è coperto da reti di distribuzione verticali simili e funzionanti parallelamente.

Cifra 14 Mancanza di notabilità della distribuzione selettiva puramente qualitativa

Gli accordi che hanno quale oggetto la distribuzione selettiva puramente qualitativa non portano ad un notevole intralcio alla concorrenza, nella misura in cui sono soddisfatte tre condizioni cumulative:

- i) la natura del prodotto in questione deve necessitare di un sistema di distribuzione selettiva: ciò significa che un tale sistema deve costituire un'esigenza legittima rispetto alla natura del prodotto in questione allo scopo di preservarne la qualità e di garantirne il corretto uso;
- ii) i rivenditori devono essere scelti in base a criteri oggettivi di tipo qualitativo. Tali criteri devono essere stabiliti in modo uniforme, essere messi a disposizione di tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio;
- iii) i criteri definiti non devono andare al di là di ciò che è necessario.

Cifra 15 Raccomandazioni di prezzo

(1) Nel caso di raccomandazioni di prezzo dal fornitore al rivenditore è necessario esaminare caso per caso, se si è in presenza di un accordo illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 in relazione con il capoverso 1 LCart.

(2) Raccomandazioni di prezzo sono da considerare qualitativamente gravi, qualora questi equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti (cfr. cifra 12 (2) Bst. a).

(3) Le circostanze seguenti possono portare all'esame delle raccomandazioni di prezzo:

- a) le raccomandazioni di prezzo non sono emanate in modo generalmente accessibile, ma soltanto all'attenzione dei rivenditori o dei commercianti;
- b) le raccomandazioni di prezzo in franchi svizzeri, indicate dai produttori o dai fornitori sui prodotti, sugli imballaggi o nei cataloghi, ecc., non sono espressamente designate come non vincolanti;

- c) il livello del prezzo dei prodotti interessati dalle raccomandazioni di prezzo – in caso di prestazioni comparabili – è nettamente più elevato rispetto ai paesi limitrofi;
- d) le raccomandazioni di prezzo vengono effettivamente seguite da una parte importante dei rivenditori o dei commercianti.
- f) la promozione del trasferimento di know-how essenziale;
- g) la garanzia di impegni finanziari (p. e. mutui) che non possono essere forniti dal mercato dei capitali.

Cifra 16 Giustificazione

(1) Se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se esso è considerato giustificato secondo l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non sono presenti motivi di efficienza economica, l'accordo è illecito.

(2) Di regola gli accordi sono considerati giustificati senza un esame dei singoli casi, se la parte del fornitore al mercato rilevante, sul quale esso offre i beni e i servizi contrattuali, e la parte del rivenditore al mercato rilevante, sul quale esso acquista i beni e i servizi contrattuali, non superano il 30 %. Fanno eccezione a questa regola gli accordi di cui alla cifra 12 (2) e gli accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato che intralciano notevolmente la concorrenza.

(3) Gli accordi che intralciano notevolmente la concorrenza e che non sono contemplati alla cifra 15 (2) sono sottoposti a un esame nei singoli casi. Esiste un motivo giustificativo quando un accordo aumenta l'efficienza economica conformemente all'articolo 5 capoverso 2 LCart – per esempio mediante un'organizzazione più efficace della rete di distribuzione nel senso di un miglioramento dei prodotti o dei processi di fabbricazione oppure di una riduzione dei costi di distribuzione – e quando la restrizione alla concorrenza è necessaria a tale scopo.

(4) Le imprese possono far valere, nell'ambito dei motivi di efficienza economica menzionati all'articolo 5 capoverso 2 LCart, in particolare le giustificazioni seguenti:

- a) la protezione limitata nel tempo degli investimenti necessari alla penetrazione di nuovi mercati geografici o di nuovi mercati dei prodotti;
- b) la necessità di garantire l'uniformità e la qualità dei prodotti contrattuali;
- c) la protezione degli investimenti specifici a una relazione commerciale, che non potrebbero essere realizzati in mancanza di clausole contrattuali o lo sarebbero soltanto rischiando perdite considerevoli (problema della rinuncia a certi investimenti o hold-up);
- d) il fatto di evitare misure di promozione delle vendite che risulterebbero inefficienti a causa del loro basso livello (p. e. servizi di consulenza alla clientela), che possono verificarsi se un produttore o un rivenditore ha la possibilità di approfittare degli sforzi promozionali di un altro produttore o rivenditore (problema del parassitismo);
- e) il fatto di evitare l'imposizione di un doppio aumento di prezzo, che può verificarsi quando sia il produttore che il commerciante dispongono di una posizione dominante sul mercato (problema della doppia marginalizzazione);

Cifra 17 Pubblicazione

La presente comunicazione viene pubblicata nel Foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

Cifra 18 Abrogazione della comunicazione precedente

Con l'entrata in vigore della presente comunicazione è abrogata la comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 2 luglio 2007⁴.

Cifra 19 Regolamentazione transitoria

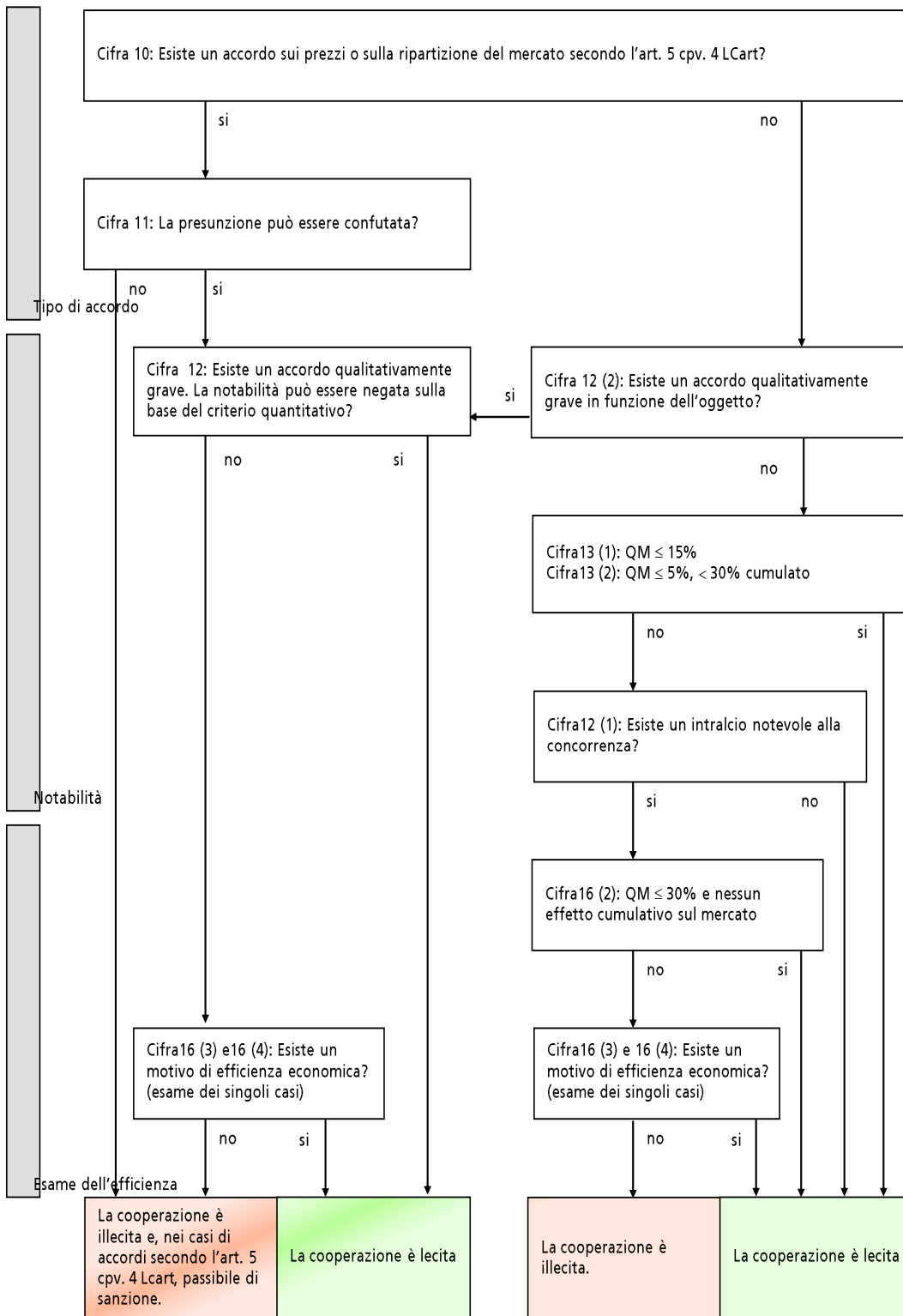
Per il periodo tra il 1° agosto 2010 e il 31 luglio 2011, questa comunicazione non si applica alle convenzioni entrate in vigore prima del 1° agosto 2010 che adempivano le esigenze della comunicazione abrogata, ma non quelle della presente comunicazione.

Cifra 20 Entrata in vigore

La presente comunicazione entra in vigore il 1° agosto 2010.

⁴ Foglio federale 2007, p. 6877 ss. (disponibile sotto <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2007/6877.pdf>).

