

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

2011/3

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: 727.000.11/3)

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

2011/3

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 2011

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2011/3

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. Festool	364
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Behinderung des Online-Handels	372
	2. Swatch Group Lieferstopp	400
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Daimler/Rolls-Royce	410
	2. car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch	411
	3. Emmi/Onken	413
	4. BASF SE/INEOS Industries Holdings Limited	414
	5. Emmi/Rutz	415
	6. Tamedia AG/Doodle AG	417
	7. BSI AG/Avaloq Group AG	421
	8. Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA	423
	9. VW/MAN	439
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion. Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 24. Februar 2010	440
E	Diverses Divers Diversi	
E 2	Gutachten Avis Pareri	
	1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 28. Februar 2011 gemäss Art. 47 KG und Art. 74 Abs. 2 RTVG betreffend Neubeurteilung Konzessionsentscheid TV Gebiet Ostschweiz	453
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	479
	Index (deutsch, français e italiano)	481

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. Festool

A **Sachverhalt**

1. Am 13. bzw. 30. April 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige ein. Danach soll die Tooltechnic Systems (Schweiz) AG (nachfolgend: TTS) ihre Partnerhändler dazu gebracht haben, die von ihr empfohlenen Wiederverkaufspreise für elektrische Werkzeuge der Marke Festool einzuhalten. Konkret soll die TTS ihren Partnerhändlern eröffnet haben, sie stelle ihre Marketingunterstützungen ein, sofern die Partnerhändler sich nicht an die Preisempfehlungen hielten.

2. Gestützt auf diese Anzeige eröffnete das Sekretariat am 2. Juni 2010 eine Vorabklärung. Gegenstand der Vorabklärung war die Frage, ob Anhaltspunkte gemäss Art. 27 Abs. 1 KG für eine vertikale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG¹ zwischen TTS und ihren Partnerhändlern bestehen. Bejahendenfalls hätte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet.

3. Im Rahmen der Vorabklärung wurde der TTS und allen Festool-Partnerhändlern in der Schweiz ein Fragebogen zugestellt. Es wurden rund 280 Fragebogen an sämtliche Niederlassungen der Festool-Partnerhändler versandt, wobei Partnerhändler, welche über mehrere Niederlassungen verfügen, nach vorheriger Absprache nur jeweils eine Antwort beim Sekretariat einreichten.

4. Nach einmaliger Mahnung einiger Händler vom 25. August 2010 gingen die letzten Antworten zu den Fragebogen am 15. September 2010 beim Sekretariat ein. Sämtliche Fragebogen wurden ausgefüllt eingereicht, insgesamt gingen 145 Antworten beim Sekretariat ein.

5. Von TTS wurden Angaben zu den Märkten, zum Vertriebssystem und zur Preispolitik eingeholt. Die Festool-Partnerhändler wurden zu ihren Umsätzen, den von ihnen gehandelten Marken, den Marktverhältnissen, der Preisfestsetzung, der Durchführung von Aktionen, der Rabattgewährung und Importen befragt. Insbesondere

hatten die Händler auch anzugeben, ob sie in diesen Bereichen verbindliche Vorgaben vom Hersteller erhalten oder sie Nachteile bei der Nichteinhaltung zu befürchten hätten. Die Händler wurden zudem gebeten, eine Aufstellung der von ihnen verlangten Preise und der von ihnen gewährten Rabatte für Festool-Produkte in den Jahren 2004–2010 einzureichen.

6. Im Anschluss an die Auswertung der Befragung unterbreitete das Sekretariat TTS in einem Gespräch die Ergebnisse der Untersuchungen. Das Sekretariat regte im Sinne einer Massnahme nach Art. 26 Abs. 2 KG an, alle Festool-Partnerhändler in einem Schreiben ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie in der Preisfestsetzung frei seien. Dieser Umstand sei weiterhin in allen Festool-Preislisten zu vermerken. Festool kam den Forderungen des Sekretariats mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 nach.

B **Erwägungen**

B.1 **Geltungsbereich**

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

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). TTS mit Sitz in Dietikon (ZH) und die Festool-Partnerhändler in der Schweiz sind ohne weiteres als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren.

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

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. 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 (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden über Wiederverkaufspreise

11. Die angezeigten Preisempfehlungen und Verhaltensweisen könnten eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellen. Die Wettbewerbskommission (WEKO) konkretisierte ihre Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG in ihrer Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) vom 28. Juni 2010.² Anschliessend wird daher bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts die Vertikalbekanntmachung herangezogen.

12. Im Folgenden war gemäss der Gesetzessystematik vorerst zu prüfen, ob überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt (B.3.1) bzw. ob die Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sind (B.3.2). Die Eigenheit der Diskussion, ob Preisempfehlungen Abreden im Sinne des Kartellrechts darstellen, liegt darin, dass ihre Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gleichzeitig bedeutet, dass eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.³ Aus diesem Grund wurde diesem Punkt besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Anschliessend prüfte das Sekretariat, ob der wirksame Wettbewerb entsprechend der gesetzlichen Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG tatsächlich beseitigt hätte werden können (B.3.3), was zu verneinen war. Schliesslich prüfte es daher die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (B.3.4) und gelangte zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorlagen (B.3.5).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

B.3.1.1 Die Aufgreifkriterien der Vertikalbekanntmachung

13. Ziffer 15 Abs. 3 VertBek definiert Aufgreifkriterien, wann die WEKO Preisempfehlungen näher überprüft. In chronologischer Hinsicht geht die Prüfung der Aufgreifkriterien der Abklärung des Abredetatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Ihnen kommt eine doppelte Bedeutung zu. Erstens dienen sie der Triage von überprüfungswürdigen und unbedenklichen Sachverhalten. Zweitens geben Sie einen ersten Hinweis darauf, ob eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt. Unter der Geltung der alten Vertikalbekanntmachung⁴ verwendete die WEKO die Aufgreifkriterien der damaligen Ziffer 11 dazu, im

Einzelfall zu prüfen, ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 KG vorlag.⁵ In der neuen Vertikalbekanntmachung gibt es keine entsprechende Ziffer mehr.

14. Gemäss Ziffer 15 Abs. 3 VertBek sind Preisempfehlungen insbesondere dann zu untersuchen, wenn sie nicht in allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden (Bst. a) und nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (Bst. b). Ferner deutet der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte im benachbarten Ausland deutlich tiefer liegt, auf eine Abrede hin (Bst. c).

15. Die Ermittlungen des Sekretariats haben zu folgenden Resultaten geführt: a) Die Preisempfehlungen von TTS für Festool-Produkte werden auf der Website des Herstellers⁶ publiziert und in Druckform sowohl an Händler als auch an Endkunden abgegeben. b) Sowohl die Preisempfehlungen im Internet als auch jene in den gedruckten Preislisten sind ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet. c) Es liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die Produktpreise im benachbarten Ausland konstant und über eine lang andauernde Zeitperiode (und nicht basierend auf vorübergehenden Wechselkursschwankungen) wesentlich tiefer liegen. Im Gegenteil sind diese gemäss Händlerangaben teilweise sogar höher. Eine Überprüfung der Aufgreifkriterien spricht folglich gegen eine nähere Abklärung des Sachverhalts und das Vorliegen einer Abrede. Aufgrund der in der Anzeige erhobenen Vorwürfe drängte sich eine Prüfung dennoch auf.

16. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Ziff. 15 Abs. 3 VertBek in Bst. d noch ein zusätzliches "Aufgreifkriterium" aufführt. Danach soll der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt wird, Anlass zu einer näheren Untersuchung von Preisempfehlungen geben. Bst. d konnte im vorliegenden Fall nicht als Aufgreifkriterium dienen. Denn der Befolgungsgrad war Gegenstand der Abklärungen und stand nicht bereits im Aufgreifzeitpunkt fest. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde der Befolgungsgrad auch als

² Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) vom 28. Juni 2010. Die neue Vertikalbekanntmachung suggeriert im Gegensatz zu ihrer Vorgängerin keine per-se Erheblichkeit von Preisbindungen zweiter Hand mehr; vgl. zum ganzen ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Jusletter vom 23. August 2010, Rz 13 (zit. GRABER, VertBek 2010). Dieser Umstand führt dazu, dass die neue Vertikalbekanntmachung im Resultat zu einer differenzierteren Anwendung des Art. 5 Abs. 4 KG führen kann. Aus diesem Grund gelangt die neue Vertikalbekanntmachung – obwohl sie erst nach Eröffnung der gegenwärtigen Vorabklärung in Kraft trat – analog zum Grundsatz der *lex mitior* vorliegend zur Anwendung.

³ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 27 (zit. ZÄCH, Art. 49a Abs. 1 KG).

⁴ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007, BBI 2007, 7597 ff.

⁵ RPW 2010/4, 660 Rz 144 ff., *Hors-Liste Medikamente*.

⁶ www.festool.ch.

Beurteilungskriterium für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede verwendet.⁷ Gegenwärtig kommt der Befolgungsgrad daher entsprechend dieser Praxis im Rahmen der Prüfung der Abrede zur Sprache.

B.3.1.2 Prüfung des Abredetatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG

17. Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG) und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren und Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder verkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

18. Damit eine vertikale Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Ziff. 1 VertBek vorliegt, müssen somit drei Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein: a) Unternehmen verschiedener Marktstufen, b) bezwecken oder bewirken eine Wettbewerbsbeschränkung, indem sie c) vereinbaren oder bewusst und gewollt mit Bezug auf gewisse Wettbewerbsparameter zusammenwirken.

19. a) Es steht fest, dass die TTS Elektrowerkzeuge der Marke Festool herstellt und diese an Grossisten und Wiederverkäufer in der ganzen Schweiz liefert. TTS steht nicht in direktem Kontakt zum Endkonsumenten und agiert über ihr Partnerhändlernetz in der Schweiz, welches rund 280 Verkaufsstellen umfasst. TTS und ihre Händler stehen daher auf verschiedenen Marktstufen. Es handelt sich also um ein vertikales Verhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Ziff. 1 VertBek.

20. b) Gemäss Anzeige soll die TTS ihre Partnerhändler angehalten haben, die von ihr empfohlenen Wiederverkaufspreise einzuhalten. Zudem soll sie ihren Partnerhändlern Anreize setzen, sich an die Wiederverkaufspreise zu halten, indem sie keine Marketingunterstützung an Unternehmen bezahle, welche sich nicht an ein gewisses prozentuales Höchstmass bei Aktionen hielten. Die Marketingunterstützung bestehe z.B. darin, Beiträge an die Erstellung von Zeitschriften zu leisten, in denen Festool-Produkte beworben würden.

21. Allerdings liegen nebst diesen Aussagen eines einzelnen Unternehmens keine weiteren Beweise vor. Aus den 144 Fragebogenantworten der übrigen befragten Unternehmen lassen sich keine Angaben entnehmen, die diese Aussagen bestätigten. Obwohl die Angaben der Anzeigerin glaubhaft erscheinen, ist damit bereits die Beweisgrundlage für die vorgebrachte Verhaltensweise der TTS dürftig. Zumindest weist nichts auf eine systematische und breitgestreute Vorgehensweise hin.

22. Blendet man die schwache Beweislage aus und geht davon aus, dass die TTS ihre Handelspartner dazu bringen wollte, die Preisempfehlungen einzuhalten, wäre das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung ohne weiteres erfüllt (zum Tatbestandsmerkmal des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung vgl. unten Rz 23 ff., B.3.4).

23. c) Es gibt keine Hinweise, welche auf eine ausdrückliche Vereinbarung mit Bezug auf gewisse Wettbewerbsparameter im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m.

Ziff. 1 VertBek hindeuten. Es fragt sich daher, ob allenfalls eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Gesetzes vorliegt.

24. Gemäss herrschender Lehre⁸ und Praxis⁹ gelten Preisempfehlungen nicht per se als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. In der Lehre werden verschiedene Standpunkte in Bezug darauf vertreten, welche zusätzlichen Elemente gegeben sein müssen, damit eine Preisempfehlung den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

25. Gemäss einem Teil der Lehre stellen Preisempfehlungen eine Abrede (abgestimmte Verhaltensweise) dar, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von entsprechenden Anreizen tatsächlich wie eine Abrede über Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.¹⁰

26. Aus dieser Aussage geht erstens nicht hervor, was mit sich "wie eine eine Abrede über Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirkt" gemeint ist. Zweitens ist nicht ersichtlich, ob die Ausübung von Druck und das Setzen von Anreizen kumulativ zu dieser Auswirkung hinzutreten muss. Diese beiden Fragen sind in der Folge zu erörtern.

Welche Auswirkung müssen vorliegen, damit eine Preisempfehlung eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt?

27. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zuerst zu klären, worin diese Auswirkungen überhaupt bestehen können. Einerseits könnten sich rein faktisch einige oder alle Händler an die Preisempfehlung des Herstellers halten. Es bestünden diesfalls keine oder nur geringe

⁷ RPW 2010/4, 660 Rz 111 ff., *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2004/2, 333 f. Rz 13, *ASTAG Preisempfehlungen*.

⁸ ZÄCH, (Fn 3), Art. 49a Abs. 1 KG, 40; JÜRIG BORER, in: *Kartellgesetz*, Borer (Hrsg.), 2011, Art. 5 N 41; PETER REINERT, in: *Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz*, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 5 N 32 (zit. SHK-REINERT); Roland Köchli/Philippe M. Reich, in: *Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz*, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 N 16 (zit. SHK-KÖCHLI/REICH); MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG*, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 87, 91 (zit. AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*); PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 511; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 4 N 40 (zit. SCHMIDHAUSER, in: *Homburger et al.*); a.A. einzig PIERRE-ALAIN KILLIAS: in *Commentaire Romand, Droit de la Concurrence*, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 4 Abs. 1 N 29.

⁹ RPW 2010/4, 660 Rz 101 ff., *Hors-Liste Medikamente*; vgl. Ziff. 15 Abs. 1 Vertikalbekanntmachung.

¹⁰ ZÄCH (Fn 3), Art. 49a Abs. 1 KG 40; DERSELBE, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2005, Rz 464; BORER (Fn 8), Art. 5 N 41; SHK-REINERT (Fn 8), Art. 5 N 32; BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 8), Art. 5 Rz 519. Die neue Vertikalbekanntmachung übernimmt diese Formulierung wörtlich, allerdings im Zusammenhang mit der Frage, ob Preisempfehlungen qualitativ schwerwiegend sind (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek, Ziff. 15 Abs. 2 VertBek). Die Prüfung des qualitativen Schwerwiegens von Preisempfehlungen bedingt, dass die Empfehlungen zuvor bereits als Abrede qualifiziert wurden. Der Wortlaut von Ziff. 12 und 15 VertBek geben daher keinen direkten Hinweis darauf, wann eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Händlerpreisen. Andererseits könnte die ökonomische Auswirkung dieser Verhaltensweisen darin bestehen, dass der Preiswettbewerb im relevanten Markt zumindest erheblich beeinträchtigt wird (vgl. dazu unten B.3.4).

28. Im Rahmen der Prüfung, ob eine Abrede im Sinne von Art. 4 KG vorliegt, kann die erhebliche Beeinträchtigung nicht beurteilt werden. Diese ist erst dann zu analysieren, wenn die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG umgestossen werden kann. Daher kann die Frage der Auswirkung für die Prüfung, ob überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, nur bedeuten, dass zuerst beachtet wird, ob sich die Händler an die Preisempfehlung halten. Mit anderen Worten steht der Befolungsgrad im Vordergrund.

29. Zumindest mit Bezug auf die Qualifikation des Tatbestandselements des bewussten und gewollten Zusammenwirkens dürfen gemäss einer Lehrmeinung an die Bemessung des Befolungsgrades keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Danach genügt bereits ein geringer Befolungsgrad, um das Tatbestandselement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens zu erfüllen.¹¹ Ein Autor geht davon aus, dass Empfehlungen unabhängig vom Befolungsgrad abgestimmte Verhaltensweisen darstellen.¹² Schliesslich wird die Position vertreten, die Empfehlung müsse von den Empfehlungsadressaten überwiegend oder deutlich befolgt werden.¹³ Letzteres kann nur bedeuten, dass die Befolungsquote über 50 % liegen muss.

30. Konkret wurde in der Praxis die Frage, ob ein Befolungsgrad von 24 % bzw. 7 % ausreichen könnte, um eine Empfehlung als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bisher offen gelassen.¹⁴

31. Basierend auf dem jetzigen Stand der Lehre und Praxis kann keine prozentuale Grenze des Befolungsgrades festgelegt werden. In diesem Zusammenhang ist die zweite Frage heranzuziehen.

Müssen neben dem Befolungsgrad noch weitere qualifizierende Elemente vorliegen?

32. Zumindest ein Teil der Lehre fordert explizit, dass nebst einem bestimmten Befolungsgrad kumulativ qualifizierende Elemente vorliegen müssen. Das bedeutet, dass auch die weitgehende Befolgung der Preisempfehlung durch die Händler nicht ausreicht, um den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen. Vielmehr dürften die Händler zusätzlich in ihrer Preisgestaltung nicht frei sein und zudem durch Zwang dazu gebracht werden, die Preise einzuhalten.¹⁵ In diesem Sinne ist wohl auch die Ansicht zu verstehen, wonach die in Ziff. 11 Abs. 2 alt-VertBek¹⁶ erwähnten Umstände in Kombination stehen müssen, um als Preisbindung zweiter Hand und damit als Abrede zu gelten.¹⁷ Denn nebst der Befolgung der Preisempfehlung durch einen bedeutenden Teil der Weiterverkäufer erwähnt Ziff. 11 Abs. 2 Bst. b alt-VertBek u.a. die Ausübung von Druck oder die Gewährung spezieller Anreize.

33. Auch die jüngste Praxis der WEKO zu Preisempfehlungen deutet in diese Richtung. Sie prüfte nebst dem Befolungsgrad, der bei rund 80 % lag,¹⁸ noch weitere Elemente, um das Vorliegen einer Abrede zu bejahen. So prüfte sie die frühere Margenordnung Sanphar,¹⁹ das

Verhalten der Empfehlungsadressaten²⁰ und die allgemeine Zugänglichkeit der Preisempfehlungen sowie deren Bezeichnung als unverbindlich.²¹ Die WEKO argumentierte:

[...] Anlässlich der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise ist es naheliegend, die bei der Prüfung von horizontalen Abreden angewendeten Kriterien – einschliesslich des Befolungsgrades – zu berücksichtigen. Daneben können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die Einzigen. Vorliegend weisen denn auch andere Elemente auf eine abgestimmte Verhaltensweise hin.

34. Die folgenden Überlegungen verdeutlichen, dass ein alleiniges Abstellen auf den Befolungsgrad ohne Vorliegen weiterer Indizien nicht vorbehaltlos ausreichen kann, um eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG anzunehmen: Wenn der Befolungsgrad unterschiedslos immer ausreichen würde, beruhte das Erfüllen des Tatbestandsmerkmals der abgestimmten Verhaltensweise und damit die Legalität der Preisempfehlung auf dem Verhalten des Empfehlungsadressaten²² und der anschliessenden Beurteilung der Wettbewerbsbeseitigung bzw. der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung durch die WEKO. Dem Unternehmen, das an sich rechtskonform Preisempfehlungen ausspricht, wäre gewissermassen die Kontrolle über die Legalität seines Verhaltens entzogen. Es sei denn, es wäre sich von vornherein sicher, dass selbst für den Falle, dass die Preisabreden eingehalten werden, keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu befürchten sind. Im Resultat hätte das alleinige Abstellen auf den Befolungsgrad zur Folge, dass eine Preisempfehlung, obwohl sie gemäss Praxis nicht unzulässig ist, trotzdem potenziell unzulässig wäre. Dies wäre mit dem Gebot der Rechtssicherheit schwerlich zu vereinbaren.

35. Abschliessend kann festgehalten werden, dass der Befolungsgrad einer Preisempfehlung für sich allein genommen nicht ohne weiteres zum Schluss führen kann, es liege eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG vor. In der Regel sollten zusätzlich qualifizierende Elemente vorliegen, die für eine solche rechtliche Einordnung sprechen.

¹¹ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art 4 Abs. 1 N 126; in diesem Sinne auch BORER (Fn 8), Art. 4 KG Rz 12.

¹² CR-Concurrence-KILLIAS (Fn 8), Art. 4 Abs. 1 N 29.

¹³ SCHMIDHAUSER (Fn 8), Homburger et al., Art. 4 N 42.

¹⁴ RPW 2004/2, 333 Rz 13, 35 u. 40, ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen; RPW 2010/4, 660 Rz 109, Hors-Liste Medikamente; BSK-KG, NYDEGGER/NADIG (Fn 11), Art. 4 Abs. 1 N 125.

¹⁵ AMSTUTZ/REINERT (Fn 8), Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 91.

¹⁶ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007, BBI 2007, 7597 ff., Ziff. 11 Abs. 2.

¹⁷ BSK-KG, KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 8), Art. 5 Rz 520.

¹⁸ RPW 2010/4, 660 Rz 111 f., Tabelle 2, Hors-Liste Medikamente

¹⁹ RPW 2010/4, 660 Rz 123 ff., Hors-Liste Medikamente.

²⁰ RPW 2010/4, 660 Rz 134 ff., Hors-Liste Medikamente.

²¹ RPW 2010/4, 660 Rz 144 ff., Hors-Liste Medikamente.

²² In diesem Sinne AMSTUTZ/REINERT (Fn 8), Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 86.

Bedeutung im vorliegenden Fall

36. Gemäss eigenen Angaben nimmt TTS weder auf die Gestaltung der Preise durch die Festool-Partnerhändler, noch auf die Gewährung von Rabatten oder die Durchführung von Aktionen und Messeaktionen durch diese Einfluss. TTS betont, dass sie ihren Handelspartnern auch bei Informationsveranstaltungen erklärt habe, sie seien bei der Preisfestsetzung frei. TTS verweist in diesem Zusammenhang auf die Festool-Preislisten, in denen die Preisempfehlungen ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden.

37. Diese Aussage wird durch die folgenden Ergebnisse gestützt: Von den befragten Unternehmen gaben 76 % an, keine Nachteile befürchten zu müssen, wenn die Preise von Festool nicht eingehalten werden. Ferner geben rund 82 % der Befragten an, keine Rabattobergrenzen beachten zu müssen. 77 % der Befragten gaben an, bei ihrer Rabattbestimmung frei zu sein und 80 % befürchten keine Nachteile seitens Festool, im Falle des Überschreitens einer gewissen kritischen Rabattobergrenze. Ein ähnliches Bild ergibt sich mit Bezug auf die Durchführung von Aktionen: 81 % der befragten Unternehmen gaben an, bei der Ausübung von Aktionen frei zu sein. In Bezug auf Messeaktionen gaben 84 % der befragten Unternehmen an, dass sie in deren Durchführung frei seien. Diese Antworten wurden von Festool-Händlern gegeben, die insgesamt rund 74 % aller Festool-Produkte vertreiben.

38. Im Gegensatz dazu gaben ca. 26 % der befragten Unternehmen an, sich in der Preisfestsetzung an die Empfehlungen gebunden zu fühlen und diese zu befolgen.

39. Entsprechend den oben gemachten Ausführungen (Rz 32) kann alleine gestützt auf die Tatsache, dass sich 26 % der Festool-Händler an die Empfehlung halten, nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass eine Abrede vorliegt. Denn wie bereits aufgeführt, gab mit Ausnahme der Anzeigerin niemand an, dass TTS Druck ausübt oder Anreize setzt, damit die Preise eingehalten werden. Vor dem Hintergrund der aufgeführten Praxis und Lehre ist es daher fraglich, ob überhaupt genügend Anhaltspunkte für eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.

40. Ergänzend dazu sprechen die Vorbringen der Händler gegen das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise. Demnach belassen die bezahlten Einkaufspreise für Festool-Produkte ihnen einen lediglich engen Spielraum mit Bezug auf die Endverkaufsfestsetzung. Es bestünde daher kaum die Möglichkeit Rabatte über 10 % zu gewähren. Kleinere Anbieter, welche sich an die Preisvorgaben hielten, hätten – soweit sie nicht mit Verlust weiterverkaufen wollten – aufgrund der geringen eingekauften Mengen, keine andere Wahl, als sich ungefähr an die empfohlenen Wiederverkaufspreise zu halten.

41. Gegen die Festlegung hoher Einstandspreise für Händler durch den Hersteller, die den Händlern nur eine knappe Marge ermöglichen, kann aber aus kartellrechtlicher Sicht nichts eingewendet werden. Dies gilt zumindest solange, als es sich nicht um einen Missbrauch von

Marktbeherrschung nach Art. 7 KG handelt. Eine solche Konstellation liegt *in casu* nicht vor.

42. Verneinte man das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, was vorliegend offen gelassen wird, könnte die rechtliche Prüfung des Sachverhalts bereits an dieser Stelle abgebrochen werden. Um die Überlegungen des Sekretariats offenzulegen, wird die praxisgemässe Prüfung der Zulässigkeit des vorliegenden Verhaltens in der Folge dennoch weitergeführt. Wie anschliessend aufgezeigt wird, bestehen, selbst wenn man von einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG ausgeht, keine Anhaltspunkte für deren Erheblichkeit (vgl. dazu unten B.3.4).

B.3.2 Abrede über Mindest- oder Festpreise

43. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise vermutet. Gemäss Ziffer 10 Abs. 3 VertBek umfasst Art. 5 Abs. 4 KG in Empfehlungsförmigkeit gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bezwecken oder bewirken.

44. Läge eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, wäre der vorliegende Sachverhalt demnach als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren. Es bestünde folglich eine Preisabrede zwischen den die Empfehlung befolgenden Unternehmen und der TTS. In der Folge wäre daher zu untersuchen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.

B.3.3 Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG

45. Gemäss Ziffer 11 VertBek ist für die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des *Intrabrand-* und *Interbrand-*Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend *Intrabrand-* oder *Interbrand-*Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend Wettbewerb führt.²³

46. Um die Vermutungswiderlegung untersuchen zu können, ist vorab eine räumliche und sachliche Markt-abgrenzung vorzunehmen.

B.3.3.1 Relevanter Markt

a. Sachlich relevanter Markt

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

²³ Vgl. auch RPW 2009/2, 146 Rz 39, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 85 Rz 170, *Gaba*.

48. Die TTS stellt u.a. elektrische Werkzeuge der Marken Festool und Protool her, welche vor allem von Handwerkern zur professionellen Bearbeitung verwendet werden. Das Zielpublikum von TTS ist folglich nicht primär der private Verwender dieser Werkzeuge. Elektrische Werkzeuge werden vor allem in den Bereichen Holz, Stahl und Beton eingesetzt. TTS produziert vor allem Werkzeuge für die Bearbeitung von Holz.

49. Das Sekretariat geht daher nach einer summarischen Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse von einem sachlichen Markt für elektrische Werkzeuge zur Holzbearbeitung für die professionelle Verwendung aus, wobei vorliegend keine definitive Marktabgrenzung vorgenommen zu werden braucht.

b. Räumlich relevanter Markt

50. 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).

51. Die TTS ist nicht nur in der Schweiz tätig, hat jedoch in der Schweiz ein eigenes Händlernetz aufgebaut. Die Befragung der Händler hat ergeben, dass diese sich zwar frei fühlen, Festool-Produkte aus dem Ausland zu importieren, jedoch vielfach davon absehen. Zum einen sei dies hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass sich der Parallelimport in preislicher Hinsicht nicht lohne, da die Preise im umliegenden Ausland entweder in nur geringem Masse niedriger seien oder gar teurer. Zum andern verfügten die schweizerischen Stecker für Elektrowerkzeuge über eine Normierung, die nicht mit derjenigen aus dem EU-Raum übereinstimme. Der Umtausch dieser Stecker sei bei Festool-Produkten zwar technisch machbar, verursache den Händlern jedoch einen ungewollten Aufwand. Schliesslich lässt sich noch hinzufügen, dass verschiedene Festool-Händler nie versucht haben, Parallelimporte zu tätigen oder gar keine Importe aus dem Ausland wünschten, da die administrativen Umtriebe als zu hoch eingeschätzt werden.

52. Aufgrund dieser Umstände geht das Sekretariat in räumlicher Hinsicht von einem schweizerischen Markt aus. Die definitive Marktabgrenzung kann dahingestellt bleiben.

B.3.3.2 Inter- und Intra-Brand-Wettbewerb

53. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs reicht nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden der Nachweis von genügendem *Intra-* oder *Interbrand-Wettbewerb* (Ziff. 11 VertBek).²⁴ Ausschlaggebend ist eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Im Gegensatz zur vorherigen Vertikalbekanntmachung, geht Ziffer 11 VertBek davon aus, dass die Vermutung somit erstens durch blossen Intra-Brand-Wettbewerb, zweitens durch blossen Inter-Brand-Wettbewerb und drittens durch eine Kombination von beidem umgestossen werden kann.²⁵

a. Interbrand-Wettbewerb

54. Um das Ausmass des Interbrand-Wettbewerbs zu analysieren, wird geprüft, welche Konkurrenzprodukte von den Festool-Händlern angeboten werden und welche Marktposition die jeweiligen Hersteller im Vergleich zu Festool einnehmen.

55. Die Festool-Händler gaben über 70 Marken von Produkten an, welche von ihnen selbst vertrieben werden und mit den Festool-Produkten in Konkurrenz stehen.²⁶ Darunter befinden sich auch einem breiteren Publikum bekannte Namen wie z.B. Bosch, De Walt, Fein, Makita und Metabo. Andere Konkurrenzmarken wie etwa Hilti, welche ihre Produkte selbst vertreiben, oder Black & Decker, welche sich nicht nur vorwiegend an ein professionelles Publikum richten, wären bei der Betrachtung des Interbrand-Wettbewerbs zusätzlich aufzuführen.

56. Das Sekretariat hat die Umsatzangaben der Festool-Händler mit den Konkurrenzprodukten in Relation gesetzt und kommt dabei zum Schluss, dass Festool im relevanten Markt über [15-25] % Marktanteile verfügt und die Konkurrenten entsprechend über [75-85] %. Diese Berechnungen stimmen mit den Angaben von Festool selbst überein. Die Berechnung des Sekretariats bezieht jedoch vertikal integrierte Konkurrenten (wie z.B. Hilti) nicht ein, weshalb davon auszugehen ist, dass die Marktanteile der Konkurrenzprodukte tendenziell höher bzw. die Marktanteile von Festool tendenziell tiefer liegen.

57. In der Praxis erkannte die Wettbewerbskommission noch bei einer Bindung von 72 % des relevanten Marktes auf wirksamen Aussenwettbewerb.²⁷ Die Rekurskommission geht davon aus, dass bei einem gebundenen Marktanteil von 5-15 % in keinem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt.²⁸ Gestützt darauf wird in der Lehre gefordert, dass wirksamer Wettbewerb in der Regel nicht beseitigt ist, wenn die Marktanteile der gebundenen Unternehmen unter 30-40 % betragen.²⁹

58. Im vorliegenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass genügend Interbrand-Wettbewerb vorhanden ist. Denn selbst wenn sämtliche Festool-Händler preisgebunden wären, vereinigten diese nicht mehr als [15-25] % des gesamten relevanten Marktes auf sich. Aufgrund der erwähnten Praxis ist damit immer noch von genügendem Aussenwettbewerb auszugehen. Tatsächlich ist die Anzahl der Unternehmen, die sich an die Preisempfehlung halten, ohnehin wesentlich geringer. Wie erwähnt geben lediglich rund 26 % der Festoolhändler an, die Preisempfehlungen von Festool einzuhalten.

²⁴ RPW 2009/2, 146 Rz 39, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 85 Rz 170, *Gaba*.

²⁵ GRABER (Fn 2), VertBek 2010, Rz 13.

²⁶ SIA, 3M, Abrasif, AEG, Alco, Airbo, Allchemet, Alto, Atlas Copco, Barth, Bosch, Chicago, CP, De Walt, Dustcontrol, Dynabrade, Eibensstock, Elsea, Fein, Ferm, Flex, Gedore, Giraffe, Güde, Hazet, Hebor, Hitachi, Intool, Jet, Kärcher, Kistool, Klingspor, Kueken, Kündig, Lamello, Lavos, Mafell, Makita, Mebor, Metabo, Milwaukee, Mobilo, Niederberger, Pajarito, Panasonic, Peka, Perks, Perles, Pferd, PK, Poncesse, Prébéna, Profloor, Promac, Protool (von TTS hergestellt, es gibt keine Hinweise, wonach eine Preisbindung für Protool-Produkte bestünde), Rodac, Rodcraft, Ronda, Rupes, Schmalz, Sestimo, Skil, Sortimo, Starmix, Storch, Sunmight, Swisspoint, Toolair, Toolcraft, Weber, Wegoma, Widmer, Wirbel.

²⁷ RPW 2003/2, 274 Rz 6 i.V.m. 286 f. Rz 62 f., *Fahrschule Graubünden*.

²⁸ RPW 1999/3, 515 E. 3.1, *Clima Suisse/Wettbewerbskommission*.

²⁹ AMSTUTZ/REINERT (Fn 8), Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 112.

Die Marktanteile dieser Unternehmen auf dem relevanten Markt wurden gestützt auf die Umsatzangaben der befragten Unternehmen berechnet. Sie betragen rund 6 % und liegen damit in einem Bereich, der gemäss Praxis in keinem Fall zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt.

b. Intra-brand-Wettbewerb

59. Gemäss den Ermittlungen des Sekretariats gehen lediglich rund 26 % der Festool-Händler von der Verbindlichkeit der Preisempfehlungen aus und befolgen diese. Damit verbleiben rund 74 % der Festool-Händler, die sich in der Preisfestsetzung frei fühlen und dementsprechend Wettbewerbsdruck auf die anderen Festool-Händler ausüben können. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission ist unter diesen Umständen von genügendem Innen-Wettbewerb auszugehen.³⁰ In Anbetracht dessen kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass genügender Intra-brand-Wettbewerb besteht.

B.3.3.3 Konklusion

60. Insgesamt kann also festgehalten werden, dass die gesetzliche Vermutung sowohl aufgrund des vorhandenen Interbrandwettbewerbs als auch des Intra-brandwettbewerbs umgestossen werden kann.

B.3.4 Mangelnde Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

61. Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vorliegt, sind gemäss Praxis und Ziff. 12 Abs. 1 VertBek sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.³¹ Art. 12 Abs. 1 VertBek hält fest, dass "*eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich*" ist. "*Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.*" Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung (Ziffer 12 Abs. 1 VertBek).³²

Qualitative Kriterien

62. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 15 Abs. 2 VertBek sind Preisempfehlungen qualitativ schwerwiegend, wenn sie Beschränkungen der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, beinhalten. Dies ist dann der Fall, wenn sie unter Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a, Art. 15 Abs. 2 VertBek).

63. Wie erwähnt liegen keine genügenden Indizien für die Annahme von Anreizen oder Druckausübung vor, da in den 145 eingegangenen Antworten auf die Fragebogen, lediglich ein Unternehmen auf Verhaltensweisen hinweist, die auf die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen hindeuten. Auch der angegebene Befolgungsgrad lässt keinen anderen Schluss zu.

64. In Anbetracht dieser Umstände kann im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres von einer qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden. Vorliegend braucht keine abschliessen-

de Beurteilung der qualitativen Kriterien zu erfolgen, da es bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Abrede (vgl. unten Rz 69 ff.) ohnehin auf eine Gesamtbetrachtung der qualitativen und quantitativen Kriterien ankommt.

Quantitative Kriterien

65. Die Untersuchung der quantitativen Kriterien führt zum folgenden Resultat: Es steht ausser Frage, dass Festool im relevanten Markt einer Vielzahl von Konkurrenzprodukten verschiedener Marken und Konkurrenzunternehmen wie Bosch, Metabo, Makita, Würth, Hilti, Mafell, Kärcher, Promag, Nielfisk Alto, Fein, Flex, Alta Copco, Rupes und Dinabride gegenübersteht, die jeweils je nach Produktkategorie über grössere Marktanteile verfügen als Festool. Ferner bieten von den befragten Festool-Händlern mindestens 75, darunter auch die zehn grössten Händler, zwischen vier bis zwölf Konkurrenzprodukte von Festool an.

66. Ein Teil der Lehre fordert, nur Wettbewerbsbeeinträchtigungen als erheblich zu betrachten, wenn daran ein Unternehmen beteiligt ist, das einen Marktanteil von 30 % auf sich vereinigt.³³ Gemäss EU-Kommissions-Verordnung Nr. 330/2010³⁴ werden vertikale Vereinbarungen freigestellt, wenn der Anteil des Anbieters und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (Art. 3 Abs. 1). Dies gilt jedoch nicht, wenn die Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis festzusetzen, beschränkt wird. Eine Preisempfehlung stellt gemäss Kommissionsverordnung keine solche Beschränkung dar, es sei denn, sie wirke sich wie ein Fest- oder Mindestpreis aus. Diese Auswirkung muss jedoch auf die Ausübung von Druck oder das Gewähren von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen zurückzuführen sein (Art. 4 Bst. a). Das bedeutet, das blosse Vorliegen von Preisempfehlungen hindert die Anwendung der 30 %-Regel nicht.

67. Diese Vorgehensweise entspräche Ziffer 15 Abs. 3 Bst. d VertBek, wonach nur Preisempfehlungen von den Behörden aufzugreifen sind, wenn sich tatsächlich ein bedeutender Teil der Wiederverkäufer oder Händler daran hält. Wie bereits erwähnt (vgl. oben Rz 27), sind rund 26 % der Händler preisgebunden, die über rund 6 % des relevanten Marktes verfügen. Selbst wenn alle Festoolhändler preisgebunden wären, entspräche dies einem Anteil von höchstens 15-25 % des Gesamtmarktes. Die quantitativen Kriterien sprechen somit gegen eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.

³⁰ RPW 1998/2, 195 Rz 40 ff., SVIT-Honorarrichtlinien.

³¹ RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba*.

³² RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba*; vgl. dazu PATRICK L. KRAUSKOPF/ ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekenntmachung – eine Leitfaden für Praktiker, sic! 2008, 797 (zit. KRAUSKOPF/ GRABER, Leitfaden); GRABER (Fn 2), VertBek 2010, Rz 13.

³³ So AMSTUTZ/REINERT (Fn 8), Vertikale Preis- und Gebietsabreden, 121.

³⁴ 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, ABl. L102/1 ff.

68. Ferner halten 81 % der Befragten die Innovationsrate auf dem Markt für Elektrowerkzeuge für hoch, was auf zusätzlichen potentiellen Wettbewerbsdruck hindeutet. Zudem bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine Behinderung von Parallelimporten. Beim derzeitigen tiefen Eurokurs erhöht sich damit der Anreiz Produkte aus dem benachbarten Ausland einzuführen, womit sich der Wettbewerbsdruck zusätzlich erhöhen könnte.

B.3.5 Ergebnis

69. Es liegen keine Anhaltspunkte für eine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vor. Selbst wenn sich sämtliche Festool-Partnerhändler an die Preisempfehlungen gehalten hätten und eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG bestünde, würde diese weder zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs noch zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im relevanten Markt führen.

C Schlussfolgerungen

Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen gelangt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu folgenden Schlussfolgerungen:

1. Es stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen.
2. Es hat zur Klarstellung nach Art. 26 Abs. 2 KG angeregt, TTS solle die Festool-Partnerhändler in einem Schreiben noch einmal ausdrücklich darauf hinweisen, sie seien in der Preisfestsetzung frei. TTS solle zudem auch in Zukunft in den Festool-Preislisten vermerken, es handle sich um unverbindliche Preisempfehlungen. Ferner hat es hat die TTS darauf hingewiesen, dass keine Anreize zur Einhaltung von Preisempfehlungen gesetzt werden dürfen.
3. Es beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
4. Es teilt den Parteien 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. Behinderung des Online-Handels

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG. Verhängung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG.

Enquête selon l'art. 27 ss LCart. Prononcé de sanctions selon l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 7 LCart.

Inchiesta giusta gli art. 27 segg. LCart. Inflizione di sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 e l'art. 7 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Juli 2011 gemäss Art. 27 KG betreffend Behinderung des Online-Handels wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG gegen Electrolux AG und V-Zug AG.

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Im Verlaufe des Jahres 2009 gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Beschwerden verschiedener Wiederverkäufer von Elektrogeräten ein.¹ Diese Vorbringen richteten sich in erster Linie gegen die Electrolux AG und hatten vor allem das Verbot von Produktverkäufen über das Internet zum Gegenstand.

2. Die Electrolux AG vertreibt und produziert Haushaltsgeräte für Privat- und Geschäftskunden in den Bereichen Küche sowie Wäschepflege und Reinigung. Die Electrolux AG ist in der Schweiz mit den Marken Electrolux, AEG und Zanussi am Markt vertreten und beschäftigt derzeit rund 1'000 Mitarbeiter. Die Electrolux AG ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Electrolux-Gruppe mit Sitz in Stockholm.

3. Die V-Zug AG entwickelt, produziert und vertreibt Geräte für Küchen- und Waschräume in der Schweiz und beschäftigt rund 1'200 Mitarbeiter. Zur V-Zug AG gehören die Tochterunternehmen SIBIR Group AG und die Gehrig Group AG. Die SIBIR Group AG war ursprünglich nur für die Herstellung von Kühlschränken bekannt, hat sich mittlerweile jedoch auch auf Küchen- und Waschräume spezialisiert. Die Gehrig Group AG stellt Küchen- und Waschräume für den industriellen Bereich her.

4. Anlass für die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung war der Umstand, dass die Electrolux AG allen ihren Händlern unter Berufung auf ein selektives Vertriebssystem in schriftlicher Form den Vertrieb von Elek-

trogeräten der Marke Electrolux über das Internet untersagte. Die Electrolux AG begründete die Einstellung des Online-Handels in ihrem Schreiben an die Händler im Wesentlichen damit, dass es sich bei Produkten der Marke Electrolux um solche handle, welche im höheren Preissegment anzusiedeln seien und als qualitativ hochstehende Produkte nicht wie Massenware über das Internet angeboten und vertrieben werden könnten, da dies dem Image der Marke Electrolux und auch dem Ruf der Fachgeschäfte abträglich sei.

5. Die V-Zug AG hatte vorgängig zur Eröffnung dieser Untersuchung ihr Vertriebssystem mehrfach umgestaltet und dabei ihren Händlern zunächst schriftlich angekündigt, den Internethandel einzustellen. Dies wurde ebenfalls damit begründet, dass die V-Zug AG Qualitätsprodukte und keine Massenware herstellen würde und diese daher über den qualifizierten Fachhandel vertrieben werden sollten, zumal die damit verbundenen Zusatzdienstleistungen (Beratung, Produktpräsentation und Installation) nach Ansicht der V-Zug AG zum Image einer guten Marke gehörten. Rund ein halbes Jahr später wurde das Vertriebskonzept dahingehend geändert, dass der Verkaufskanal Internet unter Einhaltung von definierten Mindestkriterien weiterhin beliefert werden sollte. Bei näherer Betrachtung der entsprechenden Kriterien stellte sich jedoch heraus, dass der Online-Handel auch mit diesem System stark behindert würde, weil die Mindestvorgaben kaum erreicht werden konnten.

A.2. Relevanter Sachverhalt

A.2.1. Verbot resp. Behinderung von Internetverkäufen

6. *In casu* haben sowohl die Electrolux AG wie auch die V-Zug AG allen ihren Händlern Restriktionen rund um Internetverkäufe kommuniziert: Die Electrolux AG untersagte allen ihren Händlern mit Schreiben vom Februar 2009 den Verkauf von Produkten der Marke Electrolux über das Internet. Zudem hat sich die Electrolux AG das Recht vorbehalten, diejenigen Händler, welche sich nicht an diese Vorgabe halten, in letzter Konsequenz nicht mehr zu beliefern. Wörtlich heisst es im oben genannten Schreiben an die Händler:

¹ Dabei handelte es sich um Händler, welche sowohl über ein stationäres Geschäft als auch über einen Online-Shop verfügen.

- (i) "...Falls Sie eine Homepage betreiben, bitten wir Sie, diese anzupassen, damit keine Produkte* der Marke Electrolux mehr über das Internet bestellt werden können..." sowie
- (ii) "...Internetshops wird untersagt, ab dem 1. März 2009 Produkte* der Marke Electrolux über das Internet zu verkaufen..."

7. Die V-Zug AG hat demgegenüber per Ende des Jahres 2009 zunächst angekündigt, den Verkaufskanal Internet nicht mehr zu beliefern, hat dann aber ihren Händlern mit Schreiben vom 27. Mai 2010 die Einführung einer neuen Vertriebspolitik kommuniziert (selektives Vertriebssystem). Im Rahmen dieses Systems wurden Kriterien für die Belieferung mit Geräten der Marke ZUG im Wiederverkauf aufgestellt und – je nach Wichtigkeit – mit einem Punktesystem (dabei sind maximal 140 Punkte zu erreichen) bewertet. Es werden von der V-Zug AG nur solche Händler beliefert, welche mindestens 70 Punkte erreichen. Die Punktevergabe sollte nach folgenden von der V-Zug AG definierten Kriterien erfolgen: Beratung, Präsentation und Montageservice. Die nähere Betrachtung der Kriterien zeigt jedoch, dass es Online-Händlern fast nicht möglich ist, die vorgeschriebenen Kriterien zu erfüllen. Und dies, obwohl die V-Zug AG das Sekretariat gegenüber explizit darauf hingewiesen hat, den Verkaufskanal Internet weiterhin beliefern zu wollen.

A.2.2. Bedeutung des Verkaufskanals Internet

A.2.2.1. Verbreitung des Internet-Zugangs in der Schweiz

8. Gemäss aktuellen Zahlen des Bundesamtes für Statistik lässt sich bezüglich Internetzugängen zunächst einmal festhalten, dass die privaten Haushalte in der Schweiz weitgehend erschlossen sind: Im Jahre 2009 verfügten 85 % der Schweizer Haushalte über einen Internetzugang.² Damit liegt die Schweiz über dem Durchschnitt in der EU. Rasant angestiegen ist in den letzten zehn Jahren die Anzahl Abonnenten von Hochgeschwindigkeitsanschlüssen: Während im Jahr 2000 DSL-Anschlüsse rund 7 % ausmachten, waren es im Dezember 2009 bereits 70 %. Weitere 28 % der Zugänge laufen über ein Kabelmodem. Im internationalen Vergleich liegt die Schweiz damit über dem Durchschnitt der OECD-Länder und zählt diesbezüglich zu den führenden Nationen.³ Somit kann festgehalten werden, dass die Schweizer Privathaushalte flächendeckend über (schnelle) Internetzugänge verfügen und demzufolge sehr gut an das Medium Internet angeschlossen sind.

A.2.2.2. Internetnutzung

9. Dem Bundesamt für Statistik zufolge nimmt die Nutzung des Mediums Internet tendenziell zu: Von Oktober 2009 bis März 2010 gaben 82,1 % der Bevölkerung an, das Internet in den vergangenen sechs Monaten mindestens einmal benutzt zu haben, wobei im besagten Zeitraum 74,5 % der Befragten angaben, das Internet täglich oder mehrmals wöchentlich zu nutzen. Das Bundesamt für Statistik folgert daraus, dass sich das Internet zu einem alltäglichen Medium entwickelt habe.⁴

A.2.2.3. Internet als Verkaufskanal

10. Am Beispiel des Bereiches Elektronik lässt sich zeigen, dass sich die Marktverhältnisse in den vergange-

nen Jahrzehnten stark gewandelt haben: Konsumenten neigen heute viel häufiger dazu, Produkte online einzukaufen.⁵ Diese Tendenz wird durch das Marktforschungsinstitut GfK Switzerland bestätigt, gemäss welchem der Online-Handel bspw. bei Heimelektronik-Produkten in der Schweiz in den letzten drei Jahren stark gewachsen ist. Der Anteil am Heimelektronikmarkt habe sich von 8,1 auf 15,3 % nahezu verdoppelt.⁶ Auch der Online-Vergleichsdienst www.comparis.ch bestätigt diesen Trend und stellte für das Jahr 2009 ein Wachstum des Online-Handels im zweistelligen Bereich fest.⁷ Comparis zufolge kaufen heute vier von fünf Schweizer Internetnutzern online ein.

11. Diese Tendenz wird auch durch die Langzeitstudie "Der Schweizer Online-Handel – Internetnutzung 2009" des Lehrstuhls Gottlieb Duttweiler für internationales Handelsmanagement der Universität St. Gallen bestätigt. Dieser Studie zufolge kauften die Schweizer Konsumenten alleine im Jahr 2008 Produkte im Wert von 5,87 Mrd. Franken via Internet ein, was einer Steigerung von über 38 % in zwei Jahren entspricht. In den letzten zehn Jahren ist gemäss der Studie der Anteil Online-Käufer in der Schweiz insgesamt von 30 % auf 84 % gestiegen.⁸

A.2.2.4. Internet als Informationsmedium für Kaufentscheidungen

12. Das dem Institut für Handelsforschung an der Universität Köln angegliederte E-Commerce-Center hat in jüngster Vergangenheit eine Studie mit dem Titel "Das Multi-Channel-Verhalten der Konsumenten" publiziert.⁹ Danach entwickelt sich das Internet mehr und mehr zum zentralen Informationsmedium für Kaufentscheidungen. Die wichtigsten Erkenntnisse dieser Studie sind die folgenden:

² BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Indikatoren zur Informationsgesellschaft Schweiz, 2010, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30109.301.html (13.4.2011).

³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Informationsgesellschaft – Indikatoren, Haushalte und Bevölkerung – Hochgeschwindigkeitsinternet, 2010, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30107.301.html (13.4.2011).

⁴ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Informationsgesellschaft – Indikatoren, Haushalte und Bevölkerung – Internetnutzung, 2010, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html?open=1#1 (13.4.2011).

⁵ Entsprechendes hat die WEKO bereits bei der Prüfung des Zusammenschlusses Coop/Fust festgehalten und dabei festgestellt, dass die Umsätze, welche mit dem Internethandel erzielt wurden, stark angestiegen sind (RPW 2008/3, 475 ff., *Coop/Fust*).

⁶ GfK/Verband des Schweizerischen Versandhandels, Der Schweizer Online- und Versandhandel 2009, 2010.

⁷ Siehe <http://www.presseportal.ch/de/meldung/100598686/> (13.4.2010).

⁸ Siehe <http://www.unisg.ch/~media/sitecore/content/Internet/UeberUns/HSGMediacorner/Medienmitteilungen/Medienmitteilungen/2009/Februar/Internettag-Onlinehandel-13Februar2009.ashx?fl=de> (13.4.2011).

⁹ SEBASTIAN VAN BAAL/KAI HUDETZ, Das Multi-Channel-Verhalten der Konsumenten, Institut für Handelsforschung an der Universität zu Köln, 2008.

- Bei einem Viertel aller Käufe im stationären Handel haben sich Internetnutzer vorab in Online-Shops informiert.
- Insbesondere bei Käufen von Produkten aus den Bereichen Unterhaltungselektronik und Haushalt in stationären Geschäftsstellen werden vorab Informationen in OnlineShops eingeholt.

13. Laut der Studie sei der sog. Mehrkanal-Einkauf für die Konsumenten zur Selbstverständlichkeit geworden. Das Internet habe seinen festen Platz im Kaufentscheidungsprozess gefunden, auch wenn schliesslich nicht online gekauft werde. Zu den gleichen Schlussfolgerungen kam auch eine gross angelegte Studie aus den USA im Bereich von Möbeln und Haushaltsgeräten:¹⁰

- Die Mehrheit der befragten Konsumenten identifizieren Webseiten als Hauptinformationsquelle für die Bedürfnisabklärung im Bereich Möbel und Haushaltsgeräte.
- Über 80 % der befragten Konsumenten gaben an, vor dem Kauf von Möbeln oder Haushaltsgeräten Online-Vergleiche zu tätigen.

14. Auch einer Erhebung des Bundesamtes für Statistik lässt sich entnehmen, dass (i) das Internet vor allem zu Informationszwecken verwendet wird und (ii) auch ein grosser Teil der privaten Haushalte das Internet für Preisvergleiche konsultiert.¹¹

15. Die Betrachtung vorstehender Erkenntnisse führt zum Schluss, dass das Internet ein zentrales Informationsmedium bei Kaufentscheidungen geworden ist und von Internetnutzern regelmässig genutzt wird.

A.2.3. Prokompetitive Effekte des Mediums Internet

16. Notorisch ist, dass das Medium Internet die Transparenz für die Konsumenten erhöht hat, d.h. den Konsumenten bei der Suche nach einem Produkt (i) diese grundsätzlich erleichtert und (ii) die dafür aufzuwendende Zeit reduziert (vgl. dazu ausführlich Rz 92 ff. hier-nach). Dies kann anhand eines Beispiels aufgezeigt werden: Ein Konsument beabsichtigt, ein Mikrowellengerät zu kaufen und verfügt – ausser über den Namen einiger (renommierter) Hersteller – über keine produktspezifischen Kenntnisse. Um sich ein Bild über die verschiedenen verfügbaren Modelle und deren Preise zu machen, stehen ihm grundsätzlich zwei Wege offen: Er könnte verschiedene Fachgeschäfte aufsuchen und sich dort entsprechend erkundigen oder er informiert sich diesbezüglich selber im Internet. Die Vorteile des Internets liegen auf der Hand: Der Konsument kann sich innert kurzer Zeit einen umfassenden Überblick über die Marktstruktur, die angebotenen Produkte sowie deren Preise verschaffen. Demgegenüber bestehen bei der erstskizzierten Vorgehensweise die Nachteile, dass der Konsument einen deutlich grösseren Zeitaufwand in Kauf nehmen muss und darüber hinaus in der Regel lediglich eine beschränkte Anzahl Produkte miteinander vergleichen kann.

17. Insbesondere bietet das Internet den Konsumenten die Möglichkeit, mit wenigen Mausklicks – beispielsweise über Vergleichsportale wie www.comparis.ch oder www.toppreise.ch – die Anbieter und Preise eines Pro-

duktes miteinander zu vergleichen. Dies verschafft einem Konsumenten die einfache und übersichtliche Möglichkeit, sich über das Preisniveau eines Produktes zu informieren und die Angebote von Anbietern ohne grossen Aufwand einzusehen und zu vergleichen.

18. Dies hat – branchenunabhängig – transparentere Marktverhältnisse zur Folge. Die erhöhte Transparenz wiederum führt dazu, dass Konsumenten und Produktanbieter viel besser über die im Markt angebotenen Preise etc. informiert sind, was den Wettbewerbsdruck für die Anbieter erhöht.¹² Dies gilt insbesondere, wenn speziell preiskompetitive Anbieter im Markt aktiv sind (vgl. ausführlich hinten, Rz 84 ff.).

A.2.4. Entscheide ausländischer Behörden

19. Auch in der europäischen Union ist der Online-Handel ein aktuelles Thema, das in verschiedener Hinsicht zu Diskussionen Anlass gibt. Im Zusammenhang mit der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung von Behinderungen des Online-Handels sei an dieser Stelle auf zwei jüngere Entscheide sowohl der deutschen wie auch der französischen Wettbewerbsbehörden hingewiesen. Die wesentlichen Erwägungen der beiden Entscheide werden nachfolgend zur Information kurz wiedergegeben. Es ist zu beachten, dass diese beiden Entscheide noch ergingen, bevor die revidierte Vertikal-GVO¹³ (nachfolgend: Vert-GVO) in der EU in Kraft getreten ist.

20. Das Bundeskartellamt hatte folgenden Fall zu beurteilen¹⁴ Ein im Grosshandel mit Kontaktlinsen, Kontaktlinsen-Pflegemitteln und optischen Erzeugnissen aller Art tätiges Unternehmen verlangte im Zeitraum von 2005 bis 2006 von seinen Abnehmern bei der Erstbestellung eine schriftliche Einverständniserklärung, in der sich diese verpflichteten, Kontaktlinsen einer bestimmten Marke nicht im Internet zu vertreiben. Daneben schloss die Grosshändlerin mit gewissen Abnehmern sog. "Jahreskonditionen" ab, welche ebenfalls den Zusatz enthielten, dass der jeweilige Abnehmer besagte Kontaktlinsen nicht im Internet vertreiben werde. In seiner Begründung kam das Bundeskartellamt zu folgenden Schlüssen:

¹⁰ Vgl. https://mr.pricegrabber.com/April_CBR_Home_Furniture_and_ApplianceTrends.pdf (13.4.2011). www.pricegrabber.com ist einer der führenden Online-Einkaufsvergleichsdienste der USA.

¹¹ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Informationsgesellschaft – Indikatoren, Haushalte und Bevölkerung – Internetnutzung, 2010, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30106.301.html?open=302#302 (13.4.2011).

¹² Vgl. auch XAVIER VIVES, Information sharing: economics and antitrust, in: *Konkurrenzverket – Swedish Competition Authority* (Hrsg.), *The Pros and Cons of Information Sharing*, 2006, 94.

¹³ Verordnung Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (2010/C130/01).

¹⁴ BKartA, Beschluss vom 25.9.2009, B 3 – 123/08 – Kontaktlinsen.

- Das Einfordern schriftlicher Einverständniserklärungen bzw. die Vereinbarung von Jahreskonditionen, mit denen Kunden sich verpflichten, die in Frage stehenden Kontaktlinsen nicht im Internet zu vertreiben, verstösst gegen § 1 GWB¹⁵ (und Art. 81 EGV¹⁶). Es handelt sich um eine Vereinbarung, die eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs auf der Ebene des Einzelhandels mit Kontaktlinsen der Grosshändlerin bezweckt und bewirkt.
- Eine Freistellung nach § 2 GWB i.V. mit den Vorschriften der Vert-GVO kommt nicht in Betracht. Die Beschränkung des Internethandels stellt eine **Kernbeschränkung** gemäss Art. 4 b) bzw. Art. 4 c) Vert-GVO dar. Eine ausnahmsweise sachliche Rechtfertigung liegt nicht vor. Insbesondere ist der Ausschluss des Internethandels nicht zur Sicherstellung eines richtigen Gebrauchs oder zum Schutz der Gesundheit der Träger von den in Frage stehenden Kontaktlinsen erforderlich. Wollte man die Gesundheit der Konsumenten ernsthaft schützen, gäbe es mildere und zugleich geeignetere Mittel als ein Kompletterverbot des Internethandels.
- Nach Auffassung der Beschlussabteilung geht es darum, mit dem Internethandel einen besonders kompetitiven Vertriebskanal möglichst weitgehend einzuschränken, um so einem allgemeinen Preisverfall vorzubeugen. Dies geschieht zum einen im Interesse der stationären Augenoptiker, die sich von den Internetpreisen unter Druck gesetzt sehen, dient zum anderen aber auch der Sicherung der eigenen Gewinnmarge der Grosshändlerin.
- Eine Freistellung sei auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor Freeriding (vgl. 50 hinten) gerade nicht möglich, zumal es bereits an der angemessenen Verbraucherbeteiligung i.S. des § 2 Abs. 2 GWB bzw. Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag fehlen dürfte, wenn alle Konsumenten gezwungen werden, für eine Leistung (Beratung im stationären Handel) zu bezahlen, die sie u.U. gar nicht wollen.

21. Der französische Conseil de la Concurrence entschied im Jahre 2008 einen ähnlich gelagerten Fall in Sachen Vertrieb von Kosmetik- und Hygieneprodukten.¹⁷ Partei dieses Verfahrens war die Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (nachfolgend: PFDC), eine Herstellerin verschiedener Kosmetika und Körperpflegeprodukte. Die französischen Vertriebsvereinbarungen, die PFDC für die Marken Avène, Klorane, Galénic und Ducray schloss, beinhalten eine Klausel, nach der sämtliche Verkäufe in Räumlichkeiten und in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten erfolgen müssen, wodurch *de facto* sämtliche Verkaufsformen über das Internet ausgeschlossen werden. Im Oktober 2008 entschied der französische Conseil de la concurrence im Anschluss an eine Untersuchung, dass die Vertriebsvereinbarungen von PFDC dadurch, dass sie *de facto* sämtliche Internetverkäufe verbieten würden, wettbewerbswidrige Vereinbarungen darstellten, die sowohl gegen den französischen Code de Commerce (Handelsgesetzbuch) als auch gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstiesse. Der Conseil war der Ansicht, dass PFDC die geschäftliche Handlungsfreiheit seiner Vertragshändler einschränke und die Auswahl der Verbraucher reduziere, und stellte

fest, dass dies einem Verbot des aktiven und passiven Verkaufs gleichkomme. Er entschied daher, dass das Verbot des Internetverkaufs zwangsläufig bezwecke, den Wettbewerb zu beschränken und eine Kernbeschränkung darstelle, der eine Gruppenfreistellung nicht zugutekommen könne. Auch eine Einzelfreistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV könne der Vertriebsvereinbarung nicht zugutekommen, da PFDC nicht nachgewiesen habe, dass die Wettbewerbsbeschränkung den wirtschaftlichen Fortschritt fördere und unerlässlich sei. PFDC focht diese Entscheidung vor der Cour d'appel de Paris (Berufungsgericht Paris) an, die dem Gerichtshof der Europäischen Union (Rechtssache C-439/09) die Frage stellt, ob das allgemeine und absolute Verbot von Verkäufen über das Internet eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Form einer "Kernbeschränkung" darstelle und ob einer solchen Vereinbarung eine Gruppenfreistellung oder eine Einzelfreistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV zugutekommen könne. Das Vorabentscheidungsersuchen ist derzeit noch hängig, die Schlussanträge des Generalanwalts ergingen am 3. März 2011¹⁸, so dass wohl in naher Zukunft mit einem Urteil zu rechnen ist.