Appendice 1: Schema per la valutazione degli accordi verticali



D 1

4. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel

Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) hat am 21. Oktober 2002 die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: Bekanntmachung) erlassen. Diese ist seit 1. November 2002 in Kraft und nimmt Bezug auf die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 (ABl 2002 L 203/30).

Am 27. Mai 2010 hat die Europäische Kommission mit der Verordnung (EU) Nr. 461/2010 (ABl 2010 L 129/52) und ergänzenden Leitlinien einen neuen wettbewerbsrechtlichen Rahmen für die Automobilbranche angenommen. Demnach gelten für den Vertrieb von Neufahrzeugen nach einer Übergangsfrist bis zum 31. Mai 2013, in der die bisherige KFZ-GVO weiterhin Anwendung findet, die Bestimmungen der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Abreden (Verordnung (EU) 330/2010; ABl 2010 L 102/1). Für die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen kommen per 1. Juni 2010 die spezifischen Bestimmungen der neuen KFZ-GVO zur Anwendung.

In breitem Konsens mit den Vertretern der Automobilbranche hat die Weko entschieden, die Bekanntmachung zunächst unverändert beizubehalten. Im Hinblick auf die Änderungen auf europäischer Ebene ab Juni 2013 wird die Weko rechtzeitig unter Einbindung der Marktteilnehmer befinden, wie die Bekanntmachung ab diesem Datum weiterzuführen ist.

In vorliegendem Dokument erläutert die Weko die wichtigsten Grundsätze, die im Rahmen der Umsetzung der Bekanntmachung zur Anwendung kommen. Diese Version trägt der Praxiserfahrung der Weko der letzten Jahre bei der Beurteilung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel und dem neuen rechtlichen Rahmen auf europäischer Ebene ab 1. Juni 2010 Rechnung.

Bei der Umsetzung der Bekanntmachung berücksichtigt die Weko die Entwicklungen auf europäischer Ebene in der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 und der Verordnung (EU) Nr. 461/2010 und zielt auf eine grösstmögliche Übereinstimmung mit der durch die Europäische Kommission entwickelten Praxis ab.

Ziffer 3: Vertriebssysteme

Im Bereich des Verkaufs haben die Kraftfahrzeuglieferanten die Wahl zwischen zwei Vertriebssystemen, nämlich dem exklusiven und dem selektiven Vertrieb. Es ist somit nicht möglich, diese beiden Vertriebssysteme zu kombinieren.

Ziffer 5 Bst. b: Prämienregelungen

Gewährt ein Kraftfahrzeuglieferant Kaufprämien, sind diese nach der Anzahl der neuen Kraftfahrzeuge zu berechnen, die bei letzterem gekauft wurden, und zwar unabhängig von deren Endbestimmung (Verkauf an Endverbraucher oder an zugelassene Händler des Net-

zes). Die Berücksichtigung der Endbestimmung der Kraftfahrzeuge würde eine indirekte Einschränkung für Querlieferungen darstellen.

Ausserdem darf der Kraftfahrzeuglieferant bei den Verkaufszielsetzungen für die zugelassenen Händler die Zielverwirklichung nicht an die Anzahl neuer Kraftfahrzeuge koppeln, welche beim offiziellen Importeur erworben wurden.

Im Gegensatz hierzu können die Kraftfahrzeuglieferanten den zugelassenen Händlern sogenannte Mengenrabatte einräumen, das heisst Rabatte im Verhältnis zur absoluten Menge der beim Kraftfahrzeuglieferanten getätigten Bezüge.

Ziffer 5 Bst. c: Gewährleistung, unentgeltlicher Kundendienst, Rückrufaktionen

Die Bekanntmachung bezweckt der Abschottung des schweizerischen Marktes für den Kraftfahrzeughandel entgegenzuwirken. Ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im Europäischen Wirtschaftsraum oder in der Schweiz haben die zugelassenen Werkstätten die Verpflichtung, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler, durch einen bevollmächtigten Vermittler oder bei einem unabhängigen Wiederverkäufer gekauft wurde.

Die Garantien, welche von den Kraftfahrzeuglieferanten an dem Ort gewährt werden, wo das neue Kraftfahrzeug verkauft wird (sog. Hersteller- oder Werksgarantien), müssen unter denselben Bedingungen im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz Gültigkeit haben. Davon zu unterscheiden sind vom Verkäufer vertraglich zugesicherte Leistungen (sog. Gewährleistungen), die gegenüber diesem geltend zu machen sind.

Sofern sich Ansprüche aus der Garantie ergeben, sind diese auf zivilrechtlichem Weg durchsetzbar. Auch die Frage, ob im Einzelfall ein Garantieanspruch oder ein sachlicher Grund zur Verweigerung der Garantieleistung besteht, ist grundsätzlich von einem Zivilrichter zu beurteilen. Die Weko prüft hingegen, ob Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Kraftfahrzeugimporteur bzw. seine zugelassenen Händler/Werkstätten Parallel- und Direktimporte allenfalls durch die Verweigerung von Leistungen aus der Werksgarantie wiederholt behindern.

Die Garantie verfällt nicht, wenn ein Endverbraucher sein Kraftfahrzeug durch eine unabhängige Werkstatt während der Dauer der Garantie des Kraftfahrzeuglieferanten reparieren oder unterhalten lässt (einschließlich der Reparaturen aufgrund eines Unfalles), es sei denn, die entsprechenden Arbeiten seien fehlerhaft durchgeführt worden.

Ein Endverbraucher ist somit nicht verpflichtet, sein Kraftfahrzeug während der Garantiedauer ausschliesslich innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten unterhalten oder reparieren zu lassen.

Ziffer 6: Zugelassene Werkstätten

Die Kraftfahrzeuglieferanten müssen ihr Netz zugelassener Werkstätten gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren, welches ausschliesslich auf qualitativen Kriterien beruht.

Dies hat zur Folge, dass all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang). Dies umfasst insbesondere die zugelassenen Händler, deren Vertrag aufgelöst wurde, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollen. Kraftfahrzeuglieferanten sind vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

Die Kraftfahrzeuglieferanten sind in der Wahl und der Festlegung der durch die Bewerber zu erfüllenden qualitativen Kriterien grundsätzlich frei. Sie können unter anderem fordern, dass die zugelassenen Werkstätten in der Lage sind, Reparatur- oder Wartungsarbeiten von einer bestimmten Qualität und innerhalb fest definierter Fristen ausführen zu können.

Die Kriterien der Kraftfahrzeuglieferanten werden sich auf die Eignung der zugelassenen Werkstätten beziehen, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung durchzuführen und sich an Rückrufaktionen der Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke zu beteiligen, die im Europäischen Wirtschaftsraum oder in der Schweiz verkauft wurden.

Bestimmte qualitative Anforderungen tragen indirekt dazu bei, die Anzahl der Bewerber zu begrenzen. Die Kraftfahrzeuglieferanten können allerdings die Anzahl der zugelassenen Werkstätten nicht derart begrenzen, wie dies im Bereich des Verkaufs der Fall ist. Somit dürfen die entsprechenden qualitativen Kriterien nicht über das hinausgehen, was eine sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten erfordert.

Die Kraftfahrzeuglieferanten haben die Verpflichtung, identische qualitative Kriterien zu statuieren und auf dieselbe Art und Weise auf alle Werkstätten anzuwenden (Bewerber oder bereits zugelassene Werkstätten), die sich in einer ähnlichen Lage befinden (Grundsatz der Nichtdiskriminierung). Aus wirtschaftlichen Gründen (Aktivitätszone, Art von Kundschaft) können differenzierte Kriterien festgesetzt werden. Hierbei gilt jedoch, dass innerhalb jeder dieser Kategorien der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ebenfalls Anwendung findet.

Andererseits müssen dieselben Kriterien sowohl auf zugelassene Werkstätten, die zugleich zugelassene Händler neuer Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke sind, als auch auf jene, die nicht zugelassene Händler der entsprechenden Marke sind, angewandt werden.

Den Interessenten (Händler, Werkstatt) muss es möglich sein, die von ihnen zu erfüllenden Anforderungen in Erfahrung zu bringen. Nur so ist es diesen möglich, die geforderten Voraussetzungen tatsächlich zu erfüllen.

Eine Werkstatt kann zugelassene Werkstatt mehrerer Marken werden, wenn diese in der Lage ist, sämtliche der entsprechenden qualitativen Kriterien zu erfüllen. Die unter dieser Ziffer erwähnten Grundsätze finden ebenfalls Anwendung, wenn der Kraftfahrzeuglieferant ein Netz zugelassener Karosseriewerkstätten errichtet hat.

Ziffer 8: Ersatzteile

Falls die Kraftfahrzeuglieferanten ein Netz zugelassener Originalersatzteilhändler errichten möchten, dann müssen sie dieses Netz zugelassener Originalersatzteilhändler gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren, welches ausschliesslich auf qualitativen Kriterien beruht. Dies hat zur Folge, dass all jene Originalersatzteilhändler, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Originalersatzteilhändler ins Originalersatzteihändlernetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang).

Ziffer 11: Grundsatz

Bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen ist Artikel 5 KG anwendbar. Mit der Revision des KG von 2003 ist am 1. April 2004 Artikel 5 Abs. 4 in Kraft getreten. Gemäss dieser Bestimmung wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Sofern tatsächlich Mindest- oder Festpreise zur Anwendung gelangen oder tatsächlich ein absoluter Gebietschutz vorliegt, wird die Weko diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beiziehung der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikal-Bekanntmachung prüfen. Bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes werden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt.

Ziffer 12: Preisbindungen

Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es untersagt, die Möglichkeit ihrer zugelassenen Händler zu beschränken, die Verkaufspreise für den Endverbraucher selbst festzulegen. Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es auch nicht gestattet, auf andere Weise Fest- oder Mindestpreise vorzuschreiben. Soweit die zugelassenen Händler frei sind, den Endverbrauchern jede Form von Rabatt einzuräumen, können Kraftfahrzeuglieferanten Preisempfehlungen herausgeben.

Ziffer 13: Verkauf im Rahmen eines Exklusivvertriebssystems

In einem Exklusivvertriebssystem wird dem zugelassenen Händler ein bestimmtes Verkaufsgebiet oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen.

Hierbei ist es dem zugelassenen Händler untersagt, Kunden ausserhalb des ihm zugewiesenen Verkaufsgebiets oder des zugewiesenen Kundenkreises auf individuelle oder allgemeine Weise aktiv anzugehen, zum Beispiel durch personalisierte Briefe oder E-Mails, durch Kundenbesuche oder andere Verkaufsförderungsmaßnahmen (Ziffer 4: sogenannte aktive Verkäufe).

Nicht unter diese Einschränkung fallen allgemeine Verkaufsförderungsmaßnahmen durch Werbung in Massenmedien oder auf einer Internetseite, die sich an die Kunden im zugewiesenen Verkaufsgebiet richten oder ebenfalls Kunden erreichen, welche sich nicht im zugewiesenen Verkaufsgebiet befinden.

Ferner muss der zugelassene Händler von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Verkaufsgebiets oder des zugewiesenen Kundenkreises kommende, unaufgeforderte Bestellungen befriedigen können (sogenannte passive Verkäufe).

In einem Exklusivvertriebssystem kann der zugelassene Händler an nicht zugelassene Händler verkaufen, insbesondere an unabhängige Wiederverkäufer, an Supermärkte oder an Internethändler.

Ziffer 14: Verkauf im Rahmen eines Selektivvertriebssystems

In einem Selektivvertriebssystem wählt der Kraftfahrzeuglieferant seine Vertragshändler auf Grund vorbestimmter qualitativer und/oder quantitativer Kriterien aus.

Als Beispiele können folgende Kriterien gelten:

Qualitative Kriterien	Quantitative Kriterien
Schulungspflicht für das Verkaufspersonal	Jährliche Mindestabnahmemengen
Anforderungen an die Produktpräsentation	Begrenzung der Händlerzahl im Verkaufsgebiet
Separate Ausstellung der Kraftfahrzeuge einer Marke im Ausstellungsraum	Mindestumsatz
	Quantitative Vorgaben für die Lagerung
	Anzahl der zugelassenen Händler

Im Selektivvertriebssystem kann der Kraftfahrzeuglieferant den zugelassenen Händlern verbieten, neue Kraftfahrzeuge an nicht zugelassene, in eigenem Namen handelnde Händler zu verkaufen, insbesondere an unabhängige Wiederverkäufer, an Supermärkte oder an Internethändler.

Der Kraftfahrzeuglieferant kann den zugelassenen Händlern somit vorschreiben, lediglich an andere zugelassene Händler der entsprechenden Marke (Querlieferungen), an Endverbraucher und an bevollmächtigte Vermittler, welche im Namen eines Endverbrauchers handeln, verkaufen zu dürfen.

Im Selektivvertriebssystem dürfen sogenannte aktive und passive Verkäufe durch den Kraftfahrzeuglieferant nicht eingeschränkt werden.

Ziffer 14 Bst. a und b: Bevollmächtigte Vermittler

Die Bekanntmachung verleiht den zugelassenen Händlern einer Marke im Rahmen eines Selektivvertriebssystems die Möglichkeit, neue Kraftfahrzeuge an einen von einem Endverbraucher bevollmächtigten Vermittler zu verkaufen. Der bevollmächtigte Vermittler unterscheidet sich vom unabhängigen Wiederverkäufer ab, indem er im Auftrag und auf Rechnung für einen bestimmten Endkunden tätig ist.

Die Kraftfahrzeuglieferanten können von ihren zugelassenen Händlern verlangen, dass der bevollmächtigte Vermittler im Besitz eines unterzeichneten und gültigen Auftrags eines Endverbrauchers ist. Es kann sich zum Beispiel um einen Kaufauftrag handeln und/oder um den Auftrag, ein Kraftfahrzeug einer bestimmten Kategorie oder eines bestimmten Modells zu liefern. Bei der Gewinnung von Kunden kann der bevollmächtigte Vermittler in geeigneter Form das Internet nutzen.

Zulässig ist, vom bevollmächtigten Vermittler überdies zu verlangen, einen Nachweis über die Identität des Endkunden zu erbringen, wie zum Beispiel eine Kopie des Passes oder des Personalausweises.

Darüber hinausgehende Anforderungen dürfen in der Regel nicht vorgeschrieben werden. Insbesondere geht eine generelle Verpflichtung zur Fakturierung auf die Endkunden zu weit. Es muss die Möglichkeit bestehen, davon abweichen zu können, sofern das Selektivvertriebssystem weiterhin geschützt bleibt. Die Ausführung mehrerer Aufträge, sogenannte Kettenaufträge, die einem Endkunden erlauben, ein neues Kraftfahrzeug über mehrere bevollmächtigte Vermittler zu erwerben, sind zulässig.

Ziffer 15 Bst. a und b: Trennung von Verkauf und Kundendienst

Nach der Bekanntmachung sind die Tätigkeiten von Verkauf und Kundendienst zu trennen. Ebenso dürfen die Verkaufstätigkeiten nicht mit denjenigen des Vertriebs von Ersatzteilen verbunden werden. Die Bekanntmachung sieht die Abschaffung der Verpflichtung für einen zugelassenen Händler vor, gleichzeitig den Verkauf wie auch den Kundendienst übernehmen zu müssen. Ein zugelassener Händler kann seine Tätigkeit demzufolge ausschließlich auf einen dieser Bereiche beschränken.

Die Bekanntmachung sieht vor, dass der zugelassene Händler (nicht Werkstatt) dem Endverbraucher eine zugelassene Werkstatt angeben soll, welche in der Lage ist, Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten, Garantiearbeiten und Arbeiten infolge einer Rückrufaktion durchzuführen (Ziffer 15 Bst. b).

Ein zugelassener Händler kann außerdem als unabhängige Werkstatt bezüglich neuer Kraftfahrzeuge auftreten, die er verkauft hat. Ein Anspruch auf Vergütung vom Kraftfahrzeuglieferanten für Arbeiten im Rahmen der Garantie, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen besteht grundsätzlich nicht.

Ebenso hat ein zugelassener Händler die Möglichkeit, seine Verkaufsaktivitäten aufzugeben, um sich auf diejenigen als zugelassene Werkstatt zu konzentrieren.

Die gemeinsame Ausübung von Verkauf und Kundendienst als zugelassener Händler und zugelassene Werkstatt bleibt auf Wunsch des Händlers stets möglich.

Ziffer 15 Bst. c, d und e: Ersatzteilhandel

Den Kraftfahrzeuglieferanten ist es untersagt, die Möglichkeiten der Belieferung mit Ersatzteilen einzuschränken. Eine unabhängige Werkstatt darf Ersatzteile bei zugelassenen Werkstätten beziehen, um sie für Reparaturen und Unterhaltsarbeiten zu verwenden. Eine zugelassene oder unabhängige Werkstatt darf Originalersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile bei Dritten (Ersatzteilhersteller) direkt im Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz beschaffen und diese für Reparaturen oder den Unterhalt von Kraftfahrzeugen benutzen.

Ziffer 15 Bst. f: Zugang zu technischen Informationen

Den unabhängigen Marktbeteiligten ist der Zugang zu denselben technischen Informationen, Aus- und Weiterbildungen, Werkzeugen und Ausrüstungen wie zugelassenen Werkstätten zu gewähren. Es handelt sich dabei um sämtliche notwendigen Informationen, wie insbesondere Software, Fehlercodes und weitere Parameter, die zur Ausführung von Reparatur- und Unterhaltsarbeiten und für darüber hinausgehende von den Kraftfahrzeuglieferanten als notwendig erachtete Massnahmen in diesem Rahmen erforderlich sind.

Der Zugang muss diskriminierungsfrei und ohne Verzug gewährt werden. Der Zugang hat in gleichberechtigter Art und Weise sowie in einer den Anforderungen der unabhängigen Marktbeteiligten entsprechenden Form zu erfolgen. Die Informationen müssen den unabhängigen Marktbeteiligten gleich wie den Vertragswerkstätten ungebündelt und zu dem Gebrauch angemessenen Kosten zur Verfügung gestellt werden.

Als unabhängige Marktbeteiligte sind insbesondere unabhängige Werkstätten, Ersatzteilehersteller, Herausgeber von technischen Informationen, Pannenhilfsdienste und sonstige Serviceanbieter im Rahmen von Instandsetzung und Wartung zu verstehen.