B. Verfahren

22. Gestützt auf den vorstehenden Sachverhalt eröffnete das Sekretariat am 14. September 2009 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG, die entsprechende Mitteilung an die Electrolux AG erfolgte gleichentags. Die Vorabklärung hatte zunächst einzig das Vorgehen der Electrolux AG zum Gegenstand, da erst im Laufe der Vorabklärung Informationen zur Vorgehensweise der V-Zug AG ans Licht kamen. Die Vorabklärung sollte die Frage klären, ob die neue Vertriebspolitik der Electrolux AG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beanstanden ist resp. ob entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Dabei wurde insbesondere der Frage nachgegangen, wie das generelle Verbot des Online-Handels für den Vertrieb von Produkten der Marke Electrolux aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beurteilen ist.

23. Am 23. September 2009 wurde ein Fragebogen an die Electrolux AG versandt und mit Schreiben vom 5. Oktober 2009 wurden neun Konkurrenzunternehmen befragt. Die entsprechenden Antworten gingen zwischen dem 2. November 2009 und dem 10. Dezember 2009 beim Sekretariat ein.

24. Am 9. Oktober 2009 verschickte das Sekretariat zudem Fragebögen an Händler in der ganzen Schweiz, welche Produkte der Marke Electrolux im Sortiment führen. Bei den befragten Unternehmen handelt es sich einerseits um Anbieter von Haushaltsgeräten, welche im rein stationären Fachhandel, im stationären Fach- und Online-Handel oder nur im Online-Handel tätig sind und

¹⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

¹⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

¹⁷ Décision du Conseil de la Concurrence n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques.

¹⁸ Siehe <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJE/11/14&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (13.4.2011).

andererseits um Küchenbauer. Die Händler sind im Bereich des Verkaufs, der Installation und der Reparatur von Haushaltsgeräten tätig. Viele bieten zudem Beratungsdienstleistungen an. Die Küchenbauer übernehmen grundsätzlich die gleichen Arbeiten, jedoch in der Regel im Zusammenhang mit der Gesamtplanung einer Küche. Die Antworten der befragten Marktteilnehmer gingen zwischen dem 12. Oktober 2009 und dem 13. Januar 2010 beim Sekretariat ein.

25. Das Sekretariat holte zusätzliche Informationen ein und analysierte diese. Im Zuge der Vorabklärung ergaben sich Anhaltspunkte auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung seitens der V-Zug AG:

- Im Rahmen der Befragungen durch das Sekretariat teilte die V-Zug AG dem Sekretariat mit, dass sie ein selektives Vertriebssystem eingeführt habe, dies jedoch nicht genau der "WEKO-Definition" entspreche.
- Die V-Zug AG teilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 mit, dass sie per Anfang des Jahres 2010 den Online-Handelskanal nicht mehr beliefern werde.
- Das Sekretariat antwortete daraufhin mit Schreiben vom 7. Januar 2010, dass die angekündigte Nichtbelieferung des Online-Handelskanals aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sein könnte und dass es fraglich sei, ob das beschriebene selektive Vertriebssystem den Anforderungen der Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) genüge und dass deshalb die angekündigte Verhaltensweise in das laufende Vorabklärungsverfahren integriert werde.
- Schliesslich orientierte die V-Zug AG das Sekretariat mit Schreiben vom 27. Mai 2010 darüber, dass sie ein neues selektives Vertriebssystem eingeführt habe, welches auf einem Punktevergabesystem basiere (vgl. dazu Rz 7 hiavor).

26. Die Ergebnisse der Auswertung sämtlicher Daten und Informationen förderte Anhaltspunkte zu Tage, welche auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung hindeuteten und demzufolge die Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG nahe legten. Diese Schlussfolgerung bezieht sich sowohl auf das Verhalten der Electrolux AG als auch dasjenige der V-Zug AG.

27. Am 22. Juli 2010 stellte das Sekretariat der Electrolux AG ein Executive Summary des Schlussberichtes der Vorabklärung sowie einen Katalog mit Zusatzfragen zu und setzte ihr eine Frist an, zum Executive Summary Stellung zu nehmen und die Zusatzfragen zu beantworten. Die entsprechende Eingabe der Electrolux AG ging am 6. September 2010 beim Sekretariat ein. Der V-Zug AG wurde das Executive Summary mit Schreiben vom 18. August 2010 zugesandt, deren Stellungnahme ging am 10. September 2010 ein.

28. Am 15. September 2010 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die vorliegende Untersuchung. Dies u.a. auch aufgrund des Pilotcharakters der sich stellenden wett-

bewerbsrechtlich relevanten Fragen. Beide Unternehmen signalisierten unverzüglich ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. Das Eröffnungsschreiben wurde der Electrolux AG sowie der V-Zug AG gleichentags zugestellt. Die Publikation im SHAB und im Bundesblatt erfolgte am 19. Oktober 2010.

29. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 bzw. 7. Dezember 2010 unterbreitete das Sekretariat der Electrolux AG bzw. der V-Zug AG einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG zur Stellungnahme. Die entsprechenden Eingaben der Parteien gingen – innert erstreckter Fristen – am 15. November 2010 (Electrolux AG) resp. am 19. Januar 2011 (V-Zug AG) beim Sekretariat ein. Unter Berücksichtigung der Bemerkungen der Electrolux AG und V-Zug AG zum Entwurf der einvernehmlichen Regelung, stellte das Sekretariat den Parteien am 26. November 2010 resp. am 2. Februar 2011 einen überarbeiteten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung zu.

30. Nach neuerlicher Möglichkeit zur Stellungnahmen und Gesprächen teilten die Electrolux AG und die V-Zug AG dem Sekretariat mit, dass sie grundsätzlich bereit seien, die einvernehmlichen Regelungen zu unterschreiben.

31. Mit Schreiben vom 4. Mai 2011 stellte das Sekretariat den Parteien den vorliegenden Antrag zur Stellungnahme zu und übermittelte am 11. Mai 2011 ein elektronisches Aktenverzeichnis (inkl. Aktenstücke) sowie mit separater Post die dazugehörigen Passwörter. Gleichzeitig forderte das Sekretariat die Parteien auf, ihm die unterzeichneten einvernehmlichen Regelungen einzureichen.

32. Die Stellungnahmen der Parteien zum Antrag des Sekretariates gingen – innert erstreckter Fristen – am 23. Juni 2011 ein. Die Parteien wiesen darauf hin, dass sie die einvernehmlichen Regelungen noch nicht unterzeichnen könnten. Das Sekretariat nahm mit den Parteien darauf hin noch einmal Verhandlungen auf und passete schliesslich gewisse Passagen des Antrags an. Im Anschluss daran reichten die Parteien die unterzeichneten Exemplare der einvernehmlichen Regelung ein.

C. Vorbemerkungen

33. In Bezug auf das vorliegende Verfahren gilt es einleitend Folgendes zu erwähnen: Sowohl die Electrolux AG als auch die V-Zug AG haben das Verbot bzw. die Beschränkungen des Online-Handels ihren Wiederverkäufern in schriftlicher Form angekündigt. Kurz darauf intervenierten die Wettbewerbsbehörden und infolgedessen setzten die Electrolux AG und die V-Zug AG ihre Vorhaben einstweilen nicht vollständig um. Zudem signalisierten beide Unternehmen dem Sekretariat gegenüber bereits vor der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. Aus diesen Gründen verzichteten die Wettbewerbsbehörden darauf, diese Untersuchung auch gegen die Wiederverkäufer zu eröffnen.

34. Aufgrund des Voranstehenden wird in den Erwägungen der Sachverhalt unter der Annahme analysiert, dass ein Verbot bzw. Behinderungen von Internetverkäufen

umgesetzt wurde. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil erstens ohne eine umgehende Intervention der Wettbewerbsbehörden das Verbot bzw. die Behinderungen des Online-Handels im angekündigten Umfang umgesetzt worden wären; und zweitens, weil damit der im Zusammenhang mit Beschränkungen des Online-Verkaufs herrschenden Unsicherheit bis zu einem gewissen Grad begegnet werden kann und dafür ein entsprechendes Informationsbedürfnis vorhanden ist. In diesem Lichte und der besseren Lesbarkeit halber sind die Erwägungen im Indikativ gehalten.

35. Die folgenden Erlasse bzw. Entscheide wurden bei der Ausarbeitung dieser Verfügung berücksichtigt: Die revidierte VertBek, die jüngst revidierte Vertikal-GVO (siehe Fn 13 resp. Rz 59 hiernach) und die entsprechenden Leitlinien¹⁹ sowie verschiedene, in jüngerer Vergangenheit im europäischen Raum ergangene Urteile betreffend den Ausschluss resp. die Behinderung des Online-Handels (siehe Rz 19 hiervor). Die Berücksichtigung der europäischen Erlasse und Entscheide rechtfertigt sich insbesondere durch den Willen des schweizerischen Gesetzgebers, die Rechtslage im Bereich von Wettbewerbsverstössen dem europäischen Recht anzugleichen.²⁰ Dies gilt insbesondere für den Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Diesbezüglich gilt es zu unterstreichen, dass der neue Art. 5 Abs. 4 KG der Schweiz ermöglichen sollte, im Bereich der Vertikalabsprachen eine vergleichbare Politik wie die europäische Kommission zu verfolgen.²¹ Die Absicht war, dass sich das schweizerische Recht nach jenem der europäischen Union ausrichten sollte,²² was insbesondere dadurch ermöglicht wird, dass die beiden Rechtsordnungen ähnliche Ziele verfolgen.²³ Mit dieser neuen Bestimmung wollte die Schweiz darauf hinweisen, dass Vertikalabsprachen über Wiederverkaufspreise und Marktabstottungen nach dem Vorbild der europäischen Union in Zukunft strenger behandelt werden.²⁴

D. Erwägungen

D.1. Geltungsbereich

36. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten hierbei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

37. Bei der Electrolux AG, der V-Zug AG sowie den von ihr belieferten Händlern handelt es sich um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG.

D.2. Vorbehaltene Vorschriften

38. 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 (Art. 3 Abs. 2 KG).

39. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Von den Parteien wurden auch keine solchen geltend gemacht.

D.3. Unzulässige Wettbewerbsabreden

40. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

D.3.1. Wettbewerbsabrede

41. 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; vgl. die Ziffern 1 und 8 VertBek).

42. 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.

D.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

43. Für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG ist es weder von Belang, in welcher rechtlichen oder tatsächlichen Form sich das bewusste und gewollte Zusammenwirken nach aussen äussert noch ob sich dieses rechtlich durchsetzen lässt. Entscheidend ist nur, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.²⁵ Festzuhalten ist jedoch bereits an dieser Stelle, dass es für die Begriffsbestimmung nicht relevant ist, welcher Abredetyp (rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise) vorliegt,

¹⁹ Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C130/01).

²⁰ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I, 468, 471.

²¹ Deiss: "La nouvelle proposition qui est maintenant faite par la majorité de la Commission prévoit une présomption d'illicéité pour les accords verticaux qui, à notre sens, va aussi loin que possible tout en étant soutenable du point de vue de la politique de la concurrence et du point de vue économique. Elle permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne.", Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2003 S 331.

²² Antrag Triponez: "Ich schlage daher die oben erwähnte Überarbeitung des Minderheitsantrages als Ergänzung zum Mehrheitsantrag vor. Mit dieser Ergänzung läge unser Kartellgesetz im Ergebnis auf der Linie des EG-Rechtes.", AB 2002 N 1434.

²³ Schiesser, das Gutachten von Prof. Carl Baudenbacher zitierend, AB 2003 S 331.

²⁴ Bühler: "Nicht nur die Europäische Union, sondern auch wir müssen - mit diesem neuen Artikel! - dazu beitragen, dass dort, wo Preis- und Gebietsabsprachen den Wettbewerb behindern, dies in Zukunft als Missbrauchstatbestand erfasst wird." AB 2002 N 1293.

²⁵ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert, 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.

sondern einzig die damit bezweckte oder bewirkte Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit.²⁶ Dabei spielt es keine Rolle, ob die Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsautonomie ausdrücklicher Zweck der Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen ist oder sich bloss als möglicherweise unbeabsichtigte Wirkung aus einer rechtlich relevanten Abrede ergibt.²⁷

44. Für die Beurteilung der Frage, ob in concreto Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, konzentrieren sich die nachstehenden Ausführungen auf das generelle Verbot von Internetverkäufen, weil das generelle Verbot als eine qualifizierte Form der Behinderung von Internetverkäufen zu betrachten ist. Die nachfolgenden Ausführungen gelten jedoch grundsätzlich auch für mildere Formen von Beschränkungen des Online-Handels.

45. Prima facie handelt es sich bei der Ankündigung, Internetverkäufe generell zu verbieten, um eine einseitige Massnahme und es stellt sich daher die Frage, ob diese vom Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird. Einseitige Massnahmen können dann unter den Begriff der Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG fallen, wenn sie eine Bindungswirkung entfalten. Aus vertragsrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass einseitige Massnahmen durch eine stillschweigende Annahme in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis umgewandelt werden. Dabei vermag unter Umständen bereits ein auf einem Rechnungsformular aufgedrucktes Verbot des Wiederverkaufes zu genügen.²⁸

46. Es gilt daher zunächst einmal zu prüfen, wie sich das generelle Verbot von Internetverkäufen auf die Händler auswirkt. Dafür hat das Sekretariat drei Kategorien von Händlern schriftlich befragt.²⁹

- Reine Online-Händler, welche kein stationäres Fachgeschäft betreiben, sondern Produkte ausschliesslich über einen Online-Shop verkaufen.
- Gemischte Händler, welche ein stationäres Fachgeschäft führen und gleichzeitig Produkte über einen Online-Shop verkaufen.
- Rein stationäre Fachhändler, die Produkte ausschliesslich in ihrem Fachgeschäft verkaufen und keinen Online-Shop betreiben.

47. Den befragten Händlern wurden verschiedene Fragen rund um die Verkaufskanäle im Allgemeinen und das generelle Verbot von Internetverkäufen im Speziellen gestellt. Die Auswertung der verwertbaren Antworten ergab folgendes Bild:

- Von den reinen Online-Händlern und den gemischten Händlern gab die Mehrheit an, dass der Verkauf von Produkten über das Internet problematisch (geworden) sei seit dem ausgesprochenen resp. angekündigten generellen Verbot von Internetverkäufen.
- Von den gemischten Händlern gab die Mehrheit an, Verkäufe über das Internet eingestellt zu haben bzw. einstellen zu müssen.
- Die grosse Mehrheit der stationären Händler lieferte keine Angaben zu der Frage wie sich das Verbot von Internetverkäufen auf sie auswirkt. Dies ist im

Wesentlichen wohl darauf zurückzuführen, dass sie vom generellen Verbot des Online-Handels nicht direkt betroffen sind, dieses aber überwiegend in ihrem eigenen Interesse zu sein scheint (vgl. Rz 51 ff. und 96).

48. Die Analyse der Antworten der befragten Händler zeigt, dass die Auswirkungen eines (einseitig kommunizierten) generellen Verbots von Internetverkäufen je nach Händlerkategorie variieren und sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Reine Online-Händler haben gar keine Wahl in Bezug auf die Frage, ob sie das Verbot einhalten wollen oder nicht, denn sie würden ohnehin nicht mehr mit Produkten beliefert.
- Für gemischte Händler besteht insofern ein Druck, das Verbot einzuhalten, als sie bei Nichteinhaltung Gefahr laufen würden, überhaupt nicht mehr mit Produkten beliefert zu werden.
- Für rein stationäre Fachhändler stellt sich die Frage nicht – sofern sie keinen Online-Shop einzurichten gedenken – nicht, da sie vom Verbot des Internet-handels mangels Vorhandensein desselben gar nicht betroffen waren.

49. Des Weiteren hat das Sekretariat die befragten Händler gebeten anzugeben, wie gross der Umsatzanteil von Produkten der Marke Electrolux gemessen am erzielten Gesamtumsatz ist. Bei der grossen Mehrheit der eingegangenen Antworten macht dieser Anteil einen bedeutenden Teil des Gesamtumsatzes aus. Angesichts dessen ist nicht davon auszugehen, dass gemischte Händler leichtthin das Risiko eingehen würden, einen bedeutenden Teil ihres Umsatzes zu verlieren.

50. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das angekündigte generelle Verbot von Internetverkäufen zumindest von den gemischten Händlern eingehalten wurde. Dies, weil die Nichteinhaltung des generellen Verbotes von Internetverkäufen die Nichtbelieferung zur Folge gehabt hätte, welche wiederum zu einer als nicht unerheblich zu bezeichnenden Umsatzeinbusse geführt hätte. Daher ist das Kriterium des bewussten und gewollten Zusammenwirkens bezüglich des generellen Verbots von Internetverkäufen mindestens für die gemischten Händler als gegeben zu betrachten.

51. Naheliegender ist es jedoch, dass die rein stationären Fachhändler massgeblichen Einfluss darauf hatten, dass ein generelles Verbot von Internetverkäufen eingeführt

²⁶ Vgl. JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 4 KG N 3 f.

²⁷ Vgl. zum Ganzen BORER (Fn 26), Art. 4 KG N 3 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25) Art. 4 Abs. 1 KG N 71.

²⁸ Vgl. BORER (Fn 26), Art. 4 KG N 9; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 98 f.

²⁹ Die Befragung erfolgte im Rahmen der Vorabklärung und zu diesem Zeitpunkt stand die Verhaltensweise der Electrolux AG im Vordergrund (siehe Rz 22). Die Erkenntnisse aus den Befragungen können jedoch grundsätzlich auf das Verhalten der V-Zug AG übertragen werden.

wurde. Dafür sprechen insbesondere die nachfolgend aufgeführten Gründe:

- Die Hersteller begründeten in ihren Schreiben an die Händler das generelle Verbot von Internetverkäufen u.a. mit der Wahrung der Interessen von rein stationären Fachhändlern.
- Die Auswertung der Antworten der befragten Händler zeigt, dass das generelle Verbot von Internetverkäufen von einem guten Teil der rein stationären Fachhändlern unterstützt wird. Ein grosser Teil dieser Händler³⁰ gab an, ein generelles Verbot von Internetverkäufen zu begrüssen und begründete dies mit dem Argument, dass der Online-Handel zu einem Preisverfall führen würde, welcher ihre Existenz bedrohe. Überdies machten zahlreiche dieser Händler geltend, Opfer des sog. Trittbrettfahrerproblems (vgl. dazu eingehend Rz 146 ff. hiernach) zu sein.³¹

52. Diese Gründe lassen darauf schliessen, dass die rein stationären Fachhändler durch Internetverkäufe unter (Preis-)Druck kamen, in der Folge bei den Herstellern vorstellig wurden und diese sich daraufhin dazu entschlossen, Internetverkäufe zu untersagen. Ohne die Frage abschliessend zu beantworten, kann auf jeden Fall festgehalten werden, dass die Hersteller sowie die rein stationären Fachhändler ein gemeinsames Interesse daran hatten, Internetverkäufe einzuschränken resp. auszuschliessen. Erstere, um dem Druck der rein stationären Fachhändler vorzubeugen, Letztere, um möglichen Margenverlusten Einhalt zu gebieten (vgl. dazu auch Rz 99 ff. hiernach).

53. Somit ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (mindestens) zwischen den Herstellern und den gemischten Händlern zu bejahen, da Letztere – wollten sie die weitere Belieferung nicht gefährden (insbesondere angesichts der Umsatzstärke) – eine Zusammenarbeit mit den Herstellern hätten wahrnehmen müssen. Überdies liegen starke Indizien vor, welche darauf hindeuten, dass das generelle Verbot von Internetverkäufen auch auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den rein stationären Fachhändlern und den Herstellern zurückzuführen ist.

D.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

54. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist indes nicht notwendig. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen,³² unwesentlich sind dabei die Vorstellungen oder die Absichten der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist indes, dass die Wirkung bereits eingetreten ist. Es genügt, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten wird.³³

D.3.1.2.1. Einfluss auf den Wettbewerbsparameter Preis

55. Im Lichte vorstehender Ausführungen lässt sich zunächst einmal festhalten, dass das Medium Internet den Konsumenten beim Kaufentscheid verschiedene Vorteile bringt, wobei insbesondere die Möglichkeit, Preise miteinander zu vergleichen, hervorzuheben ist. Die so geförderte Markttransparenz kann dazu führen, dass (insbesondere rein stationäre) Händler einem gesteigerten Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Denn es liegt einerseits auf der Hand, dass ein gut informierter Konsument gegenüber dem Verkäufer eher über den Preis verhandelt als ein Kunde, der über die momentan geltenden Preise nicht im Bilde ist. Andererseits nimmt der Druck auf die Preise eines Händlers tendenziell zu, wenn in einem Markt mehr und verschiedene Händler ein bestimmtes Produkt verkaufen, insbesondere wenn darunter besonders kompetitive Anbieter sind. Somit kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass die positiven Effekte, die vom Medium Internet ausgehen, tendenziell zu kompetitiveren Preisen führen resp. vermag ein generelles Verbot von Internetverkäufen das Preisniveau von Produkten (negativ) zu beeinflussen (vgl. dazu ausführlich Rz 84 ff. hiernach).

56. Diese Schlussfolgerung wird auch verdeutlicht durch die vom Sekretariat durchgeführten Befragungen von Marktteilnehmern: Zur Klärung der Frage, ob das generelle Verbot des Online-Handels den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinflussen vermag, erkundigte sich das Sekretariat bei 55 Händlern, welche Weisswaren³⁴ vertreiben, u.a. nach allfälligen Preisunterschieden zwischen dem stationären Fachhandel und dem Online-Handel. Dabei zeigte sich, dass die überwiegende Mehrheit die Frage, ob Preisdifferenzen bestehen, bejahte. Interessant ist auch, dass sich ein Teil der befragten Händler (rein stationäre Fachhändler) grundsätzlich negativ zu den bestehenden Preisdifferenzen äusserte (siehe Rz 51). Diese Händler gaben an, ein generelles Verbot des Online-Handels zu begrüssen, da dieser zu einem unerwünschten Preiserfall führe. Zudem gaben auch die befragten Hersteller in der Schweiz an, dass der Online-Handel die Verkaufspreise beeinflusst: Rund die Hälfte gab an, dass Preisdifferenzen zwischen dem Online- und dem stationären Handel bestünden.

57. Angesichts solcher Preisdifferenzen zwischen dem (rein) stationären Fachhandel und dem Online-Handel und unter Berücksichtigung der prokompetitiven Effekte, welche vom Medium Internet ausgehen, ist ein generelles Verbot, Produkte über das Internet zu verkaufen, grundsätzlich und objektiv geeignet, das Preisniveau und damit (indirekt) den Wettbewerbsparameter Preis zu

³⁰ Es handelt sich dabei vor allem um kleinere und/oder in ländlichen Regionen domizilierte Händler.

³¹ Das Trittbrettfahrerproblem bedeutet hier, dass sich Konsumenten vorgängig zum Kauf eines Produktes bei einem stationären Fachhändler informieren und beraten lassen, das Produkt aber schliesslich bei einem (günstigeren) Online-Händler kaufen.

³² Vgl. zum Ganzen BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 67 ff.

³³ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 4 KG N 24 f.

³⁴ Unter dem Begriff Weisswaren werden Geräte aller Art zur Erledigung der Hausarbeit wie Kochen, Backen, Waschen etc. verstanden.

beeinträchtigen. Denn eine solche Massnahme kann dazu führen, dass ein notorisch (preis-)kompetitiver Verkaufskanal ausgeschaltet wird.

D.3.1.2.2. Neue Regelungen in der EU und in der Schweiz betreffend Online-Verkäufe

58. Die Europäische Kommission hat eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vereinbarungen zwischen Herstellern und Vertriebshändlern für den Verkauf von Waren und Dienstleistungen erlassen (Vert-GVO, siehe Rz 35 hiavor). Die Vert-GVO und die dazugehörigen Leitlinien tragen der Tatsache Rechnung, dass sich das Internet in den letzten Jahren für den Online-Verkauf und den grenzüberschreitenden Handel zu einem der zentralen Vertriebskanäle entwickelt hat.

59. Die neuen Bestimmungen in der EU nehmen explizit Bezug auf den Online-Verkauf (vgl. insbesondere die Rz 52-56 der Leitlinien). Es wird vorgeschrieben, dass zugelassene Vertriebshändler die Produkte, die sie in ihren regulären Geschäften und Verkaufsstellen verkaufen, auch auf ihren Websites online anbieten dürfen. Insbesondere in selektiven Vertriebssystemen ist damit nun klar, dass die Hersteller den Vertriebshändlern für den Internetverkauf weder Mengenbeschränkungen auferlegen dürfen noch dass es Einschränkungen in Bezug auf den Standort der Kunden oder auf die Preise (höhere Preise für online verkaufte Produkte) geben darf. Ausserdem stellt die EU-Kommission in den Leitlinien klar, dass sie den Internetverkauf weiterhin grundsätzlich als passive Form des Verkaufs behandelt haben will. Das Verbot des Internetvertriebs für zugelassene Händler stellt somit grundsätzlich eine **Kernbeschränkung** dar. Die neuen Bestimmungen sind am 1. Juni 2010 in Kraft getreten und werden mit einer einjährigen Übergangsphase bis 2022 gelten.

60. Auch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat ihre Vertikalbekanntmachung revidiert und darin neu Internetverkäufe explizit als **passive Verkäufe** definiert. Im Lichte des Bestrebens, in der Schweiz im Bereich vertikaler Abreden die gleichen Regeln zur Anwendung zu bringen wie in der EU, sollen die europäischen Regeln in der Schweiz möglichst gleich zur Anwendung kommen, weshalb das Verbot des Internetvertriebs als grundsätzlich geeignet anzusehen ist, das Preisniveau in der Schweiz zu beeinträchtigen.

D.3.1.2.3. Schlussfolgerung

61. Electrolux bestreitet das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. V-Zug macht geltend, dass die Ausführungen der WEKO betreffend das Vorliegen einer Abrede nicht auf V-Zug übertragbar seien.

62. Die vorgenannten Gründe führen jedoch vor Augen, dass das generelle Verbot von Internetverkäufen objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken, zumal damit das Preisniveau für die in Frage stehenden Produkte nachhaltig beeinflusst werden kann, denn

- weit über 80 % der Schweizer Bevölkerung verfügt über einen (schnellen) Internetzugang und dieses Medium hat sich im Zuge der technischen Entwicklung zu einer der wichtigsten Informationsquellen im

Hinblick auf Kaufentscheide von Konsumenten entwickelt;

- das Medium Internet bietet Konsumenten verschiedene Vorteile, wie bspw. einen einfacheren und schnelleren Zugang zu Produktinformationen, insbesondere zu Verkaufspreisen. Darüber hinaus können die Preise verschiedener Anbieter auf Preisvergleichsseiten innert Kürze verglichen werden. Dies führt zu transparenteren Marktverhältnissen und
- fest steht, dass der besonders preiskompetitive Online-Handelskanal einen gewissen (Wettbewerbs-)Druck auf die (rein stationären) Händler ausübt und mit dem generellen Verbot von Internetverkäufen besagter Druck eliminiert wird, was im Ergebnis dazu führt, dass sich die (rein stationären) Händler in der Festsetzung ihrer Preise weniger unter Druck sehen und dadurch tendenziell in der Lage sind, die Verkaufspreise höher anzusetzen, resp. nicht senken zu müssen.

63. Zudem wird ein (generelles) Verbot von Internetverkäufen nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vert-GVO) als Kernbeschränkung angesehen, und dies gilt selbst im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems. Daher würde ein generelles Verbot von Internetverkäufen auch in der EU als unzulässig angesehen.

D.3.1.3. Vertikale Abrede

64. Von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden sowohl horizontale als auch vertikale Abreden. Als vertikale Abreden gelten erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können. Vertikale Abreden werden zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen getroffen, betroffen ist somit die "Anbieter-Nachfrager-Beziehung"³⁵.

65. Da *in casu* die Electrolux AG und die V-Zug AG auf der Herstellerstufe und die von ihnen belieferten Händler auf der Vertriebsstufe tätig sind (vgl. Rz 1 ff.), sind die zu beurteilenden Abreden als vertikale zu qualifizieren.

D.3.1.4. Fazit

66. Den vorstehenden Ausführungen zufolge sind bezüglich des generellen Verbots von Internetverkäufen vorliegend sowohl das Kriterium des bewussten und gewollten Zusammenwirkens als auch dasjenige des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Somit ist *in casu* vom Vorliegen vertikaler Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen.

D.3.2. Sanktionierbare Wettbewerbsabrede

D.3.2.1. Einleitende Bemerkungen

67. Bevor im Folgenden auf die Frage eingegangen wird, ob und unter welchen Umständen ein Verbot bzw.

³⁵ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 25), Art. 4 Abs. 1 KG N 139.

Behinderungen von Internetverkäufen als unzulässige (sanktionierbare) Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert werden können, ist festzuhalten, dass sich diese Frage vorliegend nicht konkret stellt, weil keine Hinweise oder Beweismittel vorliegen, welche auf sanktionierbare Verhaltensweisen der Electrolux AG und/oder der V-Zug AG hindeuten.

68. Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen in den folgenden Abschnitten in erster Linie im vorausschauenden Sinne zu verstehen. Es soll darauf eingegangen werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein Verbot oder Beschränkungen des Online-Handels vom Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können. In diesem Sinne beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf bekannte Informationen und die aktuelle (nationale und europäische) Rechtsprechung und Praxis.

69. Ob und inwiefern Behinderungen des Online-Handels allenfalls von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können, ist grundsätzlich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Entscheidend ist dabei jeweils die Wirkung, die herbeigeführt wird bzw. werden kann und nicht das dafür eingesetzte Mittel.

D.3.2.2. Verbot/Beschränkung des Online-Handels – Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG?

70. Für die Qualifikation als Preisbindung zweiter Hand ist erforderlich, dass Wiederverkaufspreise festgesetzt werden, was geeignet sein muss, wirksamen Wettbewerb zu tangieren. Massgebend ist dabei die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das dafür eingesetzte Mittel.³⁶ Entscheidend ist somit, dass die Wiederverkaufspreise direkt oder indirekt beeinflusst werden und diese von den Abnehmern eingehalten werden resp. diese in der Möglichkeit beschränkt werden, ihren Verkaufspreis selber zu bestimmen. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt wird (siehe Rz 103 ff. hiernach), wird der Preiswettbewerb durch ein Verbot von Internetverkäufen beeinflusst.

71. Es lässt sich jedoch festhalten, dass es fraglich scheint, ob die Einführung eines Verbotes von Internetverkäufen – isoliert betrachtet – als Preisbindung zweiter Hand qualifiziert werden kann. Die Einführung eines Verbotes von Internetverkäufen lässt sich indes als Korrektiv für das (unerwünschte) Preissetzungsverhalten gewisser Wiederverkäufer einstufen. Somit lässt sich in Bezug auf ein Verbot von Internetverkäufen bzw. Beschränkungen derselben festhalten, dass diese, solange sie nicht von weiteren, qualifizierenden Umständen begleitet werden, nicht ohne Weiteres als Preisbindungen zweiter Hand zu betrachten sind. Eine Preisbindung zweiter Hand kann aber beispielsweise dann vorliegen, wenn

- neben einem Verbot von Internetverkäufen eine Koppelung an Preisempfehlungen oder an Vereinbarungen vorhanden ist, welche die Rabattpolitik der Wiederverkäufer beeinflusst oder
- im Zusammenhang mit einem Verbot von Internetverkäufen Massnahmen wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerungen oder die Aussetzung von Lieferungen und die Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines be-

stimmten Preisniveaus ausgesprochen resp. umgesetzt werden.

72. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass ein Verbot von Internetverkäufen bereits dem Gegenstand nach als problematisch zu betrachten ist. Dies ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass Internetverkäufe als passive Verkäufe gelten (was im Übrigen bereits nach der alten VertBek so auszulegen gewesen wäre) und gemäss Ziffer 10 VertBek insbesondere im Falle von Passivverkaufsverboten an Händler oder Endkunden davon auszugehen ist, dass die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt ist, sofern diese im Zusammenhang mit der Zuweisung von Absatzgebieten stehen. Damit wäre beim Vorliegen eines Verbotes von Internetverkäufen bereits ein gewichtiger Teil des Tatbestandes einer unzulässigen Gebietsschutzabrede erfüllt, was bereits als ein starkes Indiz für die Existenz einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu betrachten ist.

73. In diesem Zusammenhang gilt es auf die Problematik des grenzüberschreitenden Warenverkehrs einzugehen. Die wettbewerbsrechtliche Problematik eines Verbots resp. der Beschränkung des Online-Handels ist insbesondere dann gegeben, wenn dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden soll, um den Schweizer Markt abzuschotten. Dies kann speziell bei Produkten der Fall sein, deren Preisniveau in der Schweiz dasjenige im europäischen Ausland deutlich übersteigt.

74. Vor diesem Hintergrund und in Anlehnung an die Handhabung der Europäischen Kommission werden nachstehend beispielhaft einige Konstellationen aufgezählt, bei deren Vorliegen von einer problematischen Beschränkung des passiven Verkaufs auszugehen ist und welche die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG (absolute Gebietsschutzabrede) nahe legen. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG können bspw. die folgenden Umstände darstellen:

- Wenn vereinbart wird, dass der Wiederverkäufer verhindert, dass Kunden aus einem anderen (Vertrags-)Gebiet seine Website einsehen können, oder dass er auf seiner Website eine automatische Umleitung auf die Website des Herstellers oder anderer Wiederverkäufer einrichtet.
- Wenn vereinbart wird, dass der Wiederverkäufer Internet-Transaktionen von Endabnehmern unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt.

³⁶ Vgl. Zum Ganzen PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 493 ff.

75. Die in diesem Abschnitt genannten Beispiele sind jedoch lediglich im Sinne einer Veranschaulichung zu verstehen und erheben weder Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Ausschliesslichkeit. Es ist stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob eine Abrede den Tatbestand der Preisbindung zweiter Hand resp. des absoluten Gebietsschutzes erfüllt oder nicht. Festgehalten werden kann jedoch an dieser Stelle, dass als Faustregel gilt: Je mehr und je einschneidendere Einschränkungen ein Hersteller seinen Wiederverkäufern auferlegt, desto eher ist vom Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen.

D.3.2.3. Fazit

76. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es fraglich ist, ob ein Verbot von Internetverkäufen bzw. Beschränkungen derselben für sich genommen als Preisbindungen zweiter Hand qualifiziert werden können. Diese Erkenntnis gilt indes lediglich, solange keine qualifizierenden (erschwerenden) Umstände hinzukommen. Ob solche vorliegen, ist stets anhand der konkret vorliegenden Umstände des Einzelfalles zu prüfen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass je weitgehender und restriktiver die mit einem Verbot von Internetverkäufen bzw. Beschränkungen derselben einhergehen, desto eher die Vermutung nahe liegt, dass eine Preisbindung zweiter Hand vorliegt. Im Zusammenhang mit absolutem Gebietsschutz ist darauf hinzuweisen, dass ein Verbot von Internetverkäufen als Passivverkaufsverbot zu qualifizieren ist, welches bereits für sich genommen als starkes Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu betrachten ist. Dies gilt umso mehr, wenn durch Einschränkungen des Online-Vertriebs der grenzüberschreitende Handel eingeschränkt werden soll, um den schweizerischen Markt abzuschotten.

77. Im Konkreten liegen keine Indizien oder Beweismittel vor, welche auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten. Die vorliegenden Abreden werden deshalb unter Art. 5 Abs. 1 KG analysiert.

D.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

78. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende 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 (Ziffer 12 Abs. 1 VertBek). Nachfolgend werden zuerst die qualitativen und anschliessend die quantitativen Kriterien der Erheblichkeit der vorliegenden Abreden analysiert.

79. Gemäss Ziffer 13 VertBek führen vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 12 Abs. 2 Bst. a

bis e fallen, 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. Diese Schwelle wird nach Ziffer 13 Abs. 2 VertBek auf 5 % herabgesetzt, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird. Es liegt aber in der Regel kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt wird.

80. Bevor auf die Beurteilung der in Frage stehenden Abreden eingegangen wird, kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass sowohl die Electrolux AG als auch die V-Zug AG über individuelle Marktanteile im relevanten Markt von je (deutlich) über 15 % verfügen (siehe Rz 113 hiernach), sodass über die Frage der Erheblichkeit der Abreden im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu entscheiden ist. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Marktanteilsschwelle *in casu* auf 5 % herabzusetzen wäre, zumal die kumulativen Auswirkungen der beiden vertikalen Vertriebsnetze der Electrolux AG und der V-Zug AG alleine (deutlich) mehr als 30 % des relevanten Marktes abdecken (siehe Rz 132 ff. hiernach).

D.3.3.1. Qualitative Kriterien

81. Die qualitativen Kriterien einer Wettbewerbsbeschränkung beschlagen die Bedeutung des von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters.³⁷ Zu untersuchen gilt es in qualitativer Hinsicht, wie wichtig die von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse sind.³⁸ Im Fokus der nachstehenden Ausführungen steht der Wettbewerbsparameter Preis, welchem auf dem relevanten Markt eine zentrale Bedeutung zukommt.

82. In Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden hat die WEKO im Rahmen ihrer Vertikalbekanntmachung Kriterien dargelegt, wann eine Wettbewerbsabrede aufgrund des Gegenstandes als qualitativ schwerwiegend qualifiziert wird (Ziffer 12 Abs. 2 VertBek).

83. In den nachstehenden Abschnitten wird analysiert, ob ein generelles Verbot des Online-Handels als eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist. Nachstehend wird zunächst geprüft, ob und inwiefern ein generelles Verbot von Internetverkäufen den Wettbewerbsparameter Preis betrifft. Danach wird darauf eingegangen, inwiefern die vorliegenden Abreden aufgrund des Gegenstandes gemäss VertBek als schwerwiegend betrachtet werden müssen.

³⁷ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 36), Art. 5 KG N 186.

³⁸ BORER (Fn 26), Art. 5 KG N 21; vgl. auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 37), Art. 5 KG N 174.

D.3.3.1.1. Preisunterschiede Online-Offline

84. Die allgemeine Konsumerfahrung legt nahe, dass die Verkaufspreise etlicher Produkte im Verkaufskanal Internet tiefer sind als die Preise, welche im stationären Fachhandel bezahlt werden. Dies wird u.a. auch durch wissenschaftliche Untersuchungen bestätigt.³⁹

85. Dieser Umstand kann sicherlich zum Teil mit tieferen Kosten (reiner) Online-Händler aufgrund eines tieferen Personalaufwands, tieferer Miet- und Logistikkosten, grösserer Volumen etc. erklärt werden. Daneben ist – wie weiter unten ausführlich beschrieben (siehe Rz 92 ff. hiernach) – davon auszugehen, dass einfache und schnelle Vergleichsmöglichkeiten und die damit einhergehende grosse Preistransparenz einen hohen Wettbewerbsdruck nach sich ziehen, was sich zusätzlich auf die Preise auswirken dürfte.

86. Die folgenden beiden Studien, welche Preisunterschiede eines ganzen Warenkorbes auf Unterschiede zwischen Online- und Offline-Handel untersuchen, kommen zu vergleichbaren Ergebnissen:

- Eine Studie der htp St. Gallen Managementberatung gelangt zum Ergebnis, dass ein untersuchter Warenkorb bei klassischen Detailhändlern 26,5 % mehr gekostet hat als im Internet (inkl. Versandkosten und eventuell anfallender Zölle).⁴⁰ In der Studie wurden Preise von gut 50 ebay Schweiz verkauften *Neuwaren* von gewerblichen Händlern mit den Preisen im klassischen Detailhandel miteinander verglichen.
- Zu einem ähnlichen Resultat mit derselben Methode kommt eine Studie von Frontier Economics betreffend Preise von über 700 Gütern in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien. Die Autoren dieser Studie berechneten eine durchschnittliche Ersparnis von 17 % im Online-Kanal.⁴¹

87. Die Einschätzung, wonach die Verkaufspreise über das Internet tiefer sind als im stationären Handel, wird durch die Befragungen des Sekretariats im Rahmen des vorliegenden Verfahrens bestätigt. Das Sekretariat befragte eine Anzahl Händler, welche Weisswaren vertreiben, u.a. nach allfälligen Preisunterschieden zwischen dem stationären Fachhandel und dem Online-Handel. Dabei resultierte folgendes Bild:

- Von den verwertbaren Antworten bejahte die überwiegende Mehrheit die Frage, ob Preisdifferenzen bestehen. Diese bewegten sich zwischen 8 % und 46 %, die meisten Händler nannten Unterschiede in der Grössenordnung von 15 %.
- Ein nicht zu vernachlässigender Teil der Händler äusserte sich dabei grundsätzlich negativ zu den Preisdifferenzen. Die Kritik geht dahin, dass der Online-Handel beseitigt werden solle, da er zu einem unerwünschten Preiserfall führe.

88. Zusätzlich stellte das Sekretariat den acht führenden Herstellern/Importeuren von Weisswaren in der Schweiz ebenfalls die Frage, ob Preisdifferenzen zwischen dem stationären Fachhandel und dem Online-Handel bestehen, und wenn ja, in welcher Höhe sich die Differenzen bewegen. Dabei ergab sich folgendes Bild: Die Hälfte der Befragten gab an, dass Preisdifferenzen zwischen

dem Online-Handel und dem stationären Handel bestehen. Diese Differenzen bewegen sich gemäss den Antworten der befragten Marktteilnehmer zwischen ungefähr 5 % und 35 %.⁴²

89. Schliesslich gehen anscheinend auch die Electrolux AG und die V-Zug AG (zumindest implizit) davon aus, dass im Internet tiefere Preise herrschen. Dies zeigt das Vorbringen des Trittbrettfahrerproblems zur Rechtfertigung von Einschränkungen des Online-Handels (vgl. dazu ausführlich Rz 149 ff. unten). So trete ein Trittbrettfahrerproblem auf, weil sich ein Konsument im stationären Handel beraten lassen könne und das Produkt anschliessend (günstiger) im Internet bestelle. Wären die Preise im Online-Kanal nicht günstiger, hätte der Konsument wenige Anreize, das Produkt nach der Beratung im stationären Fachgeschäft online zu beziehen. In diesem Fall könnte er die Ware ebenso gut direkt im Fachgeschäft erwerben, dessen Personal ihn beraten hat.

90. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann festgehalten werden, dass das Preisniveau im Online-Handel in aller Regel tiefer ist als im stationären Fachhandel. In der Schweiz bestehen bei Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten Preisdifferenzen zwischen 8 % und 46 % zwischen dem stationären Fachhandel und dem Online-Handel. Online-Händler können also als besonders preiskompetitive Anbieter betrachtet werden, welche einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die stationären Händler ausüben. Wie nachfolgend gezeigt wird, erhöht sich dieser Druck aufgrund der durch den Online-Handel angestiegenen Preistransparenz zusätzlich.

91. Die Parteien bezweifeln die Übertragbarkeit der Ergebnisse der von der WEKO aufgeführten Studien auf den konkreten Fall. Dem ist zu entgegnen, dass die Einsichten der von der WEKO zitierten Studien – mögen sie auch nicht eins zu eins auf den vorliegenden Fall übertragbar sein – Rückschlüsse für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der in Frage stehenden Abreden zulassen. Zudem stellen die Ergebnisse der erwähnten Studien nicht die alleinige Basis der Aussagen zum Thema der Preisdifferenzen dar. Vielmehr stützt sich die Würdi-

³⁹ So z.B. ALAN E. WISEMAN/JERRY ELLIG, Market and Non-Market Barriers to Internet Wine Sales: The Case of Virginia, in: Business and Politics, Vol. 6, 2004. Vgl. auch: U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION, Report on Possible Anticompetitive Barriers to E-Commerce: Wine, 2003, <http://www.ftc.gov/os/2003/07/winereport2.pdf> (13.4.2011); ERIK BRYNJOLFSSON/MICHAEL D. SMITH, Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers, in: Management Science, Vol. 46, April 2000, 563-585; JAMES D. COOPER, Price Levels and Dispersion in Online and Offline Markets for Contact Lenses, U.S. Federal Trade Commission Working Paper, 2006; FIONA SCOTT MORTON/FLORIAN ZETTELMEYER/JORGE SOLVA-RISSO, Internet Car Retailing, in: The Journal of Industrial Economics, Vol. 49, December 2001, 501-519.

⁴⁰ Vgl. Studie des Instituts htp St. Gallen Managementberatung, http://www.presseportal.ch/de/pm/100005381/100570119/ebay_schweiz, (13.4.2011).

⁴¹ FRONTIER ECONOMICS, Economic Study of the Consumer Benefits of eBay, London, 2008, http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/ebay_frontier_report.pdf (13.4.2011).

⁴² Drei Antworten waren nicht verwertbar. Einzige die V-Zug AG (inkl. Sibir) gab an, dass keine Preisdifferenzen bestehen würden.

gung der WEKO auch auf konkrete Befragungen von Marktteilnehmern, welche die Erkenntnisse der oben genannten Studien stützen.

D.3.3.1.2. Preistransparenz

92. Eine der Grundannahmen der klassischen Wirtschaftstheorie ist perfekte Information, d.h., dass alle Marktteilnehmer (Anbieter wie Nachfrager) jederzeit vollständig über alle Preise etc. im Markt informiert sind. Sind die Grundannahmen der Wirtschaftstheorie wie diese erfüllt, befinden wir uns in einer idealen Welt, in der die Märkte reibungslos funktionieren, was zu effizienten Marktergebnissen führt. Wenn nun von der Annahme der perfekten Information abgewichen wird, was in vielen Fällen durchaus realistisch ist, verlässt man diese ideale Welt. Eine solche Situation wird in der ökonomischen Theorie in der Regel so modelliert, dass die Suche nach (Preis)Informationen Kosten verursacht, so genannte Suchkosten. Suchkosten werden definiert als Kosten, welche für einen Käufer anfallen, um einen geeigneten Verkäufer ausfindig zu machen und ein Gut zu erwerben.⁴³

93. Wenn Suchkosten anfallen, kann dies dazu führen, dass die Marktergebnisse nicht mehr effizient sind und die Gleichgewichtspreise oberhalb der Grenzkosten zu stehen kommen. Im Extremfall können von den Firmen gar Monopolpreise gesetzt werden. Müssen Informationen erst mühsam beschafft werden, kann es in einem solchen Umfeld also zu ineffizienten Marktergebnissen kommen (im Vergleich zu einer Situation mit vollkommenem Wettbewerb).⁴⁴ Vereinfacht kann gesagt werden, dass je höher die Suchkosten sind, desto eher werden ineffiziente Marktergebnisse, sprich überhöhte (oder suprakompetitive) Preise resultieren. Oder anders ausgedrückt: Je tiefer die Suchkosten sind, desto eher nähern wir uns der idealen Welt mit tieferen Preisen.⁴⁵

94. Es liegt nun auf der Hand, dass die (Preis-)Suchkosten der Konsumenten mit der Verbreitung des Internets in vielen Bereichen signifikant gesunken sind. Dies ist umso mehr der Fall, wenn von den Konsumenten Preisvergleichsseiten⁴⁶ benutzt werden. Mittels solcher Preissuchmaschinen kann sich ein Konsument für ein gewünschtes Produkt binnen Sekunden einen Überblick über den Markt verschaffen. Er kann sofort sehen, welche Anbieter das Gut anbieten und welche Preise verlangt werden. Die Suchkosten sind somit äusserst tief, was zu einer grossen (Preis-)Transparenz für die Konsumenten führt. Aufgrund des Voranstehenden kann davon ausgegangen werden, dass durch diese Senkung der Suchkosten resp. der erhöhten Preistransparenz die in Frage stehenden Märkte reibungsloser funktionieren und die Marktergebnisse sich in Richtung eines effizienten Marktergebnisses mit tieferen Preisen entwickeln (werden).⁴⁷

95. Die Märkte funktionieren infolge der erhöhten Transparenz u.a. darum effizienter, weil die erhöhte Preistransparenz zu einer grösseren Preiselastizität der Nachfrage – sprich Preissensibilität der Kunden – und damit zu einem verstärkten Preiswettbewerb führt.⁴⁸ Die höhere Preissensibilität der Konsumenten kann sich im konkreten Fall etwa darin äussern, dass ein Konsument, der beispielsweise einen freistehenden Kühlschrank kaufen möchte, dank vorgängiger Information auf dem

Internet eine gewisse Vorstellung davon hat, was ein solches Gerät ungefähr kostet.⁴⁹ Wenn nun der Konsument mit diesem Vorwissen in ein stationäres Fachgeschäft geht und dort sieht, dass die Kühlschränke mehr kosten als seine Preissuche ergeben hat, kann oder wird er den Fachhändler auf die Internet-Preise ansprechen und nach einer Preisanpassung fragen. Dies übt einen Druck auf den Fachhändler aus, seine Preise in dieselbe Richtung anzupassen.⁵⁰

96. Dieser Umstand wird durch die Befragung des Sekretariats bestätigt. Einige der befragten Händler begrüssen ein Verbot von Internetverkäufen explizit mit der Begründung, dass der Online-Handel zu einem Preisverfall führe.⁵¹ Ein Händler führte beispielsweise wörtlich aus:

" [...] Und das ist sowieso eine Schweinerei, dass es Internet handel gibt. Diese Händler bewegen sich absolut nicht, und machen sich auch den Rücken nicht kaput. Wir hingegen haben den ganzen Aufwand, und verdienen damit viel zu wenig. Der Internet handel sollte total verschwinden !!! Ich finde Electrolux macht es absolut

⁴³ Mit Kosten müssen dabei nicht unbedingt monetäre Kosten gemeint sein. Bei der Informationssuche von Konsumenten werden in erster Linie "Zeitkosten" anfallen. Daneben ist aber auch an Fahrkosten (von Geschäft zu Geschäft) etc. zu denken.

⁴⁴ Vgl. zum Ganzen JOSEPH E. STIGLITZ, Imperfect Information in the Product Market, in: Handbook of Industrial Organization, Schmalensee/Willig (Hrsg.), 1989, Vol. 1, 769-847.

⁴⁵ Vgl. DALE O. STAHL, Oligopolistic Pricing with Sequential Consumer Search, in: The American Economic Review, Vol. 79, No. 4, September 1989, 700-712; Betreffend differenzierte Güter vgl. J. YANNIS BAKOS, Reducing Buyer Search Costs: Implications for Electronic Marketplaces, in Management Science, Vol. 43, No. 12, December 1997.

⁴⁶ Wie beispielsweise www.toppreise.ch, www.preissuchmaschine.ch oder auch www.comparis.ch.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen Vives (Fn 12), 94; JEFFREY R. BROWN/AUSTAN GOOLSBEE, Does the Internet Make Markets More Competitive? Evidence from the Life Insurance Industry, in: The Journal of Political Economy, Vol. 110, June 2002, 481-507; ERIK BRYNJOLFSSON/ASTRID A. DICK/MICHAEL D. SMITH, A Nearly Perfect Market? Differentiation vs. Price in Consumer Choice, in: Quantitative Marketing and Economics, Vol. 8, No. 1, March 2010, 1-33; Bakos (Fn 45); JOHN G. LYNCH JR./DAN ARIELY, Wine Online: Search Costs and Competition on Price, Quality, and Distribution, in: Marketing Science, Vol. 19, Winter 2000, 83-103; JUDITH CHEVALIER/AUSTAN GOOLSBEE, Measuring Prices and Price Competition Online: Amazon and Barnes and Noble, in Quantitative Marketing and Economics, 203-222.

⁴⁸ Vgl. GLENN ELLISON/SARA FISHER ELLISON, Search, Obfuscation, and Price Elasticities on the Internet, in: Econometrica, Vol. 77, No. 2, March 2009, 427-452; Lynch/Ariely (Fn 47); BRYNJOLFSSON/DICK/SMITH (Fn 47); LEE BENHAM, The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses, in: Journal of Law and Economics, Vol. 15, No. 2, October 1972, 337-352; Vives (Fn 12), 94.

⁴⁹ Konsumenten konnten sich auch früher (und können es heute noch) in verschiedenen stationären Fachgeschäften über das Produktangebot und die geltenden Preise eine Vorstellung machen. Oder Konsumenten können sich bei verschiedenen stationären Fachhändlern per Telefon über die Preise eines bestimmten Produkts informieren. Im Unterschied zur Informationssuche per Internet fallen bei diesen Methoden jedoch ungleich höhere Suchkosten an (man denke z.B. an den Zeitaufwand, um von Geschäft zu Geschäft zu fahren).

⁵⁰ Der beschriebene Effekt der Preistransparenz wird zusätzlich verstärkt durch die Verbreitung von Smartphones. Mittels dieser Geräte können Kunden in einem stationären Fachgeschäft vor Ort die Preise eines Geräts mit einer Vielzahl anderer Anbieter über das Internet vergleichen.

⁵¹ Vgl. in diesem Sinne folgende Aussage eines Fahrradhändlers: "[...] und der Internethandel, der über die Landesgrenzen hinaus Preistransparenz schafft, zwingen uns, laufend kleinere Reserven einzurechnen. Sonst bleiben wir auf unserer Ware sitzen.", Teurer Franken sorgt noch nicht für günstigere Velos, NZZ vom 10. Februar 2011, 56.

richtig, dass sie sich von Internethandel eher distanzieren, oder sogar zurück ziehen wollen. Solche Internet-Firmen zerstören die KMU's. Es sollte schon lange einen Preisüberwacher geben der dafür sorgt, dass die Preise nicht zu tief sinken. Der %-Kampf sollte vom Markt schon lange verschwinden !!!"

Ein anderer vermerkte:

"Der Internethandel ist kein Fachhandel und macht den Markt total kapputt",

und ein weiterer:

"Une entreprise qui a un magasin avec service après-vente, qui crée des postes de travail et forme des apprentis comme la mienne, je suis souvent découragé par des prix vendus sur le net et nous savons évidemment que les marges sont insignifiantes et ne permettent ni d'avoir des employés ni de former des apprentis. Nous appelons cela la concurrence déloyale."

97. In einer empirischen Untersuchung weisen Jeffrey R. Brown und Austan Goolsbee nach, dass die Offline-Preise von (ziemlich homogenen) Versicherungsverträgen mit dem Aufkommen von Internet-Vergleichsseiten signifikant gesunken sind (um 8–15 %). Die gestiegene Transparenz resp. der intensiverte Wettbewerb aufgrund des Internets, insbesondere durch Preisvergleichsseiten, hatten gemäss dieser wissenschaftlichen Untersuchung einen signifikanten Einfluss auf das Preisniveau im untersuchten Markt. Der gestiegene Gebrauch des Internets resp. von Preisvergleichsseiten scheint zudem für die erwähnten Preissenkungen kausal gewesen zu sein.⁵²

98. Aus den oben genannten Gründen wehren sich Hersteller z.T. denn auch gegen eine Erhöhung der Preistransparenz durch das Internet. Eine solche "Vernebelungs-Strategie" kann beispielsweise darin bestehen, viele verschiedene Produktvarianten und -modelle desselben Produkts anzubieten, was Preisvergleiche erschwert.⁵³ Auch der nachfolgend beschriebene Sachverhalt ist vor diesem Hintergrund zu betrachten: Ein grosser gemischter Weisswaren-Händler hat vor dem von der Electrolux AG angekündigten generellen Verbot von Internetverkäufen Produkte dieser Marke unter Angabe des Nettoverkaufspreises auf dem Internet angepriesen. Seit einiger Zeit wird für Produkte der Marke Electrolux auf der Internetseite des Händlers – im Gegensatz zu Produkten anderer Marken – kein Preis mehr angegeben. Es ist lediglich noch folgender Hinweis auf eine kostenpflichtige Telefonnummer ersichtlich: "Tagespreis 0848 822 434". Die Verkaufspreise werden also nicht mehr auf der Internetseite angegeben, wo sie auf den ersten Blick ersichtlich sind. Auf diese Weise wird einer Senkung der Suchkosten resp. einer Erhöhung der Preistransparenz durch das Internet entgegengewirkt. Die Produkte des Herstellers Miele werden seit Beginn des Jahres 2011 auf dieselbe Art und Weise "angepriesen". Als weiteres Indiz in diese Richtung kommt hinzu, dass gewisse Produkte beim Online-Shop eines grossen, bekannten Händlers gar nicht mehr online bestellt werden können.

99. Mittels solcher Praktiken werden die prokompetitiven Effekte des Online-Handels weitgehend zunichte gemacht. Die Vernebelung der Preisinformationen führt

dazu, dass die durch den Verkauf über das Internet erreichte Preistransparenz wieder eliminiert wird.

100. Dazu gilt es anzufügen, dass wenn Produkte in einem Online-Shop zum Verkauf angeboten werden, **der tatsächlich zu bezahlende Preis anzugeben ist**. Dies gebietet die Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211), welche statuiert, dass "...Für Waren, die dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden, [...] der tatsächlich zu bezahlende Preis in Schweizerfranken (Detailpreis) bekanntzugeben..." ist (Art. 3 Abs. 1) sowie bestimmt, dass "...Detail- und Grundpreise [...] leicht sichtbar und gut lesbar sein [müssen]..." und diese "...in Zahlen bekanntzugeben..." sind (Art. 8 Abs. 1). Diesen Vorschriften zufolge ist es als problematisch zu erachten, dass der Konsument den tatsächlich zu bezahlenden Preis (i) nicht leicht bzw. gar nicht sieht und (ii) diesen auch nicht ohne Weiteres erfahren kann. In diesem Sinne ist von Händlern und Herstellern zu fordern, dass sie keine Massnahmen treffen, mit welchen die Bekanntgabe von Verkaufspreisen auf dem Internet erschwert oder verunmöglicht wird.

101. Die Parteien bezweifeln die Aussagekraft der Ausführungen der WEKO zur Preistransparenz. Die V-Zug AG macht insbesondere geltend, dass Transparenz keinen Online-Handel voraussetze und nicht durch Online-Shops sondern durch den stationären Fachhandel geschaffen werde. Dem ist zu entgegnen, dass grundsätzlich beide Absatzkanäle zur Transparenz für die Konsumenten beitragen. Zu betonen ist jedoch, dass – wie vorstehend ausführlich dargelegt – die (Preis)Transparenz durch den Onlinevertrieb massiv erhöht wird.

102. Es kann vorerst festgehalten werden, dass die relativ tiefen Preise der Online-Händler und die durch den Online-Handel insgesamt erhöhte Preistransparenz den Wettbewerbsdruck im Markt erhöhen. Versuche der Anbieter, die durch den Online-Handel erhöhte Preistransparenz zu untergraben, sind als problematisch einzustufen.

103. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden wird nachfolgend noch kurz auf die Anreize der Hersteller zur Einschränkung des Online-Handels eingegangen. Wie oben gezeigt wurde, hat der Online-Handel das Potenzial, die Verkaufspreise resp. das Preisniveau der Produkte unter Druck zu setzen. Diese Tendenz zu einem tieferen Endverkaufspreis-Niveau spüren in einem ersten Schritt die Händler, welche die in Frage stehenden Produkte vertreiben. Eine Aufrechterhaltung eines gewissen Preisniveaus ist aber durchaus (auch) im Interesse der Hersteller: Solange nämlich der Druck auf die Endverkaufspreise gering ist, geraten auch Hersteller in der Regel ebenfalls weniger unter Preisdruck, denn verfügen die Händler über eine – aus ihrer Sicht – genügend grosse Marge,⁵⁴ dürften sie auch den Einstandspreis weniger in Frage stellen. Gerät nun das Preisniveau

⁵² Vgl. BROWN/GOOLSBEE (Fn 47).