Ziffer 16: Mehrmarkenvertrieb

Die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 erlaubt dem zugelassenen Händler einer Marke (zum Beispiel: ein Konzessionär), zugelassener Händler einer oder mehrerer weiterer Marken zu werden, ohne dass diese Anzahl beschränkt ist. Eine prozentuale Mindestgrenze der gesamten Einkäufe neuer Kraftfahrzeuge derselben Marke von 30 % (wie in der Europäischen Union) besteht in der Schweiz nicht. Somit steht es den Händlern frei, sich für den Verkauf einer oder mehrerer Marken zu entscheiden.

Einige qualitative Selektionskriterien müssen gelockert oder vollständig aufgegeben werden, sofern diese den Mehrmarkenvertrieb in der Praxis erschweren. Zum Beispiel ist die Anforderung an eine markenspezifische Empfangstheke in der Regel unzulässig, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschwert. Überhöhte Anforderungen, welche an die einer Marke vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge gestellt werden, müssen gleichermaßen gelockert werden. Allgemein verwendbare Ausrüstungen und andere Einrichtungen dürfen nicht einer spezifischen Marke vorbehalten werden.

Ein zugelassener Händler oder eine zugelassene Werkstatt einer oder mehrerer Marken kann Kraftfahrzeuge anderer, konkurrierender Marken als unabhängiger Händler verkaufen. Hierbei wird er als bevollmächtigter Vermittler handeln müssen, um sich innerhalb des Netzes zugelassener Händler der fraglichen Marke zu versorgen. Er kann sich gleichermassen ausserhalb des offiziellen Vertriebsnetzes einer Marke auf dem sogenannten Graumarkt versorgen. Tut er dies, darf ihm der Status als zugelassener Händler oder Werkstatt nur allein deshalb nicht entzogen werden. Er darf auch nicht auf andere Weise benachteiligt werden.

Ziffer 17: Vertragsauflösung

Ein zugelassener Händler, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs und des Kundendienstes tätig ist, darf eine dieser Tätigkeiten beenden, ohne über einen neuen Vertrag mit dem Kraftfahrzeuglieferanten für die verbleibende Tätigkeit verhandeln zu müssen.

Ein zugelassener Händler, der einen Vertrag geschlossen hat, der sowohl den Verkauf als auch den Kundendienst umfasst und wünscht, sich von der Verkaufstätigkeit neuer Kraftfahrzeuge zurückzuziehen, um seine Tätigkeit als zugelassene Werkstatt fortzuführen oder umgekehrt, darf dies aufgrund der zwischen ihm und seinem Kraftfahrzeuglieferanten bereits bestehenden Vereinbarung machen.

Eine Kündigung muss in allen nach Ziffer 17 Bst. a – c aufgeführten Kündigungsmodalitäten stets schriftlich begründet werden. Damit soll verhindert werden, dass die Kraftfahrzeuglieferanten wegen an sich von der Bekanntmachung geschützter Verhaltensweisen kündigen. Die Vorschrift regelt in erster Linie die Anforderungen an Bestimmungen über Form und Inhalt von Kündigungen in den Vereinbarungen der Kraftfahrzeuglieferanten mit den Vertragshändlern, Werkstätten und Ersatzteilanbietern.

D 1

5. Note explicative de la Commission de la concurrence se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile

La Commission de la concurrence (ci-après: Comco) a adopté le 21 octobre 2002 une Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci-après: Communication). Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002 et se réfère au Règlement (CE) No 1400/2002 (JO L 203/30).

Le 27 mai 2010, la Commission européenne a adopté le Règlement (UE) No 461/2010 (JO 2010 L 129/52) et les Lignes directrices y relatives instaurant les nouvelles règles de concurrence concernant la branche automobile. En conséquence, la vente de véhicules neufs sera soumise aux dispositions du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux général (Règlement (UE) 330/2010; JO 2010 L 102/1) après une période transitoire jusqu'au 31 mai 2013, durant laquelle l'ancien règlement d'exemption par catégorie (Règlement (CE) No 1400/2002) s'appliquera à ce marché. Concernant les marchés de la fourniture de services de réparation et d'entretien ainsi de la distribution de pièces détachées, le nouveau règlement d'exemption par catégorie est entré en vigueur au 1^{er} juin 2010.

En accord avec les représentants de la branche automobile, la Comco a décidé de maintenir la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile inchangée pour l'instant. Considérant les modifications introduites au niveau européen dès juin 2013, la Comco consultera les acteurs du marché en temps voulu et décidera dans quelle mesure la Communication automobile doit être maintenue.

Dans le présent document, la Comco énonce les principes appliqués dans le cadre de la mise en œuvre de la Communication. La présente version tient compte de l'expérience acquise par la Comco ces dernières années lors de l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile et du nouveau cadre réglementaire en vigueur au niveau européen dès le 1^{er} juin 2010.

Lors de la mise en œuvre de la Communication, la Comco tient compte des développements enregistrés au niveau européen dans l'application du Règlement (CE) No 1400/2002 et du Règlement (UE) No 461/2010 et veille ainsi à rester en harmonie avec la pratique développée par la Commission européenne.

Chiffre 3: systèmes de distribution

Dans le domaine de la vente, les fournisseurs d'automobiles ont le choix entre deux modes de distribution, à savoir la distribution exclusive ou sélective. Il n'est pas possible de combiner ces deux modes de distribution.

Chiffre 5 let. b: systèmes de primes

Lorsqu'un fournisseur d'automobiles accorde des primes d'achat, celles-ci se calculent en fonction du nombre de véhicules neufs achetés auprès de ce dernier, indépen-

damment de la destination finale des véhicules, ventes aux consommateurs finals ou aux autres distributeurs agréés du réseau. Le fait de tenir compte de la destination finale des véhicules constituerait une restriction indirecte aux livraisons croisées.

Par ailleurs, si le fournisseur d'automobiles fixe à ses distributeurs agréés des objectifs de vente, la réalisation de cet objectif ne peut pas être liée au nombre de véhicules neufs acquis auprès de l'importateur officiel.

Par contre, un fournisseur d'automobiles peut octroyer des rabais de quantité relatifs au volume acheté auprès de lui par un de ses distributeurs agréés.

Chiffre 5 let. c: garanties, services gratuits, rappels de tout véhicule

La Communication vise à poursuivre la lutte contre le cloisonnement du marché suisse de la distribution automobile. Quel que soit le lieu d'achat du véhicule, l'Espace Economique Européen ou la Suisse, les réparateurs agréés ont l'obligation de réparer tous les véhicules de la marque en question, d'honorer les garanties, d'effectuer l'entretien gratuit et de réaliser tous les travaux sur les véhicules rappelés, peu importe que ceux-ci aient été achetés chez un distributeur agréé, un revendeur mandaté ou un revendeur indépendant.

Les garanties, telles qu'elles sont octroyées par les fournisseurs d'automobiles au lieu où le véhicule neuf est vendu (garanties du constructeur), doivent rester valides aux mêmes conditions dans tout l'Espace Economique Européen et en Suisse. Cette garantie du constructeur est à différencier des prestations de garanties accordées de façon contractuelle par le vendeur (droits de garantie), à faire valoir auprès de ce dernier.

Dans la mesure où des réclamations en relation avec la garantie surviennent, celles-ci sont à faire valoir par la voie civile. Il appartient également au juge civil d'apprécier la question de savoir si, pour un cas donné, il existe un droit de bénéficier de la garantie ou une raison objective au refus d'honorer la garantie. La Comco analyse pour sa part s'il existe des indices selon lesquels l'importateur de véhicules automobiles, respectivement ses distributeurs/réparateurs agréés empêchent de façon répétée les importations parallèles et directes, en refusant, le cas échéant, d'honorer les prestations liées à la garantie du constructeur.

Si un consommateur final fait réparer ou entretenir (y compris les réparations suite à un accident) sa voiture par un réparateur indépendant durant la période de garantie du fournisseur d'automobiles, le bénéfice de la garantie ne tombe pas, sauf si les travaux réalisés sont défectueux.

Un consommateur final n'a donc pas l'obligation de faire entretenir ou réparer sa voiture exclusivement au sein

du réseau de réparateurs agréés durant la période de validité de la garantie.

Chiffre 6: réparateur agréé

Les fournisseurs d'automobiles doivent organiser leurs réseaux de réparateurs agréés sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant uniquement sur des critères qualitatifs.

Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de réparateurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter), y compris notamment les revendeurs agréés dont le contrat a été résilié, mais qui souhaiteraient poursuivre leur activité comme réparateurs agréés.

Il est légitime que les fournisseurs d'automobiles vérifient si les candidats remplissent les critères avant de conclure un accord avec eux.

Les fournisseurs d'automobiles sont libres dans le choix et la fixation des critères qualitatifs que doivent remplir les candidats. Ils peuvent exiger que les réparateurs agréés soient en mesure d'exécuter des travaux de réparation ou d'entretien d'une qualité définie et dans des délais fixes.

Les exigences des fournisseurs d'automobiles porteront sur l'aptitude des réparateurs agréés à honorer les garanties, à effectuer l'entretien gratuit et à participer à un processus de rappel de tout véhicule automobile de la marque considérée vendu dans l'Espace Economique Européen ou en Suisse.

Certaines exigences qualitatives contribueront à limiter de façon indirecte le nombre de candidats capables de les remplir. Toutefois, les fournisseurs d'automobiles ne peuvent pas limiter le nombre de réparateurs agréés comme cela est le cas dans le domaine de la vente. Ainsi, les critères qualitatifs exigibles ne doivent pas aller au-delà de ce que requiert une bonne exécution des travaux de réparation et d'entretien.

Les fournisseurs d'automobiles ont l'obligation d'établir des critères qualitatifs identiques et de les appliquer de la même manière à tous les réparateurs (candidats ou déjà agréés) qui sont dans une situation semblable (principe de non-discrimination). Il est tout à fait envisageable de fixer pour des raisons économiques (zone d'activité, type de clientèle) des critères différents, étant entendu qu'au sein de chaque catégorie le principe de non-discrimination s'applique également.

D'autre part, les critères doivent être les mêmes pour les réparateurs agréés qui sont aussi des revendeurs agréés de véhicules neufs de la marque considérée que pour ceux qui ne le sont pas.

Les personnes intéressées (distributeurs, réparateurs) doivent avoir la possibilité de connaître les exigences à remplir. C'est uniquement de cette façon que ceux-ci peuvent être à même de remplir effectivement les conditions requises.

Un garagiste peut devenir réparateur agréé de plusieurs marques s'il est en mesure de remplir les critères qualitatifs exigés par chacune d'elles. Les principes énoncés précédemment s'appliquent également lorsque le four-

nisseur d'automobiles a instauré un réseau de carrossiers agréés.

Chiffre 8: pièces de rechange

Si les fournisseurs d'automobiles souhaitent mettre en place un réseau de distributeurs de pièces de rechange d'origine, alors ils ont l'obligation d'organiser leurs réseaux de distributeurs de pièces de rechange d'origine sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant sur des critères qualitatifs uniquement. Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de distributeurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter).

Chiffre 11: principe

Lors de l'appréciation de restrictions à la concurrence, l'article 5 LCart est applicable. Avec la révision de la LCart en 2003, l'article 5 alinéa 4 est entré en vigueur le 1^{er} avril 2004. Selon cette disposition, les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues, sont présumés entraîner une suppression de la concurrence efficace.

Dans la mesure où il existe effectivement une imposition d'un prix de vente minimum ou fixe ou une protection territoriale absolue, la Comco va analyser cela sous l'angle de l'article 5 alinéa 1 LCart en relation avec l'alinéa 4 de cet article et en tenant compte des dispositions applicables de la Communication sur les accords verticaux générale. En cas de réalisation des éléments constitutifs d'une infraction, des sanctions selon l'article 49a alinéa 1 LCart seront infligées.

Chiffre 12: accords sur les prix

Les fournisseurs d'automobiles n'ont pas le droit de restreindre la capacité de leurs distributeurs agréés de fixer librement les prix de vente aux consommateurs finals. Les fournisseurs d'automobiles ne sont pas autorisés à imposer d'une quelconque façon des prix de vente fixes ou minimaux.

Ils peuvent éditer des listes de prix conseillés à condition que leurs distributeurs agréés soient libres de proposer toute forme de rabais aux consommateurs finals.

Chiffre 13: vente dans le cadre d'un système de distribution exclusive

Dans un système de distribution exclusive, le distributeur agréé se voit allouer un territoire ou un cercle de clientèle défini.

Avec ce mode de distribution, le distributeur agréé n'a pas le droit de prospecter activement des clients d'une manière individuelle ou générale, par exemple en utilisant des lettres personnalisées ou du courrier électronique, au moyen de visites ou d'autres actions de promotion ciblées, en dehors du territoire ou du cercle qui lui a été confié (chiffre 4: ventes dites actives).

Une action de promotion générale opérée par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou sur un site Internet qui vise des clients situés sur le territoire exclu-

sif alloué au distributeur agréé ou touchant des territoires non exclusifs ne tombe pas sous le coup de cette interdiction.

Par ailleurs, le distributeur agréé doit pouvoir satisfaire des demandes non sollicitées émanant de clients individuels qui se trouvent en dehors de son territoire ou de son cercle de clientèle (ventes dites passives).

Dans un système de distribution exclusive, le distributeur agréé peut vendre à des opérateurs "non agréés", no-

tamment à des revendeurs indépendants, des supermarchés ou des opérateurs sur Internet.

Chiffre 14: vente dans le cadre d'un système de distribution sélective

Dans un système de distribution sélective, le fournisseur d'automobiles choisit ses distributeurs agréés sur la base de critères qualitatifs et/ou quantitatifs prédéfinis.

À titre d'exemples, on peut citer les critères suivants:

Critères qualitatifs	Critères quantitatifs
Exigences en matière de formation du personnel commercial Exigences en matière d'exposition des produits Zone réservée à chaque marque dans la salle d'exposition	Volume minimum annuel d'achats Nombre maximum de distributeurs par zone Chiffre d'affaires minimum Obligation de détenir des stocks quantifiés Nombre de revendeurs agréés

Avec ce mode de distribution sélective, le fournisseur d'automobiles peut imposer au distributeur agréé de ne pas vendre de véhicules neufs à des distributeurs non agréés qui agissent en leur propre nom, notamment à des revendeurs indépendants, des supermarchés ou des opérateurs sur Internet.

Le fournisseur d'automobiles peut ainsi imposer que les seuls acheteurs possibles du distributeur agréé soient les autres distributeurs agréés de la marque considérée (livraisons croisées), les consommateurs finals ou un revendeur mandaté qui agit au nom d'un consommateur final.

Les ventes dites actives et passives ne sont frappées d'aucune restriction lorsque le fournisseur d'automobiles distribue ses voitures par le biais d'un système de distribution sélective.

Chiffre 14 let. a et b: revendeur mandaté

La Communication octroie, dans le cadre d'un système de distribution sélective, la possibilité aux distributeurs agréés d'une marque de vendre des véhicules neufs à un revendeur mandaté par un consommateur final. Il convient d'opérer une distinction entre le revendeur mandaté et le revendeur indépendant. Le revendeur mandaté opère en effet sur mandat et pour le compte d'un client désigné.

Les fournisseurs d'automobiles peuvent exiger de leurs distributeurs agréés qu'ils s'assurent que le revendeur mandaté est en possession d'un mandat signé et valide d'un consommateur final. Il s'agira par exemple d'un mandat d'acheter et/ou de prendre livraison d'un véhicule d'une catégorie ou d'un modèle donné. Le revendeur mandaté peut avoir recours à Internet sous une forme appropriée pour attirer une clientèle.

Il est néanmoins envisageable de demander au revendeur mandaté qu'il fournisse en outre une preuve de l'identité du client final, telle que la copie d'un passeport ou d'une carte d'identité.

Des exigences supplémentaires ne doivent en règle générale pas être imposées. En particulier, une obligation généralisée de facturer directement au client final va trop loin. Il doit rester possible de s'écarter d'une telle obligation tout en assurant que le système de distribution sélective reste protégé.

L'exécution de plusieurs mandats (mandats dits à la chaîne) qui permet à un client final d'acquérir un véhicule neuf via plusieurs revendeurs mandatés ne peut pas être interdit.

Chiffre 15 let. a et b: séparation des activités de vente et de service après-vente

La Communication permet de dissocier les activités de vente et de service après-vente, de même que les activités de vente ne peuvent être liées à celles de la distribution de pièces détachées. Elle prévoit la suppression de l'obligation pour un même acteur de se charger à la fois de la vente et du service après-vente. Un distributeur agréé peut donc limiter son activité exclusivement à la vente de véhicules neufs ou au service après-vente.

La Communication prévoit que le distributeur agréé (non réparateur) doit indiquer au consommateur final les références d'un réparateur agréé en mesure de fournir les services de réparation et d'entretien, les travaux sous garantie et les réparations à la suite du rappel de véhicules (chiffre 15 let. b).

Un distributeur agréé peut aussi agir comme réparateur indépendant sur les véhicules neufs qu'il a vendus. Il risque cependant de ne pas être rémunéré par le fournisseur d'automobiles pour les réparations effectuées sous garantie, lors du rappel de véhicules ou les services gratuits octroyés par le fournisseur d'automobiles.

De même, chaque distributeur agréé a la possibilité d'abandonner son activité de vente pour se concentrer uniquement sur celle de réparateur agréé.

L'exercice conjoint des activités de vente et de service après-vente comme distributeur et réparateur agréé reste toujours possible, si le distributeur le souhaite.

Chiffre 15 let. c, d et e: approvisionnement en pièces de rechange

Les fournisseurs d'automobiles n'ont pas le droit de limiter les possibilités d'approvisionnement en pièces de rechange. Un réparateur indépendant a le droit de s'approvisionner en pièces détachées auprès d'un réparateur agréé, afin d'utiliser celles-ci pour des travaux de réparation et d'entretien.

Un réparateur agréé ou indépendant doit pouvoir se procurer directement des pièces de rechange d'origine ou de qualité équivalente auprès de tiers (équipementiers) et ce n'importe où dans l'Espace Economique européen et en Suisse et les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles.

Chiffre 15 let. f: accès aux informations techniques

Tous les opérateurs indépendants doivent avoir accès aux mêmes informations techniques, formations, outils et équipements que les réparateurs agréés. Il s'agit de l'ensemble des informations, comme en particulier les logiciels, les codes d'erreur et autres paramètres, nécessaires pour exécuter des services de réparation et d'entretien et toutes les autres mesures jugées nécessaires dans ce cadre par le fournisseur d'automobiles.