⁵³ Vgl. ELLISON/FISHER ELLISON (Fn 48).

⁵⁴ Die Marge eines Händlers ist die Differenz zwischen Endverkaufspreis und Einstandspreis.

aufgrund des Online-Handels unter Druck, schlägt sich dies direkt in tieferen Margen der Händler nieder. Kommen die Margen der Händler auf diese Weise unter Druck, können die Händler versuchen, dieser Einbusse durch das Hinwirken auf tiefere Einstandspreise entgegenzutreten. Dies führt schliesslich zu einem Druck auf die Einstandspreise und damit auf die Margen der Hersteller.

104. Die V-Zug AG führt diesbezüglich aus dass: "Internet-Verkäufe [...] der Marke ZUG [schaden] und [...] unsere Position beim klassischen Fachhandel [beeinträchtigen]. Wiederverkäufer reduzieren deshalb unsere Gerätepräsenz in den Ausstellungen und/oder wechseln auf andere Produkte. Damit sind der Erfolg unseres Unternehmens, die Positionierung der Marke und Arbeitsplätze gefährdet."

105. Ein Indiz, dass der zunehmende Preisdruck bei den Endkundenpreisen zu einem Druck auf die Einstandspreise und damit auf die Margen der Hersteller führt, ist [...]. Vor diesem Hintergrund haben die Hersteller ein Interesse daran, gegen den aufkommenden Wettbewerbsdruck durch den Online-Handel, welcher tendenziell zu einem tieferen Preisniveau führt, entgegenzuwirken.

D.3.3.1.3. Beschränkung des passiven Verkaufs

106. Gemäss Ziffer 12 Abs. 2 Bst. c VertBek werden Abreden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems zum Gegenstand haben; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu untersagen, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben. Internetverkäufe gelten dabei nach Ziffer 3 VertBek grundsätzlich als passive Verkäufe.

107. In der Praxis der EU, welche in den Leitlinien festhält, dass es prinzipiell jedem Händler erlaubt sein muss, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen, wird eine eigene Website in der Regel als Form des passiven Verkaufs angesehen, denn damit werde den Kunden ein angemessenes Mittel zur Verfügung gestellt, den Händler zu erreichen. Wie die WEKO in der VertBek festgehalten hat, kommen die europäischen Regeln möglichst auch in der Schweiz zur Anwendung (Erw. VII).

108. Vor diesem Hintergrund ist das generelle und für sämtliche Wiederverkäufer unterschiedslos geltende Verbot, Produkte über das Internet zu verkaufen, als Beschränkung des passiven Verkaufs zu qualifizieren. Dies, weil ein solches Verbot Webseiten von Händlern uneingeschränkt erfasst und darüber hinaus auch keine Differenzierung nach den verschiedenen Kategorien von Händlern vorsieht, d.h. sowohl zu einem allfälligen selektiven Vertriebssystem zugelassene wie auch nicht zugelassene Händler erfasst werden.

109. Electrolux AG trägt in diesem Zusammenhang verschiedene Gründe vor, warum die vorstehend dargelegten Aspekte hinsichtlich der VertBek auf den konkreten Fall nicht anwendbar sein sollen. Electrolux AG führt insbesondere ins Feld, dass es vor der Publikation der VertBek keine Anzeichen dafür gegeben hätte, dass die

Behinderung des Onlinevertriebs unzulässig sein könnte. Dazu gilt es Folgendes zu sagen:

- Unter den Begriff "Passiver Verkauf" gemäss Ziffer 3 VertBek fällt 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.
- Ziffer 19 VertBek besagt einzig, dass Vereinbarungen, welche vor dem 1. August 2010 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen VertBek⁵⁵ (nachfolgend: aVertBek) entsprachen, vom Anwendungsbereich der neuen VertBek ausgenommen sind, wenn sie mit dieser nicht vereinbar sind.
- Fest steht auf jeden Fall, dass Internetverkäufe auch nach der aufgehobenen VertBek als passive Verkäufe qualifiziert worden wären, sodass ein entsprechendes Verbot keinesfalls mit der aVertBek vereinbar gewesen wäre.

110. Aus diesen Gründen ist ein generelles Verbot von Internetverkäufen in qualitativer Hinsicht gemäss Ziffer 12 Abs. 2 VertBek bereits dem Gegenstand nach als erhebliche Wettbewerbsabrede zu qualifizieren.

D.3.3.1.4. Fazit

111. Im Lichte des Voranstehenden kann festgehalten werden, dass die tendenziell tieferen Preise, welche im Online-Handel gegenüber dem stationären Fachhandel bezahlt werden und die durch den Online-Handel erhöhte Preistransparenz für die Konsumenten, einen disziplinierenden Effekt auf den stationären Handel ausüben. Dies wiederum führt dazu, dass das Preisniveau und damit die Margen für die Händler resp. Hersteller im Markt für Weisswaren-Grosshaushaltsgeräte unter Druck geraten. Ein Verbot des Online-Handelskanals würde im Ergebnis dazu führen, dass dieser Preisdruck wegfällt, was mit einem höheren (resp. nicht sinkenden) Preisniveau einhergehen dürfte. Der Ausschluss resp. die Einschränkung des Verkaufskanals Internet beeinträchtigt demnach den Wettbewerbsparameter Preis.

112. Somit ist bereits von daher davon auszugehen, dass ein generelles Verbot resp. eine Behinderung des Online-Handels in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend einzustufen ist. Darüber hinaus wurde dargelegt, dass es sich auch dem Gegenstand nach um qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne von Ziffer 12 Abs. 2 VertBek handelt.

⁵⁵ Siehe Bundesblatt 2007, S. 7597 ff. (abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/7597.pdf>).

D.3.3.2. Quantitative Kriterien

113. Nachfolgend wird die Frage geprüft, wie umfassend der Markt von einer Wettbewerbsabrede tangiert ist. Je marktumfassender die Wirkung einer Abrede, desto eher ist davon auszugehen, dass eine quantitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.⁵⁶ Bevor dies beurteilt werden kann, muss zuerst der relevante Markt abgegrenzt werden.

D.3.3.2.1. Relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt

114. 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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

115. Nach der Praxis der WEKO kann der Markt für Elektrogeräte in vier Teilmärkte unterteilt werden:⁵⁷

- Weisswaren (Gross- und Kleinhaushaltsgeräte)
- Braunwaren (Audio, Vision und Foto)
- Grauwaren (PC-Software/-Hardware, Spiele und Kommunikation)
- CDs/DVDs.

116. Anlässlich der vertieften Prüfung des Zusammenschlusses Coop/Fust hat die WEKO die vorstehende Marktabgrenzung präzisiert und ist dabei im Bereich der Weisswaren von folgenden Produktgruppen als zwei unterschiedliche relevante Märkte ausgegangen:

- Grosshaushaltsgeräte
- Kleinhaushaltsgeräte

117. Dies deshalb, weil sich die Geräte hinsichtlich ihrer Anschaffungswerte unterscheiden: Bei Kleinhaushaltsgeräten handelt es sich um Produkte der Preisklasse bis maximal CHF 200–300. Demgegenüber liegen die Einstiegspreise für Grosshaushaltsgeräte (Waschmaschinen, Trockner, Spülmaschinen etc.) in der Regel bei nicht unter CHF 600. Zudem werden Kleinhaushaltsgeräte von beinahe allen Konsumenten gekauft, während Grosshaushaltsgeräte z.B. in Mietwohnungen in der Regel vom Eigentümer zur Verfügung gestellt und angeschafft werden. Zielpublikum für Grosshaushaltsgeräte sind neben den Endverbrauchern dementsprechend zu einem guten Teil auch Wohneigentümer.⁵⁸

118. Der vorliegende Fall betrifft Grosshaushaltsgeräte wie Waschmaschinen, Trockner, Kühlschränke etc. Es ist davon auszugehen, dass der Markt für Weisswaren-Grosshaushaltsgeräte nach dem Bedarfsmarktkonzept weiter unterteilt werden müsste in Märkte für die einzelnen Gerätekategorien (Waschmaschinen, Geschirrspüler etc.). Da es auf das Resultat der vorliegenden Untersuchung aber keinen Einfluss hat, kann dies *in casu* offengelassen werden. Daher werden im Folgenden Weisswaren-Grosshaushaltsgeräte als Ganzes als relevanter sachlicher Markt betrachtet.

Räumlich relevanter Markt

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

120. In vorliegendem Fall sprechen folgende Umstände für eine nationale Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes:

- Unterschiedliche Normen: Die Norm-Breite für Grosshaushaltsgeräte in der Schweiz ist 55 cm (SMS-Norm), wohingegen in Europa die EURO-Norm von 60 cm (EN 1116) gilt. In der Schweiz sind Produkte beider Normen im Umlauf, wobei momentan rund 50 % der Geräte der SMS-Norm und ungefähr 50 % der EURO-Norm entsprechen.
- Unterschiedliche Spannung: In der Schweiz angebotene Elektrogeräte sind allgemein auf 230 Volt Spannung ausgerichtet. Haushaltsgeräte mit besonderer Heizleistung jedoch, wie z.B. Kochherde oder Backöfen sind im Unterschied zum Ausland auf eine Spannung von 400 Volt ausgerichtet.⁵⁹
- Gerätetypen/Lebensdauer: In der Schweiz verkaufte Geräte(typen) unterscheiden sich gemäss Aussagen von Electrolux z.T. von denjenigen, welche im Ausland verkauft werden. Die Geräte, welche für den Schweizer Markt hergestellt werden, scheinen insbesondere [...].
- Einbaugeräte: In der Schweiz werden neben freistehenden Geräten auch viele Einbaugeräte nachgefragt. Dies scheint im europäischen Ausland nicht gleichermassen der Fall zu sein.

121. Die oben genannten Gründe legen nahe, dass die Nachfrage nach Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten in der Schweiz im Unterschied zum umliegenden Ausland einige Besonderheiten aufweist. Die angebotenen Geräte/Sortimente in der Schweiz und im benachbarten Ausland unterscheiden sich denn auch teilweise. Ohne die Frage abschliessend zu beurteilen, wird deshalb vorliegend in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten ausgegangen.

D.3.3.2.2. Aktuelle und potenzielle Konkurrenz

122. Auf dem relevanten Markt sind im Wesentlichen folgende Anbieter tätig: Die Electrolux AG (mit den Marken Electrolux, AEG und Zanussi), die V-Zug AG (mit den Marken V-Zug, Sibir und Gehrige), die Miele AG, die Bauknecht AG (mit den Marken Bauknecht und Whirlpool), die Schulthess Maschinen AG und die Siemens-Bosch AG. Daneben gibt es noch eine Reihe kleinerer

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 37), Art. 5 KG N 230 ff.

⁵⁷ RPW 2008/3, 481 Rz 72, *Coop/Fust*.

⁵⁸ RPW 2008/3, 482 Rz 85, *Coop/Fust*.

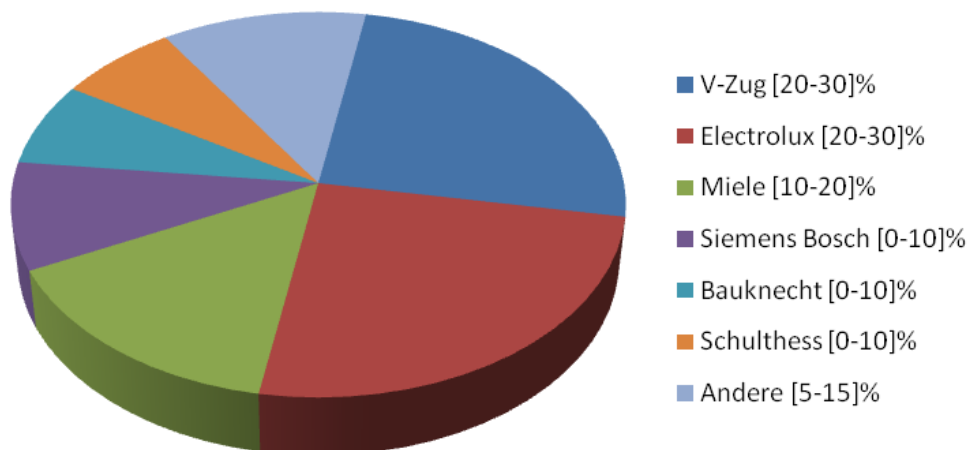
⁵⁹ Dem Betrieb eines auf 230 Volt ausgerichteten ausländischen Geräts in der Schweiz steht jedoch bei fachmännischer Montage an einen 400 Volt Anschluss nichts im Weg: ein solches Gerät bedarf insbesondere keiner technischen Umrüstung.

Anbieter, wie die Kenwood AG, die Fors-Liebherr AG und die Candy Hoover AG, doch bieten diese Unternehmen entweder nur bestimmte Produktkategorien an oder sind – im Vergleich mit den sechs grössten Unter-

nehmen – bezüglich der erzielten Umsätze bzw. der Marktanteile von eher untergeordneter Bedeutung.

Nachfolgende Grafik gibt eine Übersicht über die Marktanteile der verschiedenen Anbieter.

Abbildung 1: Marktanteile Anbieter von Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten



Quelle: Erhebungen des Sekretariats

123. Der Abbildung kann entnommen werden, dass die V-Zug AG und die Electrolux AG mit Marktanteilen von je [20–30] % Marktführer sind, gefolgt von der Miele AG mit [10-20] % und der Siemens Bosch AG sowie der Bauknecht AG, mit je [0-10] %. Es ist anzunehmen, dass die V-Zug AG resp. die Electrolux AG in einzelnen Produktsegmenten (wie Waschautomaten, Kochfelder, Kühlschränke etc.) höhere Marktanteile aufweisen als über den gesamten Bereich der Grosshaushaltsgeräte betrachtet (Vgl. auch Rz 118).

124. Betreffend der Marktanteile ist Folgendes anzufügen:

- Gemäss der Ziffer 13 Abs. 1 VertBek führen "Wettbewerbsabreden [...] 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." Diese de-minimis Schwelle wird sowohl von der Electrolux AG als auch von der V-Zug AG klar überschritten.
- In der ökonomischen Literatur ist weitgehend unbestritten, dass vertikale Restriktionen insbesondere dann schädlich sein können, wenn die beteiligten Unternehmen Marktmacht haben.⁶⁰ Mit den oben erwähnten Marktanteilen der V-Zug AG und der Elektrolux AG ist davon auszugehen, dass die beiden Unternehmen bereits einzeln über eine starke Stellung im Markt verfügen und es durch die Restriktionen des Online-Handels zu Auswirkungen im Markt kommt.

125. Gestützt auf die Marktstatistik des Fachverbandes für Haushalt und Gewerbe Schweiz (FEA) für die Jahre 2008 und 2009,⁶¹ welche Auskunft über die verkauften Stückzahlen gibt, ist die Marktentwicklung bei Grosshaushaltsgeräten rückläufig. Diese Entwicklung wird durch einen leichten Rückgang im Wohnungsbau dokumentiert, und zwar sowohl im Neubau- als auch im Renovationsmarkt. Der Absatz von Grosshaushaltsgeräten ist aber in der jüngsten Vergangenheit wieder etwas gewachsen. Der Markt für Grosshaushaltsgeräte ist somit als gesättigt bis leicht wachsend zu betrachten.

126. Im Markt für Weisswaren-Grosshaushaltsgeräte kam es in den letzten fünf Jahren zu keinen Markteintritten. Gemäss der Electrolux AG sind in der Schweiz bereits viele namhafte Anbieter vertreten. Es könne aber aufgrund von Markteintritten in [europäischen Ländern] auch in der Schweiz in Zukunft mit Marktzutritten gerechnet werden. [...]. Selbst wenn die Aussage der Electrolux AG zutreffen sollte, ist aufgrund der starken Marktstellung der führenden Anbieter einschränkend zu erwähnen, dass sich die Marktverhältnisse durch einen möglichen neuen Mitbewerber – wenn überhaupt – erst längerfristig verändern dürften.

⁶⁰ Vgl. z.B. MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, 2004, 302 ff. Motta schlägt diesbezüglich aus praktischen Gründen vor, vertikale Restriktionen dann genauer zu untersuchen, wenn ein beteiligtes Unternehmen Marktanteile von 20-30 % hat (MOTTA, Competition Policy, 377 f.).

⁶¹ Die Statistiken sind abrufbar unter: <http://www.fea.ch>.

127. Aufgrund der beschriebenen Marktanteile der Electrolux AG und der V-Zug AG und der relativ stabilen Situation auf dem Markt ist davon auszugehen, dass das Verbot resp. die Beschränkungen des Online-Handels Auswirkungen auf den in Frage stehenden Markt haben.

128. Erschwerend kommt in vorliegendem Fall hinzu, dass die Electrolux AG und die V-Zug AG in zeitlicher Nähe beide eine Einschränkung des Online-Handels mit ähnlichen Auswirkungen implementieren wollten. Die beiden Marktführer haben beide ein generelles Verbot von Internetverkäufen resp. deren Behinderung angekündigt. Diese beiden Anbieter bedienen gut 50 % des relevanten Marktes mit Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten (siehe Rz 113 f. hiervor).

129. Gemäss Ziffer 13 Abs. 2 VertBek liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30% des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden. *In casu* wird der relevante Markt von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt, deren Marktanteil insgesamt gut 50 % beträgt. Die Unerheblichkeits-Schwelle, welche in der VertBek statuiert wird, ist also *in casu* deutlich überschritten.

130. Aufgrund des Voranstehenden, insbesondere der zeitnahen Einführung vertikaler Beschränkungen durch die beiden Marktführer, welche beide den Vertrieb über den Online-Handel ausschliessen resp. einschränken wollten, kann von erheblichen, kumulativen Auswirkungen auf den relevanten Markt ausgegangen werden.

131. Nicht auszuschliessen ist ferner, dass das Vorgehen der beiden Marktführer Electrolux AG und V-Zug AG – ohne Eingriff der WEKO – Signalwirkung auf weitere Anbieter der Branche gehabt hätte. Dies indiziert der Umstand, dass im Verlaufe dieser Untersuchung weitere in der Schweiz tätige Anbieter dem Sekretariat neue resp. überarbeitete Vertriebssysteme zur Prüfung vorgelegt haben, welche grundsätzlich ähnliche Auswirkungen zeitigen können wie die in Frage stehenden Abreden.

Exkurs: Kumulative Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme

132. Es scheint sich um eine branchenweite Tendenz zu handeln, Grosshaushaltsgeräte vermehrt über selektive Vertriebssysteme zu vertreiben. Es stellt sich somit die Frage, ob und inwiefern mehrere, nebeneinander bestehende selektive Vertriebssysteme Auswirkungen auf den relevanten Markt haben können.

133. Die Europäische Kommission hat sich mit dieser Frage auseinandergesetzt und in den Leitlinien dargelegt, ob und wann kumulative Wirkungen von mehreren selektiven Vertriebssystemen in ein und demselben Markt als problematisch erachtet werden. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass, wenn die meisten grossen Anbieter ihre Produkte selektiv vertreiben, ein erheblicher Verlust an markeninternem Wettbewerb zu befürchten ist, der zur Folge haben kann, dass bestimmte Kategorien von Händlern vom Markt ausgeschlossen werden und das Risiko der Kollusion zwischen den grössten Anbietern erhöht wird. In den Leitlinien wird weiter festgehalten, dass der selektive Vertrieb ein besonders geeignetes Mittel ist, um dem Wettbe-

werbsdruck zu entgehen, den Discountbetriebe (ob Offline- oder Online) auf die Gewinnspannen des Herstellers und der Vertragshändler ausüben. Der Ausschluss solcher Vertriebsmethoden, ob aufgrund kumulativer Anwendung des selektiven Vertriebs oder aufgrund dessen Anwendung durch einen einzelnen Anbieter mit einem Marktanteil von über 30 %, reduziert die Möglichkeiten der Verbraucher, die mit diesen Vertriebsmethoden verbundenen Vorteile wie niedrigere Preise, mehr Transparenz und besserer Zugang in Anspruch zu nehmen.

134. Die Leitlinien besagen, dass wenn sich aus selektiven Vertriebssystemen, die jedes für sich genommen nach der GVO freigestellt sind, kumulative Wirkungen ergeben, der Entzug der Freistellung oder eine Erklärung der Nichtanwendung der GVO erwogen werden kann. Eine kumulative Wirkung ist dabei dann wahrscheinlich, wenn

- solche Systeme mehr als 50 % eines Marktes abdecken und
- die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieter über 50 % liegt.

135. Werden diese beiden Schwellen erreicht, gilt es zu würdigen, ob die fünf grössten Anbieter ihre Produkte über ein selektives Vertriebssystem absetzen. Je stärker die Wettbewerber sind, die sich nicht des selektiven Vertriebs bedienen, desto unwahrscheinlicher ist der Ausschluss anderer Vertriebshändler vom Markt. Setzen alle fünf Anbieter auf selektiven Vertrieb, können insbesondere Vereinbarungen, bei denen quantitative Kriterien zum Tragen kommen und die Zahl der Vertragshändler unmittelbar begrenzen oder die qualitative Kriterien anlegen (z.B. die Bedingung, dass der Händler über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen muss), was den Ausschluss bestimmter Vertriebsmethoden bewirkt, Probleme für den Wettbewerb bereiten.

136. Die Freistellungsvoraussetzungen gemäss Artikel 101 Absatz 3 AEUV sind gemäss den Leitlinien in der Regel nicht erfüllt, wenn die fraglichen Selektivvertriebssysteme den Marktzugang neuer Vertriebshändler (insbesondere Discounter oder reine Internethändler, die den Verbrauchern niedrigere Preise anbieten), die in der Lage sind, die fraglichen Produkte angemessen zu verkaufen, verwehren und dadurch den Vertrieb zugunsten bestimmter bestehender Kanäle und zum Schaden der Endverbraucher einschränken.

137. Vor diesem Hintergrund und übertragen auf den vorliegenden Fall sind beide vorstehend erläuterten Schwellen erfüllt: Einerseits decken die selektiven Vertriebssysteme der Electrolux AG und der V-Zug AG zusammen mehr als 50 % des relevanten Marktes ab und andererseits übersteigt die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieter im Markt die 50 %-Marke (siehe Rz 113 f. hiervor).

138. Da vorliegend beide Schwellen erreicht sind, gilt es zu prüfen, ob sämtliche der fünf grössten Anbieter im Markt ihre Produkte über ein selektives Vertriebssystem vertreiben und wie die Stellung derjenigen Anbieter zu würdigen ist, die über kein selektives Vertriebssystem verfügen. Nach dem derzeitigen Kenntnisstand verfügt – neben der Electrolux AG und der V-Zug AG – auch die

[...] über ein selektives Vertriebssystem. Die [...], welche ihre Produkte nicht selektiv vertreiben. Deren Marktanteile sind jedoch, sowohl einzeln wie auch kombiniert betrachtet, im Vergleich zu denjenigen der Marktführer deutlich geringer: Den Marktanteilen der nicht selektiv vertreibenden [...] von [...] stehen die deutlich höheren individuellen Marktanteile der selektiv vertreibenden Electrolux AG [20–30 %], V-Zug AG [20–30 %] und [...] gegenüber. Zudem vereinigen die [...] und die [...] gemeinsam [...] der Marktanteile auf sich, während dem der gemeinsame Marktanteil der Electrolux AG, der V-Zug AG und der [...] [50-80 %] beträgt. Dies zeigt, dass die Stellung der [...] und der [...] im relevanten Markt als eher schwach einzustufen ist.

139. Diese Gründe lassen klar darauf schliessen, dass – nach europäischer Praxis – die in Frage stehenden kumulativen Auswirkungen von selektiven Vertriebssystemen als wettbewerbsrechtlich problematisch eingestuft würden. Hält man sich nun die entsprechenden Regelungen in der Schweiz vor Augen, so wird ersichtlich, dass die vorstehende Einschätzung umso mehr auf den vorliegenden Fall zutrifft (siehe Rz 129 hiavor). Hervorzuheben gilt es zudem, dass es sich bei der Electrolux AG und der V-Zug AG um die beiden Marktführer handelt.

D.3.3.2.3. Fazit

140. Aufgrund der Marktanteile der Electrolux AG und der V-Zug AG von einzeln je [20–30] % und der kumulativen Auswirkungen gleichartiger, nebeneinander stehenden Beschränkung des Online-Handels, welche gut 50 % des relevanten Marktes abdecken, kann es als gegeben betrachtet werden, dass *in casu* quantitativ schwerwiegende Abreden vorliegen.

D.3.3.3. Zwischenergebnis

141. Die Parteien machen geltend, es liege keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. V-Zug begründet dies im Wesentlichen damit, dass die von der WEKO festgestellten negativen Auswirkungen auf den Online-Handel sich nur auf ein generelles Verbot von Internetverkäufen beziehen würden (Rz 52 ff.). Dem ist zu entgegnen, dass sich die von der WEKO festgestellten Auswirkungen – wie Eingangs erwähnt (Rz 44) – auch auf Beschränkungen des Online-Handels beziehen. Zudem beabsichtigte die V-Zug erwiesenermassen ebenfalls die Einführung eines generellen Verbotes von Online-Verkäufen (Rz 33).

142. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsabreden nicht zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, diese jedoch den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigen. In qualitativer Hinsicht fällt dabei ins Gewicht, dass mit der Beschränkung resp. dem Ausschluss des Online-Handels ein besonders preiskompetitiver Verkaufskanal vom Wettbewerb ausgenommen wird. Zudem nimmt durch die Beschränkung resp. den Ausschluss des Vertriebskanals Internet die Preistransparenz für die Endkonsumenten ab. Diese beiden Umstände haben einen negativen Einfluss auf den Wettbewerbsdruck und auf das Preisniveau im

Markt. Unabhängig davon, fällt erschwerend ins Gewicht, dass die Wettbewerbsabreden gemäss Ziffer 12 Abs. 2 VertBek dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend einzustufen sind. Auch in quantitativer Hinsicht sind die Abreden aufgrund der hohen Marktanteile und der damit verbundenen starken Marktstellung der Electrolux AG resp. der V-Zug AG als schwerwiegend einzustufen. Darüber hinaus bestehen die beschriebenen Wettbewerbsabreden auf demselben Markt parallel nebeneinander und betreffen insgesamt Marktanteile von rund 50 %.

D.3.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

143. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

144. In Ziffer 16 Abs. 4 VertBek sind u.a. folgende mögliche Rechtfertigungsgründe aufgeführt, welche vorliegend von Belang sein könnten:

- a) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- b) 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).

145. 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 oder -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden, welche dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren sind (Ziffer 12 Abs. 2 VertBek) und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Eine solche kumulative Marktauswirkung ist *in casu* gegeben, da die beiden Marktführer Electrolux AG und V-Zug AG beide den Online-Handel beschränken. Diese beiden Unternehmen verfügen zusammen über Marktanteile von rund 50 %. Überdies verfügen diese beiden Unternehmen je einzeln bereits über Marktanteile von gegen 30 % und die vorliegenden Abreden sind dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend einzustufen. Im vorliegenden Fall gilt es deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

D.3.4.1. Rechtfertigungsgründe

146. Die Parteien haben *in casu* im Wesentlichen vorgebracht, aus Imagegründen und aufgrund des Trittbrettfahrerproblems ein rein qualitatives selektives Vertriebssystem eingeführt zu haben. Von Trittbrettfahrerproblem oder *Freeriding* spricht man, wenn gewisse Händler von Leistungen (wie bspw. Präsentation und Beratung) anderer Händler profitieren können, ohne diese selber auch anzubieten.⁶² Vorliegend wurde von den Parteien insbesondere vorgebracht, Kunden liessen sich vor dem Kauf eines Grosshaushaltsgeräts kostenlos beim stationären Fachhandel von geschultem Personal beraten und würden anschliessend die Ware bei (reinen) Online-Händlern, welche keine solchen Dienstleistungen anbieten würden, günstiger beziehen.

147. Die V-Zug AG macht weiter geltend, dass nicht betreute Verkäufe einen nicht zu unterschätzenden Mehraufwand generieren und eine gewisse Gefahr für die Gesundheit der Konsumenten darstellen würden.

148. Auf die Vorbringen der Parteien wird nachfolgend eingegangen. Zuerst wird analysiert, inwiefern ein Trittbrettfahrer-Problem zwischen Online- und stationären Händlern besteht und anschliessend wird summarisch auf die selektiven Vertriebssysteme der beiden Anbieter eingegangen. Schliesslich wird das Vorbringen der V-Zug AG im Zusammenhang mit unbetreuten Käufen kurz beleuchtet.

D.3.4.1.1. Trittbrettfahrer-Problematik

149. Freeriding im Zusammenhang mit Beratungsdienstleistungen und Verkaufsbemühungen bedarf als Rechtfertigungsgrund bei Gütern wie Grosshaushaltsgeräten einer näheren Betrachtung. Dies deshalb, weil das Trittbrettfahrerproblem eher in Märkten anzutreffen ist, in welchen häufig neue Produktvarianten eingeführt werden. Dies ist im Bereich der Grosshaushaltsgeräte der Fall. Darüber hinaus handelt es sich bei diesen Geräten um z.T. komplexe,⁶³ langlebige Güter mit einer Lebensdauer von ungefähr 10–15 Jahren. Diese Umstände führen dazu, dass der Informationsstand eines durchschnittlichen Kunden bezüglich Grosshaushaltsgeräten in der Regel eher gering ausfallen dürfte und eine gewisse Nachfrage nach Beratungsdienstleistungen besteht. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, muss das Trittbrettfahrer-Problem in vorliegendem Fall differenziert betrachtet werden.

150. Zunächst einmal haben nicht alle Kunden dasselbe Bedürfnis nach Produktberatung und physischer Produktpräsentation. Hier ist in erster Linie an "professionelle" Kunden wie Baufirmen/Generalunternehmen und Architekten/Planer oder grössere Immobiliengesellschaften und -verwaltungen zu denken, welche regelmässig Mietobjekte für Private oder Geschäftsliegenschaften mit Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten ausstatten. Diejenigen Personen, welche bei solchen Unternehmen in die Beschaffung von Grosshaushaltsgeräten involviert sind, kommen von Berufs wegen immer wieder mit Grosshaushaltsgeräten in Berührung und verfügen sicherlich über einen höheren Informationsstand als "normale" Endkonsumenten. Diese "professionelle" Kundengruppe, welche einen beträchtlichen Teil der in der Schweiz abgesetzten Grosshaushaltsgeräte beziehen dürfte, wird

in der Regel keine hohe Nachfrage nach Beratung und physischer Präsentation haben und wird in der Regel auch von auf diese Kundengruppe spezialisierten Händlern betreut.⁶⁴ Es ist davon auszugehen, dass neben den erwähnten "professionellen" Kunden, weitere Bezüger von Grosshaushaltsgeräten existieren, welche eher geringe Beratungsdienstleistungen nachfragen.

151. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine grosse Anzahl Endverbraucher nie in den Genuss einer Produktberatung kommt. Hierbei handelt es sich primär um jene Personen, welche als Mieter eine Wohnung oder ein Haus beziehen,⁶⁵ oder um solche, welche bereits fertig gestellte Immobilien im Eigentum erwerben. Beim Bezug der Wohnung resp. des Hauses werden dem Endverbraucher die eingebauten Grosshaushaltsgeräte, auf deren Auswahl er keinen Einfluss nehmen konnte, in der Regel von niemandem erklärt. Dies stellt in Frage, ob eine Produktberatung zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs von Weisswaren-Grosshaushaltsgeräten tatsächlich erforderlich ist.

152. Darüber hinaus bieten die Parteien – unabhängig von den Fachhändlern – Beratung und eine Präsentation ihrer Produkte in Showrooms/Kundencentern an verschiedenen Standorten in der Schweiz an. Beide Hersteller betreiben über die ganze Schweiz verteilt je ungefähr zehn solche Ausstellungen. Kunden, welche sich in einer solchen Hersteller-Ausstellung die Produkte anschauen und sich beraten lassen, beziehen Geräte anschliessend unter Umständen bei einem stationären Fachhändler ihrer Wahl oder bei einem Online-Händler. In solchen Fällen kann aber nicht von einem Trittbrettfahren der Online-Händler auf Dienstleistungen von stationären Fachhändlern gesprochen werden, da die Beratung und Präsentation in diesem Fall vom Hersteller selber angeboten wird. Neben den Ausstellungsräumen bieten die Hersteller auch online z.T. umfassende Beratung und Informationen zu ihren Produkten an.

153. Weiter zeigt eine genauere Betrachtung, dass die Ansicht, Online-Händler würden auf den Verkaufsbemühungen der stationären Fachhändler freeriden, eine eindimensionale ist, welche der Realität nicht vollumfänglich gerecht wird. Vielmehr informieren sich Konsumenten z.T. zuerst online, bevor sie in einem stationären

⁶² Die Leistungen werden in einem solchen Fall zu einem öffentlichen Gut, d.h. es kann kein Marktteilnehmer von dessen "Konsum" ausgeschlossen werden. Vgl. zum Ganzen zum Beispiel MOTTA (Fn 60), 313 ff. oder MARINA LAO, Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues, in: Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2/Summer 2010, 473-512.

⁶³ Dies gilt nicht für alle Typen von Grosshaushaltsgeräten. Ein Tiefkühler oder ein einfaches Standard-Kochfeld dürften in der Benutzung weniger komplex sein.

⁶⁴ Selbstverständlich können sich auch die "professionellen" Kunden im Vorfeld eines Gerätebezugs im Internet über die aktuellen Preise ins Bild setzen.

⁶⁵ Die Wohneigentumsquote beträgt in der Schweiz 34.6 % (vgl. Bundesamt für Statistik; www.bfs.admin.ch).

Geschäft ein Produkt erwerben. Eine umfassende empirische Studie der Universität Köln hat solche Wechselwirkungen untersucht/quantifiziert und kommt zu folgenden Hauptergebnissen:⁶⁶

- Bei über 27 % der Bestellungen (oder 39 % des Umsatzes) in Online-Shops wurde vor dem Kauf der stationäre Handel aufgesucht, um weitere Informationen zum Produkt einzuholen.
- Bei gut 23 % der Käufe (oder über 32 % des Umsatzes) im stationären Handel wurden vor dem Kauf weitere Informationen zum Produkt in Online-Shops eingeholt.

154. Dies zeigt, dass beträchtliche gegenseitige Wechselwirkungen zwischen dem stationären- und dem Online-Handel bestehen. Die Freeriding-Problematik ist demnach nicht einfach einseitig, sondern besteht in beide Richtungen. Betrachtet man den Bereich Haushalt (Elektrogeräte, Möbel etc.) im Speziellen, so sind die beschriebenen Wechselwirkungen gemäss der erwähnten Studie noch grösser:

- Bei über 32 % der Bestellungen in Online-Shops wurde vor dem Kauf der stationäre Handel aufgesucht, um weitere Informationen zum Produkt einzuholen.
- Bei 39 % der Käufe im stationären Handel wurden vor dem Kauf weitere Informationen zum Produkt in Online-Shops eingeholt.

155. Die Studie der Universität Köln zeigt zudem, dass über einen Online-Shop erhebliche Kaufimpulse für andere Vertriebskanäle ausgelöst werden. Auch eine vom Verband des Schweizerischen Versandhandels (VSV) in Auftrag gegebene Studie zum Schweizer Online- und Distanzhandel führt aus, dass die Zuordnung des Kaufimpulses (online-offline-stationär) immer schwieriger wird.⁶⁷

156. Diese Erkenntnisse werden gestützt durch eine Vielzahl weiterer Studien. So stellten beispielsweise 36 % der Einwohner der EU Preisvergleiche im Internet an und 10 % kauften ein gewünschtes Produkt anschliessend in einem stationären Geschäft.⁶⁸ Oder gemäss einer Untersuchung von Forrester Research im Jahr 2009 haben sich 70 % der Onlinekunden im Internet über ein Produkt informiert und es danach im stationären Fachhandel erworben.⁶⁹ Zu ähnlichen Ergebnissen gelangte auch eine im Bereich von Möbeln und Haushaltsgeräten durchgeführte Studie aus den USA (vgl. Rz 13 hiervor). Danach informieren sich 81 % der Befragten vor dem Kauf online. Davon wiederum kaufen 50 % anschliessend im stationären Handel ein.⁷⁰

157. Die Liste solcher Studien und Untersuchungen, welche die erwähnten, gegenseitigen Wechselwirkungen beschreiben, liesse sich fast beliebig erweitern.⁷¹ Dies unterstreicht die Tatsache, dass ein grosser Anteil der Konsumenten vor und beim Kauf von Produkten sowohl den Online-Kanal als auch den stationären Handel beansprucht.

158. Zu den gegenseitigen Wechselwirkungen äusserte sich ein grösserer französischer Händler von elektronischen Produkten wie folgt: *"Le développement du site [internet] favorise celui des magasins et inversement. À*

*l'inverse, lorsque nous avons ouvert le magasin de Strasbourg en septembre 2001, les ventes du site, dans le Bas-Rhin, sont passées de 1,8 à 3,4 % des ventes totales", und weiter: "Il y a une véritable relation entre le site et les magasins. Ainsi, à l'ouverture du site, l'activité du magasin a connu une rupture positive de croissance de 10 %".*⁷²

159. Die vorangehenden Erläuterungen haben gezeigt, dass nicht einfach von einem einseitigen Trittbrettfahren von Online-Händlern gesprochen werden kann. Vielmehr bestehen zwischen dem Online- und dem stationären Verkaufskanal gegenseitige Wechselwirkungen. Die beiden Verkaufskanäle werden von einem Teil der Konsumenten also komplementär genutzt.

160. Schliesslich muss auch die Frage aufgeworfen werden, ob ein potenzieller Kunde, falls er dies wünscht, im stationären Fachhandel wirklich in jedem Fall eine kompetente Beratung genießt. Eigene Recherchen von Sekretariats-Mitarbeitern in Filialen grosser Händler zeigen, dass nicht in jedem Fall eine kompetente und umfassende Beratung im Hinblick auf den Erwerb eines Grosshaushaltsgeräts der Marken V-Zug und Electrolux erbracht wird. Die Beratung war zum Teil sehr dürftig, in einem Fall wurde sogar explizit auf das Internet als alternatives Informationsmedium hingewiesen.

161. Die Parteien machen geltend, dass – sollten erhebliche Wettbewerbsabreden vorliegen – diese mit dem Trittbrettfahrerproblem gerechtfertigt werden könnten.

162. Im Lichte des Voranstehenden kann jedoch grundsätzlich festgehalten werden, dass eine Beschränkung resp. ein Verbot des Online-Handels mit dem Argument des Trittbrettfahrens nur bedingt rechtfertigbar ist. Zudem scheint ein Verbot des Online-Handels nicht das

⁶⁶ VAN BAAL/HUDETZ (Fn 9).

⁶⁷ VERBAND DES SCHWEIZERISCHEN VERSANDHANDELS/GfK, Der Schweizer Online- und Distanzhandel 2009, Meilen/Hergiswil 2010.

⁶⁸ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Report on cross-border e-commerce in the EU, 2009, 9, http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/ctf_get_document.cfm?doc_id=2277 (13.4.2011).

⁶⁹ FORRESTER RESEARCH, Profiling the Multichannel Consumer, 2009, zit. in: Ebay, eBay Response to the Public Consultation on the European Commission's Review of the Vertical Restraints Regulation and Guidelines, 2009, 20, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/ebay_en.pdf (13.4.2011).

⁷⁰ www.pricegrabber.com (Fn 10).

⁷¹ Für einen Überblick vgl. LAO (Fn 62); GREGORY T. GUNDLACH/KENNETH MANNING/JOSEPH P. CANNON, Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from Marketing Research and Practice, in: Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2, Summer 2010, 381-422, 392 ff.

⁷² Zit. in: JEANNE LUBEK, Les effets économiques de la distribution par Internet. Point de vue de l'économiste, in: Concurrences, No. 1, 2011.

geeignetste und mildeste Mittel⁷³ zu sein, einem allfälligen Trittbrettfahrerproblem Herr zu werden. So wäre es bspw. denkbar, dass Aufwendungen, welche stationäre Fachhändler erbringen, mit einem fixen Betrag abgegolten werden.⁷⁴ Im vorliegenden Fall muss dies jedoch nicht abschliessend beurteilt werden, da die vorgesehenen einvernehmlichen Regelungen (vgl. Rz 189) zwischen dem Sekretariat und der Electrolux AG resp. der V-Zug AG – im Einklang mit den einschlägigen europäischen Vorschriften – insbesondere vorsehen, dass

- ein Hersteller im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems von seinen Händlern verlangen kann, dass diese ein stationäres Fachgeschäft betreiben und
- ein Hersteller an die Online-Präsentation der Produkte gewisse Vorschriften machen kann.

163. Durch dieses Erfordernisse ist sichergestellt, dass nur zum selektiven Vertrieb zugelassene Händler – von denen angenommen wird, dass sie im Hinblick auf den Verkauf von Produkten einer Marke gewisse Leistungen erbringen – die Produkte auch online anbieten können. Wenn alle zugelassenen Händler ein stationäres Fachgeschäft betreiben müssen und demnach sämtliche Händler auch die Kosten einer physischen Ausstellung und Beratung zu tragen haben, kann nicht mehr von (unfairem) Freeriding zwischen Online- und stationären Händlern gesprochen werden.⁷⁵

D.3.4.1.2. Selektiver Vertrieb

164. Als Begründung für ihre Vorgehensweisen führten sowohl die Electrolux AG als auch die V-Zug AG an, ein (rein qualitatives) Selektivvertriebssystem für den Vertrieb ihrer Produkte eingeführt zu haben. Gemäss der Electrolux AG funktioniert das selektive Vertriebssystem nur, wenn keine Online-Verkäufe möglich sind. Die V-Zug AG stellte ihr Vertriebssystem so um, dass (reine) Online-Händler die für eine Belieferung erforderliche Punktzahl kaum erreichen konnten (vgl. Rz 7). Auch von der V-Zug AG wurde ursprünglich geltend gemacht, dass die aufgestellten Kriterien beim Verkauf über das Internet nicht erfüllt werden könnten. Im Wesentlichen wurden von den Parteien folgende Argumente für die Notwendigkeit eines selektiven Vertriebs vorgebracht:⁷⁶

- Fachkundige Beratung (durch geschultes Personal);
- Möglichkeit der physischen Besichtigung der Geräte in einer Ausstellung;
- Lieferung und fachmännische Montage vor Ort beim Kunden. Dies sei – je nach Geräteart – vor dem Hintergrund des korrekten Anschlusses an Wasser und das (Stark-)Stromnetz wichtig;
- Wartung und Service bei Gerätedefekten (Austausch defekter Geräte innert kurzer Zeit);
- Die vier oben genannten Punkte seien für die Erhaltung des guten Marken-Images wichtig. Negative Erfahrungen bei Beratung und/oder Installation etc. würden auf die Marke zurückfallen und dieser schaden.

165. Da die vorliegende Untersuchung die Frage der wettbewerbsrechtlichen Behandlung des Online-Handels zum Gegenstand hat, wird *in casu* keine wettbewerbs-

rechtliche Beurteilung der integralen, von den Parteien neu eingeführten, selektiven Vertriebssystemen abgegeben. Angesichts des Umstandes, dass die Parteien mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung betreffend die Online-Kriterien ihres jeweiligen (selektiven) Vertriebssystems abgeschlossen haben (siehe Rz 189) und im Anschluss daran, die Systeme der einvernehmlichen Regelung angepasst haben, ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Kriterien betreffend den Online-Handel der (selektiven) Vertriebssysteme der Parteien als kartellrechtlich zulässig zu betrachten sind.

166. Trotzdem werden nachfolgend zwei Voraussetzungen rund um den rein qualitativen selektiven Vertrieb beleuchtet, welche aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als problematisch zu betrachten sind. Doch davor werden die entsprechenden einschlägigen Bestimmungen erläutert.

167. Als selektive Vertriebssysteme werden gemäss Ziff. 4 VertBek Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern bezeichnet, wonach der Lieferant die Vertragswaren oder –dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden und diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiterverkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

168. Um ein rein qualitatives Vertriebssystem handelt es sich nach Ziff. 4 Abs. 2 VertBek dann, wenn die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts – z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte – richten.

169. Innerhalb eines selektiven Vertriebssystem ist es zulässig, den Händlern gewisse Beschränkungen beim Produktevertrieb aufzuerlegen. So kann z.B. eine Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch Mitglieder des selektiven Vertriebssystems zulässig sein (vgl. Ziffer 12 Abs. 2 VertBek).

170. Rein qualitative selektive Vertriebssysteme führen gemäss Ziff. 8 Abs. 4 VertBek zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sofern kumulativ folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- (i) Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;
- (ii) Die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden;

⁷³ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 37), Art. 5 KG N 342.

⁷⁴ Vgl. Rz 52 Bst. d der Leitlinien (Fn 19).

⁷⁵ Vgl. hierzu auch PHILIP MARSDEN/PETER WHELAN, Selective Distribution in the Age of Online Retail, in: European Competition Law Review, Vol. 31, No. 1, 2010, 26-37.

⁷⁶ Electrolux macht zusätzlich geltend, dass [...].

(iii) Die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

171. Zu betonen ist an dieser Stelle, dass ein selektives Vertriebssystem (sei es ein rein qualitatives oder nicht) keinesfalls Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 4 KG, noch Regelungen, welche nach Ziffer 12 Abs. 2 VertBek als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden (was vorliegend der Fall ist), enthalten darf. Solche Wettbewerbsbeschränkungen würden – unabhängig vom Vorliegen eines selektiven Vertriebssystems – nach Art. 5. Abs. 4 resp. Art. 5 Abs. 1 KG untersucht. In anderen Worten kann ein selektives Vertriebssystem in keinem Fall eine sog. Hardcore-Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen.

172. Die WEKO hatte sich in der jüngsten Vergangenheit im Fall Gaba mit der Problematik von selektiven Vertriebssystemen zu befassen. Dabei hielt die WEKO – in Anlehnung an die bisherige Praxis der europäischen Behörden – fest, dass selektive Vertriebssysteme insbesondere bei Prestige- und Luxusgütern, bei technisch hoch stehenden Produkten oder bei Produkten, die besondere Fachkenntnisse bedingen, üblich sind.⁷⁷

173. Nachstehend werden einige Aspekte bezüglich der vorgängig genannten Voraussetzungen (i) und (ii) für das Vorliegen eines unerheblichen rein qualitativen Selektivvertriebs nach Ziffer 14 VertBek aufgegriffen. Damit soll insbesondere aufgezeigt werden, dass ein rein qualitatives selektives Vertriebssystem aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bestimmten Anforderungen zu genügen hat.

Ad (i): Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern

174. Wie bereits vorstehend angetönt (siehe Rz 172) und im Rahmen der Trittbrettfahrerproblematik erwähnt (vgl. Rz 149 ff.), eignen sich u.a. technisch komplexe Geräte, für welche durchaus eine Beratungsnachfrage bestehen kann, für den rein qualitativen Selektivvertrieb. Diesbezüglich werden nachfolgend exemplarisch zwei problematische Punkte aufgezeigt.

175. Vertrieb von Produkten verschiedener Marken: Vertriebt ein Unternehmen technisch vergleichbare Produkte verschiedener Marken und in verschiedenen Preissegmenten, ist nicht einzusehen, weshalb der Hersteller für die Produkte im höheren Preissegment die Notwendigkeit des selektiven Vertriebssystems mit der Begründung geltend macht, dass dieses für die Wahrung der (Produkt-)Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs erforderlich sei. Mit anderen Worten ausgedrückt: Wenn ein Hersteller für technisch vergleichbare Produkte verschiedener Marken unterschiedliche Vertriebssysteme vorsieht, so vermag alleine das Argument, dass lediglich die im höheren Preissegment positionierten Produkte eines selektiven Vertriebssystems bedürfen, nicht zu genügen, wenn die Produkte beider Marken in technischer Hinsicht und hinsichtlich der Gewährleistung des richtigen Gebrauchs nicht oder kaum voneinander abweichen.

176. Unterschiede Schweiz/Ausland: Problematisch ist ferner der Umstand, dass ein Hersteller Produkte in der Schweiz selektiv vertreibt, im Ausland jedoch nicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei den fraglichen

Produkten um identische oder zumindest sehr ähnliche handelt.

Ad (ii): Die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden

177. Neben dem Umstand, dass Zulassungskriterien zu einem selektiven Vertriebssystem objektiv und qualitativer Art sein müssen, ist erforderlich, dass die Kriterien diskriminierungsfrei angewendet werden. In diesem Zusammenhang gilt es Folgendes hervorzuheben:

178. Image: Macht ein Hersteller z.B. geltend, dass ein Verkauf via Online-Handel den mit der Einführung eines rein qualitativen selektiven Vertriebssystems angestrebten Zielen (Abhebung von der Konkurrenz, Exklusivität einer Marke etc.) zuwider laufe, so erscheinen solche Argumente dann wenig stichhaltig, wenn der Hersteller seine Produkte an bekannte stationäre Tiefpreishändler liefert, d.h. an Händler, bei welchen der Preis im Fokus steht und nicht-preisliche Parameter wie Produktpräsentation, Beratung etc. zweitrangig sind. Aufgrund der Reputation resp. der Gestaltung der Verkaufslokale solcher Händler ist unklar, inwiefern diese den von Herstellern geforderten Vorgaben an eine imagegerechte Produktpräsentation etc. gerecht werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, Händler, welche Produkte mit einem seriösen und professionellen Auftritt über einen Online-Shop verkaufen, vom Vertrieb auszuschliessen, während die oben erwähnten stationäre Tiefpreishändler zum Vertrieb zugelassen werden.

179. Erbringung von Dienstleistungen: Hinzuweisen gilt es darauf, dass es grundsätzlich auch möglich sein sollte, die von den Herstellern aufgestellten Anforderungen für die Notwendigkeit eines selektiven Vertriebssystems (Beratung, Lieferung, Montage und Service etc.) auf verschiedene Arten zu erbringen, so ist z.B. grundsätzlich denkbar, dass ein reiner Online-Händler – anstatt die genannten Dienstleistungen selber zu erbringen – mit qualifizierten Fachleuten zusammenarbeitet, um eine fachmännische Beratung, Lieferung, Montage und Service zu gewährleisten.

180. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Anforderungen an ein rein qualitatives selektives Vertriebssystem sämtlichen eingehend genannten Voraussetzungen genügen müssen. Zu beachten ist dabei insbesondere, dass ein solches Vertriebssystem nicht für sämtliche Produkte in Frage kommt und damit keinesfalls sog. Hardcore-Beschränkungen des Wettbewerbs gerechtfertigt werden können. Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass wenn die Selektionskriterien für ein rein qualitatives selektives Vertriebssystem einmal festgelegt wurden, diese unterschiedslos, d.h. diskriminierungsfrei anzuwenden sind.

181. Zurückkommend auf die in den einvernehmlichen Regelungen zwischen dem Sekretariat und den Parteien festgelegten Vorgaben für den Online-Handel (vgl. Rz E.1), welche aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als zulässig zu betrachten sind, erübrigt sich eine weitere Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes.

⁷⁷ Vgl. RPW 2010/1, 82 Rz 147, *Gaba*.

D.3.4.1.3. Mehraufwand und Sicherheitsüberlegungen bei nicht betreuten Verkäufen

182. Die V-Zug AG bringt als Argument für die Einschränkung des Online-Handels vor, dass sog. unbetreute Verkäufe von Haushaltsgeräten einen Aufwand in der Grössenordnung einer 100 %-Stelle jährlich generieren. Zudem würden Defekte aufgrund von Fehllieferungen und Fehllanschlüssen stark ansteigen.

183. Diesbezüglich ist zunächst fraglich, ob es sich bei solche unbetreuten Verkäufen um solche in stationären oder Online-Verkaufsstellen handelt. Unbetreute Verkäufe können nämlich durchaus auch im stationären Handel vorkommen. So ist beispielsweise beim Kauf eines Grosshaushaltsgeräts in stationären Filialen von einigen national bekannten Händlern die Lieferung und die Montage beim Kunden eine *freiwillige Option*, welche der Käufer hinzukaufen kann. Die Installation des Geräts kann demnach durchaus auch selber organisiert resp. vorgenommen werden. In einem solchen Fall verliert der stationäre Händler jedoch die Kontrolle darüber, ob das Gerät fachmännisch installiert wird oder nicht. Auch in solchen Fällen sind also unbetreute Verkäufe möglich. Das von der V-Zug AG vorgebrachte Argument ist demnach nicht geeignet, den Ausschluss von Internetverkäufen zu rechtfertigen.

184. V-Zug führt diesbezüglich an, dass unbetreute Verkäufe in erster Linie im Online-Handel vorkommen.

185. Ein allfälliges Problem mit unbetreuten Online-Verkäufen könnte im Übrigen wohl auch so angegangen werden, dass ein (reiner) Online-Händler mit qualifizierten Fachleuten (z.B. einem Sanitärinstallateur) zwecks Montage von Grosshaushaltsgeräten eine Kooperation auf Auftragsbasis eingeht.

186. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass unbetreute Verkäufe sowohl im Online- als auch im stationären Handel vorkommen. Zudem scheint die Einschränkung des Online-Handels nicht das mildeste Mittel zu sein, dem angeblichen Problem unbetreuter Verkäufe Herr zu werden. Das Vorbringen der V-Zug AG, wonach unbetreute Verkäufe zu einem Mehraufwand seitens des Herstellers führe, ist im Lichte des Voranstehenden deshalb nicht geeignet, die vorliegenden Einschränkungen des Online-Handels zu rechtfertigen.

D.3.4.2. Zwischenergebnis

187. Aus oben genannten Gründen und im Lichte der mit den Parteien vorgesehenen einvernehmlichen Regelungen können die beschriebenen Wettbewerbsabreden nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

D.3.5. Ergebnis

188. Es liegen erhebliche Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG vor, welche nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Die von den Parteien Electrolux AG und der V-Zug AG getroffenen resp. praktizierten Behinderungen des Online-Handels sind deshalb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

E. Einvernehmliche Regelungen

E.1. Inhalt der einvernehmlichen Regelungen

189. Im Bestreben, die vorstehend dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken bezüglich eines Verbotes bzw. Behinderungen des Online-Handels auszuräumen, hat das Sekretariat mit der Electrolux AG sowie der V-Zug AG einvernehmliche Regelungen⁷⁸ mit den folgenden Wortlauten abgeschlossen:

Electrolux AG

"A. Vorbemerkungen:

- a) *Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0391 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
- b) *Die vorliegende einvernehmliche Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der zugrunde liegenden Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG um die erste handelt, welche Beschränkungen von Online-Verkäufen zum Gegenstand hat und deren Ergebnisse über die Branche hinaus Signalwirkungen zeitigen soll. Die Electrolux AG hat vor diesem Hintergrund bereits vor der Eröffnung dieser Untersuchung ihre Bereitschaft signalisiert, die Auswahlkriterien für Online-Verkäufe im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems einvernehmlich mit den Wettbewerbsbehörden zu erarbeiten. Das selektive Vertriebssystem der Electrolux AG betrifft den Bereich Haushaltsgrossgeräte der Marke Electrolux (nachfolgend: Vertragsprodukte).*
- c) *Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende einvernehmliche Regelung die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Verkaufs im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen regeln. Die vorliegende einvernehmliche Regelung äussert sich jedoch nicht zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des selektiven Vertriebssystems der Electrolux AG als solches.*
- d) *Die Electrolux AG gedenkt im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlicher Regelung durch die WEKO, auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu verzichten. Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Ungeachtet davon wird die Electrolux AG den Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlaufe des Verfahrens 22-0391 allfällig benötigte Informationen und/oder Dokumente zukommen lassen.*

⁷⁸ Die nachfolgenden einvernehmlichen Regelungen basieren im Wesentlichen auf den Grundsätzen, welche für (rein qualitative) selektive Vertriebssysteme anerkannt werden. Die darin enthaltenen Verpflichtungen sind als Eckpunkte für die Vertriebssysteme der Parteien zu verstehen.

- e) Die Kosten des Verfahrens 22-0391 gehen zu gleichen Teilen zu Lasten der Parteien.

B. Vereinbarungen:

Die Electrolux AG verpflichtet sich:

- 1) Den zu ihrem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern den Verkauf von Vertragsprodukten über das Internet grundsätzlich zu gestatten. Zulässig ist es jedoch, dass die Electrolux AG Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Vertragsprodukten stellt sowie von den zugelassenen Wiederverkäufern verlangt, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen. Diese Anforderungen beziehen sich ausschliesslich auf die Vertragsprodukte, weitergehende Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems (insbesondere im Zusammenhang mit Produkten anderer Marken) sind zu unterlassen. Zulässig ist auch, dass die Electrolux AG von den zugelassenen Wiederverkäufern, welche die Vertragsprodukte über das Internet verkaufen, verlangt, dass auf der Website die Identität (Firma, Geschäftsadresse, Ort) des Wiederverkäufers und der/die Standort(e) des/der physischen Verkaufspunkte(s) klar und auf den ersten Blick ersichtlich sind.
- 2) Die einzelnen Kriterien für Verkäufe von Vertragsprodukten über das Internet so zu formulieren, dass diese messbar sind, d.h. dass ein potenzieller Wiederverkäufer nachvollziehen kann, ob er die festgelegten Kriterien bereits erfüllt oder die dafür aus seiner Sicht nötigen Vorkehrungen treffen kann.
- 3) Den zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern die Verwendung eines Domain-Namens eines Online-Geschäfts, welcher von der Firma oder der Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers abweicht, zu gestatten, solange keine sachlichen Gründe dafür bestehen, dass der Domain-Name für die Marke Electrolux objektiv nachteilig ist und die Website eindeutig die Firma oder Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers klar und auf den ersten Blick erkennen lässt. In Zweifelsfällen ist ein Domain-Name der Electrolux AG zur Prüfung vorzulegen. Das Ergebnis der Prüfung teilt die Electrolux AG ihren Wiederverkäufern innert Monatsfrist schriftlich und begründet mit.
- 4) Sämtliche Vereinbarungen dieser einvernehmlichen Regelung bei Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der dieser einvernehmlichen Regelung zugrunde liegenden Untersuchung (22-0391) vollständig umgesetzt zu haben."

V-Zug AG

"A. Vorbemerkungen:

- a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0391 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission

(WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

- b) Die vorliegende einvernehmliche Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der zugrunde liegenden Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG um die erste handelt, welche Beschränkungen von Online-Verkäufen zum Gegenstand hat und deren Ergebnisse über die Branche hinaus Signalwirkungen zeitigen soll. Die V-Zug AG hat vor diesem Hintergrund bereits vor der Eröffnung dieser Untersuchung ihre Bereitschaft signalisiert, die Auswahlkriterien für Online-Verkäufe im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems einvernehmlich mit den Wettbewerbsbehörden zu erarbeiten. Das selektive Vertriebssystem der V-Zug AG betrifft den Bereich Haushaltsgrossgeräte der Marke V-Zug (nachfolgend: Vertragsprodukte).
- c) Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende einvernehmliche Regelung die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Verkaufs im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen regeln. Die vorliegende einvernehmliche Regelung äussert sich jedoch nicht zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des selektiven Vertriebssystems der V-Zug AG als solches.
- d) Die V-Zug AG gedenkt im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlichen Regelung durch die WEKO, auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu verzichten. Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Ungeachtet davon wird die V-Zug AG den Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlaufe des Verfahrens 22-0391 allfällig benötigte Informationen und/oder Dokumente zukommen lassen.
- e) Die Kosten des Verfahrens 22-0391 gehen zu gleichen Teilen zu Lasten der Parteien.

B. Vereinbarungen:

Die V-Zug AG verpflichtet sich:

- 1) Den zu ihrem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern den Verkauf von Vertragsprodukten über das Internet grundsätzlich zu gestatten. Zulässig ist es jedoch, dass die V-Zug AG Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Vertragsprodukten stellt sowie von den zugelassenen Wiederverkäufern verlangt, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen. Diese Anforderungen beziehen sich ausschliesslich auf die Vertragsprodukte, weitergehende Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems (insbesondere im Zusammenhang mit Produkten anderer Marken) sind zu unterlassen.
- 2) Die einzelnen Kriterien für Verkäufe von Vertragsprodukten über das Internet so zu formulieren, dass diese messbar sind, d.h. dass ein potenzieller Wiederverkäufer nachvollziehen kann, ob er die festgelegten Kriterien bereits erfüllt oder die dafür aus seiner Sicht nötigen Vorkehrungen treffen kann.