L'accès doit être donné sans discrimination et rapidement. L'accès doit avoir lieu de manière non discriminatoire ainsi que dans une forme qui correspond aux exigences des opérateurs indépendants. Les informations doivent être mises à disposition des opérateurs indépendants de la même manière qu'elles le sont pour les réparateurs agréés, selon le besoin de l'opérateur et à un coût approprié à l'usage tiré.

Dans ce contexte, la notion d'opérateurs indépendants comprend notamment les réparateurs indépendants, les fabricants de pièces de rechange, les éditeurs d'informations techniques, les entreprises d'assistance routière et les autres fournisseurs de service en relation avec la réparation et l'entretien.

Chiffre 16: multi-marquisme

Le Règlement (CE) No 1400/2002 permet au distributeur agréé d'une marque donnée (par exemple un concessionnaire) de devenir distributeur agréé d'une ou de plusieurs marques, sans que ce nombre soit limité dans l'absolu. Si dans l'Union européenne une limite minimale acceptable des achats totaux de véhicules neufs provenant d'une même marque a été fixée à 30 %, cette limite n'existe pas en Suisse. Ainsi, il appartient aux distributeurs d'opérer un véritable choix entre la vente d'une ou de plusieurs marques.

Certaines exigences devront être assouplies ou abandonnées entièrement si elles rendent le multi-marquisme difficile en pratique. Par exemple, l'exigence d'un bureau d'accueil spécifique pour une marque devrait être abandonnée si, par hypothèse, la pénurie d'espace ou d'autres considérations pratiques rendaient la mise en place d'un second bureau d'accueil indûment difficile. Des exigences trop élevées concernant la surface d'exposition à mettre à disposition par marque ou le nombre de véhicules à exposer devront également être assouplies. Des équipements d'utilité commune et autres commodités ne devront jamais être réservés à une marque donnée.

Un revendeur agréé de même qu'un réparateur agréé d'une ou de plusieurs marques peuvent vendre des voitures d'autres marques concurrentes en tant qu'indépendant. Dès lors, il devra agir comme revendeur mandaté s'il entend s'approvisionner au sein du réseau de la marque en question. Il peut également s'approvisionner en dehors du réseau officiel d'une marque, soit sur "le marché gris", sans pour autant encourir le risque de perdre sa qualité de distributeur agréé ou de réparateur agréé ou d'être pénalisé d'une façon ou d'une autre.

Chiffre 17: résiliation des contrats

Un distributeur agréé qui est à la fois actif dans le domaine de la vente et de la réparation/entretien doit pouvoir mettre un terme à l'une de ses activités sans être contraint de négocier un nouveau contrat avec son fournisseur d'automobiles pour l'activité restante.

Un distributeur agréé ayant conclu un accord se rapportant à la vente et à la réparation et souhaitant se retirer de la vente de véhicules neufs, par exemple, tout en conservant son activité de réparateur agréé doit pouvoir le faire sur la base de la convention existante passée avec son fournisseur d'automobiles.

Pour toutes les modalités de résiliation mentionnées au chiffre 17 lettres a à c, la résiliation doit toujours être justifiée par écrit. Il s'agit d'éviter que les fournisseurs de véhicules automobiles résilient le contrat en raison d'un comportement licite au vu de la Communication. Cette règle vaut en premier lieu pour les exigences sur la forme et le contenu des préavis de résiliation dans les conventions entre les fournisseurs d'automobiles et les concessionnaires, les ateliers et les fournisseurs de pièces de rechange.

D 1

6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli

La Commissione della concorrenza (in seguito: Comco) ha pubblicato il 21 ottobre 2002 una Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (in seguito: Comunicazione). Essa è entrata in vigore il 1° novembre 2002 e si riferisce al Regolamento (CE) n. 1400/2002 (GU 2002 L 203/30).

Il 27 maggio 2010 la Commissione europea ha approvato il Regolamento (UE) n. 461/2010 (GU 2010 L 129/52) e le relative Linee direttrici che instaurano le nuove norme in materia di concorrenza nel settore automobilistico. Di conseguenza la vendita di veicoli nuovi sarà soggetta alle disposizioni del regolamento generale di esenzione per categoria applicabile agli accordi verticali (Regolamento (UE) 330/2010; GU 2010 L 102/1) dopo un periodo transitorio fino al 31 maggio 2013, durante il quale continuerà a essere applicato a questo mercato il precedente regolamento di esenzione per categoria. Per i mercati dei servizi di riparazione e di manutenzione nonché per la vendita dei pezzi di ricambio entrano in vigore, a partire dal 1° giugno 2010, le disposizioni specifiche previste dal nuovo regolamento generale di esenzione per categoria di autoveicoli.

In base a un'ampia intesa con i rappresentanti del settore automobilistico, la Comco ha deciso di mantenere invariata, per il momento, la Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli. In vista delle modifiche che verranno introdotte a livello europeo a partire dal mese di giugno 2013, la Comco consulterà tempestivamente gli operatori del mercato e deciderà in quale misura tale Comunicazione dovrà essere mantenuta.

Nel presente documento la Comco illustra i principi più importanti che vengono applicati nell'ambito dell'attuazione della Comunicazione. La presente versione tiene conto delle esperienze pratiche della Comco accumulate nel corso degli ultimi anni nella valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli e delle nuove norme in materia di concorrenza a livello europeo a partire dal 1° giugno 2010.

Nell'attuazione della Comunicazione la Comco prende in considerazione gli sviluppi verificatisi a livello europeo nell'applicazione del Regolamento (CE) n. 1400/2002 e del Regolamento (CE) n. 461/2010 allo scopo di conformarsi il più possibile alla prassi sviluppata dalla Commissione europea.

Cifra 3: Sistemi di distribuzione

Nel settore della vendita i fornitori di autoveicoli possono scegliere tra due sistemi di distribuzione, vale a dire la distribuzione esclusiva o quella selettiva. Di conseguenza non è possibile combinare questi due sistemi di distribuzione.

Cifra 5 lettera b: Sistema del bonus

Il bonus concesso da un fornitore di autoveicoli si calcola in base al numero di veicoli nuovi acquistati presso di lui, indipendentemente dalla destinazione finale dei veicoli, cioè dalla vendita agli utilizzatori finali o ad altri distributori autorizzati della rete. Il fatto di tenere conto della destinazione finale dei veicoli costituirebbe una restrizione indiretta delle forniture incrociate.

Se inoltre il fornitore di autoveicoli impone ai suoi distributori autorizzati determinati obiettivi di vendita, la loro realizzazione non deve dipendere dal numero di veicoli nuovi acquistati presso l'importatore ufficiale.

Il fornitore di autoveicoli può invece concedere ai suoi distributori autorizzati i cosiddetti ribassi di quantità, cioè ribassi relativi al volume assoluto dei veicoli acquistati presso di lui.

Cifra 5 lettera c: Garanzie, servizi di assistenza gratuiti, revisioni di tutti gli autoveicoli

La Comunicazione mira a impedire l'isolamento del mercato svizzero nel settore del commercio di autoveicoli. Indipendentemente dal luogo d'acquisto dell'autoveicolo, che sia lo Spazio economico europeo o la Svizzera, i riparatori autorizzati hanno l'obbligo di riparare tutte le autoveicoli della marca in questione, di onorare le garanzie, di effettuare la manutenzione gratuita e di eseguire tutti i lavori sui veicoli difettosi. A tale proposito non ha alcuna importanza il fatto che il veicolo sia stato acquistato da un distributore autorizzato, da un rivenditore incaricato o da un rivenditore indipendente.

Le garanzie che sono state concesse dal fornitore di autoveicoli nel luogo in cui l'autoveicolo nuovo è stato venduto (le cosiddette garanzie del costruttore) devono rimanere valide alle stesse condizioni in tutto lo Spazio economico europeo e in Svizzera. Occorre distinguere la garanzia del costruttore dalle prestazioni di garanzie accordate contrattualmente dal venditore (i cosiddetti diritti di garanzia), che si devono far valere nei suoi confronti.

Nella misura in cui risultano diritti dalla garanzia, essi possono essere imposti mediante una procedura di diritto civile. In linea di massima spetta inoltre a un giudice civile valutare la questione di sapere se, in un determinato caso, esiste un diritto di beneficiare della garanzia o un motivo oggettivo del rifiuto di onorare la garanzia. La Comco invece esamina se esistono indizi secondo cui un importatore di autoveicoli rispettivamente i suoi distributori o riparatori autorizzati impediscono ripetutamente le importazioni parallele e dirette, rifiutando eventualmente di fornire le prestazioni previste dalla garanzia del costruttore.

Se, durante il periodo di validità della garanzia rilasciata dal fornitore di autoveicoli, un utilizzatore finale fa eseguire una riparazione o la manutenzione della sua autovettura (comprese le riparazioni a causa di un incidente), la garanzia non decade, a meno che i rispettivi lavori siano stati effettuati in maniera difettosa.

Di conseguenza un utilizzatore finale non è obbligato a far eseguire i lavori di manutenzione della sua vettura o a farla riparare esclusivamente all'interno della rete di riparatori autorizzati durante il periodo di validità della garanzia.