- 3) *Den zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern die Verwendung eines Domain-Namens eines Online-Geschäfts, welcher von der Firma oder der Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers abweicht, zu gestatten, solange keine sachlichen Gründe dafür bestehen, dass der Domain-Name für die Marke V-Zug nicht objektiv nachteilig ist und die Website eindeutig die Firma oder Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers klar und auf den ersten Blick erkennen lässt. In Zweifelsfällen ist ein Domain-Name der V-Zug AG zur Prüfung vorzulegen. Das Ergebnis der Prüfung teilt die V-Zug AG ihren Wiederverkäufern innert Monatsfrist schriftlich und begründet mit. Zulässig ist auch, dass die V-Zug AG von den zugelassenen Wiederverkäufern, welche die Vertragsprodukte über das Internet verkaufen, verlangt, dass auf der Website die Identität (Firma, Geschäftsadresse, Ort) des Wiederverkäufers und der/die Standort(e) des/der physischen Verkaufspunkte(s) klar und auf den ersten Blick ersichtlich sind.*
- 4) *Sämtliche Vereinbarungen dieser einvernehmlichen Regelung bei Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der dieser einvernehmlichen Regelung zugrunde liegenden Untersuchung (22-0391) vollständig umgesetzt zu haben."*

E.2. Genehmigung durch die WEKO

190. Die Genehmigung der oben beschriebenen einvernehmlichen Regelungen durch die WEKO erfolgte in Erwägung folgender Punkte:

- Erstens stellt die Genehmigung keine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der integralen, von den Parteien neu eingeführten, selektiven Vertriebssystemen dar.
- Zweitens ist die in den einvernehmlichen Regelungen enthaltene Bestimmung, wonach es zulässig ist, von den zugelassenen Wiederverkäufern zu verlangen, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen vor dem Hintergrund zu betrachten, dass der vorliegende Fall einen Bereich betrifft, in dem ohnehin die meisten Händler die in Frage stehenden Produkte (u.a.) über ein stationäres Fachgeschäft vertreiben (nämlich die rein stationären und die gemischten Händler). Der Auslöser des vorliegenden Verfahrens war denn in erster Linie auch eine Anzeige eines gemischten Händlers (vgl. Rz 1).
- Drittens behält sich die WEKO vor, zu einem späteren Zeitpunkt die Vertriebssysteme der Parteien einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen, sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese den Online-Handel in unzulässiger Weise beeinträchtigen. Dasselbe gilt, falls sich die vorliegend beurteilten Verhältnisse oder Sachverhaltselemente inskünftig verändern würden.
- Viertens kann diese Verfügung nicht dahingehend ausgelegt werden, Parallel- oder Direktimporte zu be- resp. verhindern. D.h. Online-Verkäufe aus der EU in die Schweiz dürfen aufgrund der vorliegenden Verfügung nicht beschränkt werden.

- Fünftens möchte die WEKO hervorheben, dass sie dem Vertriebskanal Internet eine hohe Bedeutung zumisst: Grundsätzlich müssen Verkäufe über das Internet möglich sein. Beschränkungen derselben werden nur ausnahmsweise und unter sehr restriktiven Bedingungen als zulässig erachtet.

F. Kosten

191. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

192. 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, RPW 2002/3, 546 f. Rz 6.1, *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten zu bejahen.

193. 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, 546 f. Rz 6.1 e contrario, *BKW FMB Energie AG*, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG).

194. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

195. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 250. Die aufgewendete Zeit beträgt total [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF [...].

196. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

G. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Vorbemerkungen, insbesondere der Vorbemerkung A. c), die nachfolgenden einvernehmlichen Regelungen:

Electrolux AG

"A. Vorbemerkungen:

- a) *Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellge-*

setz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0391 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Die vorliegende einvernehmliche Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der zugrunde liegenden Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG um die erste handelt, welche Beschränkungen von Online-Verkäufen zum Gegenstand hat und deren Ergebnisse über die Branche hinaus Signalwirkungen zeitigen soll. Die Electrolux AG hat vor diesem Hintergrund bereits vor der Eröffnung dieser Untersuchung ihre Bereitschaft signalisiert, die Auswahlkriterien für Online-Verkäufe im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems einvernehmlich mit den Wettbewerbsbehörden zu erarbeiten. Das selektive Vertriebssystem der Electrolux AG betrifft den Bereich Haushaltsgrossgeräte der Marke Electrolux (nachfolgend: Vertragsprodukte).

c) Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende einvernehmliche Regelung die kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Verkaufs im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen regeln. Die vorliegende einvernehmliche Regelung äussert sich jedoch nicht zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des selektiven Vertriebssystems der Electrolux AG als solches.

d) Die Electrolux AG gedenkt im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlicher Regelung durch die WEKO, auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu verzichten. Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Ungeachtet davon wird die Electrolux AG den Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlaufe des Verfahrens 22-0391 allfällig benötigte Informationen und/oder Dokumente zukommen lassen.

e) Die Kosten des Verfahrens 22-0391 gehen zu gleichen Teilen zu Lasten der Parteien.

B. Vereinbarungen:

Die Electrolux AG verpflichtet sich:

1) Den zu ihrem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern den Verkauf von Vertragsprodukten über das Internet grundsätzlich zu gestatten. Zulässig ist es jedoch, dass die Electrolux AG Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Vertragsprodukten stellt sowie von den zugelassenen Wiederverkäufern verlangt, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen. Diese Anforderungen beziehen sich ausschliesslich auf die Vertragsprodukte, weitergehende Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems (insbesondere im Zusammenhang mit Produkten anderer Marken) sind zu unterlassen. Zulässig ist auch, dass die Electrolux AG von den zugelassenen Wiederverkäufern, welche die Vertragsprodukte über das Internet verkaufen, verlangt, dass auf der Website die Identität

(Firma, Geschäftsadresse, Ort) des Wiederverkäufers und der/die Standort(e) des/der physischen Verkaufspunkte(s) klar und auf den ersten Blick ersichtlich sind.

2) Die einzelnen Kriterien für Verkäufe von Vertragsprodukten über das Internet so zu formulieren, dass diese messbar sind, d.h. dass ein potenzieller Wiederverkäufer nachvollziehen kann, ob er die festgelegten Kriterien bereits erfüllt oder die dafür aus seiner Sicht nötigen Vorkehrungen treffen kann.

3) Den zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern die Verwendung eines Domain-Namens eines Online-Geschäfts, welcher von der Firma oder der Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers abweicht, zu gestatten, solange keine sachlichen Gründe dafür bestehen, dass der Domain-Name für die Marke Electrolux objektiv nachteilig ist und die Website eindeutig die Firma oder Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers klar und auf den ersten Blick erkennen lässt. In Zweifelsfällen ist ein Domain-Name der Electrolux AG zur Prüfung vorzulegen. Das Ergebnis der Prüfung teilt die Electrolux AG ihren Wiederverkäufern innert Monatsfrist schriftlich und begründet mit.

4) Sämtliche Vereinbarungen dieser einvernehmlichen Regelung bei Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der dieser einvernehmlichen Regelung zugrunde liegenden Untersuchung (22-0391) vollständig umgesetzt zu haben."

V-Zug AG

"A. Vorbemerkungen:

a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0391 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Die vorliegende einvernehmliche Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der zugrunde liegenden Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG um die erste handelt, welche Beschränkungen von Online-Verkäufen zum Gegenstand hat und deren Ergebnisse über die Branche hinaus Signalwirkungen zeitigen soll. Die V-Zug AG hat vor diesem Hintergrund bereits vor der Eröffnung dieser Untersuchung ihre Bereitschaft signalisiert, die Auswahlkriterien für Online-Verkäufe im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems einvernehmlich mit den Wettbewerbsbehörden zu erarbeiten. Das selektive Vertriebssystem der V-Zug AG betrifft den Bereich Haushaltsgrossgeräte der Marke V-Zug (nachfolgend: Vertragsprodukte).

c) Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende einvernehmliche Regelung die kartellrechtliche

Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Verkaufs im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen regeln. Die vorliegende einvernehmliche Regelung äussert sich jedoch nicht zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des selektiven Vertriebssystems der V-Zug AG als solches.

- d) Die V-Zug AG gedenkt im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlichen Regelung durch die WEKO, auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu verzichten. Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Ungeachtet davon wird die V-Zug AG den Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlaufe des Verfahrens 22-0391 allfällig benötigte Informationen und/oder Dokumente zukommen lassen.
- e) Die Kosten des Verfahrens 22-0391 gehen zu gleichen Teilen zu Lasten der Parteien.

B. Vereinbarungen:

Die V-Zug AG verpflichtet sich:

- 1) Den zu ihrem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern den Verkauf von Vertragsprodukten über das Internet grundsätzlich zu gestatten. Zulässig ist es jedoch, dass die V-Zug AG Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Vertragsprodukten stellt sowie von den zugelassenen Wiederverkäufern verlangt, dass sie über einen physischen Verkaufspunkt verfügen. Diese Anforderungen beziehen sich ausschliesslich auf die Vertragsprodukte, weitergehende Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems (insbesondere im Zusammenhang mit Produkten anderer Marken) sind zu unterlassen.
- 2) Die einzelnen Kriterien für Verkäufe von Vertragsprodukten über das Internet so zu formulieren, dass diese messbar sind, d.h. dass ein potenzieller Wiederverkäufer nachvollziehen kann, ob er die festgelegten Kriterien bereits erfüllt oder die dafür aus seiner Sicht nötigen Vorkehrungen treffen kann.

- 3) Den zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufern die Verwendung eines Domain-Namens eines Online-Geschäfts, welcher von der Firma oder der Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers abweicht, zu gestatten, solange keine sachlichen Gründe dafür bestehen, dass der Domain-Name für die Marke V-Zug nicht objektiv nachteilig ist und die Website eindeutig die Firma oder Geschäftsbezeichnung eines Wiederverkäufers klar und auf den ersten Blick erkennen lässt. In Zweifelsfällen ist ein Domain-Name der V-Zug AG zur Prüfung vorzulegen. Das Ergebnis der Prüfung teilt die V-Zug AG ihren Wiederverkäufern innert Monatsfrist schriftlich und begründet mit. Zulässig ist auch, dass die V-Zug AG von den zugelassenen Wiederverkäufern, welche die Vertragsprodukte über das Internet verkaufen, verlangt, dass auf der Website die Identität (Firma, Geschäftsadresse, Ort) des Wiederverkäufers und der/die Standort(e) des/der physischen Verkaufspunkte(s) klar und auf den ersten Blick ersichtlich sind.

- 4) Sämtliche Vereinbarungen dieser einvernehmlichen Regelung bei Eintritt der Rechtskraft der Verfügung der dieser einvernehmlichen Regelung zugrunde liegenden Untersuchung (22-0391) vollständig umgesetzt zu haben."

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
3. Die Verfahrenskosten von insgesamt [...]Franken werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen, d.h. je [...] Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Electrolux AG, [...]
- V-Zug AG, [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen

Décision de la Commission de la concurrence du 6 juin 2011 concernant des mesures provisionnelles

Decisione della Commissione della concorrenza del 6 giugno 2011 relativa a misure cautelari

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 Lcart

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato, art. 7 LCart

A Sachverhalt

1. Am 18. Dezember 2009 kündigte der damalige Präsident des Verwaltungsrats von The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) in der Presse an, die Lieferungen von Uhrwerkskomponenten an Abnehmer ausserhalb der Swatch Group (nachfolgend: Drittabnehmer oder Drittkunden) einstellen zu wollen.¹ In diesem Zusammenhang ersuchte die Swatch Group im Frühjahr 2010 das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) um ein Gespräch, welches daraufhin am 28. April 2010 stattfand. Anlässlich dieser Besprechung informierte die Swatch Group das Sekretariat über ihre Absichten und erläuterte ihre geplante Vorgehensweise in groben Zügen.

2. Die Swatch Group begründet ihre beabsichtigte Liefereinstellung ("Phasing-Out") für Drittkunden im Wesentlichen mit Kapazitätsengpässen bei ihren 100%igen Tochtergesellschaften ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Grenchen (nachfolgend: ETA) sowie Nivarox-FAR SA, Le Locle (nachfolgend: Nivarox), welche dazu führten, dass die Swatch Group die Bedürfnisse der eigenen Uhrenmarken nicht ausreichend befriedigen könne.

3. Das Sekretariat kam aufgrund des von der Swatch Group skizzierten Phasing-Outs zur Überzeugung, dass weitere Informationen benötigt werden. Mit Schreiben vom 14. Mai 2010 stellte das Sekretariat der Swatch Group einen Fragekatalog zu, mittels welchem verschiedene Informationen rund um ein Phasing-Out betreffend Mouvements und Assortiments eingeholt werden sollten. Die Swatch Group wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 8. September 2010 an das Sekretariat und ersuchte um eine Besprechung. Die entsprechende Sitzung fand am 16. September 2010 statt. Im Rahmen dieser Besprechung teilte die Swatch Group mit, dass sich das Phasing-Out in erster Linie auf die Bereiche mechanische Mouvements und Assortiments beschränke.

4. Ein Mouvement ist ein vollständiges mechanisches Uhrwerk, welches aus der Zusammensetzung eines Ebauches mit einem Assortiment besteht. Unter einem Ebauche sind die rohen Bestandteile eines mechani-

schen Uhrwerks in Form eines Bausatzes zu verstehen. Das Assortiment bildet demgegenüber den regulierenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks und besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker.² Die fertig montierten mechanischen Uhrwerke werden in mechanische Uhren eingebaut. Mouvements werden innerhalb der Swatch Group von ETA, Assortiments von der Nivarox produziert.

5. Die Antworten auf den Fragenkatalog des Sekretariats gingen am 3. Februar 2011 ein. Demnach plane Swatch Group einen ersten Reduktionsschritt bereits auf Ende 2011 umzusetzen. Die Swatch Group beabsichtige, einen sog. Ausphasierungsplan auszuarbeiten und verwies dabei auf das Verfahren in Sachen Phasing-Out von Ebauches.³ Am 29. April 2011 fand eine weitere Besprechung mit der Swatch Group statt, in welcher die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens erörtert wurde.

6. Die Swatch Group ist sich der grundsätzlichen Problematik des geplanten Phasing-Outs bewusst, suchte deswegen den Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden und strebte von Beginn weg eine einvernehmliche Lösung an.

7. Die Swatch Group gab am 26. Mai 2011 die nachfolgende Verpflichtungserklärung ab. Diese bezweckt, für die Dauer der Untersuchung vor der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO), eine einvernehmliche Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen mit dem Sekretariat zu erzielen:

Präambel:

Hintergrund dieser einvernehmlichen Regelung ist die von der Swatch Group beabsichtigte, den Wettbewerbsbehörden vorgängig angekündigte Einstellung von Lieferungen von Uhrwerken und Uhrwerkskomponenten an Drittunternehmen. Vom beabsichtigten Lieferstopp betroffen sind namentlich mechanische Mouvements sowie Assortiments, welche von der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) bzw. von der Nivarox-FAR SA (nachfolgend: Nivarox) produziert werden. Bei ETA und Nivarox handelt es sich um 100%-ige Tochtergesellschaften der Swatch Group.

¹ L'AGEFI vom 18. Dezember 2009.

² Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 Rz 2 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

³ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

Nach Eröffnung eines Verfahrens gegen die Swatch Group gemäss Artikel 26 ff. Kartellgesetz (KG; SR 251) vereinbaren die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) und Swatch Group eine Weiterführung der Lieferungen von mechanischen Mouvements und Assortiments während des Verfahrens vor der WEKO im Rahmen dieser Vereinbarung, ohne dass die Swatch Group hiermit eine mögliche unzulässige Verhaltensweise anerkennt.

Vereinbarungen:

1) ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin mechanische Uhrwerke an ihre bisherigen Kunden, welche die Produkte in ihre eigenen Uhren einbauen. Der Umfang für einzelne Kaliber entspricht den folgenden Mengen:

2011: gleiche Menge wie 2010

2012: 85 % der Menge 2010

2) ETA liefert 2011 100% der Menge 2010 und 2012 noch 70 % der Menge 2010 an Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten.

3) Nivarox liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin Assortiments an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für 2011 entspricht der Menge von 2010. Im Jahr 2012 wird die Menge auf 95 % reduziert.

4) Sollte das Verfahren vor der WEKO bis Ende 2012 nicht abgeschlossen sein, und Swatch Group beabsichtigen, die Liefermengen von ETA oder Nivarox gemäss Ziffern 1) bis 3) weiter zu reduzieren, hat dies im Rahmen von vorgängigen Verhandlungen mit dem Sekretariat zu erfolgen.

5) Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA, bzw. Nivarox und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu und die WEKO genehmigt diese.

6) Die Lieferverpflichtung der ETA und Nivarox unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Insbesondere gelten folgende Konditionen:

a Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten, etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA bzw. Nivarox den Nachweis, dass sie bisher ohne angemessene Gewinnmarge gearbeitet hat.

b ETA und Nivarox werden mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der

WEKO genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorglicher Massnahmen durchgeführt.

c Die Belieferung erfolgt zu denselben Bezugsbedingungen wie im Jahr 2010. Insbesondere stellen ETA und Nivarox keinerlei zusätzlichen Bedingungen für den Bezug ihrer Produkte.

d Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, werden ETA und Nivarox weitere Lieferungen einstellen bis der Zahlungsverzug behoben ist. Bei mehrfachem Zahlungsverzug können ETA bzw. Nivarox die Lieferbeziehung auflösen.

e ETA und Nivarox können die weitere Reduktion von Lieferungen eines Kunden beim Schiedsgericht (vgl. Ziffer 7) beantragen, wenn ihre Produkte nachgewiesenermassen in Fälschungen eingebaut werden und dies direkt auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Kunden zurückgeführt werden kann. Eine solche liegt nicht vor, wenn der Kunde sämtliche in seinem Einflussbereich stehenden, zumutbaren Vorsichtsmassnahmen ergreift, um den Einbau in Fälschungen zu verhindern.

7) Swatch Group verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und über die Modalitäten seines Verfahrens gelten folgende Vorgaben:

a Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrichterliches Schiedsgericht nach der "Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern" und dem "Ergänzungsreglement für die Anwendung der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern 2004 auf die Binnenschiedsgerichtsbarkeit". Sitz des Schiedsgerichtes ist Bern. Verfahrenssprache ist deutsch.

b Die Swatch Group bzw. ETA und Nivarox leisten die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionsfähigen Schiedsgerichtes erforderlichen Kostenvorschüsse. Die Kostentragung richtet sich nach den unter Ziffer 7) a genannten Bestimmungen.

c Für Streitigkeiten gemäss Ziffer 6) e gilt Folgendes:

- Diese sind von einem Dreierschiedsgericht zu beurteilen.

- In Abweichung von Artikel 41 Ziffer 1 der Schiedsordnung sind Kostenvorschüsse nicht von der Swatch Group zu leisten.

- Schiedssprüche können mit Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3001 Bern, angefochten werden.

8) Diese einvernehmliche Regelung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der WEKO, jedoch bis maximal 31.12.2012.

8. Ungeachtet dieser einvernehmlichen Regelung ist ausschliesslich die WEKO für die materielle Beurteilung sämtlicher sich in dieser Untersuchung stellenden kartellrechtlichen Fragen zuständig.

B Erwägungen

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

9. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz (KG; SR 251) noch im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.⁴

10. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.⁵ Im vorliegenden Fall wurde am 6. Juni 2011 ein Untersuchungsverfahren im Sinne von Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

B.1.2 Zuständigkeit

11. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO,⁶ 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.⁷ Im vorliegenden Fall wird mit den vorsorglichen Massnahmen – im Hinblick auf den auszuarbeitenden Ausphasierungsplan – sichergestellt, dass die weitere Belieferung der Schweizer Uhrenindustrie während der Dauer des Untersuchungsverfahrens geregelt ist. Mit den vorgesehenen Massnahmen soll einer möglichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, welche von einem kurzfristigen Phasing-Out ausgehen könnte, vorbeugend begegnet werden. Die vorsorglichen Massnahmen erfolgen daher mit dem klaren Zweck, den wirksamen Wettbewerb während des Untersuchungsverfahrens 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.

12. Die Zuständigkeit für den Abschluss einvernehmlicher Regelungen gemäss Art. 29 KG mit einer oder mehreren Parteien liegt beim Sekretariat. Die einvernehmliche 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.⁸

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. 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).

14. 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.

B.3 Materielle Voraussetzungen

15. 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.⁹

16. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind kumulativ (1) eine günstige Entscheidungprognose, (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.¹⁰

⁴ 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.

⁵ REKO/WEF, Recymet, RPW 1997/4, 608 E. 2.1.; RPW 2004/1, 106, Rz 16; Von BÜREN/MARBACH (FN 4), Rz 1499; PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic! 1998/3, 281 ff.; vgl. auch ZÄCH (FN 4), Rz 1003.

⁶ 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.

⁷ BGer, Sellita/ETA, RPW 2004/2, 646 E. 2.4.

⁸ 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.

⁹ RPW 2006/1, 63 Rz 28, Teleclub AG; RPW 2004/1, 112 Rz 31, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

¹⁰ Vgl. BGer, Recymet, RPW 1997/4, 612 f. E. 2.2.4; REKO/WEF, Teleclub/Cablecom, RPW 1999/4, 635 E. 4.2; RPW 2006/1, 63 Rz 29, Teleclub AG; RPW 2004/1, 112 Rz 32, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Vgl. auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 322.

17. 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.¹¹

B.3.1 Entscheidungsprognose

B.3.1.1 Anforderungen an die Entscheidungsprognose

18. 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".¹²

19. Im vorliegenden Fall wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich ETA bzw. Nivarox auf einem bestimmten relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befinden, welche sie durch eine sofortige Ausphasierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG missbrauchen.

B.3.1.2 Marktbeherrschung

B.3.1.2.1 ETA

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

21. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU). Hierzu kann *vorläufig* aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen Folgendes festgehalten werden:

- Der sachlich relevanten Markt umfasst die Herstellung von mechanischen Uhrwerken, die in mechanische Swiss-made Uhren eingebaut werden. Uhren mit Quarzwerken sind vorliegend nicht betroffen.
- Die Marktgegenseite bilden Abnehmer von mechanischen Uhrwerken, das heisst Montagebetriebe, Modifizierer und Uhrenmarken, welche die

mechanischen Uhrwerke weiterverarbeiten oder in ihre Uhren einbauen. Die Marktgegenseite besteht aus einer Vielzahl Unternehmen verschiedener Grösse.

22. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Hierzu kann *vorläufig* aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen Folgendes festgehalten werden:

- Die Mehrheit der Uhrenhersteller dürfte aus juristischen, qualitativen und aus Marketing-Gründen ausschliesslich Uhrwerke beziehen, die in der Schweiz hergestellt wurden.
- Analog der Untersuchung ETA SA Manufacture Horlogère Suisse¹³ kann daher die Schweiz als räumlich relevanter Markt für die Herstellung mechanischer Uhrwerke betrachtet werden.

23. Gemäss Praxis der WEKO hat die ETA eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Ebauches inne. Der Hauptbestandteil eines mechanischen Uhrwerks ist ein Ebauche. Mechanische Uhrwerke sind deshalb ein dem Markt für Ebauches nachgelagerter Markt. Dies spricht a priori für eine ebenfalls sehr starke Marktstellung von ETA im Bereich der mechanischen Uhrwerke.

24. Nach vorläufigen Informationen ist auf dem Markt für mechanische Uhrwerke einzig die Sellita Watch Co S.A. (nachfolgend: Sellita) als grössere Konkurrentin der ETA tätig. Die Sellita bietet mechanische Uhrwerke an, welche mit denjenigen von ETA weitgehend identisch sind (es handelt sich mehrheitlich um sog. Generika-Werke). Es muss an dieser Stelle jedoch angefügt werden, dass die Sellita bei der Produktion von Uhrwerken auf Assortiments der Nivarox angewiesen ist (vgl. Rz 32 f. unten). Da auch Nivarox in naher Zukunft ihre Lieferungen einschränken bzw. keine Drittkunden mehr beliefern möchte, schränkt dies den unternehmerischen Spielraum – insbesondere das Mengenwachstum – des einzigen grösseren alternativen Uhrwerksherstellers stark ein resp. verunmöglicht dieses.

25. Weitere Unternehmen produzieren Swiss-made Uhrwerke, diese sind jedoch i.d.R. für den Eigengebrauch bestimmt (so z.B. Rolex), in einem deutlich höheren Preissegment angesiedelt (so z.B. Concepto Watch Factory) oder sind lediglich modifizierte ETA- oder Sellita-Werke.

¹¹ 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, das geprüfte Verhalten könne mehrere Tatbestände des Art. 7 KG erfüllen. Vor dem Hintergrund der einvernehmlichen Regelung 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).

¹² BGer, *Sellita/ETA*, RPW 2004/2, 645 E. 2.2 und 2.3.

¹³ RPW 2005/1, 131 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

26. Swatch bringt vor, dass neben Sellita auch La-Joux-Perret SA und Soprod SA in beträchtlichem Umfang mechanische Uhrwerke herstellen würden. Daneben hätten zahlreiche Uhrenmarken (z.B. Breitling oder Bucherer etc.) eigene Kaliber entwickelt und zur Marktreife gebracht. Diese Vorbringen sind im Rahmen der Untersuchung zu prüfen. Weiter ist zu prüfen, inwiefern im Markt tätige Unternehmen in den letzten Jahren ihre Uhrwerks-Produktion anders ausgerichtet oder ausgebaut haben.

27. Gemäss einer Marktstudie, durchgeführt von der Bank Vontobel¹⁴, wurden in der Schweiz im Jahr 2009 ungefähr 5 Mio. mechanische Uhrwerke hergestellt. Davon entfallen gemäss der Studie mehr als 70 % auf die ETA. Dieser hohe Marktanteil ist ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.¹⁵

28. Der Aufbau einer alternativen Bezugsquelle, welche mechanische Uhrwerke in grosser Stückzahl für Dritte herstellen kann, benötigt relativ viel Zeit und hohe Investitionen, wie das Beispiel der Sellita zeigt. Ob und inwiefern potentieller Wettbewerb vorhanden ist, wird im Rahmen der Untersuchung geprüft.

29. Aufgrund der summarischen Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ergibt sich, dass sich ETA auf dem relevanten Markt weitgehend unabhängig verhalten kann. Es ist deshalb für die WEKO glaubhaft, dass ETA auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

B.3.1.2.2 Nivarox

30. Auch betreffend Nivarox ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Hierzu kann vorläufig aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen Folgendes festgehalten werden:

- Als Assortiment wird die Gesamtheit der regulierenden Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks bezeichnet. Assortiments bestehen aus Uhr, Spirale, Anker, Ankerrad etc. Es handelt sich dabei um das eigentliche "Herzstück" einer mechanischen Uhr. Nach Praxis der WEKO handelt es sich bei Assortiments um einen eigenen relevanten Markt, der sich räumlich auf die Schweiz beschränkt.¹⁶
- Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Abnehmer von Assortiments, in der Regel handelt es sich dabei um Hersteller mechanischer Uhrwerke (so z.B. Sellita) sowie diejenigen Uhrenmarken, welche in eigenen Manufakturen mechanische Uhrwerke für den Eigengebrauch herstellen (so z.B. Jaeger-LeCoultre).

31. Die WEKO hat im Jahr 2006 festgestellt, dass Nivarox im Bereich der Assortiments über eine noch stärkere Stellung verfügt als ETA bei den Ebauches. Dies insbesondere deshalb, weil fast sämtliche mechanischen Swiss-made Uhrwerke mit einem Assortiment von Nivarox bestückt sind. Selbst die vertikal integrierte Rolex ist in dieser Hinsicht zu einem gewissen Grad von Nivarox abhängig.¹⁷

32. Nivarox stellt Assortiments industriell und in sehr hoher Qualität her. Der Marktanteil von Nivarox wurde

im Jahr 2006 auf über 90 % geschätzt und es wurde festgehalten, dass kein potenzieller Wettbewerb besteht.¹⁸ Auch eine Studie der Bank Pictet spricht von einem quasi-Monopol der Nivarox.¹⁹ An dieser Einschätzung dürfte sich bis heute nichts Wesentliches geändert haben. Insbesondere scheint der Aufbau einer möglichen alternativen Bezugsquelle, welche Assortiments in ähnlich hoher Qualität in grossen Stückzahlen herstellt, sehr zeitaufwändig und kostenintensiv zu sein.

33. Swatch bringt vor, dass sich Hersteller mechanischer Uhrwerke auf Assortiments ausländischer Hersteller (z.B. Seiko) abstützen können, ohne das Swiss-made Label zu tangieren. Dies ist im Rahmen der Untersuchung zu prüfen. Kritisch anzumerken ist jedoch bereits an dieser Stelle, dass im Rahmen der Vorabklärung Lieferung von Nivarox-Assortiments festgehalten wurde, dass "Assortiments ausländischer Herkunft [...] nicht mit schweizerischen Assortiments substituierbar [sind]."²⁰ In diesem Zusammenhang muss in der Untersuchung auch die Bedeutung einer allfälligen Verschärfung der Swiss-made Bestimmungen berücksichtigt werden.

34. Es ist aufgrund dieser summarischen Würdigung deshalb glaubhaft, dass Nivarox eine marktbeherrschende Stellung innehat. Der Grad der Dominanz dürfte zudem höher sein als bei ETA für den Bereich der mechanischen Uhrwerke.

B.3.1.3 Missbrauch

35. Im vorliegenden Fall steht die Frage im Fokus, ob das von der Swatch Group angekündigte Phasing-Out einen Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellt. Die Swatch Group beabsichtigt, Drittkunden – welche z.T. seit Jahrzehnten beliefert werden – nicht mehr mit mechanischen Uhrwerken und Assortiments zu beliefern. Ein erster Reduktionsschritt soll gemäss Swatch Group bereits auf Ende 2011 umgesetzt werden. Dies hätte Auswirkungen auf die nachgelagerten Märkten für mechanische Fertiguhr (i). Zudem hätte eine kurzfristige Liefereinstellung von Assortiments auch Auswirkungen auf dem Markt für mechanische Uhrwerke, insbesondere auf alternative Hersteller mechanischer Uhrwerke (ii).

¹⁴ BANK VONTOBEL (Hrsg.), Vontobel European Luxury Goods Shop, Uhrenindustrie, Genf 2010.

¹⁵ MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 271 und 277; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, 172 N 314. Vgl. auch MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 117 ff.

¹⁶ RPW 2006/1, 53 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁷ RPW 2006/1, 55 Rz 50, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁸ RPW 2006/1, 55 f. Rz 52 u. 59, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

¹⁹ BANK PICTET (Hrsg.), The Watch Industry, What makes it tick?, Genf 2003.

²⁰ RPW 2006/1, 55 Rz 44, *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

(i) Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt

36. Der grösste Teil der in der Schweiz hergestellten mechanischen Uhren basiert auf Inputs der Swatch Group, sei es das gesamte Uhrwerk oder "nur" das Herzstück der Uhr, das Assortiment. Eine kurzfristige Liefereinstellung dieser Schlüsselinputs würde die Mitbewerber der Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertiguhrer deshalb stark in der Ausübung des Wettbewerbs behindern. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es im Bereich der mechanischen Uhrwerke nur wenige alternative Bezugsquellen gibt (die nicht die gesamte Nachfrage auffangen könnten) und im Bereich der Assortiments scheint momentan in der Schweiz keine valable Alternative zu einem Bezug bei Nivarox vorhanden zu sein (vgl. Rz 32 f.). Ein kurzfristiger Lieferstopp ohne genügend Anpassungszeit dürfte deshalb den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für Fertiguhrer stark behindern und wohl auch Marktaustritte provozieren, weil die Uhrenfabrikanten ohne Nivarox-Assortiments kaum mehr funktionstüchtige mechanische Uhren auf den Markt bringen könnten. Würde die Swatch Group kurzfristig die Lieferung von Assortiments und mechanischen Uhrwerken gänzlich einstellen, ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt weitestgehend beseitigt würde. Aufgrund der vorliegenden Informationen gibt es deshalb gute Gründe anzunehmen, dass ein sofortiger Lieferstopp negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hätte.

37. Problematisch sind Lieferverweigerungen typischerweise dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt mit den Abnehmern konkurriert, denen es die Lieferung verweigert. Die Swatch Group ist mit namhaften Marken wie Omega, Longines, Rado, Tissot, Breguet, Blancpain etc. auf dem nachgelagerten Markt der mechanischen Fertiguhrer tätig. Die Swatch Group scheint auf diesem Markt prima vista jedoch keine ähnlich starke Stellung innezuhaben wie bei den Uhrwerkskomponenten. Eine Schwächung der Mitbewerber auf dem nachgelagerten Markt würde sehr wahrscheinlich mit einer Stärkung der Position der Swatch Group einhergehen, da anzunehmen ist, dass ein substantieller Teil der Konsumenten auf eine Swatch Group-Marke ausweichen würde, wenn ihr gewünschtes Produkt nicht (mehr) erhältlich wäre.

(ii) Auswirkungen auf den Markt für mechanische Uhrwerke

38. Neben den Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt dürfte ein kurzfristiger Lieferstopp von Assortiments gravierende Konsequenzen für diejenigen Unternehmen haben, welche die Swatch Group im Bereich der mechanischen Uhrwerke konkurrieren oder zu konkurrieren gedenken. Dabei handelt es sich in erster Linie um die Sellita. Solche Uhrwerksproduzenten benötigen in jedem Fall Assortiments zur Herstellung mechanischer Uhrwerke. Im Lichte des quasi-Monopols von Nivarox sind die (potenziellen) Konkurrenten der Swatch Group deshalb (noch) auf Assortiment der Nivarox angewiesen. Ein kurzfristiger Lieferstopp würde wohl das Ende der wenigen alternativen Anbieter mechanischer Uhrwerke und damit des Wettbewerbs im Bereich der mechanischen Uhrwerke bedeuten.

39. Dies wiederum hätte zur Folge, dass die Mitbewerber der Swatch Group auf dem nachgelagerten Markt für Fertiguhrer noch weniger resp. gar keine Alternativen zu einem Bezug mechanischer Uhrwerke bei ETA mehr hätten, was die oben unter (i) beschriebenen Konsequenzen weiter verschärfen würde.

40. Es ist aufgrund dieser summarischen Würdigung deshalb glaubhaft, dass eine kurzfristige Lieferverweigerung der ETA resp. Nivarox einen Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellt. Die Swatch Group ist sich der grundsätzlichen Problematik des geplanten Phasing-Outs bewusst und strebte deshalb von Beginn weg eine einvernehmliche Lösung an.

B.3.1.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

41. Ein Verstoss gegen Art. 7 KG setzt voraus, dass hierfür keine so genannte legitime business reasons bestehen. Ob das beabsichtigte Phasing-Out gerechtfertigt werden kann, wird unter anderem Gegenstand des Untersuchungsverfahrens sein.

42. Die Swatch Group bringt als Grund für die geplante Liefereinstellung u.a. vor, dass ein Teil der bei ETA bezogenen Werken von den Abnehmern nach Asien exportiert würden, wo sie zu einem beträchtlichen Teil in Fälschungen eingebaut würden. Ob sich alleine mit diesem Argument jedoch ein kurzfristiger Lieferstopp rechtfertigen kann, erscheint fraglich.

43. Vor dem Hintergrund der einvernehmlichen Regelung mit der Swatch Group betreffend vorsorgliche Massnahmen (vgl. Rz 6) kann diese Frage vorläufig offen gelassen werden.

B.3.1.5 Fazit zur Entscheidungsprognose

44. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl von einer marktbeherrschenden Stellung von ETA als auch von Nivarox ausgegangen werden kann. Weiter scheint der Missbrauch dieser Stellung bei einem kurzfristigen Phasing-Out durch die Swatch Group wahrscheinlich. Dies insbesondere deshalb, weil momentan zu wenige bzw. keine alternativen Bezugsquellen in der Schweiz neben der Swatch Group-Tochtergesellschaften vorhanden sind. Der geplante Lieferstopp dürfte den Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt der mechanischen Fertiguhrer stark behindern, da die Marktteilnehmer (noch) auf die Schlüsselinputs der ETA resp. der Nivarox angewiesen sind. Die Entscheidungsprognose ist damit hinreichend klar, um vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.

B.3.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

45. 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 Entscheid 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 Struk-

turveränderungen des betroffenen Marktes drohen.²¹ 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.²² Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.²³

46. Die Swatch Group kündigte an, dass ihre Tochtergesellschaften, namentlich ETA und Nivarox inskünftig die Lieferungen von Produkten an Drittabnehmer vollständig einstellen werden. Die Swatch Group beabsichtigt, die Lieferungen von ETA-Produkten bis Ende des Jahres 2012 und diejenigen für Nivarox-Produkte bis Ende des Jahres 2014 einzustellen. Zudem gedenkt die Swatch Group, die Lieferung von ETA-Produkten an Kunden, welche eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten, bereits per Ende des Jahres 2011 einzustellen. Darüber hinaus will die Swatch Group die Liefermengen von Mouvements und Assortiments bereits während der Dauer dieser Untersuchung reduzieren.

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

- Am schwersten wiegt das Ansinnen der Swatch Group, Lieferungen von Assortiments an Drittabnehmer baldmöglichst einzustellen bzw. mit der Reduktion von Liefermengen umgehend zu beginnen, da Nivarox über Marktanteile in der Gröszenordnung von über 90 % verfügt und – aufgrund des derzeitigen Kenntnisstandes – keine alternative Bezugsquelle auf dem Schweizer Markt vorhanden ist, welche annähernd in der Lage ist, Assortiments in der Qualität und Mengen herzustellen, um die Nachfrage von Drittabnehmern zu befriedigen resp. infolge von Lieferreduktionen von Nivarox zu kompensieren.
- Weiter ist zu berücksichtigen, dass in den vergangenen Jahren bereits Verfahren in den Bereichen Ebauches²⁴ bzw. Assortiments²⁵ geführt wurden und bezüglich Mouvements eines noch hängig ist²⁶. Anlass für die Eröffnung der letztgenannten Untersuchung war und Gegenstand ist u.a. der Verdacht, dass ETA bei der Belieferung mit mechanischen Uhrwerken Drittabnehmer gegenüber Tochtergesellschaften der Swatch Group benachteiligt. Im Rahmen der damit verbundenen Markt- abklärungen wurde von Drittabnehmern wiederholt vorgebracht, dass unvorhergesehene Lieferverzögerungen zu Produktionsausfällen und diese zu Schwierigkeiten im Zusammenhang mit ihren Kunden führen können. Es erscheint glaubhaft, dass das von der Swatch Group beabsichtigte Phasing-Out die vorstehend beschriebene Problematik erheblich verschärft. Ohne den Aufschub des Phasing-Outs bis zum Endentscheid würden Drittabnehmer wohl mit unüberwindbaren Problemen konfrontiert.
- Ferner betrifft das angekündigte Phasing-Out der Swatch Group – im Gegensatz zu demjenigen

betreffend Ebauches – nicht nur eine Produktkategorie, sondern mindestens deren zwei. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil kann dabei darin gesehen werden, dass ETA das Phasing-Out betreffend Ebauches damals mit dem Argument begründete, nur noch zusammengesetzte mechanische Uhrwerke liefern zu wollen. Dementsprechend mussten Drittabnehmer sich darauf einstellen, ab dem 1. Januar 2011 nicht mehr mit Ebauches beliefert zu werden, und waren demzufolge gezwungen, alternative Bezugsquellen zu suchen oder eigene Kapazitäten aufzubauen. Das Phasing-Out der Swatch Group sowohl für Mouvements als auch für Assortiments bedeutet für Drittabnehmer, dass sie nicht einmal ein Jahr nach dem Ablauf der einvernehmlichen Regelung für Ebauches wiederum entweder alternative Bezugsquellen für Mouvements und/oder Assortiments suchen oder entsprechende Kapazitäten aufbauen müssen. Angesichts der zeitlichen Vorgaben des Phasing-Outs der Swatch Group scheint dies – verglichen mit dem im Rahmen der einvernehmlichen Regelung betreffend Ebauches – jedoch kaum möglich zu sein. Während für Ebauches eine "Übergangsfrist" von rund sechs Jahren festgelegt wurde, beabsichtigt die Swatch Group für Mouvements und Assortiments, die Lieferungen an Drittabnehmer in rund drei Jahren vollständig einzustellen. Dies zeigt, dass ohne Aufschub des Phasing-Outs bis zum Endentscheid Drittabnehmer von ETA und Nivarox mindestens mit erheblichen Produktionsausfällen konfrontiert würden, die sie mangels Alternativen nicht kompensieren könnten. Zudem erscheint es in diesem Zusammenhang als unmöglich, innert einer solch kurzen Zeit ausreichende eigene Kapazitäten aufzubauen, insbesondere betreffend Assortiments.

- Erschwerend kommt hinzu, dass wenn sich Drittabnehmer für den Auf- oder Ausbau eigener Uhrwerks-Produktionskapazitäten entscheiden, dies vor dem Hintergrund eines kurzfristigen Phasing-Outs für Assortiments praktisch unmöglich wird, zumal für die Herstellung eines mechanischen Uhrwerks neben einem Ebauche zwingend ein Assortiment benötigt wird. Das Phasing-Out der Swatch Group erfasst – neben Mouvements – gerade auch die Assortiments. Drittabnehmern werden somit durch das vorgesehene Phasing-Out

²¹ Vgl. BGer, *Sellita/ETA*, RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648, E. 3.4.1; RPW 2002/4, 600 Rz 27, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

²² Vgl. BILGER (FN 10), 330 f.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 116, 1997 II, 253 ff. (332).

²³ RPW 2002/4, 600 Rz 27, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*; RPW 1999/2, 204 ff. Rz 42, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*.

²⁴ RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

²⁵ RPW 2006/1, 51 ff., *Lieferung von Nivarox-Assortiments*.

²⁶ Untersuchung 32-0216: *ETA Manufacture Horlogère Suisse*.

der Swatch Group nicht nur alternative Bezugsquellen für Mouvements entzogen, sondern es wird gleichzeitig der Auf- oder Ausbau eigener Kapazitäten be- resp. verhindert. Die Lieferverweigerung für Mouvements und Assortiments führt in der Kombination dazu, dass Drittabnehmer ohne den Aufschub des Phasing-Outs erhebliche Produktionsausfälle erleiden würden, da sie weder über Ausweichmöglichkeiten verfügen, noch Optionen für den Auf- oder Ausbau einer eigenen Produktion haben (in dem von der Swatch Group vorgesehenen Zeitrahmen).

48. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Die angeführten Elemente zeigen, dass dem wirksamen Wettbewerb ohne die vorsorglichen Massnahmen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, insbesondere weil es mangels Assortiments zu erheblichen Produktionseinbussen oder –ausfällen kommen kann, welche in letzter Konsequenz dazu führen könnten, dass Marktteilnehmer unwiderruflich vom Markt verschwinden könnten. Dieser Nachteil kann direkt und kausal auf das geplante Phasing-Out der Swatch Group resp. ETA und Nivarox zurückgeführt werden.

49. Vom Phasing-Out hinsichtlich Assortiments betroffen sind insbesondere Hersteller von mechanischen Uhrwerken, welche seit dem Phasing-Out für Ebauches erhebliche Investitionen in die Produktionsstätten getätigt haben, um eine Alternative zur ETA aufzubauen. Solche Hersteller von mechanischen Uhrwerken könnten deshalb aus dem Markt austreten. Durch das vorgesehene Phasing-Out besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb auf dem Markt für mechanische Uhrwerke weitestgehend beseitigt wird. Der Markt könnte sich dadurch unwiderruflich strukturell verändern.

B.3.3 Dringlichkeit

50. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird.²⁷

51. Der oben beschriebene, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil, tritt (zumindest teilweise) ab Ende des Jahres 2011 ein. Zu dem Zeitpunkt plant die Swatch Group einen ersten Reduktionsschritt. Das Phasing-Out führt aber bereits vorher zu Auswirkungen, da die damit verbundenen Unsicherheiten zu Planungsschwierigkeiten führen. Dies ist umso gravierender, weil die Marktteilnehmer in der Uhrenbranche erfahrungsgemäss gezwungen sind, ihre benötigten Mengen an Uhrwerken und Assortiments einer längerfristigen Planung anzupassen.²⁸

52. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass bis Ende 2011 der Hauptentscheid in der am 6. Juni 2011 eröffneten Untersuchung getroffen sein wird. Die vergangenen Verfahren rund um Ebauches, Uhrwerke und Assortiments haben aufgezeigt, dass damit komplexe Fragestellungen verbunden sind, welche aufwändiger Sachverhaltsabklärungen bedürfen. Insbesondere scheinen angesichts des umfangreichen Phasing-Outs der Swatch Group, welches nicht nur eine Produktkategorie betrifft, sondern mindestens deren zwei, weitreichende Marktbe-

fragungen erforderlich, um die Auswirkungen des Phasing-Outs aus wettbewerbsrechtlicher Sicht abschätzen zu können.

53. Die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen ist somit gegeben.

B.3.4 Verhältnismässigkeit

54. 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.²⁹

55. In dieser Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen betreffend den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil die Aufhebung des Phasing-Outs bzw. die vorläufige Weiterlieferung von mechanischen Uhrwerken bzw. Assortiments an Drittabnehmer geeignet ist, den Nachteil abzuwenden. Die Massnahmen sind auch erforderlich, weil sonst ein Verbleib von Drittabnehmern im betroffenen Markt während der Verfahrensdauer als gefährdet erscheint, was zu einer weitestgehenden Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen könnte. Mit der Verpflichtung zur vorläufigen Weiterlieferung von Uhrwerken bzw. Assortiments während der Dauer des Verfahrens wird sichergestellt, dass dem wirksamen Wettbewerb kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In der mit der Swatch Group abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung ist festgehalten, dass die auf der Basis des Jahres 2010 gelieferten Mengen an Uhrwerken im Jahre 2011 gleich bleiben und erst ab dem Jahr 2012 auf 85 % bzw. 70 % (für Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben) reduziert werden. Assortiments werden im Jahre 2011 unverändert geliefert und ab dem Jahre 2012 auf 95 % der im Jahre 2010 gelieferten Mengen reduziert. Diese Vereinbarungen gelten für die Dauer des Verfahrens. Durch diese Verpflichtungen wird eine Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs durch Marktaustritte verhindert.

56. Die einvernehmliche Regelung, die die vorläufige Weiterlieferung von mechanischen Uhrwerken und Assortiments vorsieht, trägt den entgegenstehenden Interessen der Swatch Group und den Drittabnehmern ausgewogen Rechnung. Die Verhältnismässigkeit der einvernehmlichen Regelung ergibt sich auch daraus, dass sie das Resultat mehrerer Verhandlungen zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group 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. Zudem ist sich die Swatch Group der Problematik des geplanten Phasing-Outs bewusst und strebte von Beginn weg eine einvernehmliche Lösung an.

²⁷ RPW 2004/1, 123 Rz 70, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 28, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

²⁸ Bestellungen von Uhrwerken erfolgen i.d.R. 6-18 Monate vor der Auslieferung.

²⁹ RPW 2004/1, 124 Rz 73, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 601 Rz 29, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

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

B.3.5 Ergebnis

58. Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen gegeben sind. Es handelt sich weitgehend um sichernde Massnahmen. Ohne die vorsorglichen Massnahmen droht dem Wettbewerb ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil und es besteht auch die erforderliche Dringlichkeit. Schliesslich sind die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig. Die WEKO gelangt daher zum Ergebnis, dass die einvernehmliche Regelung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu genehmigen ist.

59. Die WEKO weist darauf hin, dass die getroffenen vorsorglichen Massnahmen nur eine Übergangslösung darstellen, welche den materiellen Endentscheid nicht präjudizieren. Sie gelten für 2 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

60. 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.³⁰

61. 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.³¹

62. 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.

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

Swatch Group kein Interesse an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

64. 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.

65. 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

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

Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Kommission genehmigt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die einvernehmliche Regelung zwischen der Swatch Group und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 26. Mai 2011 mit nachfolgendem Wortlaut:

Vereinbarungen:

- 1) *ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin mechanische Uhrwerke an ihre bisherigen Kunden, welche die Produkte in ihre eigenen Uhren einbauen. Der Umfang für einzelne Kaliber entspricht den folgenden Mengen:*
 2011: gleiche Menge wie 2010
 2012: 85 % der Menge 2010
- 2) *ETA liefert 2011 100 % der Menge 2010 und 2012 noch 70 % der Menge 2010 an Kunden, die eine eigene Werkproduktion haben und keine eigenen Fertighuhren anbieten.*
- 3) *Nivarox liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO weiterhin Assortiments an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für 2011 entspricht der Menge von 2010. Im Jahr 2012 wird die Menge auf 95 % reduziert.*
- 4) *Sollte das Verfahren vor der WEKO bis Ende 2012 nicht abgeschlossen sein, und Swatch Group beabsichtigen, die Liefermengen von ETA oder Nivarox gemäss Ziffern 1) bis 3) weiter zu reduzieren, hat dies im Rahmen von vorgängigen Verhandlungen mit dem Sekretariat zu erfolgen.*

³⁰ Vgl. BGE 110 V 40, E. 5.b; REKOWEF, Flughafen Zürich/Valet Parking, RPW 2004/1, 200 Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

³¹ RPW 2004/1, 126 Rz 82, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 602 Rz 31, ETA SA Fabriques d'Ebauches.

- 5) Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA, bzw. Nivarox und den einzelnen Kunden dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung nicht zu Lasten des Kunden abweichen, es sei denn, ein Kunde wünscht eine abweichende Lösung oder stimmt einer solchen ausdrücklich zu und die WEKO genehmigt diese.
- 6) Die Lieferverpflichtung der ETA und Nivarox unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen. Insbesondere gelten folgende Konditionen:
- a Die verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten, etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA bzw. Nivarox den Nachweis, dass sie bisher ohne angemessene Gewinnmarge gearbeitet hat.
 - b ETA und Nivarox werden mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in dieser Planung festgelegten Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der WEKO genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorglicher Massnahmen durchgeführt.
 - c Die Belieferung erfolgt zu denselben Bezugsbedingungen wie im Jahr 2010. Insbesondere stellen ETA und Nivarox keinerlei zusätzlichen Bedingungen an den Bezug von ihren Produkten.
 - d Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, werden ETA und Nivarox weitere Lieferungen einstellen bis der Zahlungsverzug behoben ist. Bei mehrfachem Zahlungsverzug können ETA bzw. Nivarox die Lieferbeziehung auflösen.
 - e ETA und Nivarox können die weitere Reduktion von Lieferungen eines Kunden beim Schiedsgericht (vgl. Ziffer 7) beantragen, wenn ihre Produkte nachgewiesenermassen in Fälschungen eingebaut werden und dies direkt auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Kunden zurückgeführt werden kann. Eine solche liegt nicht vor, wenn der Kunde sämtliche in seinem Einflussbereich stehenden, zumutbaren Vorsichtsmassnahmen ergreift, um den Einbau in Fälschungen zu verhindern.
- 7) Swatch Group verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen, dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und über die Modalitäten seines Verfahrens gelten folgende Vorgaben:
- a Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrichterliches Schiedsgericht nach der "Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern" und dem "Ergänzungsreglement für die Anwendung der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern 2004 auf die Binnenschiedsgerichtsbarkeit". Sitz des Schiedsgerichtes ist Bern. Verfahrenssprache ist deutsch.
 - b Die Swatch Group bzw. ETA und Nivarox leisten die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionsfähigen Schiedsgerichts erforderlichen Kostenvorschüsse. Die Kostentragung richtet sich nach den unter Ziffer 7) a genannten Bestimmungen.
 - c Für Streitigkeiten gemäss Ziffer 6) e gilt Folgendes:
 - Diese sind von einem Dreierschiedsgericht zu beurteilen.
 - In Abweichung von Artikel 41 Ziffer 1 der Schiedsordnung sind Kostenvorschüsse nicht von der Swatch Group zu leisten.
 - Schiedssprüche können mit Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3001 Bern angefochten werden.
- 8) Diese einvernehmliche Regelung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der WEKO, jedoch bis maximal 31.12.2012.
2. Die Genehmigung gilt ab dem 6. Juni 2011 bis am 31. Dezember 2012. 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. Die Verfügung ist zu eröffnen an: The Swatch Group AG, Seedorfstrasse 6, 2501 Biel

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Daimler/Rolls-Royce

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 13. Juli 2011.

A Sachverhalt

1. Am 27. Juni 2011 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Daimler AG (nachfolgend: Daimler) und die Rolls-Royce Group PLC (nachfolgend: Rolls-Royce) indirekt gemeinsam die Kontrolle über die Tognum AG (nachfolgend: Tognum) und Bergen zu erlangen. Dies soll mittels der Gründung der gemeinsam kontrollierten Akquisitionsgesellschaft ("Special Purpose Bid Vehicle", nachfolgend: NewCo) geschehen, welche dann das öffentliche Übernahmeangebot (nachfolgend: das Angebot) für Tognum unterbreiten wird. Das Angebot soll dazu führen, dass NewCo einen Anteil erwirbt, der zum Erwerb der sofortigen Kontrolle über Tognum führt. Trifft dies ein, wird Rolls-Royce Bergen noch vor dem 31. Dezember 2011 in NewCo einbringen.

2. Tognum ist ein Unternehmen nach deutschem Recht, welches weltweit im Bereich der Entwicklung, der Herstellung und des Verkaufs von Hochleistungs-Dieselmotoren für Anwendungen abseits der Strasse – sogenannte "Off-Highway-Anwendungen" – wie man sie in den Bereichen der Industrie, der Stromerzeugung und der Schifffahrt nutzt, tätig ist. Tognum ist in den Bereichen Gaskolbenmotoren, Dieselaggregate, und Dieseleinspritzsysteme nur in geringem Masse aktiv. Zurzeit hält Daimler 28,4% der Aktien von Tognum, die restlichen Aktien sind breit gestreut und werden von institutionellen und privaten Anlegern gehalten.

3. Als Geschäftsbereich der Rolls-Royce Gruppe produziert Bergen mittelschnell laufende Diesel- und Gaskolbenmotoren für Stromerzeugungsanwendungen und Schiffsanwendungen (hauptsächlich Schiffsantriebsan-

lagen). Der Sitz von Bergen liegt im norwegischen Bergen. Das Unternehmen ist kaum in der Schweiz tätig. Bergen erwirtschaftet hierzulande Umsätze mit Dienstleistungen im Bereich der Schifffahrt und des Vertriebs der dazugehörigen Ersatzteile. Gemäss Meldung ist es nicht möglich, die jeweiligen Lieferadressen zu nennen, da sich die entsprechenden Schiffe überall auf der Welt befinden könnten. Rolls-Royce geht davon aus, dass es unwahrscheinlich ist, dass alle Ersatzteile in die Schweiz geliefert wurden.

4. Das Zusammenschlussvorhaben wurde laut Meldung weltweit mehreren Wettbewerbsbehörden gemeldet, namentlich in der Europäischen Union (17. Juni 2011), in China (18. Mai 2011), in Taiwan (1. Juni 2011), in Südafrika (29. April 2011) sowie in Brasilien (30. März 2011). In Serbien wurde das Zusammenschlussvorhaben am 18. Mai 2011, in der Türkei am 20. Mai 2011, in Russland am 8. Juni 2011, in Israel am 15. Juni 2011 und in den USA am 17. Juni 2011 gemäss Meldung genehmigt.

5. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 ([Kartellgesetz], KG, SR 251) beziehungsweise um eine Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4).

6. Zusammenfassend führt das Zusammenschlussvorhaben auf den räumlich relevanten Märkten, die mindestens den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und die Schweiz umfassen, weder im Bereich von Diesel- und Gaskolbenmotoren, noch in den Bereichen von Dieselmotoren, noch in den Bereichen von Dieselmotoren, noch in den Bereichen von Dieselmotoren, noch in den Bereichen von Dieselmotoren zu Überlappungen der Geschäftstätigkeiten von Tognum und Bergen in der Schweiz und somit zu keinen Marktanteilsadditionen, die sich auf die Schweiz auswirken. Die vorläufige Prüfung ergibt daher keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind folglich nicht gegeben.

B 2.3

2. car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Mai 2011.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Mai 2011

1. Am 26. April 2011 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung zum rubrizierten Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die car4you Schweiz AG (nachfolgend: car4you), die alleinige Kontrolle über Vermögensteile im Zusammenhang mit den Internet-Domains www.auto-online.ch, www.auto-online.at und www.auto-onlineweb.de von der Compustreet GmbH (nachfolgend: Compustreet) zu übernehmen.

2. Car4you ist Betreiberin eines Online-Marktplatzes für den Verkauf von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen, hauptsächlich mit den Domains www.car4you.ch und www.car4you.li. Seit dem Vollzug der Transaktion Tamedia/car4you wird car4you von der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) alleine kontrolliert. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines schweizerischen Medienunternehmens.¹ Sie ist in verschiedenen Bereichen tätig, insbesondere Zeitungen, Zeitschriften, elektronische Medien und Online sowie Druck und Logistik. Tamedia ist insbesondere in der Deutschschweiz (mit einem gewissen Schwergewicht auf den Grossräumen Bern und Zürich) sowie nach Übernahme der Presse publications SR S.A. (nachfolgend: PPSR) in der Romandie (v. a. im Grossraum Genf/Lausanne) tätig.² Im Bereich Rubrikanzeigen hat Tamedia einerseits Angebote in zahlreichen Printtiteln, andererseits betreibt sie selbst oder über Konzerngesellschaften u. a. sehr viele Domains, seien dies (hauptsächlich) Rubrikanzeigen mit direkter Buchungsmöglichkeit oder Metaportale.

3. Die Compustreet GmbH (nachfolgend: Compustreet) betreibt unter den Internet-Domains www.auto-online.ch (resp. www.auto-online.at sowie www.auto-onlineweb.de, welche direkt zur Schweizer Seite führen) einen Online-Marktplatz für den Verkauf von Neu- und Gebrauchtwagen. Ausserdem bietet Compustreet Dienstleistungen unter anderem in den Bereichen Websites, Systeme für den Betrieb von Online-Shops sowie Mailhosting an. Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlusses und zweites beteiligtes Unternehmen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) sind die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Online-Marktplatzes für Neu- und Gebrauchtwagen³ verbundenen Vermögenswerte, im Wesentlichen die Internet-Domains, eine Wort- und Bild-

marke, die Rechte an den Kunden-/Werbe-/Rubrikplatzierungen sowie die technische Plattform inkl. Quellcode. Diese Vermögenswerte werden nachfolgend unter der Bezeichnung auto-online zusammengefasst.

4. Die car4you hat mit der Compustreet GmbH einen Miet-/Kaufvertrag abgeschlossen. Dieser sieht die Miete und ausschliessliche kommerzielle Nutzung der Internet-Domains www.auto-online.ch, www.auto-online.at und www.auto-onlineweb.de mit den zugehörigen Websites für eine Mietdauer von [...] durch die car4you vor. Car4you erhält schon während der Mietdauer weitgehende Mitbestimmungs- und Kontrollrechte, so dass auto-online in dieser Zeit von car4you und von Compustreet gemeinsam kontrolliert wird. Am letzten Tag der Mietdauer gehen sämtliche Rechte an den Internet-Domains und an den Websites ohne Weiteres auf car4you über. Gegenstand der vorläufigen Prüfung ist die Übernahme der alleinigen Kontrolle der car4you über auto-online nach Ablauf der Mietdauer.

5. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei den vorstehend genannten Objekten des Miet-/Kaufvertrags um Unternehmensteile im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) und Art. 3 Abs. 2 VKU handelt. Dies ist der Fall, wenn es sich bei den Vermögenswerten um Geschäftsbereiche mit eigener Marktpräsenz handelt, denen eindeutig ein Umsatz zugewiesen werden kann. Auto-online erfüllt diese Kriterien. Durch den Kaufvertrag gehen die Vermögenswerte in das Eigentum von car4you über. Es besteht somit ein Unternehmenszusammenschlussbestand nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 1 Buchstabe a VKU.

6. Vorliegend besteht keine Meldepflicht aufgrund von Artikel 9 Absatz 1 KG, da die Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG besteht jedoch ungeachtet der Absätze 1-3 die Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Am 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die «groupe Edipresse» (nachfolgend: Edipresse) auf dem Markt für

¹ Auf die Nennung und Beschreibung aller Konzerngesellschaften wird vorliegend verzichtet.