Cifra 6: Riparatori autorizzati

I fornitori di autoveicoli devono istituire, per la loro rete di riparatori autorizzati, un sistema di distribuzione selettiva basato esclusivamente su criteri di qualità.

Ne consegue che i fornitori devono accettare in qualità di riparatori autorizzati tutti coloro che sono in grado di soddisfare tali criteri (obbligo di contrarre). Sono compresi, in particolare, i rivenditori autorizzati il cui contratto è stato rescisso, ma che intendono continuare la loro attività in qualità di riparatore autorizzato. I fornitori di autoveicoli sono autorizzati a verificare se i candidati soddisfano i criteri previsti prima di concludere il relativo contratto di riparatore.

I fornitori di automobili sono sostanzialmente liberi di scegliere e di definire i criteri qualitativi che i candidati devono soddisfare. Essi possono tra l'altro esigere che i riparatori autorizzati siano in grado di eseguire lavori di riparazione o di manutenzione di una determinata qualità ed entro scadenze ben definite.

Le esigenze dei fornitori di autoveicoli si baseranno sull'idoneità dei riparatori autorizzati a onorare le garanzie, a effettuare la manutenzione gratuita e a partecipare alle azioni di richiamo per eseguire la revisione delle autovetture della marca in questione vendute nello Spazio economico europeo o in Svizzera.

Alcune esigenze qualitative contribuiranno indirettamente a limitare il numero di candidati in grado di soddisfare. Tuttavia i fornitori di autoveicoli non possono limitare in modo tale il numero dei riparatori autorizzati come è il caso nel settore della vendita. Di conseguenza i rispettivi criteri qualitativi non devono essere sproporzionati rispetto a quanto richiesto da un'adeguata esecuzione dei lavori di riparazione e di manutenzione.

I fornitori di autoveicoli hanno l'obbligo di stabilire criteri qualitativi identici e di applicarli nello stesso modo a tutti i riparatori (candidati o già autorizzati) che si trovano in una situazione simile (principio di non discriminazione). Tuttavia è possibile stabilire criteri differenti per motivi economici (zona di attività, tipo di clientela). A tale proposito occorre comunque considerare che il principio di non discriminazione viene anche applicato all'interno di ogni categoria.

D'altronde i criteri devono essere gli stessi sia per i riparatori autorizzati, che sono pure rivenditori autorizzati di veicoli nuovi della marca in questione, sia per quelli che non lo sono.

Le persone interessate (distributori, riparatori) devono avere la possibilità di conoscere le esigenze che occorre

soddisfare. Soltanto in questo modo essi possono essere in grado di soddisfare le condizioni richieste.

Un garagista può diventare riparatore autorizzato di diverse marche se è in grado di soddisfare tutti i criteri qualitativi richiesti per ognuna di esse. I principi menzionati in precedenza si applicano pure quando il fornitore di autoveicoli ha istituito una rete di carrozzerie autorizzate.

Cifra 8: Pezzi di ricambio

Se i fornitori di autoveicoli intendono istituire una rete di distributori autorizzati di pezzi di ricambio originali, essi devono organizzare per tale rete di distributori autorizzati un sistema di distribuzione selettiva basato esclusivamente su criteri qualitativi. Ne consegue che i fornitori devono accettare, in qualità di distributori autorizzati di pezzi di ricambio originali, tutti coloro che sono in grado di soddisfare tali criteri (obbligo di contrarre).

Cifra 11: Principio

Nella valutazione di limitazioni della concorrenza è applicabile l'articolo 5 LCart. Con la revisione della LCart del 2003 è entrato in vigore, il 1° aprile 2004, l'articolo 5 capoverso 4. Secondo questa disposizione, la soppressione di una concorrenza efficace è presunta in caso di accordi mediante i quali imprese collocate ai diversi livelli di mercato convergono prezzi minimi o fissi, nonché in caso di accordi relativi all'assegnazione di zone nell'ambito di contratti di distribuzione, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni.

Nella misura in cui vengono effettivamente applicati prezzi minimi o fissi oppure se esiste veramente una protezione territoriale assoluta, la Comco li esaminerà alla luce dell'articolo 5 capoverso 1 LCart in relazione al capoverso 4 di questo articolo e tenendo conto delle pertinenti disposizioni della Comunicazione sugli accordi verticali generale. In caso di adempimento della fattispecie giuridica verranno inflitte sanzioni secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart.

Cifra 12: Imposizioni di prezzi

I fornitori di autoveicoli non hanno il diritto di limitare la facoltà dei loro distributori autorizzati di stabilire liberamente i propri prezzi di vendita agli utilizzatori finali. Inoltre i fornitori di autoveicoli non sono autorizzati a imporre in qualsiasi altro modo prezzi di vendita fissi o minimi. Essi possono pubblicare liste di prezzi consigliati, a condizione che i loro distributori autorizzati siano liberi di proporre agli utilizzatori finali ogni tipo di sconto.

Cifra 13: Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione esclusiva

In un sistema di distribuzione esclusiva, al distributore autorizzato viene assegnata una determinata zona di vendita o una cerchia di clienti ben definita.

In tale sistema il distributore autorizzato non ha il diritto di cercare attivamente clienti in modo individuale o generale, per esempio utilizzando lettere personalizzate o inviando posta elettronica, tramite visite o altri tipi di promozione mirata, al di fuori della zona di vendita o della cerchia di clienti che gli è stata assegnata (cifra 4: vendite dette attive).

Non è considerata illecita un'azione di promozione generale, effettuata tramite annunci pubblicitari nei mass media o tramite siti Internet, che si rivolge a clienti nella zona di vendita assegnata a un distributore autorizzato oppure a clienti che non si trovano in tali zone esclusive.

Inoltre il distributore autorizzato deve poter soddisfare le ordinazioni spontanee da parte di clienti che si trovano al di fuori della sua zona di vendita o della cerchia di clienti che gli è stata assegnata (vendite dette passive).

In un sistema di distribuzione esclusiva, il distributore autorizzato può vendere a operatori non autorizzati, in

particolare a rivenditori indipendenti, a supermercati o a operatori su Internet.

Cifra 14: Vendita nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva

In un sistema di distribuzione selettiva, il fornitore di autoveicoli sceglie i suoi distributori autorizzati basandosi su criteri qualitativi e/o quantitativi predefiniti.

A titolo di esempio si possono citare i seguenti criteri:

Criteri qualitativi	Criteri quantitativi
Obbligo di seguire una formazione per il personale di vendita	Volume minimo annuale di acquisti
Esigenze in materia di esposizione dei prodotti	Numero massimo di distributori per zona di vendita
Spazio riservato ai veicoli di ogni marca nell'autosalone	Cifra d'affari minima
	Prescrizioni quantitative per l'immagazzinamento
	Numero di distributori autorizzati

Nel sistema di distribuzione selettiva, il fornitore di autoveicoli può imporre ai distributori autorizzati di non vendere autoveicoli nuovi a distributori non autorizzati che agiscono per proprio conto, in particolare a rivenditori indipendenti, a supermercati o a operatori su Internet.

Di conseguenza il fornitore di autoveicoli può esigere che gli unici acquirenti possibili dei distributori autorizzati siano gli altri distributori della marca in questione (forniture incrociate), gli utilizzatori finali o i rivenditori incaricati che agiscono in nome di un utilizzatore finale.

Nel sistema di distribuzione selettiva le cosiddette vendite attive e passive non possono essere limitate dal fornitore di autoveicoli.

Cifra 14 lettere a e b: Rivenditori incaricati

La Comunicazione conferisce, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, la possibilità ai distributori autorizzati di una certa marca di vendere autoveicoli nuovi a un rivenditore incaricato da un utilizzatore finale. Il rivenditore incaricato si distingue dal rivenditore indipendente per il fatto che egli agisce su incarico e per conto di un determinato cliente finale.

I fornitori di autoveicoli possono esigere dai loro distributori autorizzati di assicurarsi che il rivenditore incaricato sia in possesso di un mandato firmato e valido di un utilizzatore finale. Può trattarsi, per esempio, di un mandato di acquisto e/o di consegna di un autoveicolo di una certa categoria o di un determinato modello. Il rivenditore incaricato può fare ricorso in modo appropriato a Internet per attirare eventuali clienti.

Inoltre è possibile esigere che il rivenditore incaricato fornisca una prova dell'identità del cliente finale, come ad esempio una copia del passaporto o della carta d'identità.

In generale non è invece possibile prescrivere esigenze supplementari a tale proposito. In particolare un obbligo generalizzato di fatturazione diretta ai clienti finali è eccessivo. Infatti deve esistere la possibilità di derogare a

tale norma, garantendo nel contempo che il sistema di distribuzione selettiva resti protetto. L'esecuzione di parecchi mandati, i cosiddetti mandati a catena, che permettono a un cliente finale di acquistare un veicolo nuovo tramite diversi rivenditori incaricati, è ammessa.

Cifra 15 lettere a e b: Distinzione delle attività di vendita e di servizio di assistenza alla clientela

Secondo la Comunicazione occorre distinguere le attività di vendita dai servizi di assistenza alla clientela. Analogamente le attività di vendita non possono essere legate a quelle della distribuzione di pezzi di ricambio. La Comunicazione prevede per un distributore autorizzato la soppressione dell'obbligo di incaricarsi contemporaneamente della vendita e del servizio di assistenza alla clientela. Di conseguenza un distributore autorizzato può limitare la sua attività esclusivamente alla vendita di veicoli nuovi o al servizio di assistenza alla clientela.