² RPW 2009/3, 245 ff., Tamedia/PPSR.

³ Es gibt auch Rubriken für Motorräder, welche aber offenbar zur Zeit keine Anzeigen enthalten. Ausserdem gibt es eine Rubrik Auto- und Motorradreifen, unter der ein Link zur Bestellung über einen Drittanbieter erscheint. Ebenfalls ist eine Preisvergleich-Suchabfrage für Mietwagen vieler verschiedener Anbieter auf der Website verfügbar.

überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.⁴ Seit der Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse durch Tamedia entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf Tamedia, welche über die car4you am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist.⁵ Die REKO/WEF hat festgehalten, dass sich aufgrund der Ortsunabhängigkeit des Internets auch nationale Internetportale als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten eignen, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen.⁶ Laut REKO/WEF umfasst daher der Werbeteilmarkt der Rubrikanzeigen (Kontakte, Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) grundsätzlich Tageszeitungen (u. U. auch lokale Anzeiger) sowie entsprechende Internetportale. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die Märkte, in denen die Umsätze von auto-online anfallen, den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben untersteht der Meldepflicht.

7. Der vorliegende Zusammenschluss betrifft die Bereiche (Print-/Online-)Rubrikanzeigen sowie Online-Firmenwerbung. Allgemein ergeben sich durch die vollständige Übernahme von auto-online nur äusserst geringe Marktanteilsadditionen in den genannten Märkten. Zudem hat car4you (nun Tamedia) bereits heute und während der Mietdauer die Strategie von auto-online im Rahmen der gemeinsamen Kontrolle mit Compustreet (mit)bestimmt.

8. Im vorliegenden Fall besteht lediglich ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, nämlich der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz. Auch in diesem Markt ist die Marktanteilsaddition durch die Übernahme von auto-online äusserst gering. Zwar weist Tamedia bedeutend höhere Marktanteile aus als ihre grössten Konkurrenten und verfügt wohl auch über Vorteile durch die Möglichkeit der Verknüpfung von Rubrikanzeigen mit Medieninhalten. Allerdings basiert noch ein wesentlicher Anteil der Marktanteile von Tamedia auf Anzeigen im Printbereich, welcher in Zukunft an Bedeutung verlieren wird. Die grössten Konkurrenten sind ebenfalls finanzkräftige Unternehmen oder gehören zu solchen. Ausserdem besteht noch eine Vielzahl weiterer Wettbewerber (v. a.) im Online-Bereich, welche allerdings jeweils nur geringe Marktanteile aufweisen. Weiter ist im Bereich der Online-Rubrikanzeigen die Entwicklung dynamisch. So haben in den letzten fünf Jahren mehrere Unternehmen neue Angebote lanciert, so etwa home.ch, findix.ch, mascus.ch, newhome.ch, anibis.ch und tutti.ch. Auch sind in den nächsten Jahren bereits weitere Markteintritte absehbar. Insgesamt ist daher von einer genügenden disziplinierenden Wirkung auf die beteiligten Unternehmen auszugehen. Dies deckt sich auch mit der Einschätzung der Weko im Fall Tamedia/PPSR.⁷

9. 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 Artikel 10 Absatz 1 KG sind daher nicht gegeben.

⁴ RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

⁵ RPW 2009/3, 330 Rz 421, *Tamedia/PPSR*.

⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 382 f. E. 8.3.2, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

⁷ Vgl. RPW 2009/3, 317 ff. Rz 369 ff., *Tamedia/PPSR*.

B 2.3

3. Emmi/Onken

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. Dezember 2010

1. Am 16. November 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi) zusammen mit ihren Konzerntöchtern Emmi Deutschland GmbH und Emmi UK Ltd. die Übernahme des Geschäftsbereichs Onken von Konzerngesellschaften der Dr. August Oetker KG (nachfolgend Dr. Oetker). Unter der Marke Onken wird Joghurt in Deutschland, Grossbritannien und Irland sowie Quark in Deutschland vertrieben. Durch den Kauf der Marke Onken erhofft sich Emmi insbesondere eine Erleichterung des Eintritts in die Märkte Grossbritannien, Deutschland und Irland für ihre Schweizer Spezialitäten.

2. Übernommen werden sollen im Wesentlichen Marken, Kundenstamm, Know-how (z.B. Rezepturen) sowie Goodwill des Bereichs Onken, nicht jedoch physische Betriebsstätten oder Beteiligungsrechte. Mit der Übernahme verbunden ist ein dreijähriges Wettbewerbsverbot für Westeuropa (inkl. Schweiz), das es den Verkäuferinnen¹ untersagt, Marketing-, Distributions-, Kauf- oder sonstige Aktivitäten aufzunehmen, die zu einer Konkurrenzierung der sogenannten "competing products" führen, welche im Wesentlichen Joghurterzeugnisse und Quark umfasst.

3. Die Meldepflicht besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, da die zu übernehmende Onken in der Produktion von Joghurt und Quark tätig ist und somit in Märkten, welche zu Märkten benachbart sind, in welchen Emmi eine marktbeherrschende resp. kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hat (vgl. *Emmi/AZM*, RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113, 157).

4. Die aktuelle Konkurrenz ist durch das Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert, da Onken weder auf dem Schweizer Markt für Joghurt noch demjenigen für Quark tätig ist. Emmi ist sowohl im schweizweiten Markt für Joghurt mit einem Marktanteil von [40–50] % als auch in demjenigen für Quark mit einem solchen von [50–60] % Marktführer, gefolgt von Migros mit einem Marktanteil von [30–40] % bei Joghurt und [30–40] % bei Quark.² Drittgrösster Anbieter auf diesen Märkten ist Danone mit einem Marktanteil von [0–10] % resp. [0–10] %. Zudem sind weitere kleinere Anbieter auf diesen Märkten tätig.

5. Die Auswirkungen des in Rz 2 erwähnten Konkurrenzverbots auf die potentielle Konkurrenz ist für diese

Märkte als gering zu erachten, da erstens nebst der Dr. Oetker-Gruppe auch andere Hersteller von Joghurt resp. Quark aus dem benachbarten Ausland in den Schweizer Markt eintreten könnten und zweitens das Konkurrenzverbot nicht über das für den Zusammenschluss erforderliche Mass hinausgeht.

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

¹ Es sind dies die vier zur Dr. Oetker-Gruppe gehörenden Unternehmen Dr. August Oetker Nahrungsmittel KG, die Dr. Oetker Frischprodukte Moers KG, die Dr. Oetker (UK) Ltd und die Dr. Oetker Ireland Limited.

² Sämtliche Marktanteile sind gemäss Angaben der Parteien.

B 2.3

4. BASF SE/INEOS Industries Holdings Limited

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Juni 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Juni 2011

1. Am 26. Mai 2011 ging beim Sekretariat die erleichterte Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigten die beiden Parteien BASF SE (nachfolgend: BASF) und INEOS Industries Holdings Limited (nachfolgend: INEOS) ein Gemeinschaftsunternehmen aufzubauen, welches insbesondere die jeweiligen bestehenden Geschäftsbereiche auf dem Gebiet von Styrolmonomer (SM), Polystyrol (PS) und Acrylnitrilbutadienstyrol (ABS) zusammen kombiniert.

2. BASF ist weltweit in den Geschäftsbereichen Chemikalien, Kunststoffe, Veredelungsprodukte, Pflanzenschutzmittel, Feinchemikalien, sowie Öl und Gas tätig. BASF kontrolliert in der Schweiz 11 verschiedene Gruppengesellschaften. Ausserdem befindet sich in der

Schweiz eine Zweigniederlassung der BASF Agro B.V. BASF beschäftigt weltweit ungefähr 109'000 Mitarbeitende in über 80 Ländern.

3. INEOS ist Teil des grösseren INEOS-Konzerns. Die Muttergesellschaft des INEOS-Konzerns ist die INEOS AG mit Sitz in Rolle, Schweiz. Der INEOS-Konzern ist ein global tätiger Hersteller von Petrochemikalien, Spezialchemikalien und aus Erdöl gewonnenen Produkten. Das Unternehmen betreibt 51 Produktionsstätten in 13 Ländern auf der ganzen Welt und beschäftigt ungefähr 15'000 Mitarbeitende.

5. Von der US-amerikanischen Federal Trade Commission wie von der EU-Kommission wurde die Freigabe bereits im Vorfeld erteilt. Um sämtliche wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, hatten sich die Parteien gegenüber der EU-Kommission verpflichtet, Herstellungsanlagen von ABS in Tarragona, Spanien zu veräussern.

6. Die vorläufige Prüfung ergab, dass das Zusammenschlussvorhaben weder eine marktbeherrschende Stellung begründet, noch eine solche verstärkt. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

5. Emmi/Rutz

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 2. August 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. August 2011

A Sachverhalt

1. Am 6. Juli 2011 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi Käse AG (nachfolgend: Emmi), bei welcher es sich um eine Gesellschaft der Emmi-Gruppe handelt, die Rutz Käse AG (nachfolgend: Rutz) von der Armo Holding AG zu übernehmen. Mit der Rutz werden auch ihre Tochtergesellschaften (die Rutz Käse AG Käserei St. Niklaus sowie die Rutz Käse GmbH Deutschland) verkauft.

2. Die Emmi-Gruppe ist in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig. Das Hauptgeschäft der Rutz besteht in der Affinage von Appenzeller- und Tilsiter-Käse. Daneben ist die Rutz in der Produktion verschiedener Käsesorten tätig, konfektioniert Käse und verkauft diesen in bescheidenem Umfang auch direkt an Endkunden.

3. Hintergrund des Zusammenschlusses bildet auf Seiten der Rutz die Befürchtung, aufgrund der fehlenden Grösse mittelfristig nicht im Markt bestehen zu können und auf Seiten der Emmi die Aussicht, Synergien zu nutzen.

4. Die Meldepflicht besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 Kartellgesetz (KG)¹, da die zu übernehmende Rutz auch in der Produktion von Käse und somit in einem Markt tätig ist, der zu den Märkten benachbart ist, in welchen die Emmi eine marktbeherrschende resp. kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG inne hat.²

5. Im Verlaufe der vorläufigen Prüfung wurden 36 Fragebogen an Konkurrenten und Vertragspartner der Emmi und/oder der Rutz versandt, von welchen 32 ausgefüllt retourniert wurden.

6. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung wird gestützt auf die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden vorgenommen.³ Das meldende Unternehmen übte Kritik an dieser Praxis und regte insbesondere an, die beiden sachlich relevanten Märkte Hartkäse und Halbhartkäse als einen einzigen Markt zu betrachten und die Unterteilung nach den Produktionsstufen Produktion, Affinage, Konfektionierung und Vertrieb fallen zu lassen. Da aber die bisherigen Marktabgrenzungen nach wie vor als vertretbar erscheinen und zudem die Marktabgrenzungen im Sinne des meldenden Unternehmens zu kei-

nem anderen Ergebnis der vorläufigen Prüfung führen als die bisher von den Wettbewerbsbehörden vorgenommenen, wird vorderhand an der genannten Praxis festgehalten.

7. Vom Zusammenschluss betroffen sind die Herstellungsphasen *Produktion von Halbhartkäse, Affinage von Halbhart- und Hartkäse, Konfektionierung von Käse und Vertrieb von Halbhart- und Hartkäse*. Nachfolgend wird kurz auf diejenigen betroffenen Märkte eingegangen, auf denen sich durch den vorliegenden Zusammenschluss allenfalls Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben könnten.

8. Die höchsten Marktanteilsadditionen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ergeben sich bei den Affinage-Märkten. Sowohl die Affinage von Halbhart- als auch von Hartkäse sind betroffene Märkte mit kumulierten Marktanteilen von [20–30] % resp. [40–50] %, wobei die Additionen relativ gering sind. Denn die Rutz trägt jeweils [0–10] % resp. [0–10] % zu diesen Summen bei.

9. Bereits zum Zeitpunkt der Prüfung des Zusammenschlusses Emmi/Fromalp war Emmi mit diesen Marktanteilen Marktführer. In der damaligen Prüfung wurde festgehalten, dass neben der Emmi eine grosse Anzahl kleinerer Affineure tätig sind, so beispielsweise die Cremono SA, die Hardegger Käse, die InterCheese AG, die Lustenberger+Dürst SA, die MIFROMA SA und die Strähl AG.⁴ Gestützt darauf wurde festgestellt, dass die Emmi in der Affinage von Halbhart- und Hartkäse keine marktbeherrschende Stellung einnehme. Diese Faktenlage hat sich seither nicht verändert.

10. Aus den Antworten zu den Fragebögen an die Konkurrenten der Emmi im Bereich Affinage ergibt sich, dass fünf der insgesamt sieben befragten Unternehmen keine oder nur sehr geringe Auswirkungen durch den geplanten Zusammenschluss erwarten. Ein Unternehmen liess sich nicht vernehmen, eines äusserte sich kritisch. Die Kritik bezog sich jedoch nicht auf die künftige Marktposition der Emmi/Rutz, sondern eines anderen Marktteilnehmers, sodass im Markt für die Affinage von Halbhart- und Hartkäse insgesamt keine Gründe ersichtlich sind, die eine eingehende Prüfung des Zusammenschlussvorhabens erfordern würden.

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

² Siehe RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113, 157, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

³ RPW 2009/2, 170 Rz 16, *Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG*; RPW 2003/3, 529 ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food* (Sortenkäsegeschäft).

⁴ RPW 2010/3, 578 f. Rz 42, *Emmi/Fromalp*.

11. Wird von einer engst möglichen Marktabgrenzung ausgegangen, in welcher die Affinage der Sortenkäse Rohmilch-Tilsiter⁵ resp. Appenzeller eigene Märkte darstellen, akkumuliert die Emmi durch den Zusammenschluss Marktanteile von [60–70] % (plus [0 – 10] %) resp. [40–50] % (plus [10–20] %). Wie nachfolgend gezeigt wird, drängt sich allerdings auch unter dieser Perspektive keine Prüfung des Zusammenschlusses auf.

12. Auf der Absatzseite von affinierten Käse ist kaum mit der Möglichkeit der Emmi zu rechnen, sich unabhängig von den übrigen Marktteilnehmern zu verhalten. Gefahren bestehen höchstens für die Lieferanten der Emmi als Affineur, d.h. für die Hersteller der Sortenkäse Appenzeller und Tilsiter. Von Seiten der Tilsiter- bzw. Appenzellerproduzenten wurden mehrheitlich keine bis geringe Bedenken gegen das vorliegende Zusammenschlussvorhaben geäußert. Zur Frage nach Alternativen zur Herstellung von Sortenkäse ergab sich, dass es die meisten Produzenten als schwierig erachten, andere Halbhartkäse herzustellen. Einige Produzenten stellen allerdings seit mehreren Jahren erfolgreich Alternativprodukte her. Zudem dürfte ein erheblicher Teil des Marktdruckes auf die Produzenten von Rohmilchtilsiter auf die Überkapazitäten in diesem Segment zurückzuführen sein und weniger auf die Marktmacht der Emmi. Ein Eingreifen auf dem Markt für Tilsiter und Appenzeller wird nicht als nötig betrachtet.

Im Bereich der Konfektionierung erhöht sich der Marktanteil der Emmi durch den Zusammenschluss um [0 – 10] % auf [30 – 40] %. Daneben kommt die MIFROMA SA gemäss Angaben der Emmi auf [30 – 40] %, die Lustenberger+Dürst SA auf [0 – 10] % und die Hardegger Käse auf [0 – 10] %. Diese Zahlen entsprechen in etwa den Zahlen, wie sie dem Entscheid Emmi/Fromalp zugrunde lagen.⁶ Unter dem Blickwinkel eines eigenen Marktes für die Konfektionierung ergeben sich durch den geplanten Zusammenschluss keine erheblichen Veränderungen, sodass ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden als nicht angezeigt erscheint.

13. Insgesamt ergab die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁵ Die Rutz ist vorwiegend in der Affinage von Rohmilch-Tilsiter tätig.

⁶ RPW 2010/3, 579 Rz 46, *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 10. August 2011

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. August 2011

Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 15. Juli 2011 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung zum rubrizierten Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), die alleinige Kontrolle über die Doodle AG zu übernehmen.

2. Die Tamedia AG (im Folgenden: Tamedia) ist die Muttergesellschaft eines schweizerischen Medienunternehmens.¹ Tamedia ist in verschiedenen Bereichen tätig, insbesondere Zeitungen, Zeitschriften, elektronische Medien und Online sowie Druck und Logistik. Das Unternehmen ist insbesondere in der Deutschschweiz (mit einem gewissen Schwergewicht auf den Grossräumen Bern und Zürich) sowie nach Übernahme der Presse publications SR S.A. (nachfolgend: PPSR) in der Romandie (v. a. im Grossraum Genf/Lausanne) tätig.²

3. Die Doodle AG (im Folgenden: Doodle) betreibt unter anderem unter den Domains www.doodle.com und www.doodle.ch ein Online-Werkzeug zur Terminfindung. Doodle finanziert sich einerseits über Werbung und andererseits über kostenpflichtige Premium-Angebote.

4. Michael Näf ist Gründer, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer von Doodle. Er hat keine Kontrollrechte an weiteren Unternehmen. Paul E. Sevinç ist Mitgründer sowie Mitglied des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung von Doodle. Er hat keine Kontrollrechte an weiteren Unternehmen.

5. Gemäss Aktienkaufvertrag erwirbt Tamedia, welche vorher nicht an Doodle beteiligt war, von den Veräusserern (Michael Näf, Paul E. Sevinç, Creathor Venture Fund II GmbH & Co. KG, Creathor Venture Fund II GmbH & Co. Parallel-KG und Innovationsstiftung der Schwyzer Kantonalbank [im Folgenden: Aktienkaufvertrag]) Doodle-Aktien im Umfang von 49 %. Die restlichen 51 % der Aktien an Doodle verbleiben bei Herrn Michael Näf, Herrn Paul E. Sevinç sowie der Innovationsstiftung der Schwyzer Kantonalbank (nachfolgend: ISK). Der Aktienkaufvertrag sieht zudem zukünftige gegenseitige Put-/Call-Optionen zum Kauf weiterer Aktien vor.

6. Zwar erwirbt Tamedia nur eine Minderheitsbeteiligung, jedoch sieht der zwischen den verbleibenden Aktionären abgeschlossene Aktionärsbindungsvertrag umfangreiche Zustimmungserfordernisse zugunsten von Tamedia vor. Diese geben Tamedia die Möglichkeit,

praktisch sämtliche wichtigen strategischen Entscheide von Doodle zu blockieren, u. a. [...]. Dies erlaubt Tamedia, einen bestimmenden Einfluss über Doodle auszuüben. Tamedia erwirbt daher die Kontrolle über Doodle im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) und Artikel 1 Buchstabe b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Laut Meldung erwirbt Tamedia die alleinige Kontrolle.

7. Die restlichen Aktionäre besitzen je einzeln keine massgebenden Eigentums- und Kontrollrechte. Jedoch haben die Herren Näf und Sevinç (nachfolgend: die Gründer) zusammen die Möglichkeit, wichtige strategische Entscheide zu blockieren. Die Gründer müssen sich einerseits über [...] untereinander verständigen, andererseits bestehen verschiedene weitere gemeinsame Interessen und gegenseitige Abhängigkeiten der Gründer untereinander. Dies führt dazu, dass sie voraussichtlich nicht gegeneinander handeln werden. Zudem bestehen auch einige Abhängigkeiten zwischen Tamedia und den Gründern. Aufgrund aller Umstände ist damit von einer gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und den Gründern über Doodle auszugehen.

Meldepflicht

8. Vorliegend besteht keine Meldepflicht aufgrund von Artikel 9 Absatz 1 KG, da die Umsatzschwellen nicht erreicht werden. Gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG besteht jedoch ungeachtet der Absätze 1-3 die Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Am 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die "groupe Edipresse" (nachfolgend: Edipresse) auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.³ Seit der Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse durch Tamedia entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf Tamedia, welche am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist.⁴

¹ Auf die Nennung und Beschreibung aller Konzerngesellschaften wird vorliegend verzichtet.

² RPW 2009/3, 245 ff., Tamedia/PPSR.

³ RPW 1998/1, 61 Rz 96, Le Temps.

⁴ RPW 2009/3, 330 Rz 421, Tamedia/PPSR.

9. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft unter anderem Märkte für Online-Firmenwerbung. Seit dem Urteil der REKO/WEF in Sachen Berner Zeitung AG, Tamedia AG gegen Wettbewerbskommission hat die Weko regelmässig eigene Märkte für Online-Firmenwerbung abgegrenzt. Hinsichtlich sachlicher Marktabgrenzung wurde bisher von nationaler Online-Firmenwerbung⁵ ausgegangen (auf eine regionale Abgrenzung wurde bis anhin verzichtet, eine solche wurde aber für die Zukunft für möglich erachtet). In räumlicher Hinsicht wurde eine sprachregionale Abgrenzung vorgenommen.⁶ Die Weko ist im Entscheid Tamedia/PPSR davon ausgegangen, dass weder für nationale noch für regionale/lokale Werbeanzeigen eine genügende Austauschbarkeit zwischen den Medien Print und Online besteht, um diese den gleichen Märkten zuzuteilen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass gar keine Substituierbarkeit besteht.⁷ Das Ausmass der Austauschbarkeit hängt z. B. von der Art der Werbung und der Kampagne ab. Viele Printmedien sind zudem heutzutage auch im Internet präsent und bieten z. T. auch kombinierte Werbemöglichkeiten an. Ausserdem ist im Zusammenhang mit Medienmärkten generell die starke Wechselbeziehung zwischen den Leser-/Nutzermärkten einerseits und den Werbemärkten andererseits zu beachten. Zu erwähnen ist ferner, dass Tamedia gemäss Meldung bezweckt, mit der Übernahme der Kontrolle über Doodle ihre "Geschäftstätigkeit im Bereich Online-Plattformen auszubauen und damit die Produktpalette von Tamedia abzurunden".

10. Der Doodle-Dienst wird verschiedenen Sprachen angeboten und ist u. a. in der ganzen Schweiz verfügbar. Damit umfasst der Tätigkeitsbereich von Doodle auch die französischsprachige Schweiz und die Regionen Genf und Lausanne. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass die von Doodle bearbeiteten Werbemärkte den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben untersteht der Meldepflicht.

Märkte

11. Doodle betreibt unter anderem unter den Domains www.doodle.com und www.doodle.ch den laut eigenen Angaben weltweit führenden Online-Terminfinder, dessen Basisdienst monatlich von mehr als 8 Millionen Menschen genutzt wird.⁸ Interessierte können dabei Terminvorschläge unter Angabe von Datum, Uhrzeit, Raum, Thema etc. zur Auswahl stellen. Über einen versendeten Link können die Adressaten dann ihre Präferenzen angeben, welche durch Doodle übersichtlich dargestellt werden. Doodle bietet darüber hinaus auch die Kalenderintegration zu Google, Outlook, Lotus etc. an, auch gibt es Applikationen für Mobiltelefone. Die Grundfunktionen lassen sich sowohl anonym als auch mit Registrierung mit verbesserter Übersicht nutzen. Die Basisfunktionen sind kostenlos. Ausserdem ist Doodle als kostenpflichtige Premium-Version für Einzelpersonen ("Solo"), Unternehmen ("Business") und Organisationen ("Enterprise") erhältlich, welche werbefrei und individuell gestaltbar ist, zusätzliche Funktionen enthält und besondere Sicherheitsoptionen unterstützt.⁹

12. Nachgefragt werden nicht Terminumfragen an sich, sondern Werkzeuge/Hilfsmittel für Terminumfragen / zur Terminfindung. Der Einfachheit halber wird der Markt nachfolgend dennoch als Markt für Terminumfragen bezeichnet. Marktgegenseite für Werkzeuge zur Durchführung von Terminumfragen sind einerseits Private, welche diese für private oder geschäftliche Zwecke nutzen, andererseits auch Unternehmen oder Organisationen, welche die Tools geschäftlich nutzen.

13. Grundsätzlich lässt sich mit jedem Kommunikationsmittel eine Terminumfrage durchführen. Jedoch sind viele dieser Kommunikationsmittel (wie z. B. das Telefon) nur schlechte Substitute zu Online-Tools wie Doodle, gerade bei grösseren Personengruppen. Online-Werkzeuge wie Doodle zur einfachen Durchführung von Terminanfragen haben diverse Vorteile: Sie sind webbasiert, bieten verschiedene Optionen bei der Terminauswahl, sind übersichtlich und sind mit verschiedenen elektronischen Kalendersystemen kompatibel.

14. Vorliegend wird ein Markt für Terminumfragen abgegrenzt, worunter im vorliegenden Fall Werkzeuge/Hilfsmittel¹⁰ fallen, welche Kalender- und Organisationsfunktionen beinhalten und über Kommunikationskanäle Umfragen zur Terminfindung ermöglichen und erleichtern.¹¹ Eine definitive Marktabgrenzung kann jedoch offen gelassen werden, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in keinem Fall zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

15. Gemäss Meldung sei der Markt für Terminumfragen international abzugrenzen. Dies vor dem Hintergrund, dass für den Gesamtmarkt nicht zuverlässig festgestellt werden könne, welcher Nutzer welchen Dienst (Online, Telefon oder E-Mail) international, national oder regional nutzt. Werkzeuge/Hilfsmittel für die Terminkoordination werden grundsätzlich von Nutzern weltweit nachgefragt. Entsprechende Tools sind dementsprechend auch häufig weltweit verfügbar. Grenzen setzen gegebenenfalls etwa sprachliche, kulturelle und technische Gegebenheiten. Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend jedoch offen bleiben, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung nach Sprachregionen in der Schweiz keine betroffenen Märkte bestehen.

⁵ Offen gelassen wurde bisher, ob im Bereich der Online-Firmenwerbung zwischen Suchmaschinenwerbung und Bannerwerbung zu unterscheiden ist.

⁶ RPW 2009/3, 264 f. Rz 145 ff., *Tamedia/PPSR*.

⁷ Vgl. RPW 2009/3, 327 Rz 401, *Tamedia/PPSR*.

⁸ <<http://www.doodle.com/about/media.html>> (23.05.2011).

⁹ Informationen gemäss Meldung und <<http://www.doodle.com>> (23.05.2011).

¹⁰ Sowohl rechnergestützte wie webbasierte Anwendungen.

¹¹ Es ist auch denkbar, zwischen Werkzeugen für Private und solchen für Unternehmen zu unterscheiden, oder auch zwischen Gratisangeboten und kostenpflichtigen Angeboten mit Mehrwert. Gemäss Meldung besteht jedoch grundsätzlich keine Unterscheidung der Wettbewerbssituation nach Massgabe der Premium-Produkte für Unternehmen einerseits und den Produkten für Private andererseits.

16. Doodle bietet zudem Werbetreibenden eine Vielzahl von Werbemöglichkeiten an.¹² Werbung kann etwa bei der Einrichtung der Umfrage, der Teilnahme an einer Umfrage oder im persönlichen Kalender (MeetMe) eingebunden werden. Möglich sind Werbeplatzierungen in verschiedener Form und Umfragesponsoring. Doodle bietet die Möglichkeit, Kampagnen gezielt zu schalten, insbesondere nach Land, Sprache, Uhrzeit oder auch nach Umfragekategorien. Insbesondere dank der letztgenannten Möglichkeit sind gezielte Kampagnen mit einem nur kleinen Streuverlust möglich. Tamedia selbst hat verschiedene Plattformen, auf denen sie vielfältige Werbemöglichkeiten anbietet, so etwa die besucherstarken Websites von "20 Minuten" und "Tagesanzeiger".

17. Laut konstanter Praxis der Weko besteht ein eigener Markt für Online-Firmenwerbung, da aus Sicht der Marktgegenseite weder für nationale noch für regionale/lokale Werbeanzeigen eine genügende Austauschbarkeit zwischen den Medien Print und Online besteht.¹³ Zum Markt für Online-Firmenwerbung gehört zunächst die Bannerwerbung. Darunter sind grundsätzlich Werbeflächen in jeglicher Form zu verstehen.¹⁴ Laut Meldung befindet sich Bannerwerbung auf Websites von sehr unterschiedlichem Inhalt. Entscheidend sei einzig, dass diese über eine gewisse Besucherfrequenz verfügen, damit die Bannerwerbung wahrgenommen werde. Als attraktive Site gälten nebst den News-Sites der Medienunternehmen insbesondere auch die Sites der grossen Internet Service Provider (zum Beispiel www.bluewin.ch). Weiter gehört zum Markt für Online-Firmenwerbung auch die sog. Suchmaschinenwerbung. Laut Meldung wird Werbetreibenden mit Suchmaschinenwerbung die Möglichkeit geboten, ihre Online-Anzeigen mit ausgewählten "Keywords" zu verbinden. Gemäss Definition von Media Focus werden mit Suchmaschinenwerbung Werbemöglichkeiten bezeichnet, bei denen der Werbeauftraggeber für eine bestimmte Position seines Links auf den gängigen Suchmaschinen bezahlt.¹⁵

18. Laut Meldung lassen sich Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung heute nicht mehr unterscheiden und gehören zum gleichen Markt. Dies zeige sich daran, dass beide Werbeformen das gleiche Ziel verfolgen, nämlich mittels Klick sollen die Internet-Nutzer auf die Website des Werbetreibenden gelotet werden. Die Wettbewerbskommission hat im Entscheid Tamedia/PSPR nach Befragung verschiedener im Online-Bereich tätiger Unternehmen die Marktabgrenzung offen gelassen, ob der Markt für Online-Firmenwerbung in einen Markt für Bannerwerbung und einen Markt für Suchmaschinenwerbung zu unterteilen ist. Dies ist auch vorliegend angezeigt, da auch bei einer engen Abgrenzung durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entsteht.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

19. Marktanteile im Markt bzw. den Märkten für Terminumfragen sind nur schwer schätzbar, da es an verlässlichen Zahlen zur Nutzung der verschiedenen Hilfsmittel zur Durchführung von Terminumfragen mangelt. Laut den Schätzungen zugrunde gelegten Daten in der Meldung liegen selbst bei einer sprachregionalen Abgren-

zung in der Schweiz keine betroffenen Märkte vor. Tamedia ist zudem in diesen Märkten bisher nicht tätig, weswegen der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führt. Zudem bestehen sowohl für das Gratis-Angebot von Doodle wie auch für die Premium-Produkte Konkurrenten im Markt. So haben etwa Tungle, Timebridge, Zeeyoo und Moreganize ähnliche Angebote wie Doodle. Als wichtige aktuelle oder potenzielle Konkurrenten sind aber vor allem die grossen, international tätigen Anbieter von E-Mail-Programmen, Organisationssoftware und -Kalendersystemen, Online-Portalen oder auch Social-Network-Plattformen zu nennen. Es bestehen zudem keine allzu hohen Markteintrittsschranken. Wichtig ist jedoch eine gewisse Verbreitung, um Werbeeinnahmen zu generieren oder Premium-Angebote zu lancieren.

20. Laut Meldung liegen keine offiziellen Daten zum Markt (bzw. zu den Märkten) für Online-Firmenwerbung vor. Media Focus weise zwar das Gesamtwerbevolumen für Online aus, dieses werde aber von den relevanten Marktteilnehmern als deutlich zu tief bewertet. Tamedia schätzt das Gesamtmarktvolumen des Marktes für Online-Firmenwerbung in der Schweiz für das Jahr 2010 auf rund 364 Millionen Franken.¹⁶ Wird der Markt für Online-Firmenwerbung nicht weiter unterteilt, so ergeben sich für die drei Sprachregionen aufgrund der Marktanteile von Tamedia und Doodle keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Wird hingegen der sachlich relevante Markt zusätzlich nach Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung unterteilt, dann bestehen zwei betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, nämlich die Märkte für nationale Bannerwerbung in der Deutschschweiz und für nationale Bannerwerbung in der französischen Schweiz. Diese Märkte werden nachfolgend genauer untersucht.

21. Gemäss Meldung liegen keine Zahlen für die Werbeeinnahmen einzelner Websites vor. Die Werbeeinnahmen seien daher anhand von Expertengesprächen geschätzt oder anhand von Nutzerzahlen gemäss NET-Matrix Profilen und Controlling-Daten für Tamedia, Edipresse und search.ch sowie Doodle berechnet worden. Die Verteilung der nationalen Online-Firmenwerbung auf Sprachgebiete sei soweit möglich anhand der Nutzerzahlen gemäss NET-Matrix-Profilen zugewiesen worden, ansonsten sei sie aufgrund von Bevölkerungsfaktoren geschätzt worden. Für Tamedia, Edipresse und search.ch seien hingegen die effektiven Werbeeinnahmen pro Sprachregion verwendet worden.

¹² Informationen basierend auf Meldung und <http://www.doodle.com/about/advertising.html> (23.05.2011).

¹³ RPW 2009/3, 264 Rz 147 m. w. H.

¹⁴ Vgl. Media Focus, Online-Werbestatistik, Report 2010/2 vom 07.02.2011, 2, http://www.werbewoche.ch/sites/werbewoche.ch/files/imce/shared/Media%20Focus_Semester%20Report%20Online-Werbung%202010.pdf (23.05.2011), wobei dort der Begriff der klassischen Online-Werbung verwendet wird.

¹⁵ Media Focus Online-Werbestatistik (Fn 14), 2.

¹⁶ Dieser Betrag bezieht sich auf Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung für die gesamte Schweiz.

22. Tamedia verfügt in den Märkten über bedeutend höhere Marktanteile als ihre grössten Konkurrenten. Doodle hat gestützt auf die Werbeeinnahmen nur geringe Marktanteile. Dies gilt besonders für die Romandie. Aufgrund dieser Zahlen resultieren denn auch nur kleine Marktanteilsadditionen. Die kleinen Marktanteile von Doodle aufgrund der Werbeeinnahmen dürften auch daran liegen, dass Doodle noch nicht sehr lange im Markt tätig ist. Ein Blick auf die Zahlen der Unique User per Month (UUpM)¹⁷ zeigt jedoch, dass Doodle schweizweit zu den zehn stärksten Websites gehört und bezüglich dieser Werte etwa auf Augenhöhe mit tagesanzeiger.ch ist.¹⁸ In der Romandie übertrifft Doodle etwa die UUpM-Werte von Ringier.¹⁹ Auch bei den Page Impressions (PI)²⁰ hatte Doodle in den letzten Jahren respektable Werte.²¹ Diese hohen Werte könnten auf ein relativ starkes Wachstum der Werbeeinnahmen von Doodle hindeuten.

23. Die Märkte sind in den letzten drei Jahren stark gewachsen. Dies gilt auch für die Werbeeinnahmen von Tamedia und der grössten Konkurrenten, d. h. auch die Marktanteile sind – mit einer Ausnahme – ziemlich stabil geblieben.

24. Die in der Meldung als grösste Konkurrenten aufgeführten Unternehmen verfügen zwar über deutlich kleinere Marktanteile als Tamedia, jedoch über genügend grosse Anteile, um noch von einer ausreichend disziplinierenden Wirkung auf Tamedia auszugehen. Es handelt sich bei den Konkurrenten zudem zumindest teilweise um grosse, finanzkräftige Unternehmen.

25. Als Anbieter kommen grundsätzlich alle Websites in Frage, sofern sie eine gewisse Anzahl Besucher aufweisen. Laut Meldung sind in den vergangenen fünf Jahren unzählige neue Websites entstanden, die Online-Werbung anbieten. Zunehmende Bedeutung würden in der Schweiz die schon heute starken, international tätigen Unternehmen wie Google, Facebook und Yahoo erlangen. Diese sind etwa auf NET-Metrix gar nicht erfasst. Zukünftige Markteintritte seien laut Meldung laufend zu erwarten, da die Markteintrittskosten sehr tief seien. Voraussetzung sei, dass es der Website gelingt, eine grössere Anzahl Besucher anzulocken. Der Marktzutritt werde zudem durch professionelle Werbevermittler zusätzlich erleichtert.

26. Auf der Basis dieser Erwägungen kann festgehalten werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder auf dem Markt für nationale Bannerwerbung in der Deutschschweiz noch auf dem Markt für nationale Bannerwerbung in der französischen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

27. 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 Artikel 10 Absatz 1 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁷ Anzahl Personen, die eine (angemeldete) Website im Monat nutzen. Der Gesamtmarkt umfasst alle Internetnutzer in der Schweiz.

¹⁸ Präsentation "Auf Doodle werben", Folie 12, <<http://doodle.com/advertising/werbungDoodle.pdf>> (05.08.2011), mit Bezug auf Quelle NET-Metrix-Profile 2011-1.

¹⁹ Beilage 8 zur Meldung (Quelle: NET-Metrix Profile 2011/1).

²⁰ Anzahl Sichtkontakte beliebiger Clients/Browser mit einer gemessenen Website.

²¹ Beilage 8 zur Meldung, Page Impressions Januar 2008, Januar 2009, Januar 2010, Januar 2011 und Mai 2011 (Quelle: NET-Metrix-Audit).

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 17. August 2011

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. August 2011

Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 18. Juli 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Darnach beabsichtigen die BSI AG (BSI) und die Avaloq Group AG (Avaloq) den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die bislang zu 100 % von BSI kontrollierte und damit unter deren alleiniger Kontrolle stehende B-Source AG (B-Source). Avaloq wird 51 % der Aktien an B-Source erwerben, wobei BSI und Avaloq jeweils diverse Vetorechte zustehen werden. BSI und Avaloq werden daher inskünftig gemeinsame Kontrolle über B-Source ausüben.

2. Die zur Generali Gruppe gehörende BSI ist eine Bank gemäss Bankengesetz. Sie bietet ihren Kunden Beratungsdienstleistungen an und übernimmt Vermögensverwaltungsaufträge. Die Haupttätigkeit von BSI liegt im Bereich Private Banking, ihr Vertriebsgebiet schwerwichtig in der Schweiz.

3. Avaloq ist Herstellerin der Software "Avaloq Banking System" (Avaloq-Software) und vertreibt die Avaloq-Software im In- und Ausland. Bei der Avaloq-Software handelt es sich um eine auf die vielfältigen Bedürfnisse von Banken zugeschnittene Softwarelösung (im Folgenden auch Bankenanwendungssysteme/-anwendenssoftware sowie Standardsysteme für Banken). Der Vertrieb der Avaloq-Software erfolgt einerseits direkt an Banken und andererseits indirekt über ASP- (Application Service Provider) und BPO- (Business Process Outsourcing) Anbieter, die ihren Kunden Unterlizenzen gewähren oder die Nutzung der Avaloq-Software ermöglichen können. Als Lizenzgeberin erbringt Avaloq auch die unmittelbar mit der Avaloq-Software zusammenhängenden Support und Wartungsdienstleistungen, für welche der Zugang zum Source-Code der Software erforderlich ist, respektive entsprechende Dienstleistungen, wenn spezifisch die Avaloq-Software betreffende Probleme zu lösen sind (z.B. Analyse von Fehlermeldungen, Beseitigung von Fehlern, Updates, Upgrades, Analyse neuer Kundenbedürfnisse, Weiterentwicklungen etc.). In Einzelfällen werden auf Wunsch des Kunden weitere unmittelbar mit der Avaloq-Software zusammenhängende Dienstleistungen (Schulungen zur Avaloq-Software etc.) erbracht. Avaloq ist heute v.a. in der Schweiz tätig, baut ihre Tätigkeiten im Ausland aber zusehends aus.

4. B-Source führt heute für BSI die Back Office-Administration und das Operating der Bankenanwendungssysteme durch und erbringt weitere IT-Services. Dabei setzt B-Source seit Kurzem auch die Avaloq-Software ein und bietet ihren Kunden im Rahmen eines BPO die Nutzung der Avaloq-Software an¹. BSI ist Eigentümerin und bedeutungsvolle Kundin von B-Source. Daneben erbringt letztere Back Office- und BPO-Dienstleistungen sowie weitere IT-Services in erster Linie für Privat- und Universalbanken.

5. Avaloq möchte infolge des Zusammenschlusses ihr Dienstleistungsangebot von der reinen Softwareherstellung auf den Bereich BPO ausdehnen (Möglichkeit, alles aus einer Hand anzubieten). Die Marktposition von B-Source soll gestärkt werden, indem deren Kunden eine umfassende Bankenplattform zusammen mit daran anschliessenden Dienstleistungen in Form eines "One-Stop-Shops" zur Verfügung stehen wird.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

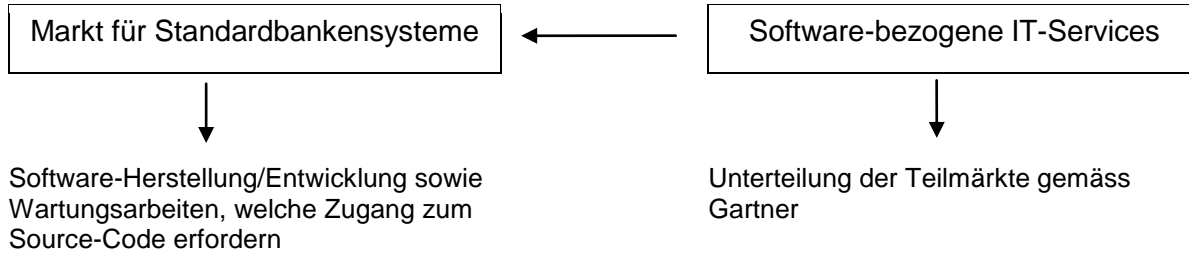
6. Der Zusammenschluss führt zu keinen Anteilsadditionen in denjenigen Bereichen, in welchen die beteiligten Unternehmen tätig sind. In den entsprechenden **Finanzdienstleistungsmärkten** verfügt BSI lediglich über marginale Marktanteile. Ebendieses Bild mit lediglich geringen Marktanteilen ergibt sich gemäss Meldung im Bereich der **IT-Dienstleistungsmärkte** (IT-Services, Teilmärkte gemäss Gartner²) für B-Source³. Avaloq ist gemäss eigenen Angaben nicht im Bereich IT-Services tätig. Sie erbringt lediglich Dienstleistungen, für welche der Zugang zum Source-Code vorausgesetzt ist und welche folglich der Entwicklung und Wartung von Bankenanwendenssoftware und damit dem Markt für Standardbankensysteme (Entwicklung, Wartung und Support von Bankenanwendenssoftware) zugeordnet werden können. Letzterer, der Markt für Standardbankensysteme⁴, kommt *in casu* als einziger, möglicherweise betroffener Markt in Betracht, weshalb sich die Abklärungen auf diesen konzentriert haben.

¹ B-Source ist bereits heute ein BPO-Partner von Avaloq, die gestützt auf einen BPO-Vertrag das Recht hat, ihren Kunden die Nutzung der Avaloq-Software zu ermöglichen.

² Abgrenzung anhand der Einteilung des "IT-Services Market Definition Guide" von Gartner Inc., an welcher sich die WEKO bislang (RPW 2002/4, 632 Rz 15, *IBM/PwC Consulting*; RPW 2003/2, 300 Rz 21, *Accenture/Systor*) aber auch die EU erst kürzlich erneut orientierte (Comp/M.6127, 25.03.2011, Rz 14 ff., *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*).

³ Vgl. bspw. *Active Sourcing*, Handout *swiss banking 2010 Premium* (swiss banking 2010), 41, welche für B-Source bspw. im Bereich IT Outsourcing einen Marktanteil von 5 % angibt.

⁴ Annahme des engst-möglichen Marktes und damit branchenspezifische Abgrenzung in Anlehnung an RPW 2001/4, 755 Rz 15, *Swisscom/AGI IT Services*. Vgl. dazu auch die Übersicht über die bisherigen Abgrenzungen in Bezug auf IT-Services in RPW 2009/2, 161 Rz 24/26 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.



7. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden je nach Quelle sehr unterschiedliche Angaben zu den Marktanteilen der in diesem Bereich tätigen Unternehmen berücksichtigt. Auch wenn mangels aussagekräftiger Zahlen und Angaben zu dieser Branche nicht ausgeschlossen werden kann, dass Avaloq einen Marktanteil von 30 % oder mehr gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht, so kam die WEKO zum Schluss, dass *in casu* keine Anhaltspunkte bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

8. Zum einen liegen zahlreiche Indizien vor, dass sich die Marktstellung der einzelnen Akteure laufend verändert und damit Bewegung im Markt ist (schwankende Marktanteile der führenden Akteure im Verlauf der letzten Jahre, Marktanteilsverluste mit entsprechend sinkenden Umsatzzahlen [...], Internationalisierung des Mark-

tes/Neueintritte international tätiger Unternehmen wie Tata Consultancy Services und HP etc.). Weiter soll gemäss Aussagen der Parteien eine offene Lizenzierung gelten. Die Kunden werden frei sein in der Wahl ihres BPO-Dienstleisters; sie können sich rein für die Avaloq-Software, Wartung und Support von B-Source oder für beides zusammen entscheiden. Folglich ging die WEKO davon aus, dass selbst wenn Avaloq einen Marktanteil von 30 % oder mehr erreichen sollte, allfällige vertikale Effekte vorliegend nicht zu kartellrechtlichen Bedenken würden Anlass geben können.

9. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 Abs. 1 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

8. Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E 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

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 27. April 2011

A Sachverhalt**A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 30. November 2010 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Gemäss dieser Meldung beabsichtigen die Groupe E SA (nachfolgend: Groupe E) und die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) zum Aufbau einer Glasfasernetzinfrastruktur die SLNC Fribourg SA (nachfolgend: SLNC) als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) zu gründen.

A.1.1 Groupe E SA und die FTTH FRIBOURG SA

2. Groupe E ist die ehemalige öffentlich-rechtliche Gesellschaft "Entreprises électriques fribourgeoises" und betreibt als Aktiengesellschaft ein Verteilnetz im Bereich der Elektrizitätsversorgung, hauptsächlich in den Kantonen Freiburg, Neuenburg und Waadt.² Die hauptsächlich

chen Tätigkeiten von Groupe E umfassen die Produktion, den Kauf, den Transport, die Verteilung, die Bereitstellung und den Handel von Energie sowie von Produkten und Dienstleistungen im Bereich der Energiewirtschaft, Ingenieurarbeiten und weitere Tätigkeiten, welche direkt oder indirekt mit der Energiewirtschaft verbunden sind, einschliesslich des Bereichs der Telekommunikation und des Betriebs von Müllverbrennungsanlagen.³

3. Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit ist Groupe E an verschiedenen Wasserkraftwerken und thermischen Kraftwerken beteiligt und erreicht hierdurch eine Gesamtproduktion an elektrischem Strom von 1'182 GWh, was einem Anteil von 40 % des Verbrauchs der Kunden von Groupe E entspricht.⁴ Zudem betreibt Groupe E im Zusammenhang mit der Kehrlichtverbrennungsanlage Châtillon (FR) ein Fernheizungsnetz und ist im Stromgrosshandelsmarkt sowohl auf dem Termin- als auch auf dem Spot-Markt tätig.⁵ Zudem betreibt Groupe E ein eigenes Verteilnetz für die Stromversorgung.⁶

4. Im Dienstleistungsbereich bietet Groupe E neben ihrem Glasfasernetz, Fernheizungsnetze und Ingenieurarbeiten für elektrische Schalttafeln, für den Unterhalt von Heizungssystemen und der Wasseraufbereitung sowie im Bereich Elektrohaushaltsgeräte an.⁷ Zudem arbeitet Groupe E beim Anschluss von Haushalten und Unternehmen an das Glasfasernetz mit dem Kanton Freiburg und Swisscom zusammen.

5. Gemäss Meldung hat Groupe E folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

Tabelle 1: Beteiligungen von Groupe E⁸

Tochtergesellschaft/Beteiligung	Beteiligungshöhe
[...]	[...]

6. Groupe E ist zudem Mitbegründerin von "Openaxs", dem Verband Schweizer Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Förderung von offenen Breitbandnetzen, der sich für die Entwicklung von Breitbandnetzen in der Schweiz, einen diskriminierungsfreien Zugang von Diensteanbietern sowie die Wahlfreiheit der Endkunden einsetzt.⁹

7. Die FTTH FRIBOURG SA (nachfolgend: FTTH FR) ist eine neu zu gründende Aktiengesellschaft, die als Gefäss für die Beteiligung von Groupe E und weiteren Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie dem Kanton Freiburg am Gemeinschaftsunternehmen SLNC dient.¹⁰ Gemäss Meldung hält Groupe E an der FTTH FR eine Mehrheitsbeteiligung und der Kanton Freiburg eine Minderheitsbeteiligung. Zudem ist geplant, dass sich zukünftig mögliche weitere Kooperationspartner (insbesondere regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus dem

¹ Meldung vom 30. November 2010.

² Meldung vom 30. November 2010, Rz 7.

³ Handelsregisterauszug von Groupe E SA: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 4.

⁴ Geschäftsbericht 2009 Groupe E: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 20, S. 8.

⁵ Geschäftsbericht 2009 Groupe E: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 20, S. 12.

⁶ Geschäftsbericht 2009 Groupe E: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 20, S. 14.

⁷ Geschäftsbericht 2009 Groupe E: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 20, S. 19.

⁸ Beteiligungsliste Groupe E: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 59.

⁹ Meldung vom 30. November 2010, Rz 14.

¹⁰ Meldung vom 30. November 2010, Rz 19.

Kanton Freiburg) beteiligen können, wobei Swisscom an der FTTH FR nicht beteiligt sein wird. Aufgrund der Mehrheitsbeteiligung wird allerdings Groupe E die zukünftige FTTH FR kontrollieren.

A.1.2 Swisscom (Schweiz) AG

8. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft

Tabelle 2: Beteiligungen von Swisscom¹²

Tochtergesellschaft/Beteiligung	Mutter	Beteiligungshöhe
[...]	[...]	[...]

A.2 Ziele und Gründe für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

10. Die Zusammenschlussparteien wollen gemäss Meldung bis zum Jahr 2026 auf dem Gebiet des Kantons Freiburg eine Glasfaseranschlussinfrastruktur mit dem Ziel aufbauen, sämtliche Liegenschaften zu erschliessen (Fiber to the home, nachfolgend: FTTH).¹³ Da gemäss den Zusammenschlussparteien aufgrund des gegenwärtig stattfindenden Technologiesprungs im Bereich der Kabelnetze ein rascher Infrastrukturausbau für Unternehmen von zentraler Bedeutung sei und ein paralleler Aufbau von Glasfasernetzen sowohl aus Kostengründen als auch unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit und der Emissionsvermeidung nicht sinnvoll sei, wollen sie hierfür die SLNC als ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, an welchem Groupe E mit 40 % und Swisscom mit 60 % beteiligt sein soll.¹⁴ Sie führen weiter an, dass durch SLNC ein flächendeckender Aufbau der Glasfaserinfrastruktur im Kanton Freiburg sowohl in den Zentren als auch in den peripheren Regionen dieses Kantons erreicht werden kann.¹⁵

einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz.¹¹ Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom über ein glasfaserbasiertes Netz.

9. Gemäss Meldung hat Swisscom folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

11. Auch in anderen Regionen und Städten findet derzeit im Rahmen von Kooperationen zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Swisscom der gemeinsame Aufbau von Glasfasernetzwerkinfrastrukturen statt. Im Vergleich zum vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben hat sich Swisscom in anderen der WEKO bekannten Fällen mit Energieversorgungsunternehmen auf eine vertragliche Ausgestaltung der Kooperation verständigt. [...] Bei einem flächendeckenden Aufbau einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur bestehe, nach Aussagen der Parteien, ein erhöhter Koordinationsbedarf.¹⁶ Daher seien die Parteien davon überzeugt, dass die gesetzten Ziele hinsichtlich des Infrastrukturausbaus im Kanton Freiburg am besten durch ein Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) erreicht werden könnten.

A.2.1 Technische Ausgestaltung der geplanten Glasfaserinfrastruktur im Kanton Freiburg

12. [...]

[...]

Abbildung 1: Aufgabenbereich der einzelnen Zusammenschlussparteien

13. [...]

14. [...]

A.2.1.1 Spleissung¹⁷ in den einzelnen Übergabepunkten und Ausbau der Infrastruktur

15. [...]

16. [...]

17. [...]

18. [...]

19. [...]

20. [...]

21. [...]

22. [...]

23. [...]

24. [...]

25. [...]

A.2.1.2 Aufbau der Infrastruktur im Kanton Freiburg

26. [...]

A.2.1.3 Zwischenfazit bezüglich des Ausbaustandards

27. [...]

28. [...]

29. [...]

¹¹ Meldung vom 30. November 2010, Rz 6.

¹² Beteiligungsliste Swisscom: Meldung vom 30. November 2010, Beilage 58.

¹³ Meldung vom 30. November 2010, Rz 12.

¹⁴ Meldung vom 30. November 2010, Rz 13 und Rz 21.

¹⁵ Meldung vom 30. November 2010, Rz 13.

¹⁶ Meldung vom 30. November 2010, Rz 17.

30. Hierzu ist anzumerken, dass Cablecom grundsätzlich nicht ausgeschlossen hat, zu gegebener Zeit eine Prüfung der Frage in Erwägung zu ziehen, ob der Erwerb von Nutzungsrechten an einer kompletten Glasfasernetzwerkinfrastruktur (eine durchgehende Glasfaser im Drop und In-House-Bereich pro Nutzungseinheit) eine Alternative zum eigenständigen Ausbau einer entsprechenden Infrastruktur darstellt.¹⁸ In mittlerer Frist plane Cablecom allerdings keinen Aufbau einer eigenen Glasfaserinfrastruktur zum BEP.¹⁹ Im Rahmen der Anhörungen haben die Zusammenschlussparteien zudem ausgeführt, es sei erst in etwa [...] Jahren mit der eventuellen Nutzung der Glasfaserinfrastruktur von SLNC durch einen Kabelnetzbetreiber zu rechnen.²⁰ [...] Cablecom hat im Rahmen der Anhörung ausgesagt, dass ein solches Szenario erst in etwa zehn bis fünfzehn Jahren aktuell werden könnte.²¹ Vor diesem Hintergrund ist zum jetzigen Zeitpunkt unsicher, ob SLNC jemals die Nutzungsrechte an einem weiteren Glasfasernetzwerk verkaufen können. In dem für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens üblichen und von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Betrachtungszeitraum von zwei bis drei Jahren²² kann, insbesondere aufgrund der hohen Investitionskosten für den Aufbau eines Feeder-Bereichs und des fehlenden Bedürfnisses der Kabelnetzbetreiber, auf die Glasfasertechnologie umzusteigen, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass SLNC die Nutzungsrechte an einer Glasfaser an ein Drittunternehmen verkaufen kann. Vor diesem Hintergrund muss im Betrachtungszeitraum grundsätzlich von einem ZweifasermodeLL ausgegangen werden.

31. [...] Hierbei stellt sich die Frage, ob es beispielsweise für Cablecom überhaupt technisch rentabel sein kann, das Glasfasernetz von SLNC zu nutzen oder ob es nicht günstiger ist, das Koaxialkabel durch ein Glasfaserkabel zu ersetzen.

32. In ihrer Empfehlung führt die EU Kommission aus, dass in Netzen, die aus Mehrfachglasfaserleitungen bestehen, garantiert werden sollte, dass Zugangsinteressenten die vollständige Steuerung von Glasfaserleitungen übernehmen können, ohne teure Doppelinvestitionen tätigen oder, bei verbindlicher Entbündelung von Einfachglasfaserleitungen, eine diskriminierende Behandlung fürchten zu müssen.²³ Vor einem solchen Hintergrund geht die WEKO davon aus, dass Netze aus Mehrfachglasfaserleitungen daher zu einem frühzeitigen und intensiveren Wettbewerb auf dem nachgeordneten Markt führen dürften und gemeinsame Investitionen sowohl die Kosten als auch die Risiken der investierenden Unternehmen senken, was in einem weiterreichenden Ausbau von FTTH-Anschlüssen resultieren dürfte.

33. Angesichts dessen ist die Anzahl der auf dem Markt tätigen Wettbewerber, welche die volle Kontrolle über eine Glasfaser haben, entscheidend, da nur zwischen diesen auf Infrastrukturebene Wettbewerb entstehen kann. [...]

34. [...] Nur wenn ein Dritter diese Investitionen zu tragen bereit ist, kann ein weiterer Marktteilnehmer in den Infrastrukturwettbewerb eintreten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie hoch die Markteintrittsbarriere für einen solchen Dritten ist. Hierbei spielen, wie

nachfolgend untersucht wird, die Kosten für die Inbetriebnahme der Glasfaserinfrastruktur [...], Mindestabnahmemengen an Glasfasern sowie eine mögliche Unternehmensbeteiligung am Gemeinschaftsunternehmen SLNC eine wichtige Rolle.

35. [...]

A.3 Geplante Geschäftstätigkeit von SLNC, Groupe E und Swisscom im Kanton Freiburg

36. SLNC, Groupe E und Swisscom sind auf verschiedenen Marktstufen und verschiedenen Märkten tätig. Während SLNC reine Infrastrukturanbieterin ist, sind Swisscom und Groupe E als integrierte Anbieter anzusehen, die grundsätzlich sämtliche Angebote bis zur Endkundenstufe abdecken können.

A.3.1 Geschäftstätigkeit von SLNC im Bereich Glasfaser

37. Im Kanton Freiburg betreibt SLNC eine vollständige flächendeckende Glasfaserinfrastruktur im Drop- und Inhouse-Bereich.²⁴ Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit bietet SLNC infrastrukturbasierten Anbietern ein komplettes Anschlussnetz in den Bereichen Drop und Inhouse in den jeweiligen Kommerzialisierungszonen (La Broye, La Glâne, La Gruyère, Le Lac, La Sarine, La Singine und La Vevyse)²⁵ an.²⁶

38. In diesem Rahmen verkauft SLNC keine einzelnen Fasern, sondern nur komplette, aus einer Glasfaser bestehende Netzwerke in einem Kommerzialisierungsgebiet. Der Kunde der SLNC muss im Bezugsgebiet die Fasern für alle Nutzungseinheiten am Übergabepunkt spleissen, ungeachtet dessen, ob sie genutzt werden oder nicht.²⁷ Dennoch werden nur diejenigen Glasfasern verrechnet, welche dem Nutzungsgrad der Infrastruktur bzw. der Mindestabnahmemenge entsprechen.

39. Damit ist geplant, dass SLNC nur komplette, eine Glasfaser umfassende, Netzwerkinfrastrukturen in den verschiedenen Kommerzialisierungszonen als Vorleistungsprodukt anbietet. Somit kann SLNC neben den beiden Mutterhäusern Swisscom und Groupe E grundsätzlich noch zwei weitere Kunden bedienen.

¹⁷ Unter Spleissung wird die dauerhafte Verbindung zweier nacheinander gelagerter Teilstücke einer Glasfaser zu einer Glasfaser verstanden.

¹⁸ Stellungnahme Cablecom vom 28. Januar 2011, S. 15.

¹⁹ Stellungnahme Cablecom vom 28. Januar 2011, S. 9.

²⁰ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 58 (Version für Swisscom) bzw. 60 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

²¹ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 26 (Version für Swisscom) bzw. 28 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

²² Stellungnahme vom 23. März 2011, Rz 18.

²³ Empfehlung der Kommission vom 20. September 2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), ABI 2010 L 251/35, Rz 27, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:251:0035:004:8:DE:PDF>, zuletzt besucht am 1. März 2011.

²⁴ Meldung vom 30. November 2010, Rz 16.

²⁵ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 18, S. 3.

²⁶ Meldung vom 30. November 2010, Rz 18.

²⁷ Antworten Prager Dreifuss vom 10. Dezember 2010, S. 2

A.3.2 Geschäftstätigkeit von Groupe E im Bereich Glasfaser

40. [...].

41. [...].

42. [...].

43. [...].

A.3.3 Geschäftstätigkeit von Swisscom im Bereich Glasfaser

44. [...]

45. [...]

46. [...]

A.4 Das Verfahren

47. Am 28. September 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Groupe E und Swisscom ein.²⁸ Nach Prüfung des Meldeentwurfs stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 fest, dass dieser unvollständig war.²⁹ Am 27. Oktober 2010 reichten die Zusammenschlussparteien ergänzende Angaben zum Meldeentwurf ein.³⁰ Nach Prüfung des ergänzten Meldeentwurfs stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 15. November 2010 fest, dass die Meldung unter der Berücksichtigung der geforderten Änderungen als vollständig angesehen werde.³¹

48. Am 30. November 2010 reichten die Zusammenschlussparteien die Meldung ein.³² 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.

49. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 bestätigte das Sekretariat den Eingang³³ und mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 die Vollständigkeit der Meldung.³⁴ Gemäss Art. 20 VKU beginnt der Fristenlauf von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 1. Dezember 2010, und er endete am 1. Januar 2011. Da dieser Termin auf einen Feiertag fiel, verlängerte sich die Frist bis zum 3. Januar 2011.

50. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2010 verlangte das Sekretariat von Groupe E und Swisscom weitere Auskünfte gemäss Art. 15 VKU.³⁵

51. Gestützt auf Art. 15 VKU befragte das Sekretariat mittels Fragebogen vom 2. Dezember 2010 verschiedene Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen.³⁶ Deren Antworten gingen zwischen dem 7. und 14. Dezember 2010 ein.

52. Die WEKO entschied am 29. Dezember 2010, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

53. Die Zusammenschlussparteien erhielten mit den Schreiben vom 8. Januar 2011, 8. März 2011 und 5. April 2011 Akteneinsicht.

54. Am 24. Januar 2011 reichten die Zusammenschlussparteien eine Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ein. Im Rahmen dieser Eingabe wurde von den Zusammenschlussparteien die Frage aufgeworfen, ob der Sachbearbeiter [...] in den Ausstand treten müsse.³⁷ Mit Stellungnahme vom 1. März 2011 führte der Direktor des Sekretariats der WEKO aus, dass keine Anhaltspunkte gegeben seien, welche einen Ausstand des Sachbearbeiters Marc Schäfer notwendig machen.³⁸

55. Mit Schreiben vom 25. Februar 2011³⁹ – als Reaktion auf die Publikation des Zusammenschlussvorhabens im SHAB – und am 5. April 2011⁴⁰ reichte Cablecom eine unaufgeforderte Stellungnahme ein.

56. Gestützt auf Art. 15 VKU befragte das Sekretariat mittels Fragebogen vom 11. Januar 2011⁴¹ und vom 14. März 2011⁴² die Zusammenschlussparteien sowie verschiedene Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen. Deren Antworten gingen am 19. Januar 2011⁴³, 28. Januar 2011⁴⁴ und am 23. März 2011⁴⁵ ein.

57. Am 4. März 2011 wurde den Zusammenschlussparteien die vorläufige Beurteilung⁴⁶ zur Stellungnahme unterbreitet. Hierzu nahmen die Zusammenschlussparteien mit Eingabe vom 23. März 2011 Stellung.⁴⁷

58. Am 28. März 2011 fanden Anhörungen der Parteien, weiterer FDA sowie der ComCom statt.⁴⁸ Das Protokoll der Anhörungen wurde den Parteien am 6. April 2011 zugestellt.⁴⁹

59. Am 1. April 2011 erhielten die Zusammenschlussparteien die Möglichkeit, sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu Sachverhaltselementen zu äussern.⁵⁰ Hier von machten die Zusammenschlussparteien mit ihrer Eingabe vom 8. April 2011 Gebrauch.⁵¹

60. Am 11. April 2011 reichten die Zusammenschlussparteien eine Stellungnahme zum Protokoll der Anhörungen vom 28. März 2011 ein, in welcher sie verschiedene Korrekturen und Ergänzungen forderten.⁵²

²⁸ Meldungsentwurf vom 28. September 2010.

²⁹ Schreiben des Sekretariats vom 11. Oktober 2010.

³⁰ Ergänzende Angaben vom 27. Oktober 2010 zum Meldeentwurf vom 28. September 2010.

³¹ Schreiben des Sekretariats vom 15. November 2010.

³² Meldung vom 30. November 2010.

³³ Schreiben des Sekretariats vom 1. Dezember 2010.

³⁴ Schreiben des Sekretariats vom 6. Dezember 2010.

³⁵ Schreiben des Sekretariats vom 2. Dezember 2010.

³⁶ Schreiben des Sekretariats vom 2. Dezember 2010.

³⁷ Eingabe der Parteien vom 24. Januar 2011.

³⁸ Stellungnahme vom 1. März 2011.

³⁹ Eingabe vom 25. Februar 2011.

⁴⁰ Eingabe vom 5. April 2011.

⁴¹ Fragebögen vom 11. Januar 2011.

⁴² Fragebogen vom 14. März 2011.

⁴³ Antworten Fragebogen vom 19. Januar 2011.

⁴⁴ Antworten Fragebogen vom 28. Januar 2011.

⁴⁵ Antworten Fragebogen vom 23. März 2011.

⁴⁶ Vorläufige Beurteilung vom 4. März 2011.

⁴⁷ Stellungnahme vom 23. März 2011.

⁴⁸ Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011.

⁴⁹ Zustellung des Protokolls der Anhörungen vom 28. März 2011.

⁵⁰ Schreiben vom 1. April 2011.

⁵¹ Stellungnahme vom 8. April 2011.

⁵² Stellungnahme vom 11. April 2011.

61. Mit Schreiben vom 13. April 2011 wurde den Zusammenschlussparteien eine überarbeitete Version des Protokolls der Anhörungen vom 28. März 2011 zur Stellungnahme zugestellt, verbunden mit der Aufforderung, das Protokoll zu unterzeichnen.⁵³ Am 19. April 2011 nahmen die Zusammenschlussparteien zum Protokoll Stellung⁵⁴ und forderten das Sekretariat der WEKO auf, ihnen die Möglichkeit zu geben, zum Inhalt des Gesprächs zwischen Cablecom GmbH und dem Sekretariat der WEKO vom 2. März 2011 und entsprechenden Unterlagen Stellung zu nehmen. Im Rahmen dieses Schreibens stellten die Zusammenschlussparteien die Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Direktors des Sekretariats der WEKO in Frage. Zudem übersandten die Zusammenschlussparteien in der Beilage das unterzeichnete Protokoll.

62. Mit Schreiben vom 19. April 2011⁵⁵ wies das Sekretariat der WEKO die Zusammenschlussparteien darauf hin, dass im Rahmen des Gesprächs das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nur am Rande thematisiert worden sei und die relevanten Inhalte des Gesprächs den Parteien im Rahmen der Akteneinsicht vom 5. April 2011 bereits zugestellt wurden. Zudem wurden die Parteien aufgefordert, bis zum 21. April 2011 allfällige Ausstandsbegehren zu stellen.

63. Die Parteien haben innert Frist kein Ausstandsbegehren gestellt.⁵⁶

64. Am 27. April 2011 hat die WEKO Ihren Entscheid getroffen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.2 Unternehmen

66. Als Unternehmen gelten alle Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

67. Nachfolgend wird geprüft, ob ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 VKU vorliegt. Insbesondere wird in diesem Rahmen untersucht, ob auf der einen Seite eine gemeinsame Kontrolle (Art. 2 Abs. 2 VKU) und auf der anderen Seite ein Vollfunktionsunternehmen (Art. 2 Abs. 2 VKU i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU) vorliegt.

68. Die Feststellung, ob im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses die Vollfunktionseigenschaften eines geplanten Gemeinschaftsunternehmens gegeben sind, ist eine sich im Rahmen der Fusionskontrolle stellende Vorrage, welche die WEKO zu beantworten hat. Gemäss Art. 39 KG sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember

1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Gemäss Art. 25 des Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen.

69. Das Bundesgericht hält fest, dass der Ausgangspunkt für die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG ist, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, und dass die Feststellung nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern nur konkrete Rechte und Pflichten zum Gegenstand hat.⁵⁷ Überdies muss ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebensogut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.

70. Im vorliegend zu beurteilenden Fall stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des 2. Abschnitts von Kapitel 2 des Kartellgesetzes. Hierbei handelt es sich um eine Grundsatzfrage, welche vorfrageweise zu beantworten ist.⁴⁸ Ohne die Beantwortung dieser Frage bliebe letztendlich offen, ob vorliegend die Bestimmungen des Kartellgesetzes zu Unternehmenszusammenschlüssen anwendbar sind. Wird die Anwendbarkeit für einen Sachverhalt verneint, so stehen den Wettbewerbsbehörden keine gesetzlichen Möglichkeiten zur Verfügung, eine rechtsgestaltende Verfügung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG zu erlassen. Ebenso liegt im vorliegend zu beurteilenden Fall ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse vor. Ohne eine Feststellungsverfügung könnten die Parteien davon ausgehen, dass das Zusammenschlussvorhaben unter die Zusammenschlusskontrolle fällt.

71. Zur Beurteilung des Vorliegens eines Gemeinschaftsunternehmens bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass die WEKO in den Ziffern 57 ff. der vorläufigen Beurteilung die Voraussetzungen für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als erfüllt ansieht und im Widerspruch hierzu sich in Ziffer 71 der vorläufigen Beurteilung vorbehält, den gemeldeten Sachverhalt für das Bestehen eines Vollfunktionsunternehmens zu verneinen.⁵⁹ Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass der vorliegende Sachverhalt bereits erstmals am 27. September 2010 im Entwurf zur Beurteilung vorgelegt worden und daher den Wettbewerbsbehörden seither bekannt sei.⁶⁰ Der Entwurf (wie auch die definitive Meldung) habe insbesondere auch umfangreiche

⁵³ Zustellung vom 13. April 2011 des überarbeiteten Protokolls der Anhörung vom 28. März 2011.

⁵⁴ Zweite Stellungnahme vom 19. April 2011 zum Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011.

⁵⁵ Schreiben des Sekretariats vom 19. April 2011.

⁵⁶ Schreiben vom 21. April 2011.

⁵⁷ BGer 2C_343/210 und 2C_344/210, E. 6.5.

⁵⁸ MATTHIAS CURVOISIER, in: Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 39 N. 19; JÜRGEN BORER, in: Kommentar Wettbewerbsrecht I, 2011, Art. 39 N. 16.

⁵⁹ Stellungnahme vom 23. März 2011, Rz 29 f.

⁶⁰ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 2.

Ausführungen zur Funktionsweise des Gemeinschaftsunternehmens beinhaltet, woran sich im Laufe des Verfahrens nichts geändert habe. Zudem hätten die Behörden diesbezüglich keine weiteren Informationen verlangt. Sodann sei die Frage der Vollfunktionseigenschaft des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens seitens der Wettbewerbsbehörden nie aufgeworfen worden. Im Gegenteil hätten die Wettbewerbsbehörden das Vorliegen der Vollfunktion stets bejaht. Der Umstand, dass die vorläufige Beurteilung nunmehr auf diesen Aspekt zurückkomme, und die Vollfunktionseigenschaft neuerdings in Frage gestellt werde, würde ein widersprüchliches Verhalten darstellen und sei rechtsmissbräuchlich.⁶¹ Das verstosse gegen den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben, der ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten zwischen Staat und Privaten im Rechtsverkehr gebiete. Zudem sei – in Anlehnung an die Ausführungen von Cablecom – die Vollfunktionseigenschaft im Rahmen der vorläufigen Beurteilung vom 28. Februar 2011 in Ziffer 71 erstmals und für die Parteien völlig unerwartet zur Diskussion gestellt worden.⁶²

72. Eine Meldung, welche inhaltlich und umfangmässig sämtliche Angaben und Unterlagen nach Art. 11 Abs. 1 und 2 VKU enthalte, worunter insbesondere auch die Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens, der relevanten Tatsachen und Umstände sowie der Ziele, die mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt würden, gehöre, sei als vollständig im Sinne von Art. 14 VKU zu betrachten.⁶³ Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 sei den Zusammenschlussparteien die Vollständigkeit der Meldung bestätigt worden. Diese Vollständigkeitserklärung stelle somit (zumindest) eine Vertrauensgrundlage dar, auf die sich die Zusammenschlussparteien nach Treu und Glauben hätten verlassen können und dürfen. Hinzu komme, dass die Parteien im Hinblick auf die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens umfangreiche Dispositionen getroffen und mit den Behörden im Rahmen der Auskunft- und Mitwirkungspflichten während des Prüfungsverfahrens kooperiert hätten.⁶⁴ Den beteiligten Unternehmen seien in diesem Zusammenhang hohe Kosten entstanden, die sich für den Fall, dass das Zusammenschlussvorhaben mangels Vollfunktionseigenschaft zurückgewiesen würde, als unnötig herausstellen würden bzw. gar nicht erst angefallen wären, falls das Vorhaben bereits im Entwurfsstadium mangels Meldefähigkeit zurückgewiesen worden wäre. Ein Zurückkommen auf die Frage der Vollfunktionseigenschaft trotz behördlicher Zusicherung der Vollständigkeit verletze die berechtigten Erwartungen der Zusammenschlussparteien und sei daher widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich.⁶⁵ Es verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. den Vertrauensschutz.

73. Die Zusammenschlussparteien bringen damit sinngemäss vor, dass die Wettbewerbsbehörden mit der Erklärung der Vollständigkeit der Meldung bereits die Vollfunktionseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens rechtsverbindlich festgestellt hätten. Zudem würde ein Zurückkommen auf die Vollständigkeit der Meldung der Konzeption des Fusionskontrollverfahrens widersprechen (Art. 9 f., 32. ff. KG, Art. 1 ff., insb. 14 ff. VKU).⁶⁶ Dass die Vollständigkeit nachträglich aufgehoben bzw. in Frage gestellt werden könne, sei gesetzlich

nicht vorgesehen und daher auch nicht zulässig bzw. gesetzeswidrig. Ebenso würde die Vorgehensweise gegen die zwingende gesetzlich vorgegebene Fristenregelung verstossen, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nachträglich nicht (lediglich) gestützt auf die angeblich nicht vorhandene Vollfunktionseigenschaft zurückgewiesen werden könne, zumal es sich, nach Meinung der Parteien, hierbei letztendlich auch um ein rein formelles Kriterium handle.⁶⁷

74. Da es in der Schweiz nach dem Willen des Gesetzgebers kein eigentliches Verbot für Wettbewerbsabreden gibt, "besteht kein Grund, bei Gemeinschaftsunternehmen a priori, d.h. für die Zwecke der Genehmigungspflicht, zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen zu unterscheiden".⁶⁸ Die Botschaft hält ausdrücklich fest, dass sich bei Gemeinschaftsunternehmen nur dann ein Eingriff im Rahmen der Fusionskontrolle rechtfertigt, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen eine strukturverändernde Wirkung entfaltet. Um dies allerdings beurteilen zu können, ist eine materielle Prüfung der Wirkungsweise des geplanten Zusammenschlussvorhabens durchzuführen. Eine solche kann mitunter umfangreiche Marktanalysen erfordern. Entgegen der Meinung der Zusammenschlussparteien handelt es sich daher beim Entscheid über das Vorliegen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nicht um eine rein formelle, sondern um eine materielle Beurteilung.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund ist das Vorbringen der Zusammenschlussparteien, die Wettbewerbsbehörden hätten mit der Feststellung der Vollständigkeit der Meldung bereits einen Entscheid im Hinblick auf die Qualifizierung als Vollfunktionsunternehmen zu ihren Gunsten getroffen, verfehlt. Vor diesem Hintergrund kann auch aus der Vollständigkeitserklärung vom 6. Dezember 2010 keine Vertrauensgrundlage abgeleitet werden, wie dies die Zusammenschlussparteien fordern.⁷⁰ Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat im Rahmen der Erklärung der Vollständigkeit der Meldung gemäss Art. 14 VKU die WEKO in ihren Entscheidungen gemäss den Art. 32 ff. KG in keiner Weise binden kann. Da allerdings die WEKO und nicht das Sekretariat für die materielle Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen zuständig ist, kann die Vollständigkeitserklärung der Meldung keine die WEKO bindenden materiellen Beurteilungen, zu welchen die Beurteilung des Vorliegens eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens gehört, beinhalten.

⁶¹ Stellungnahme vom 23. März 2011, Rz 31; Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 2.

⁶² Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 2.

⁶³ Stellungnahme vom 23. März 2011, Rz 32.

⁶⁴ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 3.

⁶⁵ Stellungnahme vom 23. März 2011, Rz 29 ff.

⁶⁶ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 3.

⁶⁷ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 3.

⁶⁸ BBl 1995 I 486, S. 551.

⁶⁹ PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellrecht, 1999, S. 35.

⁷⁰ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 2 f.

75. Die Zusammenschlussparteien bringen weiter vor, dass sie umfangreiche Dispositionen getroffen und mit den Behörden im Rahmen der Auskunftspflicht während des Prüfungsverfahrens kooperiert hätten. Ausserdem seien ihnen in diesem Zusammenhang hohe Kosten entstanden, die sich, für den Fall dass das Zusammenschlussvorhaben mangels Vollfunktionseigenschaft zurückgewiesen würde, als unnötig herausstellen würden.

76. Hierzu ist, wie bereits in Rz 74 ausgeführt, festzuhalten, dass es sich, entgegen der Meinung der Zusammenschlussparteien, bei der Beurteilung der Vollfunktionseigenschaft eines Unternehmens um eine materielle und nicht um eine formelle Beurteilung handelt. Eine solche materielle Beurteilung ergibt sich aus den im Laufe einer Prüfung gewonnenen Erkenntnissen. Die WEKO hat im Rahmen der laufenden Prüfung – wie nachfolgend darzulegen – eingehend untersucht, ob die Vollfunktionseigenschaft denn auch in der Art und Weise, wie es die Zusammenschlussparteien vorgebracht haben, vorliegt.

77. Das Sekretariat muss sich in der vorläufigen Prüfung vorwiegend auf die von den Zusammenschlussparteien im Rahmen der Meldung aufgeführten Sachverhaltselemente abstützen. Im Laufe der weiteren Untersuchungen, insbesondere im Rahmen der vertieften Prüfung, haben sich Zweifel im Hinblick auf die Vollfunktionseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens ergeben, weshalb der Aspekt der Vollfunktionseigenschaft, vor dem Hintergrund des kooperativen Charakters des Gemeinschaftsunternehmens, ebenfalls einer vertieften Prüfung unterzogen wurde.⁷¹ Hierbei wurde insbesondere untersucht, inwieweit es sich vorliegend lediglich um eine Kooperation, welche im Rahmen des gemeinsamen Aufbaus und der Wartung des Glasfasernetzes geschlossen wird, handelt oder inwieweit die SLNC einen eigenen und von den Mutterhäusern unabhängigen Marktauftritt werde aufbauen können. Insbesondere die Analyse der Eingaben und der zur Verfügung gestellten Zahlen von Cablecom⁷² sowie die Befragungen der Parteien, Cablecom, Sunrise, VTX und des Präsidenten der ComCom im Rahmen der Anhörungen vom 28. März 2011 haben in diesem Zusammenhang gezeigt, dass die SLNC keinen eigenständigen Marktauftritt wahrnehmen können.

78. Dass sich im Laufe der Prüfung weitere Erkenntnisse ergeben haben, welche zu einer Präzisierung der anfänglichen Einschätzung führten, widerspricht dem Prinzip von Treu und Glauben nicht. Vielmehr ist es einer laufenden Prüfung immanent, dass neue Erkenntnisse im Hinblick auf den Sachverhalt zu einer Anpassung der Beurteilung führen. Bereits in der Stellungnahme vom 4. März 2011 hat die WEKO signalisiert, dass sie die Frage des Vorliegens eines Gemeinschaftsunternehmens vertieft prüfen würde. Würde die Würdigung neuer Erkenntnisse – wie von den Zusammenschlussparteien verlangt – unterbleiben, so wäre dies als willkürliche Verhaltensweise seitens der Behörde zu qualifizieren. Die von den Zusammenschlussparteien in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen sind daher für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt unerheblich und damit unbeachtlich.

79. Gemäss Art. 32 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission, ob eine Prüfung durchzuführen ist. Dies erfolgt auf der Grundlage der vorläufigen Prüfung durch das Sekretariat. Das den Zusammenschlussparteien am 4. Januar 2011 zugestellte Dokument mit dem Titel ¹⁸„vorläufige Prüfung“ ist ein vom Sekretariat der WEKO erstelltes Dokument, welches der WEKO als Entscheidungsgrundlage diene. Die WEKO ist an die Analysen des Sekretariats nicht gebunden. Vielmehr führt die WEKO führt die Prüfung gemäss Art. 33 Abs. 3 KG durch.

80. Hierzu führen die Zusammenschlussparteien aus, dass die Darlegungen keine neuen Sachverhaltselemente enthalten, die den Wettbewerbsbehörden nicht bereits seit Einreichung des Meldeentwurfs Ende September 2010 bekannt seien.⁷³ Dies gelte namentlich für den Umstand, dass die Angebote der SLNC nur den Drop- und den Inhouse-Bereich umfassen würden und daher nur im MH oder im BEP bezogen werden können. Darauf hätten die Zusammenschlussparteien stets hingewiesen.

81. Hierzu ist anzumerken, dass die Wettbewerbsbehörde in diesem Zusammenhang die Umstände untersucht hat, unter welchen SLNC zukünftig vermutlich als Anbieter oder Nachfrager auftreten würde. Im Rahmen dieser Analyse hat sich letztendlich gezeigt, dass die Vollfunktionseigenschaft, in der Art und Weise, wie sie die Zusammenschlussparteien darstellen, gerade nicht gegeben ist (vgl. Rz 102 ff.). Aus diesem Grund haben erst die sich aus der Marktanalyse ergebenden Sachverhaltselemente – insbesondere die Analyse der möglichen Nachfrager nach dem Angebot von SLNC – dazu geführt, dass eine neue Einschätzung der Vollfunktionseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens vorgenommen wurde. Dass diese im Rahmen der Prüfungsphase des Zusammenschlussvorhabens vorgenommen wurde, ist weder zu beanstanden noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

82. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass dem Kriterium der Vollfunktionseigenschaft in der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden keine entscheidende Bedeutung beigemessen wurde und diese nur in wenigen Fällen überhaupt näher geprüft, aber stets bejaht worden sei.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund sei nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet im vorliegenden Fall eine Änderung dieser Praxis stattfinden sollte.

83. Wie die Zusammenschlussparteien zutreffend ausführen, haben die Wettbewerbsbehörden das Kriterium der Vollfunktionseigenschaft bereits in früheren Fällen geprüft. Vor diesem Hintergrund liegt in der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden auch vorliegend die Vollfunktionseigenschaft einer Prüfung unterziehen, keine Änderung der bisherigen Praxis. Auch wenn die Zusammenschlussparteien unzutreffend vorbringen, die

⁷¹ Vgl. Stellungnahme Cablecom vom 25. Februar 2011, S. 12 ff., Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 10; Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6.

⁷² Stellungnahme Cablecom vom 28. Januar 2011.

⁷³ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 4.

⁷⁴ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 3.

WEKO hätte das Vorliegen eines Vollfunktionsunternehmens stets bejaht, so liesse sich (auch wenn dies zutreffen würde) alleine hieraus in keiner Weise der Anspruch ableiten, dass die WEKO die Vollfunktionseigenschaft auch im vorliegenden Fall bejahen müsse. Vielmehr gebietet es das verfassungsmässige Recht auf ein willkürfreies Verwaltungshandeln, dass jeder Einzelfall individuell geprüft und beurteilt wird.

B.3.1 Gemeinsame Kontrolle

84. Aus der Meldung geht hervor, dass Groupe E und Swisscom im Hinblick auf die Gründung von SLNC einen Contrat de Partenariat (nachfolgend: CP) geschlossen haben.⁷⁵ Die Beteiligung von Swisscom beträgt 60 % des Aktienkapitals von [...], die von Groupe E beträgt 40 %.⁷⁶ Die Generalversammlungsbeschlüsse werden grundsätzlich mit dem absoluten Mehr der Stimmen gefällt. Für bestimmte Beschlüsse ist eine qualifizierte Mehrheit von 2/3 erforderlich.⁷⁷

85. Gemäss Ziffer 13 des Entwurfs des CP ist der Verwaltungsrat (nachfolgend: VR) der SLNC [...] zusammengesetzt, wobei sowohl Swisscom [...] als auch Groupe E [...] je [...] VR-Mitglieder bestellen.⁷⁸ Der VR fasst Beschlüsse mit dem einfachen Mehr der anwesenden Stimmen, wobei für Beschlüsse mindestens [...] VR-Mitglieder anwesend sein müssen. Jedes VR-Mitglied hat eine Stimme, der Stichtscheid liegt beim Präsidenten.⁷⁹

86. [...]

87. Vor diesem Hintergrund sind die Voraussetzungen für eine gemeinsame Kontrolle der SLNC durch Groupe E und Swisscom gegeben.

B.3.2 Kein Vollfunktionsunternehmen

88. Gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU muss ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen, um unter die Bestimmungen von Art. 9 und 10 KG zu fallen, auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Die Botschaft fordert in diesem Rahmen eine strukturverändernde Wirkung durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens, da sich ein materieller Eingriff im Sinne der Fusionskontrolle nur bei Unternehmen mit strukturverändernden Wirkungen rechtfertigen lässt.⁸⁰ In Anlehnung an die Praxis der EU führt die Botschaft aus: Bei "nicht strukturverändernden Gemeinschaftsunternehmen bleiben im Rahmen des im Gesetzesentwurf verwirklichten Missbrauchsprinzips die Vorschriften über die Beurteilung von Wettbewerbsabreden und des Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen vorbehalten".⁸¹

89. In ihrer Praxis hat die WEKO zur Beurteilung, ob ein Vollfunktionsunternehmen vorliegt, geprüft, ob das Gemeinschaftsunternehmen als (i) Vollfunktionsunternehmen im Markt auftritt, (ii) eine selbständige wirtschaftliche Einheit darstellt und (iii) auf Dauer angelegt ist.⁸² Damit die erste Bedingung erfüllt ist, muss das Gemeinschaftsunternehmen als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.⁸³ Wird durch das Gemeinschaftsunternehmen jedoch nur eine Teilfunktion für die Mütter erbracht und erfolgt kein eigenständiger Marktauftritt, so liegt kein Vollfunktionsunternehmen vor. Die Praxis im Hinblick auf das Auftreten als Vollfunktionsunternehmen

im Markt wurde von der WEKO dahingehend präzisiert, dass ein Vollfunktionsunternehmen nur dann vorliegt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen (a) als Nachfrager oder Anbieter sowie (b) als selbständige wirtschaftliche Einheit am Markt auftritt und somit in der Lage ist, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.⁸⁴

90. In diesem Zusammenhang ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, an welcher sich das Sekretariat bezüglich dieses Kriteriums orientiert. Danach besteht eine der Voraussetzungen für den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens darin, dass das Gemeinschaftsunternehmen mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.⁸⁵ Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.

91. Bei der Beurteilung eines eigenständigen Marktzugangs stellt sich die Frage, wann und unter welchen Bedingungen eine Unternehmung sinnvollerweise als Nachfrager oder Anbieter auf dem Markt auftreten kann. In einem ersten Schritt stellt sich grundsätzlich die Frage, ob für das Tätigwerden des Gemeinschaftsunternehmens überhaupt ein Markt besteht oder ein solcher in naher Zukunft entstehen wird. Ein Markt besteht aus aktuellen und potenziellen Anbietern und Nachfragern.⁸⁶ Fehlen entweder eigenständige Anbieter oder Nachfrager, so liegt kein Markt vor, da keine Markttransaktionen vollzogen werden können. Damit eine Unternehmung daher überhaupt Produkte oder Dienstleistungen anbieten kann, muss sie einen Zugang zu eigenständigen Nachfragern, welche von ihr angebotene Produkte oder

⁷⁵ Meldung vom 30. November 2010, Rz 19 und Beilage 12.

⁷⁶ Meldung vom 30. November 2010, Rz 21 und Beilage 12, Ziff. 6.

⁷⁷ Meldung vom 30. November 2010, Rz 21 und Beilage 12, Ziff. 10.

⁷⁸ Meldung vom 30. November 2010, Rz 21 f. und Beilage 12, Ziff. 12 f.

⁷⁹ Meldung vom 30. November 2010, Rz 22 f. und Beilage 12, Ziff. 17.

⁸⁰ BBl 1995 I 468, S. 551.

⁸¹ BBl 1995 I 468, S. 551.

⁸² RPW 1997/2, 199 Rz 17, *Diax – SBCIS*; RPW 2002/3, 502 Rz 8, *GU Laboratories Innevo*.

⁸³ PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Bühren/David (Hrsg.), 2000, 231–318, 242; RPW 2006/4, 678 Rz 13, *GE/CSFBPE/GIMP*.

⁸⁴ RPW 2006/4, 678 Rz 13, *GE/CSFBPE/GIMP*; RPW 2007/2, 306 Rz 19, *Spontis SA*, RPW 2007/3, 459 f. Rz 13, *ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG von ALSTOM Schienenfahrzeuge AG und Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG*; PRW 2007/4, 551 Rz 17, *Spontis SA/Beitritt der SIG*; RPW 2008/1, 126 Rz 20, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*; RPW 2008/2, 275 Rz 24, *Sony Ericsson Mobile Communications AB/Motorola, Inc.*; RPW 2009/4, 389 Rz 105, *Post/NZZ/Tamedia* und *Post/Tamedia*.

⁸⁵ Vgl. konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.02.2009, Rz 95 f.

⁸⁶ ROBERT FRANK/BEN BERNANKE, Principles of Economics, 2001, 85.

⁸⁷ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6.

Dienstleistungen beziehen möchten, erhalten. Es ist in diesem Zusammenhang wichtig, dass eine Unternehmung auf einem Markt als eigenständiges Unternehmen wahrgenommen wird. Daher beinhaltet ein selbständiger Marktauftritt, dass das Unternehmen auf dem Markt unabhängig von den Muttergesellschaften eine aktive Rolle übernehmen und behalten kann, da es ansonsten auf dem Markt weder gefunden wird noch Transaktionen durchführen kann und daher nicht als eigenständiges Unternehmen qualifiziert werden kann.

92. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass das Management der SLNC aus [...] Personen bestehe und die Einstellung von weiterem Personal nicht ausgeschlossen sei.⁸⁷ Es kann daher grundsätzlich die Frage gestellt werden, ob ein aus [...] Personen bestehendes Management eines Gemeinschaftsunternehmens ohne zusätzliches Personal in der Lage ist, einen selbständigen Marktauftritt dieser Grössenordnung (Vermarktung und Verkauf kompletter Glasfasernetzwerkinfrastrukturen in den einzelnen Kommerzialisierungsgebieten) zu bewerkstelligen. Für die Zwecke des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens kann diese Frage allerdings aufgrund der nachfolgend aufgeführten Gründe (vgl. Kap. B.3.2.3) offen gelassen werden.

93. Ausserdem führen die Zusammenschlussparteien aus, dass der personellen Ausstattung des GU, zumindest in der Anfangsphase, keine entscheidende Bedeutung zukomme. Schliesslich sei klarzustellen, dass mit der "Vermarktung" der Angebote nicht die Zurverfügungstellung der Glasfasern an sich gemeint sei, welche durch die SLNC vorgenommen würde, sondern der separaten Wholesale-Angebote von Swisscom und Groupe E, die auf Basis der Vorleistungen der SLNC von diesen beiden Anbietern Dritten gegenüber offeriert würden.⁸⁸

94. Damit von einer Strukturveränderung – wie in der Botschaft verlangt (vgl. Rz 88)⁸⁹ – gesprochen werden kann, ist es notwendig, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt die Funktionen ausüben muss, die auch von anderen Unternehmen wahrgenommen werden.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund wird in der EU gefordert, dass das Gemeinschaftsunternehmen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügt, um im Rahmen der dem Gemeinschaftsunternehmen zugrundeliegenden Vereinbarung langfristig seine Tätigkeit ausüben zu können.⁹¹

95. Hat hingegen ein Unternehmen keinen eigenen Zugang zum Markt, insbesondere weil es auf die Produktion bzw. Bereitstellung von Vorleistungsprodukten für die Muttergesellschaften beschränkt ist, so besteht kein Vollfunktionsunternehmen.⁹² Bei der Beurteilung, ob ein Vollfunktionsunternehmen vorliegt, berücksichtigt die EU die Stellung der Muttergesellschaften in den vor- und nachgelagerten Märkten. Das Bestehen eines Vollfunktionsunternehmens wird in der EU verneint, wenn der Verkauf von Vorleistungsprodukten des Gemeinschaftsunternehmens an die Muttergesellschaften auf einer dauerhaften Grundlage erfolgt und das Gemeinschaftsunternehmen nicht dazu bestimmt ist, eine aktive Rolle im Markt zu spielen.⁹³ Hierbei ist es nicht notwendig, dass das Gemeinschaftsunternehmen von Anfang an

auf dem Markt Fuss fassen kann. Vielmehr wird je nach den auf dem Markt vorherrschenden Bedingungen in der EU ein Übergangszeitraum von bis zu drei Jahren in die Erwägungen mit einbezogen.⁹⁴

96. Eine weitere Voraussetzung besteht darin, dass das Gemeinschaftsunternehmen in seinem Bestand auf Dauer ausgelegt ist. Grundsätzlich können in der EU auch auf eine bestimmte Dauer gegründete Unternehmen als Vollfunktionsunternehmen angesehen werden, wenn die Dauer ausreichend lang ist, um eine dauerhafte Veränderung in der Struktur der betroffenen Unternehmen herbeizuführen oder wenn vereinbart wird, dass das Gemeinschaftsunternehmen auch nach diesem Zeitraum fortbestehen kann.

B.3.2.1 Ausreichende Mittel zur selbständigen Bereitstellung sämtlicher Funktionen

97. SLNC soll gemäss ihren Statuten im Kanton Freiburg ein Glasfasernetz bauen, installieren, vertreiben und unterhalten.⁹⁵ Hierzu verfügt SLNC durch das Aktienkapital von [...] über ausreichende finanzielle Mittel, um eine eigene Geschäftstätigkeit aufzubauen⁹⁶ und das Tagesgeschäft zu erledigen. Der Bau der Glasfaserinfrastruktur wird durch Groupe E und Swisscom nach Vergabe durch die SLNC vorgenommen, wobei weder Groupe E noch Swisscom mehr als 60 % des Netzinfrastrukturausbaus übernehmen dürfen.⁹⁷ Im Anschluss an die einmal aufgebaute Infrastruktur wird SLNC diese sowohl Dritten wie auch Groupe E und Swisscom zur Verfügung stellen und tritt in diesem Rahmen als selbständige Anbieterin von Glasfasernetzinfrastruktur auf.⁹⁸

⁸⁸ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6.

⁸⁹ BBl 1995 I 468, S. 551.

⁹⁰ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01), Rz 12.

⁹¹ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01), Rz 12.

⁹² Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01), Rz 13.

⁹³ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01), Rz 13.

⁹⁴ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/98 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/01), Rz 13; RICHARD WHISH, Competition Law, 2009, S. 826 f.

⁹⁵ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 6, Art. 3.

⁹⁶ Meldung vom 30. November 2010, Rz 28.

⁹⁷ Meldung vom 30. November 2010, Rz 30.

⁹⁸ Meldung vom 30. November 2010, Rz 31.

98. Gemäss dem CP werden einige Supportfunktionen der Unternehmensführung durch Groupe E, Swisscom oder Dritte zu Marktpreisen erbracht.⁹⁹ Hierzu gehören Unterstützungsfunktionen wie Ressources Humaines (nachfolgend: RH), Finanzen, Informatik etc. Die von den Muttergesellschaften oder Dritten bezogenen Dienstleistungen werden durch Verträge zwischen SLNC und den Dienstleistern geregelt. Die Aktivitäten des CFO von SLNC erbringt Swisscom. Die Einzelheiten regelt ein Servicevertrag, der direkt nach Gründung der SLNC geschlossen wird.

99. Die Zusammenschlussparteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass das Gemeinschaftsunternehmen über ein Management von [...] Personen verfügen wird und die Einstellung von weiterem Personal nicht ausgeschlossen sei.¹⁰⁰ Hieraus schliessen die Zusammenschlussparteien, dass SLNC mit so vielen personellen Ressourcen ausgestattet ist, dass sie aus sich selbst heraus als eigenständige, lebensfähige Marktteilnehmerin auftreten wird können.

100. Gemäss CP kann SLNC grundsätzlich sämtliche Funktionen selbst bereitstellen, auch wenn wichtige Funktionen als Dienstleistungen von den Mutterhäusern bezogen werden (vgl. Rz 98). Auch die Möglichkeit, bei Bedarf später weiteres Personal anzustellen, sowie das Aktienkapital von [...] stellen ein Indiz dafür dar, dass die Ressourcenausstattung für einen eigenständigen Marktauftritt ausreichen könnte. Vorliegend kann dies allerdings offen gelassen werden, da – wie nachfolgend aufgezeigt – das GU – zumindest in dem für die Beurteilung des Zusammenschlusses relevanten Zeitraum – keinen eigenständigen Marktauftritt als Anbieter oder Nachfrager wahrnehmen kann.

B.3.2.2 Auf Dauer angelegtes Unternehmen

101. Es ist vorgesehen, dass SLNC bis zum Jahr [...] das Glasfaseranschlussnetz im Kanton Freiburg fertigstellt und danach bis mindestens [...] betreibt.¹⁰¹ Ob und inwiefern die Tätigkeit nach dem Jahr [...] weitgeführt wird, ist heute noch offen. Damit ist die Tätigkeit von SLNC grundsätzlich auf unbestimmte Dauer festgelegt und ihre Tätigkeit auf Dauerhaftigkeit ausgelegt.

B.3.2.3 Kein selbständiger Auftritt

102. Sowohl Groupe E als auch Swisscom bringen auf der einen Seite Know-how und Expertenwissen in die SLNC ein.¹⁰² Auf der anderen Seite übernimmt SLNC die bereits mit Glasfaser erschlossenen Pilotgebiete Torry und Neyruz.¹⁰³ Zudem nimmt SLNC gemäss Meldung im Drop-Bereich dieselben Aufgaben wahr, wie Swisscom im Bereich des Kupferkabelanschlussnetzes¹⁰⁴, nämlich die Bereitstellung einer drahtgebundenen Netzinfrastruktur. Hierzu verfügt SLNC über eine vierfasrige Glasfasernetzinfrastruktur in den Bereichen Inhouse und Drop. Diese Infrastruktur bietet sie als vier separate Glasfasernetzwerke zur langfristigen Nutzung an FDA an, welche bereit sind, ihre Infrastruktur an den von SLNC bereitgestellten Übergabepunkten anzuschliessen. Weitergehende von SLNC erbrachte Dienstleistungen bestehen derzeit nicht.

103. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass das Gemeinschaftsunternehmen eigenständig am Markt auftreten wird, indem es neben Groupe E und Swisscom

auch zwei weiteren Interessenten eine Glasfaser zu denselben Bedingungen zur Verfügung stellen werde.¹⁰⁵ Hierbei sei letztendlich nicht entscheidend, ob und wann allfällige Drittinteressenten die Dienstleistungen der SLNC in Anspruch nehmen würden. Relevant sei einzig, dass die Möglichkeit zur Inanspruchnahme zu denselben Bedingungen wie für Groupe E und Swisscom bestünde, was ohne weiteres gewährleistet sei. Ob – neben Cablecom – kein weiteres Unternehmen bereit sein werde, zukünftig in den Ausbau des Feeder-Bereichs zu investieren, liesse sich angesichts des langen Zeithorizontes des Vorhabens nicht mit der im Schreiben vom 1. April 2011 behaupteten Absolutheit voraussagen. Jedenfalls könne es nicht ausgeschlossen werden. Weiter machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die Ausführungen von Cablecom widersprüchlich seien, da Cablecom in einer früheren Eingabe die Inanspruchnahme der Glasfaserinfrastruktur der SLNC als eine Option dargestellt, in einer späteren Eingabe hingegen (kategorisch) ausgeschlossen haben soll.

104. Im Rahmen der Anhörungen haben die Zusammenschlussparteien jedoch dargelegt, dass das neu zu gründende GU vorwiegend eine Hilfsfunktion für die beiden Muttergesellschaften erfüllen wird. So hat Herr [Vertreter Swisscom] im Rahmen der Parteienanhörungen vom 28. März 2011 [...] zu Protokoll gegeben, dass es bei dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen nur um den "Bau und die Wartung" des Glasfasernetzes gehe¹⁰⁶. Herr [Vertreter Swisscom] hat ebenfalls ausgeführt, dass die Wartungsarbeiten wahrscheinlich an Dritte vergeben werden, da die SLNC keine eigenen Mitarbeiter habe. Der Verwaltungsrat der SLNC diskutiere über die Geschwindigkeit des Ausbaus und über die Ausgestaltung der Verträge mit den Lieferanten im Bau und bei der Wartung. Danach kommerzialisiere SLNC die Dienste an die beiden Partner (Swisscom und Groupe E). Die Vermarktung an z. B. die Mitbewerber von Swisscom werde entweder durch Swisscom oder Groupe E und nicht durch SLNC erfolgen. Das heisst, sowohl Layer 1, Layer 2 wie auch Layer 3 Produkte würden nicht durch SLNC, sondern durch Groupe E und Swisscom angeboten:

[Vertreter Swisscom]: *Diese Firma wird den Bau übernehmen. Sie wird auch die Wartung der Glasfaser vom Anschluss im Haus bis zum Drop machen. Diese Wartung wird sie wahrscheinlich an Dritte vergeben, denn sie wird keine eigenen Mitarbeiter haben, das ist unnötig. Das ist der Zweck. Über welche Fragen diskutiert der*

⁹⁹ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 12, Rz 27.

¹⁰⁰ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6.

¹⁰¹ Meldung vom 30. November 2010, Rz 35.

¹⁰² Meldung vom 30. November 2010, Rz 37.

¹⁰³ Meldung vom 30. November 2010, Rz 15.

¹⁰⁴ Meldung vom 30. November 2010, Rz 37.

¹⁰⁵ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 4.

¹⁰⁶ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 10, in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

Verwaltungsrat der SLNC? Sie diskutieren über die Geschwindigkeit des Ausbaus und über die Ausgestaltung der Verträge mit den Lieferanten im Bau und bei der Wartung. Sie kommerzialisiert dann die Dienste an die beiden Partner. Warum? Wenn man gemeinsam baut, braucht es irgendwo eine Abgabe des gebauten Produktes an die beiden Partner. Die Vermarktung an z.B. die Mitbewerber von Swisscom entweder durch uns oder durch Groupe E erfolgt nicht durch die SLNC, sondern dies erfolgt einerseits durch Groupe E und auf der anderen Seite durch Swisscom. Das heisst, sowohl Layer 1-, Layer 2- wie auch Layer 3-Produkte werden nicht durch die SLNC angeboten, sondern durch Groupe E und Swisscom.

Warum sind wir im Kanton Freiburg diesen Weg gegangen? Im Unterschied zu den Kooperationen, die wir in anderen Städten eingegangen sind, ist es eben die flächendeckende Natur dieses Projektes, die uns dazu geführt hat. Es ist das erste Mal in der Schweiz, das wir auf flächendeckend gehen. Dies beinhaltet für beide Parteien Risiken auf eine Zeitdauer von [...] Jahren, die aus heutiger Sicht kaum absehbar sind. Dort bietet das Gemeinschaftsunternehmen für den Bau und für die Wartung eine bessere Mutalisierung dieses Risikos. Es ist eine dynamische Betrachtung dieses Risikos als der klassische Kooperationsansatz. In den Städten ist das Risiko geringer, weil die Baukosten geringer und besser absehbar sind. Deswegen ist die statische Aufteilung der Risiken, wie wir es in den Kooperationsvereinbarungen in den Städten haben, dort angepasst. Hier ist es ein anderes Projekt. Es ist flächendeckend und beinhaltet Risiken, die keiner von uns richtig voraussehen können. Wir können nicht überall im Kanton Freiburg pilotieren. Deswegen schien uns dieses Gemeinschaftsunternehmen für den Bau und für die Wartung ein besserer Weg, die Risiken dieses Projektes auf beiden Parteien zu mutalisieren. Nochmals, die Vermark-

ung an die Partnerunternehmen erfolgt über Groupe E und über Swisscom. Damit stehen wir dort nicht in einem Interessenkonflikt. In der SLNC geht es nur um den Bau und die Wartung.

Martenet:

Es ist also eine Bau- und Wartungsgesellschaft. Können wir das so sagen?

[Vertreter Swisscom]: Ja.

105. Hierzu führen die Zusammenschlussparteien in Ihrer Stellungnahme vom 8. April 2011 folgendes aus¹⁰⁷: In einer ersten Phase stehe tatsächlich der Bau der Glasfaserinfrastruktur durch die SLNC im Vordergrund. Darüber hinaus werde die SLNC auch die Kommerzialisierung der vier Fasern übernehmen. Zudem werde das Management der SLNC aus (mindestens) vier Personen bestehen und die Einstellung von weiterem Personal sei nicht ausgeschlossen. Allerdings sei in dieser Hinsicht festzuhalten, dass der personellen Ausstattung des GU, zumindest in der Anfangsphase, keine entscheidende Bedeutung zukomme. Ausserdem sei klarzustellen, dass mit der "Vermarktung" der Angebote nicht die Zurverfügungstellung der Glasfasern an sich gemeint sei, welche durch die SLNC vorgenommen würde (und von den Zusammenschlussparteien durchgehend als Kommerzialisierung bezeichnet wird), sondern die separaten Wholesale-Angebote von Swisscom und Groupe E betreffe, die auf Basis der Vorleistungen der SLNC von diesen beiden Anbietern offeriert würden. Inwiefern hierdurch die Vollfunktionseigenschaft der SLNC beeinträchtigt werden sollte, sei den Zusammenschlussparteien nicht ersichtlich. Vielmehr würde hierdurch der prokompetitive Charakter des GU unterstrichen, indem durch das Vierfasermodell ein zusätzlicher Wettbewerb ermöglicht würde und sich Swisscom und Groupe E auf der Wholesale-Ebene konkurrenzieren. Diese Ergänzungen ändern nichts an der wesentlichen Feststellung, dass der SLNC auf absehbare Zeit eine Hilfsfunktion zukommt.

106. Die Erbringung von drahtgebundenen Fernmeldedienstleistungen erfolgt jeweils über ein fest installiertes Medium (Kupferdraht, Koaxialkabel, Glasfaser etc.). Damit eine FDA, die über kein eigenes Anschlussnetz zum Endkunden verfügt, Fernmeldedienste für einzelne Teilnehmeranschlüsse direkt (Layer 1-Angebot) erbringen kann, benötigt sie einen Zugang zum jeweiligen Übertragungsmedium eines Netzbetreibers. Dieser Zugang zum jeweiligen Übertragungsmedium wird an einem so genannten Netzzugangspunkt gewährt. Dieser ist meist in den jeweiligen Anschlusszentralen (bzw. Trafostationen) der jeweiligen Netzbetreiber angesiedelt. In einer solchen muss die nachfragende FDA eine eigene Sende- und Empfangs-Infrastruktur zur Nutzung des Übertragungskabels (Kupfer- oder Glasfaserkabel) aufbauen. Bei Nachfrage der Infrastruktur in der jeweiligen

¹⁰⁷ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6 f.

Anschlusszentrale mietet sie meist bei der Netzbetreiberin im jeweiligen Netzzugangspunkt einen Raum inkl. die entsprechenden Anschlüssen (z. B. Strom), um ihre Sende- und Empfangs-Infrastruktur zu installieren. Im Falle eines Zugangs an einem Übergabepunkt im Bereich Drop muss die FDA, welche einen im Drop zur Verfügung gestellten Zugangspunkt nutzen möchte, einen eigenen Feeder-Bereich zur Verfügung stellen. Für einen Feeder-Bereich wird eine eigene, im Boden verlegte Netzwerkinfrastruktur benötigt. In der Schweiz verfügen neben Swisscom nur noch die Kabelnetzbetreiber über flächendeckende Feeder-Bereiche.

107. Im Bereich des Kupferkabelanschlussnetzes stellt Swisscom aufgrund der gesetzlichen Regulierung mit dem vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss sowohl in ihren Anschlusszentralen (TAL/KOL) als auch in den Quartierverteilern (T-TAL/T-KOL) den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur bereit. Derzeit wird nach heutigem Kenntnisstand lediglich in den Anschlusszentralen von Swisscom (TAL/KOL) und nicht in den Quartierverteilern (T-TAL/T-KOL) der entbündelte Teilnehmeranschluss von FDA nachgefragt.

108. SLNC bietet ihre Netzwerkinfrastruktur den FDA am Übergabepunkt im Bereich Drop an. Um diese Dienstleistung von SLNC nachfragen zu können, müssen die beiden Muttergesellschaften jeweils einen eigenständigen Feeder-Bereich aufbauen, was mit hohen Investitionskosten verbunden ist. Im Rahmen der Anhörungen haben die Zusammenschlussparteien die Gesamtkosten für den Aufbau einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur im Kanton Freiburg mit ca. [...] beziffert, wovon der Komplettaufbau eines Feeder-Bereichs Investitionen von je ca. [...] erfordern würde.¹⁰⁸ Würde also ein Drittunternehmen einen entsprechenden Feeder-Bereich wie die beiden Zusammenschlussparteien aufbauen wollen, um als vollwertiger Konkurrent sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt tätig zu werden, müsste es im Kanton Freiburg folglich Investitionen in der entsprechenden Höhe tätigen. Die Möglichkeit, lediglich in den für Dritte lukrativen Gebieten, wie beispielsweise in städtischen Gebieten, eine Feeder-Infrastruktur aufzubauen, wird von den Zusammenschlussparteien abgelehnt.

Hierzu führte [Vertreter Swisscom] im Rahmen der Anhörungen folgendes aus:

[Vertreter Swisscom]: [...]

Im Kanton Freiburg verfügen derzeit nur Swisscom und die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) und zukünftig auch Groupe E über einen eigenständigen Feeder-Bereich. Daher kommen vorwiegend diese Unternehmen als aktuelle bzw. potenzielle Kunden von SLNC in Frage. Weitere mögliche Kunden von SLNC sind derzeit nicht in Sicht, da – wie erwähnt – der Aufbau eines eigenen Feeder-Bereichs mit hohen Investitionskosten verbunden ist und nur wenige FDA überhaupt in der Lage sind, diese Investitionskosten auf sich zu nehmen. Im Hinblick auf den Aufbau einer eigenen Glasfasernetzwerkinfrastruktur führten die Vertreter von Sunrise im Rahmen der Anhörungen aus, dass es für sie unrealistisch sei, den Zugang bis zum Haus selbst zu realisieren.¹⁰⁹

[Vertreter Sunrise]: *Wir können dort verhandeln und sind in Gesprächen. Man hat ein Angebot über die mögliche Ausgestaltung vorgelegt und wir haben uns angeschaut, wie es aussehen könnte und wo wir uns anschliessen, das ist sehr wichtig. Sie haben bereits gehört, dass es für uns wichtig ist, das Netz an Swisscom-Ortszentralen anzuschliessen, weil unser Netz dort endet. Wir haben selber noch keine Angebote wie im Kanton Fribourg lanciert.*

Martenet: *Wäre es für Sunrise eine Alternative, einen eigenen Glasfaserbereich im Kanton Freiburg aufzubauen? Wäre das für Sie eine realistische Alternative?*

[Vertreter Sunrise]: *Es ist unrealistisch, die letzte Meile des Access-Netzes, den Zugang bis zum Haus, selber zu realisieren. Im Kupferbereich machen wir es schon heute bis zu den Ortszentralen. Dort ist es realistisch.*

Martenet: *Bei Glasfaser ist dies nicht realistisch?*

[Vertreter Sunrise]: *Nein.*

Ähnlich äusserte sich auch VTX:¹¹⁰

[Vertreter VTX]: *Notre ambition est aussi de pouvoir nous installer dans les centraux Swisscom pour pouvoir fournir de la fibre nue directement à notre clientèle, comme on le fait aujourd'hui pour le cuivre.*

Martenet: *Ca veut donc dire que vous allez vous-même mettre en place les liaisons fibre optique ?*

[Vertreter VTX]: *Non. Les liaisons fibres optiques resteront le travail du fournisseur d'infrastructure. Ce que l'on attend c'est que les fibres optiques arrivent dans les centraux Swisscom, où nous sommes déjà. Et dans ces centraux Swisscom nous mettons des équipements actifs de manière à allumer la fibre d'un côté et de l'autre et de pouvoir maîtriser la bande passante que l'on délivre à la clientèle. Swisscom appelle ce produit "ALO....".*

¹⁰⁸ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 61 f. (Version für Swisscom) bzw. 63 f. (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

¹⁰⁹ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 19, in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

109. Hierzu machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die Herleitung des Betrages von [...] eine reine Differenz zwischen zwei Zahlen darstelle, welche anlässlich der Anhörungen erwähnt wurde.¹¹¹ Diese Herleitung sei verwirlich, da sie nicht berücksichtige, dass in den rund [...] auch eine Reihe von anderen Elementen, insbesondere die elektro-optische Netzinfrastruktur, die notwendigen IT Systeme für die Betriebs- und Geschäftsunterstützung (sog. OSS/BSS), enthalten seien. Potenzielle Kunden der SLNC, wie etwa Cablecom, hätten relevante Anteile dieser Netz- und IT-Systeme bereits in Betrieb und würden diese unabhängig von der Frage, ob sie Kunden der SLNC würden, weiterbetreiben und deren Instandhaltung finanzieren müssen. Somit sei nicht nur der Betrag für die Errichtung des Feeders zu hoch gegriffen, sondern auch die daraus gezogene Schlussfolgerung falsch, dass dieser eine hohe Markteintrittsschwelle für Dritte darstellen würde. Schliesslich weisen die Zusammenschlussparteien darauf hin, dass ein Anbieter, der noch über keine Infrastruktur im Schweizer Telekommunikationsmarkt verfüge, alternativ auf die Angebote auf L 1, 2 und 3 von Swisscom und Groupe E zurückgreifen könne.

110. Da neben den Zusammenschlussparteien lediglich die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) über einen Feeder-Bereich verfügen, wären für diese die Anschlusskosten an die Infrastruktur der SLNC vermutlich niedriger, als die in der bemängelten Differenzbetrachtung hergeleiteten [...]. Die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) verfügen aber mit dem Koaxialkabelnetz über eine eigene Netzwerkinfrastruktur bis zum Endkunden. Gemäss einer Studie von Sieber & Partners werden die Kabelnetzbetreiber aufgrund des DOCSIS 3.0 Standards für die Hybrid-Fiber-Coax-Netze in rund elf bis sechzehn Jahren für die Übertragung von IP-Diensten an ihre Leistungsgrenzen stossen.¹¹² Cablecom führt aus, dass sie mit den derzeit zur Verfügung stehenden Bandbreiten voraussichtlich über einen Zeitraum von fünf bis eventuell zehn Jahren die Nachfrage nach Bandbreite über ihre bestehende Infrastruktur befriedigen könne.¹¹³ Grundsätzlich schliesst Cablecom nicht aus, zu gegebener Zeit eine vertiefte Prüfung der Frage, ob im Kanton Freiburg auf das Angebot von SLNC zurückzugreifen sei, vorzunehmen (vgl. hierzu auch Rz 30).¹¹⁴ Grundsätzlich könne ein solches Angebot für Cablecom dann interessant werden, wenn die Kosten für den Aufbau und Unterhalt einer eigenen Infrastruktur grösser würden, als die Kosten der Nutzungsrechte sowie die relativ hohen Umbaukosten der Cablecom-Infrastruktur inkl. der übrigen Installations- und Betriebskosten auf Fiber statt Koax. [...]. Auch die Zusammenschlussparteien schätzten im Rahmen der Anhörungen, dass ein Verkauf eines Glasfasernetzwerks am Übergabepunkt im MH seitens SLNC in etwa zehn Jahren aktuell werden könnte.¹¹⁵ Herr [Vertreter Swisscom] führte hierzu im Rahmen der Anhörungen folgendes aus¹¹⁶:

[Vertreter Swisscom]: *Unser Business-Case sieht vor, dass in längerer absehbarer Zeit, aber definitiv vor der Hälfte der Lebensdauer dieser Fasern, die wir auf [...] Jahre schätzen, ein Dritter einsteigen wird. Wir*

nehmen an, dass der Dritte aus der Kabelnetzwelt kommen wird. Heute haben die Kabelnetzunternehmen in diesem Marktgebiet, wovon wir sprechen, substantielle Breitbanddienstanteile. Wir teilen die Einschätzung, die heute ausgesprochen wurde, dass in den ersten [...] Jahren wahrscheinlich die Kabelnetzanbieter mit ihrer Technologie genug haben, aber irgendwann, etwa in [...] Jahren denken wir, dass die Technologie nicht mehr ausreichen wird.

Martenet:

Die Kabelnetzanbieter in etwa [...] Jahren, das ist Ihre Einschätzung?

[Vertreter Swisscom]:

Bei rund [...] Jahren beginnt es, sich zu bewegen. Wenn er kommt, kommt er nicht vom einen Tag auf den anderen. Wir schätzen, dass dann noch jemand sich an der Infrastruktur beteiligen wird. Ich bin etwas vorsichtig bei der Beantwortung Ihrer Frage: Wer hätte vor zehn Jahren gedacht, dass man heute über diese Optionen redet. Sogar vor drei Jahren war es schwer, sich solche Modelle vorzustellen. Darum ist es schwer, zu sagen, wer in [...] Jahren zu uns kommen wird. Wenn man die Marktanteile schaut, haben die Kabelnetze heute im Breitband einen wesentlichen Marktanteil, vor allem im städtischen Gebiet und am Tag wenn die Technologie diesen Marktanteil bedroht, werden sie sich bewegen müssen. Wir nehmen durchaus an, dass sie dann nicht einzeln, sondern pauschal umsteigen, d. h. mehr auf ein Grossisten-Modell als auf ein Retail-Modell.

¹¹⁰ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 29 (Version für Swisscom) bzw. S. 31 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

¹¹¹ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 5.

¹¹² SIMON EHRENBAUM/DILIP VIMALASSERY (Sieber & Partners), Breitbandmarkt Schweiz – Handlungsoptionen der Netzbetreiber, 2010, Dr. Pascal Sieber & Partners AG, S. 7.

¹¹³ Stellungnahme Cablecom vom 28. Januar 2011, S. 2.

¹¹⁴ Stellungnahme Cablecom vom 28. Januar 2011, S. 15.

¹¹⁵ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 58 (Version für Swisscom) bzw. 60 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

¹¹⁶ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 58 (Version für Swisscom) bzw. 60 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

111. [...] Cablecom hat im Rahmen der Anhörungen ausgesagt, dass eine solche Prüfung erst in etwa zehn bis 15 Jahren aktuell werden könnte.¹¹⁷

112. Vor diesem Hintergrund ist derzeit unsicher, ob SLNC jemals eine weitere Glasfaser wird verkaufen können.

113. Es ist daher davon auszugehen, dass Cablecom in absehbarer Zeit nicht als Kundin von SLNC in Frage kommt. Zudem bestehen derzeit keine weiteren FDA, welche über eine ausreichende Finanzkraft und aktuelle oder potenzielle Kundenbasis verfügen, um einen eigenen flächendeckenden Feeder-Bereich im Kanton Freiburg bzw. in einzelnen Kommerzialisierungszonen finanzieren und betreiben zu können. Daher kommen als mögliche Nachfrager der Dienstleistungen von SLNC auf kurze bis mittlere Frist neben Groupe E und Swisscom keine weiteren FDA in Frage.

114. Die Zusammenschlussparteien führen hierzu aus, dass es im Hinblick auf die Qualifizierung des Gemeinschaftsunternehmens als Vollfunktionsunternehmen letztendlich keine Rolle spielen könne, in welchem Zeitpunkt ein Drittinteressent mit dem GU in Kontakt trete, da eine Geschäftsbeziehung, insbesondere in der Anfangsphase, nicht erzwungen werden könne. Sie führen aus, dass in Anlehnung an das EU-Recht eine Abhängigkeit der SLNC von den Muttergesellschaften wenigstens in der Anfangsphase von 3 bis 5 Jahren dem Vollfunktionscharakter nicht entgegenstehe. Hinzu käme im vorliegenden Fall, dass der Bau der Glasfaserinfrastruktur sukzessive bis [...] erfolge und in den nächsten 3 bis 5 Jahren erst ein relativ kleiner Teil der Infrastruktur erstellt sein werde. Das würde bedeuten, dass in den nächsten 3 bis 5 Jahren noch gar keine Infrastruktur da ist, die flächendeckend von den Muttergesellschaften oder Dritten genutzt werden könne. Spätestens allerdings, wenn die Infrastruktur in [...] Jahren flächendeckend vorhanden sein werde, sei davon auszugehen, dass die SLNC Dritte als Kunden gewinnen werde. Nach Meinung der Zusammenschlussparteien käme einem Gemeinschaftsunternehmen nur dann eine reine Hilfsfunktion zu, wenn es sich etwa einzig auf die Tätigkeit für die Muttergesellschaft beschränken würde, ohne Dritten eine Dienstleistung anzubieten. Dies würde aber im Falle der SLNC gerade nicht zutreffen, da sie ja zwei Fasern Dritten anbieten würde.

115. Wie bereits in Rz 110 ausgeführt, ist davon auszugehen, dass insbesondere Cablecom in den nächsten fünf bis zehn Jahren keine Glasfaser von SLNC abnehmen wird. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass in den nächsten [...] Jahren keine flächendeckende Infrastruktur zur Verfügung steht und daher auch nicht verkauft werden könne.¹¹⁸ Somit ist davon auszugehen, dass Cablecom in absehbarer Zeit nicht als Kundin von SLNC in Frage kommt. Weitere FDA, welche über eine ausreichende Finanzkraft oder Kundenbasis verfügen, um einen eigenen flächendeckenden Feeder-Bereich im Kanton Freiburg finanzieren zu können und zur Verfügung zu stellen, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Aufgrund [...] der Aussagen von Cablecom, Sunrise und VTX im Rahmen der Anhörungen ist nicht damit zu rechnen, dass das GU in den nächsten 3 bis 5 Jahren eine von den Zusammenschlussparteien

unabhängige Geschäftstätigkeit wird entwickeln können. Ob dies zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt zumindest fraglich. Alleine die Tatsache, dass das GU die zwei Fasern Dritten grundsätzlich anbietet, vermag die Unabhängigkeit des GU von den beiden Mutterhäusern noch nicht zu belegen.

116. Damit FDA, welche über keinen Feeder-Bereich verfügen die Dienstleistungen von SLNC in Anspruch nehmen können, müssten diese den Feeder-Bereich eines mit dem Netzwerk von SLNC verbundenen Unternehmens nutzen. Dies wären nach derzeitigem Kenntnisstand Swisscom und Groupe E. Diese bieten gegenüber anderen FDA auch entsprechende Dienstleistungen an, indem sie die Dienstleistungen von SLNC als Vorleistungsprodukt nachfragen. SLNC bietet FDA, welche über keinen Feeder-Bereich verfügen keinerlei Dienstleistungen an und kann daher auf diesen Märkten nicht als Anbieterin auftreten.

117. Da nicht zu erwarten ist, dass innert absehbarer Frist neben den Muttergesellschaften weitere FDA Dienstleistungen der SLNC im Bereich der Glasfasernetzwerk nachfragen werden, ist SLNC auch als Anbieterin solcher Dienstleistungen von den Muttergesellschaften abhängig. Es ist folglich keine aktive Rolle von SLNC auf dem Markt zu erwarten. Ein eigenständiger Zugang zum Markt muss daher verneint werden. Da auf absehbare Zeit neben den Muttergesellschaften keine weiteren Nachfrager nach den von SLNC bereitgestellten Vorleistungsprodukten zu erwarten sind, muss auch ein nach aussen gerichtetes in Erscheinung treten von SLNC verneint werden. Daher erscheint es fraglich, ob SLNC als eigenständiges Unternehmen überhaupt wahrgenommen wird. Die Wettbewerbsbehörden kommen daher zu dem Schluss, dass das Gemeinschaftsunternehmen kurz- bis mittelfristig innerhalb eines Kommerzialisierungsgebietes keine weitere Glasfaser zu den Nutzungseinheiten verkaufen wird und somit keine von den Muttergesellschaften unabhängige Geschäftstätigkeit wird entwickeln können.

B.3.2.4 Selbständige wirtschaftliche Einheit

118. Das GU verfügt über ein eigenständiges Management und kann grundsätzlich verschiedene Aufträge selbständig an Dritte vergeben und mit diesen Verträge schliessen. Gemäss den Statuten des GU hat der Verwaltungsrat von SLNC die nachfolgenden Aufgaben¹¹⁹:

- Exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires;
- Fixer l'organisation;
- Fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société;

¹¹⁷ Unterzeichnetes Protokoll der Anhörung vom 28. März 2011, S. 26 (Version für Swisscom) bzw. 28 (Version für Groupe E), in der Beilage zur Stellungnahme von Prager Dreifuss vom 19. April 2011.

¹¹⁸ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 6.

¹¹⁹ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 6.

- Nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation. Il nomme en particulier le directeur général et les membres de la direction;
- Exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données;
- Etablir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions;
- Informer le juge en cas de surendettement.

Darüber hinaus werden im CP weitreichende Befugnisse des Verwaltungsrates aufgeführt¹²⁰. Im Rahmen des CP¹²¹ in Verbindung mit dem Contrat NAR¹²² wird allerdings bereits jetzt festgelegt, dass der Verkaufspreis pro genutzter Glasfaser an die beiden Muttergesellschaften CHF [...] pro Glasfaser und CHF [...] pro Jahr für die Nutzung der Glasfaser und CHF [...] für die Instandhaltung betragen wird. Zudem werden Mindestabnahmemengen von [...] % vereinbart. Die Zusammenschlussparteien sehen diese Vertragsbestandteile für das Funktionieren der SLNC als unabdingbar an, andernfalls wäre die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens von Anfang an in Frage gestellt.¹²³ Die Preiskalkulation würde, vor dem Hintergrund der Amortisation der hohen Investitionskosten, unter Berücksichtigung der höheren Kosten für den Ausbau der Infrastruktur in den ländlichen Gebieten erfolgen.

119. Durch die Festsetzung der Abnahmepreise und der Mindestabnahmemengen ist ein wesentlicher Aspekt der unternehmerischen Handlungsfreiheit, nämlich die Preissetzung des GU, nicht gegeben. Es ist daher fraglich, ob in einem solchen Zusammenhang von einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden kann. Daran ändert auch das Vorbringen der Zusammenschlussparteien nichts, wonach in der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden den Verkaufsbeziehungen eines Gemeinschaftsunternehmens keine entscheidende Bedeutung beigemessen würde.¹²⁴ Allerdings kann diese Frage offen gelassen werden, da die Vollfunktionseigenschaft bereits verneint wurde.

B.3.2.5 Fazit

120. Das neu zu gründende GU wird vorwiegend eine Hilfsfunktion für die beiden Muttergesellschaften erfüllen. Zu dieser Einschätzung kommen sogar die Zusammenschlussparteien selbst (vgl. Rz 104). Zudem verfügt es über keinen eigenen Marktzugang und kann daher auch im für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Betrachtungshorizont keine aktive Rolle auf dem Markt wahrnehmen. Es ist zudem unwahrscheinlich, dass das GU überhaupt als eigenständiges Unternehmen wahrgenommen wird. Aus diesem Grund muss das Vorliegen eines Vollfunktionsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU verneint werden.

B.3.3 Geschäftstätigkeit von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

121. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn ein Vollfunktionsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 VKU vorliegt und in dieses

Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eines der Gründungsunternehmen seine Produktionsanlagen oder seine Vertriebsorganisation in das Gemeinschaftsunternehmen einbringt.¹²⁵

122. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass in das GU die beiden in eigener Regie erstellten Anschlussinfrastrukturen in den Pilotgebieten Torry und Neyruz eingebracht werden.¹²⁶ Zudem werden insbesondere Kapital, Know-how und Expertenwissen gemäss den Zusammenschlussparteien in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht.¹²⁷ Zum jetzigen Zeitpunkt ist allerdings fraglich, ob das Einbringen von zwei aufgebauten Pilotgebieten bereits als Einfließen der Geschäftstätigkeit von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen bezeichnet werden kann. Der Neuaufbau und Betrieb eines bisher nicht bestehenden Glasfasernetzes kann grundsätzlich nicht als Einbringen einer Geschäftstätigkeit in das Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden, selbst wenn es sich um eine ähnliche Aufgabe handelt, welche Swisscom derzeit im Bereich des Kupferanschlussnetzes wahrnimmt, da das Kupferanschlussnetz parallel dazu weiterbetrieben wird. Vorliegend kann die Frage, ob die Geschäftstätigkeit mindestens eines der kontrollierenden Unternehmen einfließt, allerdings offengelassen werden, da das Bestehen eines Vollfunktionsunternehmens bereits verneint wurde.

B.3.4 Ergebnis

123. Aufgrund der oben getroffenen Feststellungen ist die WEKO zu dem Ergebnis gelangt, dass das gemeldete Vorhaben kein Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU verwirklicht und deshalb nicht in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 3 KG sowie Art. 9 – 11 KG fällt.

C Kosten

124. 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 Abs. 1 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die meldenden Unternehmen Swisscom (Schweiz) AG und Groupe E SA.

125. 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.

¹²⁰ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 12.

¹²¹ Meldung vom 30. November 2010, Beilage 12.

¹²² Meldung vom 30. November 2010, Beilage 18.

¹²³ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 7.

¹²⁴ Stellungnahme vom 8. April 2011, S. 7.

¹²⁵ PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Bühren/David (Hrsg.), 2000, 231–318, 243 f.

¹²⁶ Meldung vom 30. November 2010, S. 10.

¹²⁷ Meldung vom 30. November 2010, S. 16.

126. 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.–. Für die aufgewendete Zeit von 138.58 Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 200.–. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 27'651.–.

127. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt CHF 32'651.–, bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.– für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von CHF 27'651.– für die Prüfung.

128. 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 AllgGebV). Somit haften Swisscom (Schweiz) AG und Groupe E solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass der vorliegend gemeldete Sachverhalt keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG darstellt.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt 32'651.– Franken, werden den Verfügungsadressaten Swisscom (Schweiz) AG und Groupe E SA zu gleichen Teilen, d.h. je 16'325.50 Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Gegen diese Verfügung kann gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG; SR 173.32) innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Swisscom (Schweiz) AG
 - Groupe E SA

B 2.3

9. VW/MAN

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 Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 26. September 2011

1. Am 12. September 2011 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Nachdem die Volkswagen AG mit Sitz in Wolfsburg, Deutschland, (nachfolgend: VW) im Mai 2011 ihren Stimmrechtsanteil am Aktienkapital von MAN SE (München, Deutschland; nachfolgend: MAN) auf knapp über 30 % erhöht hatte, war das Unternehmen nach deutschem Übernahmerecht verpflichtet, das Eigentum an über 30 % der Aktien bekanntzugeben und zudem ein öffentliches Übernahmeangebot für 100 % der Aktien zu unterbreiten. Als Folge dieses Pflichtangebots wird VW nun 55.9 % der Stimmrechte und 53,71 % des gesamten Aktienkapitals von MAN erwerben.

2. VW ist seit dem Jahre 2000 grösster Aktionär von Scania und seit 2006 grösster Aktionär von MAN. Mit der Übernahme soll eine engere Zusammenarbeit der beiden Unternehmen erreicht werden und Synergien in den Bereichen Beschaffung, Forschung/Entwicklung und Produktion genutzt werden. Beide Unternehmen bzw. Marken sollen aber auch in Zukunft unabhängig voneinander weitergeführt werden.

3. Der VW-Konzern ist weltweit in der Entwicklung, Herstellung sowie im Verkauf und Vertrieb von Kraftfahrzeugen, leichten Nutzfahrzeugen, Lastwagen, Bussen, Reisebussen, Chassis für Busse und Dieselmotoren, sowie deren Ersatzteile und Zubehör tätig. Die Volkswagen Gruppe und die Porsche Gruppe umfassen die Fahrzeugmarken VW, Porsche, Audi, Skoda, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Seat, Scania und Volkswagen Light Commercial. Die Herstellung und der Verkauf von Fahrzeugen machen rund [...] % des Umsatzes beider Gruppen aus.

4. MAN stellt Nutzfahrzeuge, Motoren, Maschinenbauteile, Lieferwagen, Busse, Dieselmotoren und Turbomaschinen sowie Sondergetriebe her. MAN ist auch im Vertrieb von Gebrauchtfahrzeugen tätig. Zudem bietet MAN Dienstleistungen an, die im Zusammenhang mit dem Fahrzeugvertrieb und der Finanzierung von Motorfahrzeugen in Zusammenhang stehen.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde mit Meldung vom 22. August 2011 ebenfalls bei der Europäischen

Kommission, Generaldirektion "Wettbewerb" eingereicht (COMP/M.6267 — Volkswagen/MAN). Diese hat den Zusammenschluss am 26.09.2011 gutgeheissen. Das Vorhaben wurde weltweit noch bei diversen anderen Wettbewerbsbehörden eingereicht. Einige dieser Verfahren waren zum Zeitpunkt des Entscheids der Wettbewerbskommission noch nicht abgeschlossen. In allen Fällen wo der Entscheid bereits vorlag wurde der Zusammenschluss ausnahmslos bewilligt.

6. Aufgrund der Angaben der Parteien und gemäss der bisherigen Rechtsprechung der EU-Kommission und der WEKO wurde für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben von den nachstehenden sachlich relevanten Märkten ausgegangen: Leichte Lastwagen (Transporter, bis 5t), mittelschwere Lastwagen (zwischen 5t und 16t), schwere Lastwagen (über 16t), Militarisierte Lastwagen (*on-road trucks*), Militärlastwagen (*off-road trucks*), City-Busse, Inter-City-Busse, Reisebusse, Bus-Chassis, Industrie-Dieselmotoren, Schiffsmotoren, Dieselmotoren für Generatoren. Einige dieser Märkte könnten wohl noch weiter unterteilt werden, was im vorliegenden Falle aber nicht nötig war.

7. Zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens hat die Wettbewerbskommission eine vorsichtige Hypothese betreffend der Marktabgrenzung angenommen (Schweiz als räumlich relevanter Markt).

8. Der Markt für schwere Lastwagen über 16 Tonnen ist ein betroffener Markt i.S.v. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Auf diesem Markt sind auch weitere Wettbewerber aktiv, die aufgrund von Grösse, Kapazität und Marktpositionierung einen starken Wettbewerbsdruck auf die Parteien ausüben werden.

9. Bei einer nationalen Abgrenzung ebenfalls betroffen ist der Markt für City-Busse. Auch auf diesem Markt sind starke Konkurrenten tätig, was sich auch in der Entwicklung der Marktanteile in den vergangenen 3 Jahren zeigt. Der Marktführer in diesem Bereich verfügt zudem über bedeutend höhere Marktanteile als VW und MAN kombiniert.

10. Ebenfalls betroffen ist der Markt für Intercity-Busse: Diese werden im ÖV in ländlichen Gebieten oder für Verbindungen über weitere Distanzen eingesetzt. Die Situation präsentiert sich auch hier wie in den vorgenannten Märkten.

11. Aufgrund des wirksamen Wettbewerbs in den betroffenen Märkten liegen jedoch in allen Fällen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4.

1. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktionen. Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 24. Februar 2010

Urteil des Bundesgerichts (II. öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 11. April 2011 Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG (2C-343/201) und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission (2C_344/2010). Gegenstand: Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktionen. Beschwerden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 24. Februar 2010

Sachverhalt:

A.

A.a Am 15. Mai 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine erste Untersuchung gemäss dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) über die Verhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt in der Schweiz wegen Anhaltspunkten für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei in diesem Markt tätigen Unternehmen Swisscom Mobile AG (inzwischen mit Swisscom Fixnet AG fusioniert zur Swisscom [Schweiz] AG), Orange Communications AG (Orange) und TDC Switzerland AG (Sunrise). Sowohl die Preise abgehender Verbindungen (Originierung) als auch diejenigen ankommender Verbindungen (Terminierung) wiesen ähnliche Strukturen und eine vergleichbare Höhe auf. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 stellte die Wettbewerbskommission diese Untersuchung ein. Im Retailmarkt (Endkundenbeziehungen) sei keine marktbeherrschende Stellung festzustellen, wohingegen im Wholesalemarkt (Geschäftsbeziehungen zwischen den Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter sich) des Mobilfunknetzes (MF-Netz) für eingehende Dienste (Terminierung) Anhaltspunkte dafür weiterbeständen, weshalb insoweit die Eröffnung eines neuen Verfahrens vorbehalten bleibe (RPW 2002 S. 97 ff.).

A.b Vom 1. Oktober 2002 bis zum 31. Mai 2005 berechnete die damalige Swisscom Mobile AG den anderen beiden Mobilfunkanbieterinnen sowie dem Swisscom-Festnetz (damals Swisscom Fixnet AG) einen Terminierungspreis von 33.5 Rappen pro Minute. Orange verlangte im gleichen Zeitraum in denselben Geschäftsbeziehungen einen solchen von 36.95 Rappen pro Minute und Sunrise einen solchen von 36.85 Rappen pro Minute. Per 1. Juni 2005 senkte die Swisscom Mobile AG ihren Terminierungspreis auf 20 Rappen pro Minute. Sunrise reduzierte den eigenen Terminierungspreis per 1. August 2005 auf 29.95 Rappen pro Minute und Orange per 1. Januar 2006 auf 32.95 Rappen pro Minute und per 1. Juli 2006 auf ebenfalls 29.95 Rappen pro Minute.

Mit im Januar 2007 unterzeichneter Vereinbarung einigten sich die Swisscom Mobile AG, Sunrise, Orange und die Swisscom Fixnet AG unter gleichzeitigem Rückzug der damals vor der Kommunikationskommission (Com-Com) hängigen Interkonnektionsgesuche gegenseitig auf eine schrittweise Senkung der Mobilterminierungspreise bis 2009 von 20 auf 15 Rappen pro Minute für die Swisscom Mobile AG sowie von 29.95 auf 18 Rappen pro Minute für Orange und Sunrise.

A.c Am 15. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat eine erneute Untersuchung gemäss dem Kartellgesetz gegen die drei Mobilfunkanbieterinnen Swisscom Mobile AG (nachfolgend: Swisscom), Orange und Sunrise. Es beständen Anhaltspunkte dafür, dass die Mobilfunkanbieterinnen (MFA) der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste innehätten und die Terminierungsgebühren in der Höhe und Art untereinander absprächen (BBI 2002 6827).

A.d Auf Beschwerden der Swisscom und von Orange hin bestätigte die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 6. Februar 2004 die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt (vgl. für die Swisscom RPW 2004 S. 204).

A.e Mit Schreiben vom 25. März 2004 orientierte das Sekretariat die Swisscom, Orange und Sunrise über die Änderung des Kartellgesetzes mit Inkrafttreten am 1. April 2004 und die damit verbundene Einführung der Möglichkeit direkter Sanktionen. Am 1. April 2004 reichte die Swisscom ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmung" bezeichnetes Schreiben ein, das eine allfällige Sanktionierung für die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt verhindern sollte, worüber in der Folge ein Rechtsstreit entstand. Mit Urteil vom 8. Juni 2006 entschied das Bundesgericht letztinstanzlich, dass die fragliche Meldung eine eventuelle Sanktion nicht ausschliesse; über Sachverhalte, zu denen bereits ein Verfahren eingeleitet und die Eröffnung der betroffenen Unternehmung mitgeteilt worden sei, könne nicht sanktionsbefreiend Meldung erstattet werden (Urteil 2A.289/2005; vgl. auch das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005).

A.f Am 22. April 2005 verfasste das Sekretariat seinen ersten Antrag an die Wettbewerbskommission und unterbreitete diesen den betroffenen Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA). Im Anschluss an die entsprechenden Meinungs austausche teilte das Sekretariat der Swisscom, Orange und Sunrise am 7. April 2006 mit, dass sich die Wettbewerbskommission in einer ersten Verfügung nur zu Sachverhalten betreffend die Terminierung

in Mobilfunknetze äussern werde, die sich bis zum 31. Mai 2005 zugetragen hätten. In einem ergänzenden Antrag vom 7. April 2006 schlug das Sekretariat vor, die Swisscom für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 mit einem Betrag von Fr. 488'936'331.- zuzüglich Zins zu sanktionieren, die Untersuchung gegenüber Orange und Swisscom für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 hingegen einzustellen und die Untersuchung für die Zeit danach gegenüber allen drei Mobilfunkanbieterinnen fortzusetzen. Diese konnten sich in der Folge dazu äussern, wobei über den Umfang der ihnen zuzustellenden Unterlagen eine Auseinandersetzung mit der Wettbewerbskommission entstand. Am 11. Oktober 2006 erhielt die Swisscom Gelegenheit, sich zu einem weiteren, überarbeiteten "Entwurf für eine Teilverfügung" zu äussern.

B.

Am 5. Februar 2007 traf die Wettbewerbskommission die folgende Verfügung (veröffentlicht in RPW 2007 S. 241 ff.):

"1. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG im Wholesale-Markt für die in ihr MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte.

2. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 dieses Dispositivs bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA erzwang.

3. Swisscom Mobile AG wird für das unter Ziffer 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 333'365'685 belastet.

4. Für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 wird betreffend Orange Communications AG und TDC Switzerland AG die Untersuchung eingestellt.

5. Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 wird die Untersuchung fortgeführt.

6. Die Verfahrenskosten von CHF 598'053.-, bestehend aus einer Gebühr von Fr. 597'487.- und Auslagen von CHF 566.-, werden wie folgt aufgeteilt:

(a) Zwei Drittel, ausmachend CHF 398'702.-, werden Swisscom Mobile AG auferlegt,

(b) je ein Sechstel, ausmachend insgesamt CHF 199'351.-, entfällt auf Orange Communications AG und TDC Switzerland AG, wird jedoch der Staatskasse auferlegt.

..."

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, die Swisscom habe den Wholesalemarkt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis zum 31. Mai 2005 im Sinne des Kartellrechts beherrscht. Dagegen hätten sich die ursprünglichen Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Orange und

Sunrise für denselben Zeitraum nicht erhärtet. Zwar hätten sich keine Hinweise für eine Behinderung von Orange und Sunrise ergeben; die von der Swisscom verlangten Terminierungsgebühren seien jedoch überhöht gewesen, seien in keinem Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung gestanden und könnten nicht als Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern müssten als solcher einer Dominanz auf dem wesentlichen Markt gelten. Die Swisscom habe sich somit bis zum 31. Mai 2005 unzulässig verhalten. Dafür sei sie in Anwendung des Kartellgesetzes zu sanktionieren. Ein entsprechendes massgebliches Fehlverhalten lasse sich hingegen Orange und Sunrise für den gleichen Zeitraum nicht nachweisen.

C.

Dagegen führte die Swisscom beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Zur Begründung machte sie zunächst Verfahrensfehler geltend. Insbesondere sei ihr Anspruch auf ein unabhängiges Gericht verletzt durch die organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und Entscheidbehörde (Wettbewerbskommission). In der Sache beruhe die Verfügung der Wettbewerbskommission sodann auf einer ungenügend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Weiter verstosse die Feststellung, die Swisscom habe den Markt für Terminierungsgebühren vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 beherrscht, auch inhaltlich gegen Bundesrecht. Die Wettbewerbskommission sei insoweit von einer falschen Marktabgrenzung ausgegangen. Bundesrechtswidrig sei ebenfalls die Schlussfolgerung, die Swisscom habe ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Sie könne aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen weder von den anderen Mobilfunkanbieterinnen noch von sonstigen Fernmeldediensteanbieterinnen überhöhte Terminierungsgebühren erzwingen. Schliesslich verstosse die ausgesprochene Sanktion gegen das Verschuldensprinzip.

D.

Am 24. Februar 2010 fällte das Bundesverwaltungsgericht das folgende Urteil:

"1.

1.1 Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 6a der Verfügung vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben.

Die Sache wird zur Neuausscheidung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

1.2 Soweit die Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 5. Februar 2007 angefochten ist, wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 40'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

..."

Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit strenger strafprozessualer Regeln erwiesen sich die verfahrensrechtlichen Anforderungen als eingehalten. Insbesondere nehme das Bundesverwaltungsgericht die Aufgaben der erforderlichen richterlichen Behörde in rechtsgenügender Weise wahr. In der Sache habe die Wettbewerbskommission den fraglichen Markt korrekt abgegrenzt und die Swisscom zu Recht als marktbeherrschend beurteilt. Hingegen fehle es an einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Massgeblich sei insofern gemäss einer von der Wettbewerbskommission eingeräumten präzisierenden Berichtigung einzig das Verhältnis der Swisscom zu den konkurrierenden Unternehmungen auf dem Wholesalemarkt und nicht zu den Endkunden auf dem Retailmarkt. Die Swisscom habe jedoch die entsprechenden Terminierungsbedingungen, insbesondere ihre Preise, angesichts der fernmelderechtlichen Rahmenordnung wegen des anwendbaren Interkonnektionsregimes gegenüber den anderen Mobilfunkanbieterinnen nicht erzwingen können. Damit seien die Voraussetzungen einer kartellrechtlichen Sanktion für den fraglichen Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 insgesamt nicht erfüllt.

E.

E.a Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts reichte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) am 22. April 2010 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C_343/2010) mit folgenden Anträgen ein:

"1. Die Dispositiv-Ziffern 1.1, 2. und 3. des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 seien aufzuheben und es sei der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdegegnerin im Sinne der Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 zu bestätigen. Darüber hinaus sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Eventualiter: Die Dispositiv-Ziffern 1.1, 2. und 3. des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 seien aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

..."

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, es sei nicht erforderlich, dass die Swisscom unangemessene Terminierungspreise oder Geschäftsbedingungen erzwungen habe, da bereits ein Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und unangemessenen Bedingungen für eine Sanktionierung genüge. So oder so habe die Swisscom ein gewisses Mass an Druck ausgeübt, weshalb sie ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht habe.

E.b In ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2010 schliesst die Swisscom auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Überdies beantragt sie die Vereinigung des Verfahrens mit demjenigen des inzwischen von ihr selbst anhängig gemachten Beschwerdeverfahrens 2C_344/2010 (dazu nachfolgend Bst. F.). Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

F.

F.a Am 23. April 2010 erhob auch die Swisscom Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (Verfahren 2C_344/2010) mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. a) Dispositiv-Ziff. 1.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... sei aufzuheben, und Dispositiv-Ziff. 1.1 Absatz 1 des Urteils sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 1, 2, 3 und 6a der Verfügung vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1.2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... aufzuheben, und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 ... aufzuheben.

2. a) Dispositiv-Ziff. 1.1 Absatz 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1.1 Absatz 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... aufzuheben, und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, Dispositiv-Ziff. 6a der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 ... aufzuheben und die Verfahrenskosten der Wettbewerbskommission vollumfänglich der Staatskasse aufzuerlegen.

3. a) Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 50'000 wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... aufzuheben, und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, seine Verfahrenskosten vollumfänglich der Staatskasse aufzuerlegen und der Beschwerdeführerin den gesamten Kostenvorschuss von CHF 50'000 zurückzuerstatten.

4. a) Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... sei aufzuheben und durch eine Fassung zu ersetzen, gemäss welcher der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine angemessene Parteientschädigung, mindestens aber eine solche von CHF 500'000, zugesprochen wird.

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 ... aufzuheben, und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine angemessene Parteientschädigung, mindestens aber eine solche von CHF 500'000, zuzusprechen.

5. Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

..."

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Feststellung, die Swisscom sei vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 für die Terminierungsgebühren marktbeherrschend gewesen, verletze Bundesrecht. Dazu wiederholt die Swisscom die bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten Verfahrensrügen und stellt insbesondere in Frage, dass das strafprozessuale Erfordernis einer gerichtlichen Beurteilung der kartellrechtlichen Sanktion durch den Einsatz des Bundesverwaltungsgerichts als Kontrollinstanz erfüllt werde. Sodann macht die Swisscom wiederum die bundesrechtswidrige Abgrenzung des massgeblichen Marktes geltend und bestreitet überhaupt, im fraglichen Zeitraum marktbeherrschend gewesen zu sein. Überdies erachtet sie die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung als unzulässig. Schliesslich widersprechen die ihr vom Bundesverwaltungsgericht auferlegten Verfahrenskosten genauso dem Bundesrecht wie der ungenügende Betrag der ihr zugesprochenen Parteientschädigung.

F.b In ihrer Vernehmlassung vom 31. Mai 2010 schliesst die Wettbewerbskommission auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Mit Replik vom 6. September 2010 hält die Swisscom im Wesentlichen an ihrem Standpunkt fest. Neu stellt sie den prozessualen Antrag, die bundesgerichtlichen Verfahren 2C_343/2010 und 2C_344/2010 zu vereinigen. Die Wettbewerbskommission äussert in ihrer Duplik vom 6. Oktober 2010 keine Einwände zur Verfahrensvereinigung, hält jedoch in der Sache ebenfalls an ihrem Standpunkt fest. Am 18. Oktober 2010 reichte die Swisscom Bemerkungen zur Duplik der Wettbewerbskommission ein. Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung auch zu dieser Beschwerde verzichtet.

F.c Mit Verfügung vom 25. Mai 2010 erteilte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde 2C_344/2010 die aufschiebende Wirkung in Bezug auf Ziff. 1.1 zweiter Absatz des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010.

Erwägungen:

1.

Mit den beiden Beschwerden wird der gleiche Entscheid angefochten, es geht um dieselbe Streitsache und es stehen sich weitgehend dieselben Verfahrensbeteiligten gegenüber. Es rechtfertigt sich daher, gemäss dem Antrag der Swisscom die Verfahren 2C_343/2010 und 2C_344/2010 zu vereinigen und über die strittigen Rechtsfragen in einem einzigen Urteil zu entscheiden

(vgl. Art. 71 BGG in Verbindung mit Art. 24 BZP; BGE 128 V 192 E. 1 S. 194 mit Hinweisen).

2.

2.1 Verwaltungsrechtliche Entscheide der Wettbewerbskommission können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. 86 Abs. 1 Bst. a BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62). Insbesondere gelangt der Ausschlussgrund von Art. 83 Bst. p Ziff. 2 BGG nicht zur Anwendung. Zwar steht der angefochtene Entscheid inhaltlich in gewisser Nähe zum Fernmelderecht; Streitgegenstand bildet aber nicht ein fernmelderechtlicher Interkonnectionsentscheid, sondern eine kartellrechtliche Sanktion in Anwendung des Kartellgesetzes, deren Überprüfung durch das Bundesgericht nicht ausgeschlossen ist.

2.2 Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, wie dies bereits das Bundesverwaltungsgericht für die bei ihr strittige Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu Recht festgehalten hat. Damit wird ein einzelner, konkret umrissener Sachverhalt, nämlich das Geschäftsverhalten der Swisscom bei der Terminierung in der Mobiltelefonie vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005, abschliessend kartellrechtlich beurteilt. Mangels anfechtbarer Verfügung ist das Bundesverwaltungsgericht insoweit auf die bei ihm erhobene Beschwerde nicht eingetreten, als damit derjenige Teil der Verfügung der Wettbewerbskommission angefochten wurde, mit dem diese angeordnet hatte, die Untersuchung für das Geschäftsgebaren der drei Mobilfunkanbieterinnen für den Zeitraum nach dem 31. Mai 2005 sei fortzuführen. Da das hier nicht mehr strittig ist, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden.

2.3 Die Swisscom ist als sanktionierte Unternehmung und direkte Adressatin vom angefochtenen Entscheid besonders berührt, hat bereits vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts. Sie ist damit zur Beschwerde (im Verfahren 2C_344/2010) legitimiert (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG).

2.4 Gemäss Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG sind die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Die Bundesgesetzgebung im Kartellrecht zählt zum Aufgabenbereich des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements. Dieses ist daher zur Beschwerdeerhebung an das Bundesgericht gemäss Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG (im Verfahren 2C_343/2010) befugt. Für die Behördenbeschwerde ist ein spezifisches schutzwürdiges Interesse nicht erforderlich, sondern es genügt das Interesse an der richtigen Durchsetzung des Bundesrechts (BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 341 f.), hier des Kartellrechts (vgl. zu Art. 103 OG BGE 127 II 32 E. 1b S. 35).

2.5 Im Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege gilt als Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, in dem Umfang, in dem es im Streit liegt. Beschwerdebegehren, die neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen aufwerfen, überschreiten den Streitgegenstand und sind deshalb unzulässig. Denn in einem Rechtsmittelverfahren kann der Streitgegenstand grundsätzlich nur eingeschränkt, aber nicht ausgeweitet werden. Was Streitgegenstand ist, bestimmt sich nach dem angefochtenen Entscheid und den Parteibegehren. Auch wenn zum Verständnis der Anträge auf die Begründung zurückgegriffen werden muss, ergibt sich der Streitgegenstand stets aus der beantragten Rechtsfolge und nicht aus deren Begründung (BGE 133 II 35 E. 2 S. 38; 131 II 200 E. 3.2 und 3.3 S. 203 f.; 130 II 530 E. 2.2 S. 536).

3.

3.1 Nach Art. 2 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Abs. 1). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Abs. 1bis). Das Kartellgesetz ist damit grundsätzlich auf die Swisscom als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts anwendbar, und zwar unabhängig davon, dass diese mehrheitlich dem Bund gehört (vgl. Art. 2 und 6 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes, Telekommunikationsunternehmensgesetz, TUG; SR 784.11). Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind bei der Anwendung des Kartellgesetzes Vorschriften vorbehalten, die Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere solche, die eine staatliche Markt- und Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. In diesem Zusammenhang wird hier auf das Verhältnis der kartell- zu den fernmelderechtlichen Bestimmungen näher einzugehen sein (vgl. E. 3.4 und 5).

3.2 Nach Art. 49a Abs. 1 KG kann ein an einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen direkten Konkurrenten [harte Horizontalkartelle]) oder Abs. 4 KG (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz in Vertikalverträgen) beteiligtes Unternehmen oder ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung [Marktmissbrauch]) unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verhaltens; zudem ist der mutmassliche Gewinn "angemessen zu berücksichtigen", den das Unternehmen dadurch erzielt hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 2.1 S. 63).

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

benachteiligen. Zu solchen unzulässigen Verhaltensweisen zählt nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

3.4 Für den Telekommunikationsmarkt gilt daneben die besondere Regelung des Fernmelderechts. Es ist zwischen den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nicht strittig, dass die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung gelangen. Insbesondere bildet das Interkonnectionsregime in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (Urteile des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG in ZBI 103/2002 S. 244, E. 6c, 2A.142/2003 vom 5. September 2003, E. 4.1.3, und 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 in sic! 7-8/2007 S. 552, E. 3; vgl. auch EVELYNE CLERC in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Commentaire romand, 2002, Art. 7 N. 35). Umstritten ist hier hingegen, wie weit sich Kartell- und Fernmelderecht gegenseitig beeinflussen. Zu beachten ist freilich, dass im vorliegenden Fall noch die frühere Fassung des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (aFMG; AS 1997 2187) anwendbar ist, was von allen Verfahrensbeteiligten anerkannt wird. Die mit der Gesetzesnovelle vom 24. März 2006 angepassten Bestimmungen des Fernmeldegesetzes wurden erst auf den 1. April 2007 und damit nach dem hier massgeblichen Zeitraum in Kraft gesetzt (Fernmeldegesetz in der Fassung vom 24. März 2006, FMG; SR 784.10; AS 2007 921, 939).

3.5 Nach Art. 3 Bst. e aFMG bedeutet Interkonnection die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht. Art. 11 aFMG enthält die wesentlichen Regeln des Interkonnectionsregimes. Danach unterliegen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter anderem der Pflicht einer kostenorientierten Preisgestaltung (Art. 11 Abs. 1 aFMG). Im Bereich der Grundversorgung besteht ein Regulierungstatbestand auch ohne marktbeherrschende Stellung (Art. 11 Abs. 2 aFMG). Können sich die beteiligten Konkurrentinnen nicht einigen, verfügt die Kommunikationskommission den Preis nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 aFMG; vgl. etwa BGE 132 II 47, 257, 284; 131 II 13; Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG, in: ZBI 103/2002 S. 244).

4.

4.1 Die hier strittige kartellrechtliche Sanktion in Anwendung von Art. 49a KG setzt in der fraglichen Tatbestandsvariante eine marktbeherrschende Stellung (nach Art. 4 Abs. 2 KG) sowie einen Missbrauch derselben (gemäss Art. 7 KG) voraus. Während die Wettbewerbskommission beide Tatbestandselemente als erfüllt erachtete, bejahte das Bundesverwaltungsgericht zwar die

marktbeherrschende Stellung der Swisscom bei ihren eigenen Terminierungsgebühren in der Periode vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005, verneinte aber einen Missbrauch dieser Stellung. Sollte sich die Auffassung der Vorinstanz als korrekt erweisen, müssten nicht alle von den Verfahrensbeteiligten erhobenen Rügen geprüft werden. Es rechtfertigt sich daher, zunächst den Streitpunkt des Marktmissbrauchs zu behandeln und sich erst danach den übrigen Fragen zuzuwenden, soweit diese je nach dem Ergebnis noch massgeblich erscheinen.

4.2 Die Vorinstanz stellte bei der Beantwortung der Frage, ob die Swisscom ihre Marktstellung missbraucht habe, im Wesentlichen darauf ab, dass diese aufgrund der regulatorischen Rahmenordnung des Fernmelde-rechts gar nicht in der Lage gewesen sei, ihre Preis- und sonstigen Geschäftsbedingungen durchzusetzen und damit zu "erzwingen", wie dies als Tatbestandselement von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorausgesetzt sei. Das Volkswirtschaftsdepartement wendet dagegen ein, die Erzwingung der eigenen Bedingungen sei nicht erforderlich. Dieses Merkmal stelle kein eigenes Tatbestandselement dar, sondern verlangt sei einzig, dass zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Unangemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen ein Kausalzusammenhang bestehe. Die Swisscom habe denn auch die Höhe der Terminierungspreise nur schon deshalb bestimmen können, weil sie marktbeherrschend gewesen sei.

4.3 Der Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist durch Auslegung zu ermitteln. Eine abschliessende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Tragweite von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gibt es bisher nicht (vgl. immerhin BGE 130 II 149 E. 3.4.3 S. 159; 129 II 497 E. 6.5 S. 538 ff.). Im Schrifttum werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten, wobei regelmässig auf die Unklarheit der Regelung verwiesen wird (vgl. dazu etwa MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 7 N. 295 ff.; CLERC, a.a.O., Art. 7 N. 185 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Kartellgesetz, 2007, Art. 7 N. 23 ff.).

4.3.1 Das Volkswirtschaftsdepartement hält dafür, das Kartellgesetz sei im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts auszulegen, was zu einem restriktiveren Verständnis des Ausbeutungsmissbrauchs als dasjenige der Vorinstanz führe. Es gibt jedoch kein gemeinsames Wettbewerbsrecht der Schweiz und der Europäischen Union im Rahmen eines bilateralen Abkommens, das gegebenenfalls eine parallele Rechtsordnung nahelegen würde (vgl. etwa BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 12 f., 65 E. 3.1 S. 70 f.). Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG, in: ZBI 103/2002 S. 244, E. 9b). Nach der Rechtsprechung ist insbesondere autonom nachvollzogenes EU-Recht europarechtskonform auszulegen, weil es dem Gesetzgeber diesfalls darum ging, eine parallele Regelung zu schaffen (vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5.1 S. 190; 129 III 335 E. 5.1 und 6 S. 350).

4.3.2 Die Kartellgesetznovelle von 1995 hatte keinen besonderen europapolitischen Hintergrund (BBI 1995 I 484). In den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf (vgl. BBI 1995 I 497 ff.) wird das Ziel einer EU-Kompatibilität nicht genannt, ebenso wenig in den Ausführungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. BBI 1995 I 518 ff.). Der schweizerische Gesetzgeber wollte bei der damaligen Revision des Kartellgesetzes somit nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom das EU-Recht nachvollziehen. Immerhin lehnte er sich bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an das EU-Recht an (vgl. BBI 1995 I 531 und 632 f.; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 N. 25). Insbesondere verwendete er sogar denselben Begriff des "Erzwingens", wie er heute auch in Art. 102 Abs. 2 Bst. a der Konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (AEUV; ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47 ff.; ehemaliger Artikel 82 EGV) enthalten ist. Nach der bundesrätlichen Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 unter Einschluss von Art. 7 KG in der heutigen Fassung wurden die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union aber lediglich insoweit berücksichtigt, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen (vgl. BBI 1995 I 471). Auch aus der gleichen Terminologie lässt sich mithin nicht ableiten, dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war. Zur Gesetzesnovelle von 2003, welche die Sanktionsregelung von Art. 49a KG mit sich brachte, schrieb der Bundesrat (BBI 2002 2051):

"Die Europakompatibilität des schweizerischen Wettbewerbsrechts wird durch die Vorlage nicht unmittelbar berührt. Immerhin sind in der Rechtsordnung der EU für Wettbewerbsverstösse ebenfalls unmittelbare Sanktionen vorgesehen. Insofern nähert sich durch die Revision das "Schutzniveau" der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung demjenigen der EU an. Vor dem Hintergrund bestehender Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- statt Missbrauchsprinzip in der EU) lassen sich die einzelnen Elemente der Vorlage aber nur schlecht mit entsprechenden Instituten im europäischen Kontext vergleichen."

Auch diese Relativierung indiziert, dass das schweizerische Recht nicht vollständig demjenigen der Europäischen Union entspricht. Im Übrigen führt selbst nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union die wirtschaftliche Macht des Marktbeherrschers noch nicht für sich allein dazu, dass dessen Preise missbräuchlich sind, sondern es ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen (vgl. zuletzt das Urteil des EuGH vom 17. Februar 2011 Rs. C-52/09 Konkurrentverket c. TeliaSonera Sverige AB). Damit ergibt sich entgegen der Auffassung des Volkswirtschaftsdepartements auch nicht mit Blick auf das EU-Recht die zwangsläufige Folgerung, dass bereits bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von einem Missbrauch auszugehen ist, ohne dass dem Tatbestandselement des "Erzwingens" eine davon unabhängige selbständige Bedeutung zukäme.

4.3.3 Der deutsche Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG spricht deutlich von Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen.

Die französisch- und italienischsprachigen Gesetzestexte unterscheiden sich insofern nicht wesentlich von der deutschen Fassung, werden dort doch die Begriffe "le fait d'imposer" und "l'imposizione" verwendet. Schon der Wortlaut verlangt daher mehr als eine blosser Ursächlichkeit zwischen marktbeherrschender Stellung und unangemessenem Geschäftsverhalten. In die gleiche Richtung deutet die bundesrätliche Botschaft vom 23. November 1994 zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, worin wörtlich steht (BBl 1995 I 573):

"Nach dem Gesetzesentwurf müssen die unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen "erzwungen" werden. Dies bedeutet, dass zum Beispiel ein nachfragemächtiges Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis oder anderen besonders vorteilhaften Geschäftsbedingungen Nachdruck verleiht."

4.3.4 Aus systematischer Sicht trifft es zu, wie das Volkswirtschaftsdepartement vorträgt, dass es sich bei den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgezählten Tatbeständen lediglich um eine nicht abschliessende Liste von Beispielen handelt, welche die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG illustrieren sollen. Dabei ist aber zu beachten, dass das Kartellrecht eine marktbeherrschende Stellung nicht verbietet (BBl 1995 I 547). Eine solche ist für sich allein nicht missbräuchlich (CLERC, a.a.O., Art. 7 N. 1); vielmehr muss zur Marktbeherrschung als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.1 S. 538), was sich im Übrigen bereits aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG ergibt. Dieses Erfordernis wäre weitgehend obsolet, würde reine Ursächlichkeit für unangemessene Geschäftsbedingungen genügen, wobei immerhin zutrifft, dass zwischen der Marktbeherrschung und der Unangemessenheit überhaupt eine Kausalität vorliegen muss (dazu AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 N. 21; REINERT, a.a.O., Art. 7 N. 3). Allerdings dürfte wohl regelmässig von einem Kausalzusammenhang auszugehen sein, sobald Marktbeherrschung einerseits und unangemessene Geschäftsbedingungen andererseits erstellt sind, was dazu führt, dass das Kriterium der Ursächlichkeit für sich allein als nicht sehr aussagekräftig erscheint. Das spricht ebenfalls dafür, dem zusätzlichen Verhaltenselement, dass die fraglichen Bedingungen der Marktgegenseite aufgezwungen werden müssen, eine eigenständige Bedeutung zuzumessen.

4.3.5 Indessen ist angesichts des Gesetzeszwecks der Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 1 KG) nicht eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung erforderlich. Art. 7 KG schützt Konkurrenten oder Handelspartner insbesondere davor, dass sie von marktbeherrschenden Unternehmen in ihren Handlungsmöglichkeiten in missbräuchlicher Weise behindert oder dass sie oder die Konsumenten in wettbewerbswidriger Weise benachteiligt werden (Verdrängungs- oder Behinderungs- sowie Ausbeutungsmissbrauch; vgl. BBl 1995 I 569; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., Art. 7 N. 41 ff.). Überhöhte Preise oder nachteilige Geschäftsbedingungen können aber aus wirtschaftlichen Gründen auch freiwillig und durchaus im Eigeninteresse akzeptiert werden. Es kann hier offenbleiben, ob für die Annahme eines Marktmissbrauchs das Einver-

ständnis zu den unangemessenen Vertragsinhalten, wie die Vorinstanz annimmt, geradezu gegen den Willen der Marktgegenseite erfolgen muss oder ob sich diese letztlich einfach aufgrund der Marktsituation gegen ihre eigenen Interessen fügt. Zu verlangen ist für einen Marktmissbrauch zumindest, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.

4.4 Dass die Swisscom auf die anderen Mobilfunkanbieterinnen Druck ausgeübt hätte, dem diese nichts entgegenzuhalten gehabt hätten, ist fraglich und letztlich in erster Linie eine Tatfrage. Diese braucht aufgrund der regulatorischen Rahmenordnung indessen nicht näher abgeklärt zu werden.

5.

5.1 Bei der Anwendung des Kartellrechts kann die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben. Die beiden Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt. Aus dem gleichen Grund, um eine Koordination von Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht sicherzustellen, sieht Art. 11 Abs. 3 aFMG die Konsultation der Wettbewerbskommission für die Beurteilung der Marktbeherrschung vor (vgl. BBl 1996 III 1427).

5.2 Geht es um Dienste der Grundversorgung nach Art. 16 aFMG, gilt die Pflicht zur Interoperabilität und ist eine Fernmeldediensteanbieterin selbst dann zur Interkonnection verpflichtet, wenn sie keine marktbeherrschende Stellung innehat (Art. 11 Abs. 2 aFMG). Da eine Sanktionierung nach Art. 49a KG in Verbindung mit Art. 7 KG aber jedenfalls Marktbeherrschung voraussetzt, gilt eine Interkonnectionspflicht selbst bei Telekommunikationsdiensten, die nicht zur Grundversorgung zählen (Art. 11 Abs. 1 aFMG), wenn Art. 49a KG im fernmelderechtlichen Bereich der Zusammenschaltung Anwendung finden soll. Fällt mithin eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Verbindung mit Art. 7 KG im Telekommunikationsbereich in Betracht, gilt zugleich auch die regulatorische Rahmenordnung des Fernmeldegesetzes, soweit es um einen Sachverhalt geht, der den Bestimmungen über die Interkonnection untersteht.

5.3 Noch im Jahre 2003 zählte die Versorgung mit Mobilfunk nur ausnahmsweise zur Grundversorgung, nämlich dann, wenn ein Anschluss ans Festnetz nicht oder nur mit grossem Aufwand möglich gewesen wäre (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1A.124/2003 vom 23. September 2003, E. 3.3, in URP 2003 S. 731; vgl. auch Art. 16 aFMG sowie Art. 15 ff. FMG). Es kann offenbleiben, wie es sich bei den hier strittigen Terminierungsleistungen im Mobilfunkbereich der Swisscom verhielte. Bei Marktbeherrschung, wie dies die Anwendung von Art. 49a KG in Verbindung mit Art. 7 KG voraussetzt, gälte für die betroffenen Terminierungsdienste unabhängig davon, ob es sich um Grundversorgung handeln würde oder nicht, ohnehin eine Pflicht zur Interkonnection gemäss Art. 11 Abs. 1 aFMG.

5.4 Stunden somit, damit eine kartellrechtliche Sanktion überhaupt in Frage käme, so oder so die Möglichkeiten der Interkonnektion offen, kann dies bei der Beurteilung, ob ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegt, nicht unberücksichtigt bleiben. Falls eine Nachfragerin der Swisscom mit deren Geschäftsbedingungen bzw. deren Preisangebot für die Terminierung nicht einverstanden gewesen wäre, hätte sie sich in Anwendung von Art. 11 Abs. 3 aFMG an die Kommunikationskommission wenden und die behördliche Festsetzung der Terminierungsbedingungen verlangen können. Diese Rahmenordnung schliesst die einseitige Erzwingung der Geschäftsbedingungen der Marktgegenseite aus, weil dadurch eine Ausweichmöglichkeit geschaffen wird. Zwar hätte das Interkonnektionsverfahren für das betroffene Unternehmen zweifellos einen gewissen Aufwand mit sich gebracht. Sowohl bei Orange als auch bei Sunrise handelt es sich aber um Unternehmen, die einen solchen Aufwand ohne weiteres hätten leisten können. Das zeigt nicht zuletzt das spätere Interkonnektionsverfahren für die Mobilterminierungspreise zwischen denselben Konkurrentinnen, das im Januar 2007 mit einer Vereinbarung endete. Im Übrigen bietet das Interkonnektionsverfahren selbst in komplexeren Fällen die Möglichkeit entsprechender prozessualer Massnahmen wie insbesondere einstweiligen Rechtsschutz (vgl. Art. 11 Abs. 3 aFMG) oder rückwirkende Anordnung der korrigierten Preise inklusive Verzinsung derselben. Dass ein Interkonnektionsverfahren im vorliegenden Zusammenhang wirkungslos gewesen wäre, wie das Volkswirtschaftsdepartement behauptet, ist weder erhärtet noch ersichtlich und würde im Übrigen die fernmelderechtliche Gesetzesordnung mehr als in Frage stellen, wofür es keine zwingenden Anhaltspunkte gibt.

5.5 Unter diesen Voraussetzungen kann nicht davon ausgegangen werden, die Swisscom habe die Geschäftsbedingungen für ihre Terminierungsleistungen gegenüber der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen. Dieser stand es vielmehr frei, auf das Interkonnektionsverfahren auszuweichen und die angebotenen Vertragsinhalte behördlich überprüfen und regulieren zu lassen. Wenn die anderen Mobilfunkanbieterinnen auf die Einleitung eines Interkonnektionsverfahrens verzichteten, so kann dies jedenfalls nicht allein der Swisscom angelastet werden.

5.6 Das Volkswirtschaftsdepartement wendet dagegen ein, nicht nur die anderen Mobiltelefonieanbieterinnen seien ausgebeutet worden, sondern auch die Festnetztelefonieanbieterinnen, die Gespräche ins Mobilfunknetz der Swisscom eingespielen hätten. Dasselbe gelte für die Endkunden, indem diese überhöhte Retailpreise hätten zahlen müssen.

5.6.1 Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich ausführlich damit auseinander, welches Verhalten der Swisscom genau vorgeworfen werde. Dabei verwies es einerseits auf die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007, worin mit einlässlicher Argumentation ein Behinderungsmissbrauch der Konkurrenz auf Dienstleistungsebene ausgeschlossen wurde. Andererseits bezog sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Frage des Ausbeutungsmissbrauchs auf Unklarheiten im Standpunkt der Wettbewerbskommission sowie auf eine entsprechende redaktionelle Unsorgfalt

beim Verfassen der Sanktionsverfügung vom 5. Februar 2007. Die Vorinstanz vermochte sich dabei unter anderem auf die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission an das Bundesverwaltungsgericht (vom 18. Juni 2007) selbst zu stützen, worin diese ihren Standpunkt korrigiert und dargelegt hatte, dass (einzig) die Fernmeldediensteanbieterinnen als Marktgegenseite anzusehen seien. Das Bundesverwaltungsgericht schloss daraus insgesamt, zu prüfen sei somit lediglich der Ausbeutungsmissbrauch zu Lasten anderer Fernmeldediensteanbieterinnen, d.h. primär zu Lasten von Sunrise und Orange. In diesem Sinne beschränkte die Vorinstanz den Streitgegenstand ausdrücklich auf den Ausbeutungsmissbrauch, den die Swisscom auf der Infrastrukturebene angeblich zum Nachteil ihrer Konkurrentinnen begangen haben soll. Diesen Streitgegenstand kann das Bundesgericht nicht ausweiten (vgl. E. 2.5). Damit erübrigt es sich, auf die Fragen einzugehen, ob der Vorwurf der Ausbeutung der Endkunden korrekt vorgetragen worden sei, welche Tragweite dabei insbesondere dem strafrechtlichen Anklageprinzip zukäme und ob der Swisscom dazu in geeigneter Weise das rechtliche Gehör gewährt worden wäre.

5.6.2 Was die Fixtelefonieanbieterinnen betrifft, so befanden sich diese grundsätzlich in der gleichen Situation wie die Konkurrentinnen bei der Mobiltelefonie. Auch ihnen stand die Möglichkeit offen, die von der Swisscom offerierten Geschäftsbedingungen über das Interkonnektionsverfahren behördlich überprüfen und allenfalls anpassen zu lassen. Selbst der Swisscom als damals grösster Anbieterin im Markt war es in diesem Sinne angesichts der Rechtsordnung nicht möglich, ihre Bedingungen der Konkurrenz einseitig aufzuzwingen. Die verlangten Terminierungsbedingungen wurden daher im Verhältnis zu den Festtelefonieanbieterinnen ebenfalls nicht im Sinne des Kartellgesetzes erzwungen. Erst recht traf dies für die damalige Swisscom Fixnet AG als grösste Festnetztelefonieanbieterin zu. Da sie zum gleichen Konzern wie die Swisscom Mobile AG gehörte, kann bei ihr sowieso nicht davon ausgegangen werden, die Terminierungsbedingungen seien ihr aufgezwungen worden.

5.6.3 Falls im Übrigen die Endkunden überhöhte Preise zahlen mussten, so ergab sich das eventuell aus einem Zusammenspiel aller beteiligten Unternehmen, was unter dem Gesichtspunkt der abgestimmten Verhaltensweisen kartellrechtlich hätte bedeutsam sein können. Es gibt einige Anhaltspunkte dafür, dass die Preise bei der Mobiltelefonie und insbesondere für die Terminierung im hier fraglichen Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 zumindest sehr hoch waren. Entsprechende ernsthafte Zweifel an deren Angemessenheit äussert auch das Bundesverwaltungsgericht, ohne dass es dies jedoch vertieft zu prüfen hatte. Angesichts des Verzichts der Konkurrenz der Swisscom, eine behördliche Kontrolle der Terminierungsbedingungen im Interkonnektionsverfahren anzustreben, stellt sich durchaus die Frage, ob der Wettbewerb nicht durch ein Zusammenspiel aller beteiligten Fernmeldediensteanbieterinnen in unzulässiger Weise beschränkt wurde. Mangels behördlicher ex-ante-Regelung bei der Interkonnektion bzw. als Folge der schweizerischen ex-post-Kontrolle (vgl. dazu BGE 132 II 47 E. 4.7 S. 60; Urteil 2A.191/2005 vom 2. Sep-

tember 2005 in sic! 3/2006 S. 170, E. 3), die nur von den betroffenen Konkurrentinnen und nicht von Amtes wegen ausgelöst werden kann, hilft das Interkonnektionsregime bei einer solchen Ausgangslage nicht weiter. Das gilt insbesondere dann, wenn die Marktgegenseite allenfalls wegen der Reziprozitätswirkung (vgl. BGE 132 II 257 E. 7 S. 281 ff.; Urteil 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 in sic! 12/2006 S. 847, E. 2.5 und 2.6) auch ein Interesse daran hat, die Preise eher hoch zu halten, soweit sie diese an die Endkunden überwälzen kann. Wie es sich damit verhält, muss hier aber offenbleiben.

5.6.4 Der Gesetzgeber hat das ex-post-System beim Interkonnektionsregime genauso bewusst geschaffen, wie er kartellrechtliche Sanktionen an missbräuchlichem Verhalten angeknüpft hat. Es verbietet sich, darin einen Mangel zu sehen, der über eine extensive Auslegung des kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauchs behoben wird, indem, unabhängig von der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse und namentlich der rechtlichen Rahmenordnung, bereits die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen zwischen Konkurrentinnen für sich allein als Erzwingung derselben zu gelten hätte. Eine solche Anpassung der Voraussetzungen könnte nur der Gesetzgeber selbst über eine Gesetzesrevision vornehmen.

5.6.5 Wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festhält, kann Marktgegenseite nur die auf dem relevanten Markt dem marktbeherrschenden Unternehmen als Nachfragerin und damit als Vertragspartnerin gegenüberstehende Unternehmung sein. Im Wholesalemarkt der Telekommunikation sind das die konkurrierenden Fernmeldedianstaltenanbieterinnen. Gegenüber der Endkundschaft wäre wohl eher das Gesamtverhalten aller dieser Unternehmen bzw. insbesondere der drei Mobiltelefonieanbieterinnen mit den entsprechenden Auswirkungen auf den Retailmarkt auf Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht zu hinterfragen gewesen. Genau das hat die Wettbewerbskommission in der ersten Phase der Untersuchung auch getan, später aber für die hier fragliche Zeitperiode ein unzulässiges gemeinsames Verhalten ausgeschlossen und das entsprechende Verfahren sowie weitere Untersuchungen gegen Orange und Sunrise eingestellt. Damit verlagerte sich aber auch der gegenüber der Swisscom aufrechterhaltene Vorwurf unzulässigen Verhaltens einzig auf die Ebene zwischen den verschiedenen Fernmeldedianstaltenanbieterinnen mit den entsprechenden Auswirkungen auf die zu prüfenden Geschäftsbeziehungen im Wholesalemarkt. Ein Ausbeutungsmissbrauch lässt sich in diesem Verhältnis der Swisscom jedoch nur schon aufgrund des fernmelderechtlichen Interkonnektionsregimes nicht nachweisen.

5.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass bei der Beurteilung des Missbrauchs einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung die regulatorische Rahmenordnung des Telekommunikationsrechts mitzuberücksichtigen ist. Im vorliegenden Zusammenhang war es demgemäss der Swisscom nicht möglich, ihre Terminierungsbedingungen den hier einzig massgeblichen konkurrierenden Fernmeldedianstaltenanbieterinnen aufzuzwingen, da diese auf das Interkonnektionsverfahren hätten ausweichen können. Damit entfällt ein Ausbeutungsmissbrauch bzw. eine entsprechende unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG, was bereits aus diesem Grunde eine Sanktion

gemäss Art. 49a KG gegenüber der Swisscom ausschliesst. Ob Art. 7 KG insoweit genügend bestimmt wäre, um überhaupt als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung zu taugen, kann mithin offenbleiben.

5.8 Demnach ist die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements abzuweisen.

6.

6.1 Die Swisscom macht geltend, es verletze Bundesrecht, dass das Bundesverwaltungsgericht die Feststellung der Wettbewerbskommission geschützt habe, sie sei im fraglichen Zeitraum marktbeherrschend gewesen.

6.2 Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission in der hier einschlägigen Tatbestandsvariante mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind nur der Endentscheid der Wettbewerbskommission bzw. allfällige Zwischen- oder Teilentscheide im Untersuchungsverfahren nach den massgeblichen Verfahrensregeln anfechtbar, nicht aber die im Kartellgesetz enthaltenen spezifischen Verfahrensschritte auf dem Weg zu diesem (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 S. 69). Bei der Endverfügung über eine Sanktion gemäss Art. 49a KG handelt es sich um einen Leistungs- oder Gestaltungsentscheid. Die Sanktion wird ausgesprochen, wenn die entsprechenden Tatbestandselemente vorliegen, oder es wird davon abgesehen, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Es kann hier offenbleiben, ob im zweiten Fall wie in strafrechtlichen Verfahren ausdrücklich ein Freispruch zu erfolgen hat; die Swisscom behauptet dies zwar in ihrer Begründung, hat aber keinen entsprechenden Antrag gestellt. So oder so hat sich das Entscheidenerkenntnis auf die Rechtsfolge zu beschränken, d.h. die Anordnung einer Sanktion oder den Verzicht auf eine solche. Die Frage, ob die für die Sanktionierung erforderlichen Tatbestandselemente vorliegen, gehört grundsätzlich nicht ins Dispositiv, sondern bildet Bestandteil der Begründung des Entscheides. In diesem Sinne ist im Erkenntnis im Prinzip weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde.

6.3 Wie das Bundesgericht entschieden hat, besteht im kartellrechtlichen Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG kein Raum für Feststellungsentscheide ausserhalb des Untersuchungsverfahrens (BGE 135 II 60 E. 3.1.3 S. 68). Eine andere Frage ist hingegen, ob die kartellrechtliche Untersuchung selbst zu einer Feststellung führen kann, und zwar auch wenn sie im Hinblick auf eine mögliche Sanktion nach Art. 49a KG erfolgt. Art. 30 Abs. 1 KG, wonach einzig über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden ist, sieht eine solche Möglichkeit entgegen der Ansicht der Wettbewerbskommission allerdings gerade nicht vor. Damit wäre ein Feststellungsentscheid einzig gestützt auf eine allenfalls andere gesetzliche Grundlage zulässig.