La Comunicazione prevede che il distributore autorizzato (non riparatore) debba indicare all'utilizzatore finale il nome e l'indirizzo di un riparatore autorizzato in grado di eseguire servizi di manutenzione e di riparazione, lavori in garanzia e lavori di revisione in seguito a un'azione di richiamo dei veicoli (cifra 15 lett. b).

Un distributore autorizzato può inoltre agire come riparatore indipendente di veicoli nuovi che ha venduto. Tuttavia egli si assume un certo rischio, poiché in linea di massima non esiste un diritto di essere pagato dal fornitore di autoveicoli per le riparazioni eseguite in garanzia, per i servizi d'assistenza gratuiti o per i lavori di revisione in caso di azioni di richiamo dei veicoli.

Allo stesso modo un distributore autorizzato ha la possibilità di rinunciare alla sua attività di vendita per concentrarsi unicamente su quella di riparatore autorizzato.

L'esercizio congiunto delle attività di vendita e di servizio di assistenza alla clientela come distributore e riparatore autorizzato rimane sempre possibile, se il distributore lo desidera.

Cifra 15 lettere c, d ed e: Rifornimento di pezzi di ricambio

I fornitori di autoveicoli non hanno il diritto di limitare le possibilità di rifornimento di pezzi di ricambio. Un riparatore indipendente può acquistare pezzi di ricambio dai riparatori autorizzati allo scopo di utilizzarli per lavori di riparazione e di manutenzione. Un riparatore autorizzato o indipendente deve potersi rifornire direttamente di pezzi di ricambio originali o di qualità equivalente presso terzi (fabbricanti e fornitori), situati sia nello Spazio economico europeo che in Svizzera, e utilizzarli per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli.

Cifra 15 lettera f: Accesso alle informazioni tecniche

Tutti gli operatori indipendenti del mercato devono avere accesso alle stesse informazioni tecniche, ai corsi di formazione e di perfezionamento, alle attrezzature e alle apparecchiature come i riparatori autorizzati. Si tratta sostanzialmente di tutte le informazioni, come in particolare i software, i codici di errore e altri parametri, necessarie per eseguire lavori di riparazione e di manutenzione e destinate a tutte le altre misure ritenute indispensabili in tale ambito dai fornitori di autoveicoli.

L'accesso deve essere accordato in modo rapido e non discriminatorio. Inoltre esso deve avvenire secondo le stesse modalità e in una forma che soddisfi le esigenze degli operatori indipendenti del mercato. Le informazioni devono essere messe a disposizione di tali operatori allo stesso modo delle officine autorizzate, vale a dire singolarmente e a costi adeguati al loro utilizzo.

Per operatori indipendenti del mercato si intendono in particolare i riparatori indipendenti, i fabbricanti di pezzi di ricambio, gli editori di informazioni tecniche, i servizi di soccorso stradale e gli altri fornitori di servizi nell'ambito della riparazione e della manutenzione.

Cifra 16: Vendita di marche diverse

Il Regolamento (CE) n. 1400/2002 permette al distributore autorizzato di una determinata marca (per esempio un concessionario) di diventare distributore autorizzato di una o più marche, senza che il loro numero sia limitato. In Svizzera non esiste un limite minimo percentuale relativo agli acquisti come nell'Unione europea, nella quale il distributore è obbligato a garantire che il 30 % degli acquisti complessivi di autoveicoli nuovi provenga dalla stessa marca. Di conseguenza i distributori sono liberi di decidere se vendere autoveicoli di una o di diverse marche.

Alcuni criteri qualitativi di selezione dovranno essere attenuati o abbandonati completamente se rendono

difficoltosa in pratica la vendita di marche diverse. Per esempio, l'esigenza di disporre di un ufficio di accoglienza specifico per una determinata marca dovrebbe essere normalmente tralasciata se, per ipotesi, la mancanza di spazio o altre considerazioni pratiche rendessero eccessivamente difficoltoso l'approntamento di ulteriori uffici di accoglienza. Allo stesso modo occorre moderare le esigenze eccessive concernenti la superficie di esposizione riservata a una determinata marca o il numero di autoveicoli da esporre. Le attrezzature di uso comune e altre installazioni non devono mai essere riservate a una marca specifica.

Un distributore autorizzato o un riparatore autorizzato di una o più marche può vendere autoveicoli di altre marche concorrenti in qualità di distributore indipendente. Di conseguenza egli dovrà agire in qualità di rivenditore incaricato se intende rifornirsi della marca in questione all'interno della rete dei distributori autorizzati. Egli può anche rifornirsi al di fuori della rete di distribuzione ufficiale di una marca, ossia sul cosiddetto "mercato grigio". Se agisce in questo modo, egli non corre il rischio di perdere soltanto a causa di ciò la qualità di distributore autorizzato o di riparatore autorizzato. Inoltre egli non può essere penalizzato neanche in un'altra maniera.

Cifra 17: Scioglimento del contratto

Un distributore autorizzato che è attivo sia nell'ambito della vendita che del servizio di assistenza alla clientela deve essere in grado di interrompere una di queste attività senza essere costretto a negoziare un nuovo contratto con il suo fornitore di autoveicoli per l'attività rimanente.

Un distributore autorizzato che ha concluso un contratto relativo alla vendita e al servizio di assistenza alla clientela e che desidera ritirarsi dall'attività di vendita di autoveicoli nuovi allo scopo di proseguire la propria attività di riparatore autorizzato, o viceversa, deve essere in grado di farlo basandosi sulla convenzione già esistente conclusa con il suo fornitore di autoveicoli.

Una disdetta deve sempre essere motivata per scritto rispettando tutte le modalità di disdetta menzionate alla cifra 17 lettere a – c. Si tratta di evitare che i fornitori di autoveicoli disdicano il contratto a causa di un comportamento di per sé lecito dal punto di vista della Comunicazione. Questa prescrizione disciplina in primo luogo le esigenze relative alle disposizioni sulla forma e sul contenuto delle disdette nelle convenzioni tra i fornitori di autoveicoli e i concessionari, i riparatori nonché i fornitori di pezzi di ricambio.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AF	Arrêté fédéral	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StR	Ständerat
OGer	Obergericht	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	T	
OMC	Organisation mondiale du commerce	TA	Tribunal administratif
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TApp	Tribunale d'Appello
OR	Obligationenrecht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		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	U	
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	UE	Union Européenne
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q		V	
R		VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	W	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	X	
RR	Regierungsrat	Y	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Z	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
S		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZPO	Zivilprozessordnung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 462, 464, 474, 595
- Abrede 437, 444, 448 f., 451, 453, 455, 462 ff., 471, 473 f., 483 ff., 491 ff., 499, 504, 568, 572, 592, 598 f., 603, 606 ff., 612 ff., 618 ff., 624 f.
- Acquiring 474, 480, 482, 485, 487, 490, 593 f.
- Anhörung 437, 480 ff., 503 f., 531, 534, 541, 545, 560, 595
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 477, 484, 495, 567
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 506
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 490
- Domestic Interchange Fee 476 ff., 486, 495 f., 594, 599
- E**
- Effizienzgründe 473, 485, 490 ff., 607, 610
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 473, 475 ff., 481 f., 495, 593, 595 f., 599
- Erheblichkeit 485, 606 f.
- Exklusivvertrieb 446, 455, 470, 625 f.
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 473 ff., 592 ff.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 462, 528, 530, 544, 547, 549, 552, 555, 558 ff.
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 437, 503, 560, 564, 566, 573,
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster 473 f., 477, 479 f., 486, 488, 493, 495, 497, 595
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 473 ff., 592 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 482
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 437, 441, 460, 482, 505, 520, 523 f., 526 ff., 530, 556, 560 f., 563 ff., 571, 573, 582 f.
- Marktgegenseite 437 f., 443, 455 f., 460, 506 ff., 524 ff., 530, 552, 554 ff., 569 f., 573, 576
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 442, 541, 555
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 505, 562, 565, 568 f., 572 ff.
- Missbrauch 436 f., 442, 448, 460 ff., 501, 584
- N**
- Netzwerk 454, 500 ff., 512 f., 515 f., 520, 523, 527, 531 f., 538, 541 f., 559, 592, 596
- Netzwerkkosten 473 f., 477 ff., 486 ff., 495, 594 ff., 600 f.
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 550
- potenzieller Wettbewerb 516, 520, 523 ff.
- Preisabrede 473, 483 ff., 492, 592 f.
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 441, 452, 549, 553, 557, 624
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 453, 476, 481, 492, 497, 530, 551, 595, 625
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**

Tarife 469, 517, 520, 531, 534 ff., 542 f., 547, 549, 551, 553
f., 556 f.

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung 449

Untersuchung 443 ff., 451, 453, 456, 460, 467, 469, 471 f.,
473 ff., 479 ff., 487 ff., 491, 493, 495, 497, 509, 520, 524,
538, 584, 587 f., 590, 592 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 449, 473, 492, 607, 610

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 448 f., 584 ff.

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 437, 455, 482, 499, 505

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 479, 497

zweiseitige Märkte -