6.4 Gemäss Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz nicht hiervon abweicht. Nach Art. 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung treffen (Abs. 1). Der Gesuchsteller hat dafür ein schutz-

würdiges Interesse nachzuweisen (Abs. 2). Auch dazu hat das Bundesgericht für das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entschieden, ein Feststellungsanspruch nach Art. 25 VwVG ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens würde die spezialgesetzliche Verfahrensregelung umgehen bzw. ihres Sinnes entleeren und sei daher ausgeschlossen (BGE 135 II 60 E. 3.3 S. 73 ff.). Das Bundesgericht verwies unter anderem darauf, im Kartellrecht seien Sachverhalt und rechtliche Folge eng miteinander verknüpft und eine tatsächliche Feststellung laufe daher oft weitgehend auf eine Feststellung der Rechtsfolge hinaus (BGE 135 II 60 E. 3.3.2 S. 75). Die Rechtslage mag sich für kartellrechtliche Sanktionsverfahren allenfalls anders darstellen. Ob in diesem Sinne Raum bleibt für die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG im Rahmen eines kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens mit der Möglichkeit von Beweis- und Untersuchungsmaßnahmen gemäss Art. 40 ff. KG, kann letztlich indes offenbleiben.

6.5 Für die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG wäre Ausgangspunkt, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorläge, das nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hätte. Überdies müsste ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden könnte (vgl. BGE 132 V 257 E. 1 S. 259; 126 II 300 E. 2c S. 303; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., 2010, Rz 1279 ff.).

6.5.1 Dabei erscheint der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG zu eng. Auch eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen steht nicht im Belieben der Behörden, sondern setzt ein dem schutzwürdigem Interesse eines Gesuchstellers analoges, diesfalls allerdings nicht privates, sondern öffentliches Feststellungsinteresse voraus (BGE 130 V 388 E. 2.4 S. 391 f. mit Hinweis; ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], VwVG, 2009, Art. 25 Rz 14). Ein solches ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Das strittige Sanktionsverfahren ist ausdrücklich beschränkt auf den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005. Schon aus diesem Grunde kann die allfällige Feststellung der Marktbeherrschung für die fragliche Periode keine verbindliche Vorwirkung für den späteren Zeitraum zeitigen, für den die Untersuchung unter veränderten tatsächlichen Verhältnissen weiterläuft. Die Marktbeherrschung wird vielmehr ohnehin neu abzuklären sein. Das bedeutet zwar nicht, dass die Wettbewerbsbehörden in den noch hängigen oder allfälligen künftigen Verfahren nicht unter Berücksichtigung der prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten auf bereits vorgenommene Untersuchungshandlungen oder Beweismassnahmen zurückgreifen könnten, soweit sich diese weiterhin als einschlägig erweisen sollten. Es ist aber ausgeschlossen, daraus für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände direkt eine Marktbeherrschung der Swisscom abzuleiten.

6.5.2 Auch eine andere Rechtswirkung kartell- oder fermelderechtlicher Natur ist nicht ersichtlich. So steht insbesondere nicht eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage (vgl. dazu RPW 2005 S. 555 f.); ohnehin würde sich die Marktbeherrschung für den hier fraglichen Zeitraum nicht ohne weiteres auf spätere Unter-

nehmenszusammenschlüsse auswirken, womit dahin gestellt bleiben kann, wieweit insofern überhaupt ein selbständiger Feststellungsentscheid zulässig wäre. Auch ist kein Interkonkurrenzverfahren hängig, in dem die Wettbewerbskommission gemäss Art. 11 Abs. 3 aFMG zur Frage der Marktbeherrschung konsultiert worden wäre; überdies handelt es sich dabei nicht um eine selbständige und als solche anfechtbare Feststellung, sondern lediglich um eine im Interkonkurrenzverfahren zu entscheidende Vorfrage, und die Kommunikationskommission ist an die Stellungnahme der Wettbewerbskommission nicht gebunden (vgl. dazu etwa die nicht in der Amtlichen Sammlung publizierte E. 4.2 von BGE 132 II 284, Urteil 2A.451/2005 vom 21. April 2006).

6.5.3 Gibt es mithin kein schutzwürdiges Interesse an einer isolierten Feststellung der Marktbeherrschung, erweist sich die entsprechende Folgerung im Entscheidungsdispositiv selbst dann als bundesrechtswidrig, wenn Art. 25 VwVG anwendbar wäre.

6.6 Demnach ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 insoweit aufzuheben, als es in seiner eigenen Dispositiv-Ziffer 1.2 die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 schützt. Der angefochtene Entscheid ist in dem Sinne anzupassen (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG), dass auch die entsprechende selbständige Feststellung der Marktbeherrschung ersatzlos aufgehoben wird. Die Beschwerde der Swisscom ist insofern gutzuheissen.

6.7 Umgekehrt braucht im vorliegenden Verfahren freilich nicht weiter inhaltlich geprüft zu werden, ob die Vorinstanzen zu Recht von der Marktbeherrschung der Swisscom ausgegangen sind und dabei den relevanten Markt im Einklang mit dem Bundesrecht abgegrenzt haben. Erweist sich die rechtsverbindliche selbständige Feststellung der Marktbeherrschung als unzulässig, betrifft die entsprechende Einschätzung im Sinne einer Vorfrage nur ein Tatbestandselement einer allfälligen Sanktionierung, die für sich allein keine Rechtswirkung zu entfalten vermag. Die Swisscom hat kein schutzwürdiges Interesse und somit auch keinen Anspruch auf die ausdrückliche Feststellung, sie sei im vorliegenden Zusammenhang nicht marktbeherrschend gewesen, was sie so allerdings auch gar nicht ausdrücklich geltend macht. Zugleich besteht kein Anlass und kein Recht der Swisscom, dass das Bundesgericht vorfrageweise prüft, ob bei ihr Marktbeherrschung gegeben war. Eine Sanktionierung entfällt bereits aus einem anderem Grund, nämlich mangels Marktmissbrauchs, womit die Frage der Marktbeherrschung für sich allein keine rechtliche Bedeutung hat. Rein theoretische Rechtsfragen ohne Rechtsfolgen sind vom Bundesgericht nicht zu behandeln.

7.

Entfallen sowohl eine kartellrechtliche Sanktion nach Art. 49a KG als auch die selbständige Feststellung der Marktbeherrschung der Swisscom im Entscheidkenntnis, erübrigt es sich, die von dieser geltend gemachten Verfahrensmängel zu prüfen. Damit ist auf die gerügten Verfahrensfehler, soweit sie nicht schon in anderem Zusammenhang behandelt wurden, nicht weiter einzugehen.

8.

8.1 Die Swisscom beanstandet ausserdem die Kosten- und Entschädigungsregelung des Bundesverwaltungsgerichts.

8.2 Die Swisscom ist der Ansicht, sie habe vor der Vorinstanz umfassend obsiegt, weshalb ihr keine Verfahrenskosten hätten auferlegt werden dürfen. Der rechnerische Gesamtbetrag der gesprochenen Verfahrenskosten wird von der Swisscom allerdings nicht in Frage gestellt. Sie wendet sich lediglich gegen den Verteilungsschlüssel.

8.2.1 Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG (in Verbindung mit Art. 37 VGG) auferlegt das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt, ausnahmsweise erlassen. Gemäss Art. 63 Abs. 3 VwVG dürfen einer obsiegenden Partei nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat.

8.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Swisscom in zwei Punkten als unterliegend, nämlich erstens im Hinblick auf die Überprüfung und Bestätigung des erstinstanzlichen Befunds zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung sowie zweitens hinsichtlich des Antrags auf Einstellung der weiteren Untersuchung. Die Swisscom ist denn auch in der Tat vor der Vorinstanz jedenfalls mit ihrem hier nicht mehr strittigen Antrag auf Einstellung des weiteren Untersuchungsverfahrens für den Zeitraum nach dem 31. Mai 2005 unterlegen. Was den Streitpunkt der Marktbeherrschung betrifft, hätte das Bundesverwaltungsgericht zwar die selbständige Feststellung einer solchen nicht schützen dürfen; für die im Ergebnis zu prüfende kartellrechtliche Sanktion kam der Frage, ob Marktbeherrschung vorlag, aber keine eigenständige Bedeutung mehr zu, da sich das weitere Tatbestandselement des Marktmissbrauchs als nicht erfüllt erwies. Vollständig obsiegt hätte die Swisscom vor der Vorinstanz so oder so nicht. Die Auferlegung von einem Fünftel der Verfahrenskosten an die Swisscom erweist sich demnach angesichts des dem Bundesverwaltungsgericht insofern zustehenden Ermessensspielraums nicht als bundesrechtswidrig.

8.2.3 Damit brauchen die vorinstanzlichen Verfahrenskosten nicht aufgehoben bzw. in Anwendung von Art. 67 BGG neu festgesetzt und verlegt zu werden.

8.3 Analoges gilt für den Verteilungsschlüssel bei der Parteientschädigung. Hierzu trägt die Swisscom aber zusätzlich und in erster Linie vor, die ihr zugesprochene Parteientschädigung sei betragsmässig selbst unter Berücksichtigung eines Abzugs für teilweises Unterliegen deutlich zu niedrig ausgefallen.

8.3.1 Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG (in Verbindung mit Art. 37 VGG) kann das Bundesverwaltungsgericht der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. In Anwendung der ihr zustehenden entsprechenden Regelungskompetenz (vgl. Art. 64 Abs. 5 zweiter Satz VwVG in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 VGG) erliess die Vorinstanz das Reglement vom

21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2). Danach haben Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 VGKE; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2008, Rz 4.65). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Zu den Kosten der Vertretung zählt in erster Linie das Anwaltshonorar (Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE), das sich wiederum nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemisst und nach einem Stundenansatz von mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.- berechnet (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Kostennote, bei Fehlen einer solchen aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht zwangsläufig ein gewisses Ermessen zu. Das Honorar berechnet sich mithin einzig nach dem Aufwand und nicht nach dem Streitwert. Eine summenmässig bestimmte feste Obergrenze besteht nicht.

8.3.2 Die Vorinstanz sprach der Swisscom den grundsätzlichen Anspruch auf eine Parteientschädigung nicht ab. Die Swisscom hatte dem Bundesverwaltungsgericht allerdings keine Kostennote eingereicht. Eine Verpflichtung des Gerichts, eine solche einzuholen, besteht jedoch nicht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz 4.84). Die Vorinstanz stützte sich daher für die Bemessung der Parteientschädigung zu Recht auf die Akten, wobei sie von einer Streitsache mit ausserordentlich hohem Aufwand und besonderer Komplexität ausging, bei der auf juristischem Neuland eine Vielzahl anspruchsvoller Rechtsfragen zu klären waren. Das Bundesverwaltungsgericht rechnete der Swisscom indes nicht den ganzen von ihr betriebenen Aufwand an, weil es die Rechtsschriften als teilweise redundant formuliert und daher zu umfangreich beurteilte. Im Ergebnis sprach es der Swisscom eine erneut um einen Fünftel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.- (inklusive Mehrwertsteuer) zu.

8.3.3 Die Swisscom macht geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht bei einer rechnerisch ungekürzten Parteientschädigung von Fr. 100'000.- und einem angesichts der Komplexität der Streitsache maximalen Stundenansatz von Fr. 400.- von einem Zeitaufwand ihres Rechtsvertreters von etwa 250 Stunden ausgegangen sei. In Tat und Wahrheit habe dieser Aufwand mehr als 2'300 Stunden betragen, weshalb ihr eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 500'000.- hätte zugesprochen werden müssen, womit die Vorinstanz ihr Ermessen deutlich überschritten habe.

8.3.4 Die Parteientschädigung umfasst nur die notwendigen Kosten. Der Rechtsvertreter der Swisscom war bereits vor der Wettbewerbskommission mit dem vorliegenden Fall befasst. In den Akten befinden sich eine Vollmacht vom 10. Mai 2004 sowie diverse von ihm verfasste und unterzeichnete Schriftstücke. Er vertrat die Swisscom denn auch schon im bundesgerichtlichen Verfahren 2A.289/2005. Überdies wurde die erstinstanzliche Verfügung ihm als Rechtsvertreter der Swisscom

eröffnet. Damit musste er die sich stellenden Tat- und Rechtsfragen bereits aus der ersten Instanz kennen. Die von der Swisscom geltend gemachte Arbeitszeit allein für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht stellt mehr als ein übliches Personenjahr dar. Es stand der Swisscom selbstredend frei, einen solchen Aufwand zu betreiben. Da nur die notwendigen Kosten zu entschädigen sind, muss dieser jedoch nicht vollständig von der Gegenseite übernommen werden.

8.3.5 Die von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung lässt vom Betrag her den Schluss zu, dass das Bundesverwaltungsgericht, je nach dem, mit welchem Stundensatz gerechnet wird, von einem ungekürzten Aufwand von rund sechs bis acht Wochen bzw. unter Aufrechnung des Abzugs für teilweise redundante und zu umfangreiche Rechtsschriften von rund acht bis zehn Wochen Arbeit ausging. Damit hat das Bundesverwaltungsgericht seinen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Parteientschädigung nicht missbraucht oder überschritten, insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass sich der Rechtsvertreter der Swisscom ja nicht neu in die Streitfragen einarbeiten musste. Im Ergebnis handelt es sich im Übrigen bei einer - selbst bei einer um einen Fünftel gekürzten - Parteientschädigung von Fr. 80'000.- sogar dann nicht um einen geringfügigen Betrag, wenn berücksichtigt wird, dass eine erhebliche Busse strittig war und für die Swisscom viel auf dem Spiel stand.

8.3.6 Damit erweist sich die vom Bundesverwaltungsgericht zugesprochene Parteientschädigung ebenfalls nicht als bundesrechtswidrig. Angesichts des weiterhin gerechtfertigt erscheinenden Verteilungsschlüssels von 4:1 braucht damit auch der vorinstanzliche Entscheid über die Parteientschädigung nicht aufgehoben bzw. in Anwendung von Art. 68 Abs. 5 BGG abgeändert zu werden.

8.4 Im Ergebnis hat die Swisscom gegenüber der Wettbewerbskommission weitgehend obsiegt. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe an die Swisscom (in Ziff. 6a des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007) wurde bereits durch die Vorinstanz aufgehoben. Eine Rückweisung zur Neuausscheidung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten, wie das das Bundesverwaltungsgericht aufgrund seiner Beurteilung der Rechtslage noch angeordnet hat (vgl. Ziff. 1.1 dritter Satz des Dispositivs des angefochtenen Urteils), rechtfertigt sich insgesamt angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht, worüber das Bundesgericht reformatorisch entscheiden kann (vgl. Art. 67 BGG).

9.

9.1 Zusammenfassend erweist sich demnach die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

9.2 Hingegen ist die Beschwerde der Swisscom teilweise gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid muss insoweit aufgehoben und angepasst werden, als er die selbständige Feststellung der Wettbewerbskommission im Entscheiderkennnis schützt, die Swisscom sei im hier fraglichen Zeitraum marktbeherrschend gewesen. Im Übrigen ist die Beschwerde der Swisscom abzuweisen.

9.3 Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Swisscom vollumfänglich im Verfahren 2C_343/2010 und unterliegt teilweise im Verfahren 2C_344/2010. Im Unterschied zur Vorinstanz bestimmen sich die Kosten und Entschädigungen im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich nach dem Streitwert, soweit ein Vermögensinteresse im Spiel steht; überdies gilt jeweils eine absolute Obergrenze (vgl. Art. 65 Abs. 3 und 5 sowie Art. 68 Abs. 4 BGG). Die Behörden vertreten im vorliegenden Fall einzig die Interessen eines funktionierenden Wettbewerbs bzw. der Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung (vgl. Art. 1 KG). Vermögensinteressen des Bundes stehen daher, trotz der strittigen Busse, nicht im Spiel. Den Bundesorganen sind daher keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen verfolgt die Swisscom offensichtlich auch Vermögensinteressen. Soweit die Kosten ihr aufzuerlegen und soweit ihr Entschädigungen zuzusprechen sind, ist demnach der Tarif für Streitigkeiten mit Vermögensinteressen massgeblich.

9.4 Insgesamt rechtfertigt es sich, der Swisscom einen Viertel der gesamten Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 80'000.-, d.h. Fr. 20'000.-, aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG) und, wie dargelegt, von einer Kostenaufgabe an die Bundesbehörden abzusehen. Zugleich ist der Swisscom eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 60'000.- zu Lasten des Volkswirtschaftsdepartements zuzusprechen (vgl. Art. 68 BGG). Die Behörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 2C_343/2010 und 2C_344/2010 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements wird abgewiesen.

3.

3.1 Die Beschwerde der Swisscom (Schweiz) AG wird teilweise gutgeheissen.

3.2 Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 wird insgesamt aufgehoben und durch folgende neue Dispositiv-Ziffer 1 ersetzt:

"Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 6a der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben."

3.3 Im Übrigen wird die Beschwerde der Swisscom (Schweiz) AG abgewiesen.

4.

Der Swisscom (Schweiz) AG werden reduzierte Gerichtskosten von Fr. 20'000.- auferlegt.

5.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat der Swisscom (Schweiz) AG für das bundesgerichtliche

Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 60'000.- auszurichten.

6.

Dieses Urteil wird der Swisscom (Schweiz) AG, dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement, der Wettbewerbskommission und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

E Diverses

Divers

Diversi

E 2 Gutachten

Avis

Pareri

E 2	1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 28. Februar 2011 gemäss Art. 47 KG und Art. 74 Abs. 2 RTVG betreffend Neubeurteilung Konzessionsentscheid TV Gebiet Ostschweiz
-----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2011 in Sachen Konsultation des Bundesamts für Kommunikation BAKOM gemäss Artikel 47 KG und Artikel 74 Absatz 2 RTVG betreffend Neubeurteilung Konzessionsentscheid TV Gebiet Ostschweiz. Gegenstand: Frage nach marktbeherrschender Stellung der St. Galler Tagblatt AG beziehungsweise der NZZ-Gruppe gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG

A Sachverhalt

1. Im Jahr 2007 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) 13 Veranstalterkonzessionen für die

Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen in der Schweiz aus. Es handelt sich dabei um Fernsehkonzessionen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil. Eine dieser Konzessionen betrifft das Versorgungsgebiet Nr. 11: Region Ostschweiz (Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz). Das Versorgungsgebiet Nr. 11 umfasst die Kantone St. Gallen, Appenzell Auserrho-den und Appenzell Innerrho-den sowie dem Bezirk Arbon und dem ehemaligen Bezirk Bischofszell (Kanton Thurgau; auf Ende 2010 erfolgte die Auflösung des Bezirkes Bischofszell).¹ Abbildung 1 zeigt das Versorgungsgebiet Nr. 11 (Einwohner: 596 251).

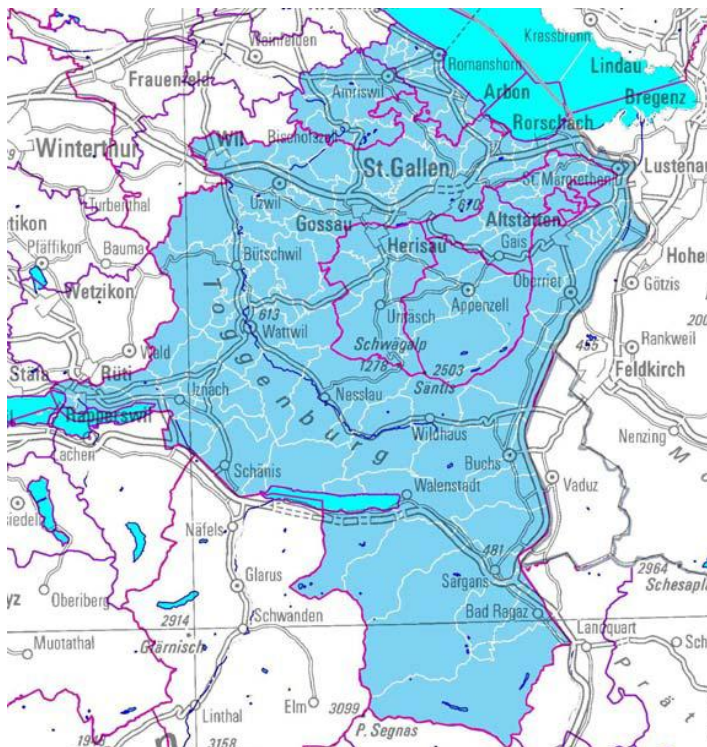


Abbildung 1: Versorgungsgebiet Nr. 11 (Region Ostschweiz, www.bakom.admin.ch/rtv_files/344_1.pdf, besucht am 16. November 2010)

¹ Gemäss Artikel 38 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401) sind die Anzahl und die Ausdehnung der Versorgungsgebiete, in denen Konzessionen erteilt werden, sowie die

Verbreitungsart für Fernsehveranstalter in Anhang 2 zum RTVV festgelegt.

2. Von den Bewerbungen für die Fernsehkonzession im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz erfüllten gemäss BAKOM die Tele Säntis AG (in Gründung; Tele Säntis²) und die TVO AG (TVO) die Konzessionsvoraussetzungen. Weil nur eine Konzession zu vergeben war, beurteilte das BAKOM die Bewerbungen von Tele Säntis und von TVO auf die bessere Tauglichkeit zur Erfüllung des Leistungsauftrages anhand vorgängig definierter Kriterien. Gestützt auf diese Beurteilung erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) im Jahr 2008 die Konzession für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz an TVO. Die Bewerbung von Tele Säntis wurde abgewiesen.

3. Gegen die Konzessionsvergabe des UVEK an TVO erhob Tele Säntis Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer).³ Ende 2009 hiess das BVGer die Beschwerde von Tele Säntis in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzungen der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gut.⁴ Damit hob das BVGer den Entscheid des BAKOM über die Konzessionsvergabe auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das BAKOM zurück. Demnach hat das BAKOM – allenfalls mittels Konsultation der Wettbewerbskommission (WEKO) – zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet.

4. Gemäss Artikel 74 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) liegt eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vor, wenn:

- a) ein Programmveranstalter im relevanten Markt seine beherrschende Stellung missbraucht;
- b) ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten missbraucht.

5. Zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) konsultiert das Departement die WEKO (Art. 74 Abs. 2 RTVG).

B Verfahren

6. Mit Schreiben vom 10. November 2010 konsultiert das BAKOM gestützt auf Artikel 74 Absatz 2 RTVG die WEKO für die Beurteilung der Marktstellung der St. Galler Tagblatt AG (Tagblatt-Gruppe). Gemäss Schreiben vom 10. November 2010 (Konsultation) soll die WEKO diese Beurteilung anhand der im Rahmen der Konsultation gelieferten Informationen (Marktbefragung, Zahlen der Stiftung Mediapulse AG und der WEMF AG für Werbemedienforschung) in den gestützt auf die gemeinsamen Vorarbeiten mit dem Sekretariat der WEKO vom UVEK sachlich und räumlich definierten Märkten vornehmen und ihr Gutachten dem BAKOM als verfahrensleitende Behörde unterbreiten.

7. Gemäss Artikel 47 KG verfasst die WEKO für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Diese können in Form eines ausführlichen Berichts oder einer summarischen Stellungnahme abgefasst werden.⁵

8. Das BAKOM, welches die WEKO konsultiert, ist als Behörde gemäss Artikel 47 KG zu qualifizieren. Die vorgebrachte Frage der Marktstellung der Tagblatt-Gruppe beziehungsweise der NZZ-Gruppe bildet den Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der Vorgaben des BAKOM.

9. TVO ist ein Tochterunternehmen der Tagblatt-Gruppe.⁶ Die St. Galler Tagblatt AG gehört zur Freien Presse Holding AG.⁷ Die Freie Presse Holding AG steht unter der Kontrolle der AG für die Neue Zürcher Zeitung.⁸ Im Folgenden werden mit der Bezeichnung "NZZ-Gruppe" alle Unternehmen erfasst, welche unter Kontrolle der NZZ-Gruppe stehen.

10. Gemäss Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10.12.2009, E. 12.5, *Heuberger/TVO AG, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)* nimmt Artikel 74 Absatz 2 RTVG ausdrücklich Bezug auf Artikel 4 Absatz 2 KG: Es stehe fest, dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG demjenigen des KG entspricht. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia berücksichtigte die WEKO die gesamte NZZ-Gruppe.⁹ Alleine aufgrund der Anteilsverhältnisse und der personellen Verflechtungen innerhalb der NZZ-Gruppe sind die Voraussetzungen gegeben, dass die St. Galler Tagblatt AG in wirtschaftlicher Abhängigkeit steht.¹⁰ Für die Beurteilung einer allfälligen Marktbeherrschung wird somit im vorliegenden Fall nicht auf die einzelnen Konzernunternehmen abgestellt.¹¹ Da der Konzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt, werden alle Konzernunternehmen zusammen als einziges Unternehmen behandelt. Somit prüft die WEKO im Rahmen der vorliegenden Konsultation die Frage nach der Marktstellung für die NZZ-Gruppe und nicht nur für die Tagblatt-Gruppe.

² Initiantin von Tele Säntis ist die Top-Gruppe, zu der auch die Radio Top AG und die Tele Top AG gehören.

³ Beschwerdeführer war Dr. iur. Günter Heuberger, weil sich Tele Säntis im Gründungsprozess befindet. Allerdings wird vorliegend anstelle des Gründers Dr. iur. Günter Heuberger der Einfachheit halber die in Gründung stehende Tele Säntis synonym verwendet.

⁴ Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10.12.2009, *Heuberger/TVO AG, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)*.

⁵ RPW 2010/2, 425 Rz 8, *Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012* m. w. H.

⁶ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 5.

⁷ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 6.

⁸ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 6.

⁹ RPW 2009/4, 384 Rz 9, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

¹⁰ NZZ-Mediengruppe Geschäftsbericht 2009, 84 f., 88 ff.; vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 27 ff.

¹¹ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 27 ff.; PATRIK DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/Marbach/Ducrey (Hrsg.), 2008, Rz 1492.

C Beurteilung

C.1 Marktbeherrschende Stellung

11. Gemäss Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10.12.2009, E. 12.5, *Heuberger/TVO AG, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)* nimmt Artikel 74 Absatz 2 RTVG ausdrücklich Bezug auf Artikel 4 Absatz 2 KG: Es stehe fest, dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG demjenigen des KG entspricht. Somit ist für die Beurteilung der Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung auf die Definition nach Kartellgesetz zurückzugreifen.

12. 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)

13. Die NZZ-Gruppe wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen beziehungsweise im vorliegenden Fall zu nennen. Die WEKO betont, dass im vorliegenden Fall die relevanten Märkte vom BAKOM abgegrenzt und vorgegeben sind. Die vom BAKOM vorliegenden Marktangaben richten sich nicht nach rein kartellrechtlichen Kriterien. Deshalb entsprechen die relevanten Märkte nicht der Praxis der WEKO. Ebenso wenig sind die vom BAKOM vorgegebenen relevanten Märkte praxisbildend für Verfahren nach dem Kartellgesetz. Die WEKO übernimmt die in der Konsultation vorgegebene Marktangaben und führt selber keine Marktangaben durch. Somit geht die WEKO auch nicht auf Vorbringen betreffend die Marktangaben ein.

C.1.1 Relevante Märkte

C.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

14. Nutzerseitig unterscheidet das BAKOM zwischen Nutzungsmärkten und Werbemärkten.¹² Gemäss BAKOM umfassen die Nutzungsmärkte je sämtliche Angebote, die regelmässig lokal-regionale Informationen aus allen Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten. Angebote, welche nur gewisse oder gar nur einen der interessierenden Bereiche abdecken, (Special-Interest- oder Spartenangebote), gehören nicht dazu. Das BAKOM grenzt folgende Märkte ab:

- Leser- und Leserinnenmarkt für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport.
- Hörer- und Hörerinnenmarkt für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Der Hörer- und Hörerinnenmarkt sei dabei technologieneutral zu betrachten. Unabhängig des Verbreitungsvektors (Antenne, Leitung, Satellit) würden sämtliche Radioveranstalter als Marktakteure gelten, deren Programme regelmässig Informationen aus allen genannten Bereichen enthalten. In Bezug auf lo-

kal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport seien die Radioangebote im konkreten Fall zu analysieren und zwar unter Berücksichtigung der relevanten Sendungen der SRG (z. B. Regionaljournal St. Gallen von Schweizer Radio DRS).

- Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Für den Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt gelte dasselbe wie für den Hörer- und Hörerinnenmarkt. Es sei für die Beurteilung der Marktstellung von einem technologieneutralen Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt auszugehen, allerdings unter Berücksichtigung der relevanten Sendungen der SRG SSR idée suisse (SRG) (z. B. "Schweiz aktuell" von Schweizer Fernsehen [SF]).
- Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport. Beim Nutzer- und Nutzerinnenmarkt für Informationsplattformen im Internet handle es sich um Online-Angebote, die ähnliche Funktionen wie gedruckte Zeitungen aufweisen.

15. Gemäss BAKOM folgt die Abgrenzung der Werbemärkte derjenigen der Nutzungsmärkte. Das BAKOM grenzt werbeseitig die folgenden Märkte ab:

- Markt für Printwerbung;
- Markt für Radiowerbung;
- Markt für Fernsehwerbung;
- Markt für Online-Werbung.

C.1.1.2 Räumlich relevante Märkte

16. Nach Auffassung des BAKOM sind die sachlich abgegrenzten Märkte für publizistische lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport in erster Linie für das Publikum des thematisierten geographischen Gebietes interessant.¹³ Dementsprechend beschränke sich der räumlich relevante Markt auf das betroffene Versorgungsgebiet Nr. 32, wie es der Bundesrat in Anhang 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401) für das Fernsehen definiert habe.

C.1.2 Übersicht relevante Märkte

17. Insgesamt grenzt das BAKOM acht relevante Märkte ab. Diese Märkte sind in Tabelle 1 enthalten. Die Beschreibung der sachlichen und räumlichen Dimensionen entspricht derjenigen aus der Befragung, welche für die Beurteilung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung durchgeführt wurde.

¹² Konsultation, Beilage 1.

¹³ Konsultation, Beilage 1.

Tabelle 1: Vom BAKOM abgegrenzte Märkte

Relevanter Markt	Sachliche Dimension	Räumliche Dimension
Nutzungsmärkte		
Leser- und Leserinnenmarkt	alle Print-Titel , in denen mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet Nr. 11 zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport erscheinen.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Hörer- und Hörerinnenmarkt	alle Radioprogramme , die über UKW, DAB-T, Leitung oder Satellit verbreitet werden und die mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet Nr. 11 jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt	alle Fernsehprogramme , die über DVB-T, Leitungen oder Satellit verbreitet werden und die mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet Nr. 11 zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet	alle Internetplattformen , die lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet Nr. 11 zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Werbemärkte		
Markt für Printwerbung	alle Print-Titel , die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 mit Werbung zu erreichen.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Markt für Radiowerbung	alle Radioprogramme , die über UKW, DAB-T, Leitung oder Satellit verbreitet werden und die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 mit Werbung zu erreichen.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Markt für Fernsehwerbung	alle Fernsehprogramme , die über DVB-T, Leitungen oder Satellit verbreitet werden und die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 mit Werbung zu erreichen.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz
Markt für Online-Werbung	alle Internetplattformen , die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Ostschweiz mit Werbung zu erreichen.	Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz

C.1.3 Beurteilung der Marktstellung

18. Ob sich die NZZ-Gruppe im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

19. Für die Beurteilung, ob die NZZ-Gruppe auf den relevanten Märkten als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gilt, liegen der Konsultation verschiedene Grundlagen bei. Eine erste Grundlage sind 13 Antworten aus der Befragung. Die Befragung ergibt 9 Fragebogen mit Antworten. Bei diesen 9 antwortenden Kreisen handelt es sich um die Tagblatt-Gruppe, die Top-Gruppe (bestehend aus Radio

Top AG und Tele Top AG), 2 Städte, 3 Radiostationen und 1 Verlagshaus. Weiter ergibt die Befragung Stellungnahmen von 1 Stadt, von 1 Radiostation, von 1 Verlagshaus und von 1 Radio- und Fernsehgesellschaft.

20. Als weitere Grundlagen bestehen Ergebnisse von Sonderauswertungen, die vom BAKOM in Auftrag gegeben wurden:

- Ergebnisse einer Sonderauswertung Stiftung Mediapulse AG für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz;
- Ergebnisse Sonderauswertung WEMF AG für Werbemedienforschung für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

21. An dieser Stelle ist auf ein Vorbringen der Tagblatt-Gruppe im Zusammenhang mit der Beurteilung der Marktstellung einzugehen. Gemäss Tagblatt-Gruppe geht es beim wettbewerbsrechtlichen Konzept der Marktbeherrschung letztlich um die Frage, inwieweit sich ein Unternehmen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann.¹⁴ Zur Klärung dieser Frage genüge die Erfassung von Marktanteilen nicht. Vielmehr seien die konkreten Marktverhältnisse massgeblich, namentlich die aktuelle und die potenzielle Konkurrenz. Dazu kann gesagt werden, dass die WEKO gemäss ihrer ständigen Praxis als Ausgangspunkt ihrer Analysen für die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens die Marktanteile verwendet.¹⁵ Als Strukturkriterium spielt der Marktanteil in der Praxis noch immer eine wichtige, aber nicht die entscheidende Rolle.¹⁶

C.1.3.1 Leser- und Leserinnenmarkt

C.1.3.1.1 Aktueller Wettbewerb

22. Als Wettbewerber im Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz ergibt die Befragung folgende Unternehmen:

- NZZ-Gruppe,
- Tamedia AG (Tamedia),
- Zehnder AG (Zehnder),
- Südostschweiz Medien AG (Südostschweiz-Gruppe).

23. Zusätzliche Informationen, welche Printtitel dem Leser- und Leserinnenmarkt zugeordnet werden können, enthält die Sonderauswertung WEMF AG für Werbemedienforschung für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz (Sonderauswertung WEMF). Die Sonderauswertung WEMF nimmt eine inhaltliche Bewertung der Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen für das definierte Gebiet vor.¹⁷ Gemäss Sonderauswertung WEMF berichten mit Ausnahme der überregionalen Zeitungen Neue Zürcher Zeitung (NZZ), Blick und Blick am Abend alle ausgewerteten Tageszeitungen über lokale/regionale Themen.¹⁸ Auch 20 Minuten habe zumindest einzelne Seiten und Beiträge für den Grossraum St. Gallen. Alle Tageszeitungen berichteten über die übrigen im Briefing erwähnten Bereiche. Die Sonntagszeitungen berichteten nicht über regional/lokale Themen aus dem Konzessionsgebiet. Hingegen berichtete die gesamte Sonntagspresse regelmässig über Politik, Wirtschaft, Kultur, Ge-

sellschaft und Sport. Bei den Wochenzeitungen stünden lokal/regionale Themen im Vordergrund - die übrigen Themen würden jedoch bei allen, zumindest hin und wieder, ebenfalls beleuchtet.

24. Aufgrund der inhaltlichen Bewertung der Sonderauswertung WEMF fallen die Sonntagszeitungen nicht in den Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz. Die Sonntagszeitungen enthalten keine Berichterstattung über lokale/regionale Themen. Auch die die überregionalen Zeitungen NZZ, Blick und Blick am Abend können nicht dem vorgegebenen Leser- und Leserinnenmarkt zugeordnet werden. Alle anderen von der Sonderauswertung WEMF für das definierte Gebiet berücksichtigten Tageszeitungen sowie 20 Minuten fallen in den Leser- und Leserinnenmarkt. Diese Zeitungen berichten über die im Briefing des BAKOM erwähnten Bereiche beziehungsweise haben zumindest einzelne Seiten und Beiträge für den Grossraum St. Gallen. Ebenfalls die Wochenzeitungen sind dem Leser- und Leserinnenmarkt zuzuordnen, weil gemäss Sonderauswertung WEMF die lokalen/regionalen Themen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport im Vordergrund stehen.

25. Somit ergibt die Sonderauswertung WEMF folgende Printtitel, welche für den Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz berücksichtigt werden:

¹⁴ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 2.

¹⁵ Stellvertretend für viele: RPW 2007/2, 208 Rz 128 ff., *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* oder RPW 2010/3, 515 ff. Rz 148 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 270 ff. m. w. H.

¹⁶ DUCREY (Fn 11), in: von Büren et al., N 1484 ff.

¹⁷ Konsultation, Beilage 6, 33.

¹⁸ Gemäss BAKOM sind mit "Bereichen" beziehungsweise "Themen" Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport gemeint; Schreiben BAKOM vom 6. Dezember 2010.

Tabelle 2: Printtitel mit Reichweite und Anzahl Leserschaft, welche anhand der Sonderauswertung WEMF für den Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz berücksichtigt werden

Printtitel	Reichweite in %	Anzahl Leserschaft	Mediengruppe/Verlag
St. Galler Tagblatt	40.8 %	190 000	NZZ-Gruppe
20 Minuten	32.6 %	152 000	Tamedia
Südostschweiz Grossauflage	23 %	107 000	Südostschweiz-Gruppe
Südostschweiz Normalauflage	12.2 %	57 000	Südostschweiz-Gruppe
Rheintaler Grossauflage	9.9 %	46 000	NZZ-Gruppe
Wiler Zeitung-Volksfreund	8.9 %	41 000	NZZ-Gruppe
Rheintalische Volkszeitung Grossauflage	7.4 %	35 000	RVA Druck und Medien AG
Thurgauer Zeitung Grossauflage	6.9 %	32 000	NZZ-Gruppe
Appenzeller Zeitung	6.3 %	29 000	NZZ-Gruppe
Tages-Anzeiger	5.6 %	26 000	Tamedia
Zürcher Landzeitung Grossauflage	5.5 %	26 000	Tamedia
Zürichsee-Zeitung Grossauflage	5.5 %	26 000	Tamedia
Wiler Zeitung-Volksfreund Normalauflage	5.1 %	24 000	NZZ-Gruppe
Rheintaler Normalauflage	5 %	23 000	NZZ-Gruppe
Sarganserländer Normalauflage	4.3 %	20 000	Südostschweiz-Gruppe
Werdenberger & Obertoggenburger N-aufl.	3.4 %	16 000	NZZ-Gruppe
Zürcher Landzeitung Normalausgabe	3.3 %	16 000	Tamedia
Zürichsee-Zeitung Normalausgabe	3.3 %	15 000	Tamedia
Thurgauer Zeitung	2.3 %	11 000	NZZ-Gruppe
Rheintalische Volkszeitung Normalausg.	2.2 %	10 000	RVA Druck und Medien AG
Liechtensteiner Volksblatt	0.7 %	3000	Liechtensteiner Volksblatt/Rheinzeitung
Liechtensteiner Vaterland	0.6 %	3000	Liechtensteiner Vaterland
Zürcher Oberländer	0.1 %	1000	Zürcher Oberland Medien AG
Anzeiger St. Gallen/Appenzell	24.2 %	113 000	NZZ-Gruppe
St. Galler Nachrichten	12.5 %	58 000	Zehnder
Rheintaler Bote	8.4 %	39 000	Zehnder
Wiler Nachhchten	8.4 %	39 000	Zehnder
Toggen burger/See + Gaster Zeitung	8.2 %	38 000	Zehnder
Obersee-Nachrichten	6.6 %	31 000	Südostschweiz-Gruppe
Bodensee Nachrichten	5.7 %	27 000	Zehnder
Oberthurgauer Nachrichten	5.4 %	25 000	Zehnder
Zweiländerzeitung	2.5 %	12 000	Liechtensteiner Volksblatt/Rheinzeitung
Fridolin	2.1 %	10 000	Fridolin Druck und Medien
Bündner Woche/Engadiner Wochentg.	0.4 %	2000	Südostschweiz-Gruppe
Total		1 303 000	

26. Aus den Angaben in Tabelle 2 können Marktanteile für die genannten Mediengruppen und Verlagshäuser basierend auf Reichweiten berechnet werden. In diesem Fall ergibt sich der Marktanteil aus dem Quotienten zwi-

schen Reichweiten der Titel und der Summe der Reichweiten sämtlicher Titel. Die Marktanteile der genannten Mediengruppen und Verlagshäuser sind in Tabelle 3 enthalten.

Tabelle 3: Marktanteile basierend auf Reichweiten der Sonderauswertung WEMF

Mediengruppe/Verlagshaus	Marktanteil
NZZ-Gruppe	40.3 %
Tamedia	20 %
Zehnder	17.3 %
Südostschweiz-Gruppe	16.7 %
RVA Druck und Medien AG	3.5 %
Restliche	< 3 %
Total	100 %

27. Der Marktanteil der NZZ-Gruppe von 40,3 % weicht von den eigenen Angaben der NZZ-Gruppe ab. Im Rahmen der Befragung schätzt die NZZ-Gruppe einen Marktanteil von [...]. Dieser Marktanteil berücksichtigt allerdings nur die St. Galler Tagblatt Gesamtausgabe und den Werdenberger & Obertoggenburger.¹⁹ Alle anderen "Gruppentitel" erfüllten die Anforderungen gemäss Marktdefinition nicht. Zudem handle es sich bei der Wiler Zeitung und dem Rheintaler um unabhängige Verlagshäuser, welche den Lokalteil autonom erstellten und verantworteten.

28. Trotz dieser Angaben der NZZ-Gruppe berücksichtigt die WEKO für die Berechnung des Marktanteils der NZZ-Gruppe alle in Tabelle 2 aufgeführten Titel, welche der NZZ-Gruppe zuzuordnen sind. Erstens wird bei Konzernen für die Beurteilung der Marktbeherrschung nicht auf die einzelnen Konzernunternehmen abgestellt: Da der Konzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt, werden alle Konzernunternehmen zusammen als ein einziges Unternehmen behandelt.²⁰ Zweitens folgt aus den Ergebnissen der Sonderauswertung WEMF, dass diese Titel dem Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz zuzuordnen sind.

29. Aus Tabelle 3 ist ersichtlich, dass die NZZ-Gruppe über einen Marktanteil von 40,3 % verfügt. Als zweitgrösste Konkurrenz verfügt Tamedia über einen Marktanteil von 20 %. Drittgrösste Konkurrenz ist Zehnder mit einem Marktanteil von 17,3 %. Als viertgrösstes Unternehmen verfügt die Südostschweiz-Gruppe über einen Marktanteil von 16,7 %.

30. Somit ist die NZZ-Gruppe auf dem Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz in Marktanteilen gemessen das stärkste Unternehmen. Trotzdem bestehen mit Tamedia, Zehnder und der Südostschweiz-Gruppe gegenüber der NZZ-Gruppe Anhaltspunkte für ausreichend Konkurrenz. Insbesondere ist die Gratiszeitung 20 Minuten Lokalausgabe St. Gallen von Tamedia zu erwähnen. Die gratis verteilte Pendlerzeitung 20 Minuten ist in der Deutschschweiz zur grössten Tageszeitung geworden.²¹

C.1.3.1.2 Zwischenergebnis

31. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.2 Hörer- und Hörerinnenmarkt

C.1.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

32. Als Wettbewerber im Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz ergibt die Befragung folgende Radiostationen:

- Radio Zürisee: gehört zur Zürichsee Medien AG;
- Radio Top: gehört zur Top-Gruppe;
- FM1 Melody: gehört zur NZZ-Gruppe;
- Radio FM1: gehört zur NZZ-Gruppe;
- SRG.

33. Zu den Marktanteilen für diese Radiostationen werden in der Befragung verschiedene Werte genannt:

- NZZ-Gruppe: von 12,9 % bis mehr als 50 %;
- Top-Gruppe: von 2,8 % bis 10 %;
- SRG: 57 %.

¹⁹ Konsultation, Beilage 9, 12.

²⁰ DUCREY (Fn 11), in: von Büren et al., N 1492.

²¹ Bundesamt für Statistik BFS, Taschenstatistik der Schweiz 2010, 37.

34. Der hohe Wert von 57 %, welcher für den Marktanteil der SRG genannt wird, resultiert aus der Berücksichtigung des Gesamtprogramms von SRG und nicht nur der einzelnen Sendungen wie beispielsweise das Regionaljournal.²² Eine Berücksichtigung des Gesamtprogramms wird damit begründet, dass die regional relevanten Informationen auch in zahllosen weiteren Programmteilen stattfinden (Nachrichten, Sportmeldungen, Kulturinformationen usw.). Die Nennung des Marktanteils von mehr als 50 % für die NZZ-Gruppe erfolgt ohne Berücksichtigung der SRG als Konkurrenz.

35. Zur Fragestellung der SRG als Konkurrenz gibt das BAKOM eine Berücksichtigung der SRG vor: "In Bezug auf lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport sind deshalb die Radioangebote im konkreten Fall zu analysieren und zwar unter Berücksichtigung der relevanten Sendungen der SRG (z. B. Regionaljournal St. Gallen von Schweizer Radio DRS)."²³

36. Somit stellt sich die Frage nach dem Umfang der Berücksichtigung der SRG als Konkurrenz im Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz. Gemäss Marktanalyse Ostschweiz BAKOM von SR DRS (Marktanalyse Ostschweiz BAKOM) strahlt die SRG das Regionaljournal Ostschweiz in Form von Fenster-Schaltungen auf DRS aus.²⁴ Ausstrahlungszeiten der sieben Regionaljournal-Ausgaben auf DRS1 sind

- Montag bis Freitag: 06.32, 07.32, 08.15, 11.03, 12.03, 16.03 und 17.30 Uhr;
- Samstag: 12.03 ("Regional-Diagonal") und 17.30 Uhr;

- Sonntag: 17.30 Uhr.

37. Als Inhalt der Regionaljournal-Ausgaben nennt die Marktanalyse Ostschweiz BAKOM die von der Marktabgrenzung geforderten Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Sport und Gesellschaft. Sechs Regionalredaktionen realisieren die Regionaljournale mehrmals täglich.²⁵ Je nach Sendezeit beträgt die Programmdauer des Regionaljournals zwischen 5 und 30 Minuten. Das halbstündige Regionaljournal strahlt die SRG zwischen 17.30 und 18.00 Uhr aus. Der Empfang der Regionaljournal-Ausgaben sei über UKW, Kabel und Internet möglich.

38. Zur Situation in der Ostschweiz erwähnt die Marktanalyse Ostschweiz BAKOM, dass eine Konkurrenzanalyse etwas problematisch ist, da es sich beim Regionaljournal nicht um ein Vollprogramm handelt. Damit stellt sich die Frage, in welchem Umfang die SRG beziehungsweise DRS1 mit dem Regionaljournal im Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz zu berücksichtigen ist. Dazu können Sendezeit und Programmdauer des Regionaljournals mit den Sendezeiten und Dauer der entsprechenden Informationsblöcke (Informationen über lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz aus jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport) der Radiostationen der NZZ-Gruppe (Radio FM1 und FM1 Melody) und der Top-Gruppe (Radio Top) verglichen werden. Sendezeit und Programmdauer der verschiedenen Radiostationen sind in Tabelle 4 dargestellt.

Tabelle 4: Sendezeitpunkte und Sendezeiten (www.radiofm1.ch [FM1 Info nachhören], www.fm1melody.ch [Programmrastrer FM1 Melody], <http://www.toponline.ch/area-2.medium-1.rub-34.tce>; alle besucht am 1. Dezember 2010)

Radiostation	Sendezeit	Programmdauer
Radio FM1	Mo-Sa Stündlich von 6.00 bis 19.00 Uhr So: Stündlich von 8.00 bis 19.00 Uhr	~ 3 Minuten
FM1 Melody	Mo-So: 12.00 und 17.00 Uhr	1 bis 2 Stunden je nach Sendezeit
Radio Top	Mo-So: Stündlich von 6.00 bis 23.00 Uhr ²⁶ ; Kurz-Nachrichten um 06.30, 07.30, 08.30, 11.30, 12.30, 13.30, 16.30, 17.30 und 18.30 Uhr	~ 4 Minuten (nicht berücksichtigt sind die ausführlichen Bulletins um 22.00 Uhr, weil deren allgemeine Beschreibung nicht abrufbar ist)
Regionaljournal (DRS1)	Mo-Fr: 06.32, 07.32, 08.15, 11.03, 12.03, 16.03 und 17.30 Uhr Sa: 12.03 (Regional-Diagonal) und 17.30 Uhr So: 17.30 Uhr	5 bis 30 Minuten je nach Sendezeit

²² Konsultation, Beilage 2, act. 9, 18.

²³ Konsultation, Beilage 1, 6.

²⁴ Konsultation, Beilage 3 (Marktanalyse Ostschweiz BAKOM), act. 4. Konsultation, Beilage 2, act. 9, 18.

²⁵ <http://www.drs1.ch/www/de/drs1/sendungen/regionaljournal/2743.ueber.html>, besucht am 1. Dezember 2010.

²⁶ Spezielle Info-Schwerpunkte gäbe es von 7.00 bis 8:00 Uhr, 12.00 bis 13.30 Uhr und von 16.30 bis 18.30 Uhr.

39. Die Angaben in Tabelle 4 zeigen, dass sich die Sendezeiten der Radiostationen unterscheiden. Ebenso unterscheidet sich die Programmdauer der verschiedenen Radiostationen. Das Regionaljournal wird im Vergleich zu Radio FM1 und Radio Top in geringerem Rhythmus ausgestrahlt. Dies trifft auch auf FM1 Melody zu. Demgegenüber ist die Programmdauer beim Regionaljournal und bei FM1 Melody länger als bei Radio FM1 und Radio Top. Somit unterscheidet sich DRS1 mit dem Regionaljournal in Bezug auf Sendezeit und Programmdauer der entsprechenden Informationsblöcke (Informationen über lokal-regionale Informationen aus dem Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz aus jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport) nicht wesentlich von den Radiostationen Radio FM1, FM1 Melody und Radio Top. Deshalb kann DRS1 mit dem Regionaljournal für die Beurteilung der Marktstellung der NZZ-Gruppe im Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz im gleichen Umfang wie Radio FM1, FM1 Melody und Radio Top berücksichtigt werden.

40. Zudem ist eine Berücksichtigung von DRS1 gerechtfertigt, weil DRS1 mit dem Regionaljournal die Bedingungen der Marktabgrenzung erfüllt. Anhand der vorhandenen Informationen kann davon ausgegangen werden, dass das Regionaljournal über UKW, DAB-T, Leitung oder Satellit verbreitet wird und mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem Versor-

ungsgebiet 11 Ostschweiz zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthält.

41. Überdies berücksichtigt eine Studie über die politische Öffentlichkeitsarbeit in regionalen Medien (Studie Öffentlichkeitsarbeit) im Vergleich von Radio Top zu den Mitbewerbern ebenfalls die Regionaljournale von Radio DRS.²⁷ Der Kern der Studie bestehe aus einer Input/Output-Analyse. Analysiert würden einerseits die kommunizierten Inhalte anhand der Pressedokumentationen, andererseits, mittels teilnehmender Beobachtung, der Kontext, in welchem die Informationen vermittelt würden. "Der Output in Form redaktioneller Beiträge wurde mittels Inhaltsanalysen regionaler Radio- und TV-Programme sowie der Regionaljournale von Radio DRS und führender regionaler Online-Portale untersucht."

42. Somit können für die Beurteilung der Situation auf dem Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz die NZZ-Gruppe (FM1 Melody, Radio FM1), die Zürichsee-Medien AG (Radio Zürisee), die Top-Gruppe und die SRG (DRS1 mit dem Regionaljournal Ostschweiz) berücksichtigt werden. Für eine Übersicht zu den Grössenverhältnissen enthält die Marktanalyse Ostschweiz BAKOM zwei Teile: eine Analyse über 24 Stunden und eine zusätzliche über den Zeitraum des Regionaljournals Ostschweiz zwischen 17.30 und 18.00 Uhr. Diese beiden Analysen sind in Abbildung 2 und Abbildung 3 wiedergegeben.

Marktsituation Regionaljournalgebiet Ostschweiz, 24h-Werte, Mo-So, Jahr 2009				
	Marktanteil in %	Reichweite in %	Reichweite in Tsd	Hördauer in Min
DRS 1	38.4	42.8	283.4	104.3
DRS 3	18.8	31.0	205.2	70.4
FM 1	10.4	20.8	137.7	58.3
Ausländische Radios	9.1	32.6	216.0	32.3
Radio Top	4.2	10.2	67.6	47.5
Radio Zürisee	3.3	5.7	37.6	67.0
DRS Musikwelle	3.2	5.5	36.3	66.8
DRS 2	2.7	7.2	47.6	43.4
SSAT Radios	2.4	6.2	41.1	44.7
Radio Central	1.4	4.1	27.0	40.1
Energy Zürich	1.0	2.1	14.0	54.8
Radio Eviva	0.9	1.4	9.1	74.0
Radio 24	0.6	2.0	13.0	35.4
DRS 4 News	0.5	6.5	43.0	9.1
Radio Grischa	0.4	1.2	8.1	39.7
TOXIC.FM	0.2	0.8	5.2	30.3
Radio 1	0.2	0.6	3.9	30.7
DRS Virus	0.1	1.8	12.1	8.6
Radio Munot	0.1	0.6	4.0	20.2

Quelle: Radiocontrol, Regionaljournalgebiet Ostschweiz, Personen 15+

Abbildung 2: Marktanalyse Ostschweiz BAKOM, Analyse über 24 Stunden

²⁷ Publicom AG, Kantonale Medienkonferenz: Radio Top und Tele Top im Vergleich zu den Mitbewerbern – Separatauswertung zum Projekt "Politische Öffentlichkeitsarbeit in regionalen Medien", Kurzbericht, 2006, 2, <http://www.toponline.ch/downloads/Medienkonferenzen%20Separatauswertungen.pdf>, besucht am 1. Dezember 2010.

Marktsituation Regionaljournalgebiet Ostschweiz, 17:30 - 18:00 Uhr, Mo-Fr und So, Jahr 2009				
	Marktanteil in %	Reichweite in %	Reichweite in Tsd	Hördauer in Min
DRS 1 Regionaljournal Ost-CH	36.5	8.8	58.5	14.6
DRS 3	18.9	5.9	39.4	11.2
FM 1	11.3	3.6	24.1	10.9
Ausländische Radios	7.2	3.1	20.4	8.3
Radio Top	3.5	1.3	8.5	9.8
DRS Musikwelle	3.4	0.9	5.6	14.1
Radio Zürisee	3.2	1.1	7.2	10.4
DRS 2	2.1	0.6	3.9	12.4
SSAT Radios	2.0	0.6	3.7	12.5
Radio Central	1.6	0.6	3.8	9.9
Energy Zürich	0.9	0.3	2.0	10.5
Radio Eviva	0.9	0.2	1.4	14.4
Radio 24	0.7	0.2	1.4	11.9
Radio Grischa	0.6	0.2	1.0	14.1
DRS 4 News	0.2	0.2	1.1	4.5
DRS Virus	0.2	0.1	0.4	9.2
TOXIC.FM	0.1	0.1	0.4	8.1
Radio 1	0.1	0.1	0.4	7.4
Radio Basilisk	0.1	0.0	0.2	10.0
Radio Munot	0.1	0.0	0.2	5.5

Quelle: Radiocontrol, Regionaljournalgebiet Ostschweiz, Personen 15+

Abbildung 3: Marktanalyse Ostschweiz BAKOM, Analyse zwischen 17.30 und 18.00 Uhr

43. In den Angaben der Marktanalyse Ostschweiz BAKOM in Abbildung 2 und Abbildung 3 sind allerdings auch Radiostationen enthalten, welche im vorliegenden Fall nicht in den relevanten Markt fallen. Deshalb erfolgt in Tabelle 5 eine für den vorliegenden Fall angepasste

Darstellung basierend auf den Angaben der Marktanalyse Ostschweiz BAKOM. In der angepassten Darstellung fehlt FM1 Melody (NZZ-Gruppe), weil die Marktanalyse Ostschweiz BAKOM diese Radiostation nicht erfasst.

Tabelle 5: angepasste Darstellung Analyse über 24 Stunden und zwischen 17.30 und 18.00 Uhr, Marktanalyse Ostschweiz BAKOM

Radiostation	24-Stunden-Werte				17.30 bis 18.00 Uhr			
	Marktanteil in %	Reichweite in %	Reichweite in Tsd	Hördauer in Minuten	Marktanteil in %	Reichweite in %	Reichweite in Tsd	Hördauer in Minuten
DRS1 (mit Regionaljournal Ost-CH)	54	42.8	283.4	104.3	59.51	8.8	58.5	14.6
Radio FM1	26	20.8	137.7	58.3	24.52	3.6	24.1	10.9
Radio Top	13	10.2	67.6	47.5	8.65	1.3	8.5	9.8
Radio Zürisee	7	5.7	37.6	67.0	7.32	1.1	7.2	10.4
Total	100		526.3	277.1	100		98.3	45.7

44. Die Marktanteile in Tabelle 5 sind mit den Reichweiten in Tausend aus der Marktanalyse Ostschweiz BAKOM berechnet.²⁸ In Marktanteilen gemessen ist die stärkste Radiostation DRS1. Radio FM1 von der NZZ-Gruppe folgt an zweiter Stelle. Die Top-Gruppe weist den dritthöchsten Marktanteil auf. Nach Marktanteilen ist diese Rangfolge bei einer Betrachtung über 24-Stunden und bei einer Betrachtung von 17.30 bis 18.00 Uhr festzustellen. Stützt man auf die Hördauer in Minuten ab, dann weist Radio Zürisee eine längere Hördauer als Radio Top auf: Die Rangfolge ist DRS1, Radio FM1, Radio Zürisee, Radio Top.

45. Wie bereits erwähnt, weist die angepasste Darstellung in Tabelle 5 die Radiostation FM1 Melody nicht aus. FM1 Melody kann nicht ausgewiesen werden, weil die Marktanalyse Ostschweiz BAKOM FM1 Melody nicht

erfasst. Unabhängig davon, ob FM1 Melody eine zu geringe Bedeutung für eine Berücksichtigung in der Marktanalyse Ostschweiz BAKOM aufweist, dürfte eine Berücksichtigung von FM1 Melody nichts an der starken Stellung von DRS1 ändern.

²⁸ Gemäss SRG beschreibt die Reichweite die Anzahl Personen, die täglich ein Programm von Schweizer Radio DRS hören, <http://www.drs.ch/www/de/drs/ueber-uns/mediencorner/medienmitteilungen/202759.schweizer-radio-drs-mit-starker-marktposition.html>, besucht am 2. Dezember 2010.

C.1.3.2.2 Zwischenergebnis

46. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.3 Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt

C.1.3.3.1 Aktueller Wettbewerb

47. Die Befragung ergibt für den Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz als Wettbewerber folgende Fernsehstationen:

- Tele Ostschweiz TVO (TVO): gehört zur NZZ-Gruppe;
- Tele Top: gehört zur Top-Gruppe;
- Tele Züri: gehört zur Tamedia;
- SRG.

48. Als Markanteile werden in der Befragung folgende Werte genannt:

- NZZ-Gruppe: von 0,8 % bis 90 %;
- Top-Gruppe: von 0,2 % bis 20 %;
- Tamedia: 0,3 % bis 10 %;
- SRG: 30 %.

49. Zur SRG als Konkurrenz gibt das BAKOM vor, dass die relevanten Sendungen der SRG (z. B. "Schweiz aktuell" von SF) zu berücksichtigen sind.²⁹

50. Es stellt sich somit die Frage, in welchem Umfang die SRG im Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz zu berücksichtigen ist. Eine Berücksichtigung der SRG beziehungsweise des Gesamtprogramms, insbesondere der Programme SF1, SF2 und SF Info, wird damit begründet, dass es sich um sprachregionale Programme mit hohen Anteilen journalistischer Berichterstattung handle.³⁰ Diese berichteten deutlich mehr als einmal wöchentlich über lokale-regionale Aspekte aus der Ostschweiz in allen fünf genannten Bereichen, bilde die Ostschweiz doch sowohl flächen- als auch bevölkerungsmässig rund einen Siebtel des Versorgungsgebiets dieser Sender. Massgebend seien dabei die jeweiligen Gesamtprogramme (und nicht etwa nur einzelne Sendungen wie z. B. Schweiz aktuell), da die regional relevanten Informationen auch in zahllosen weiteren Programmteilen stattfänden (Tagesschau, 10 vor 10, Sport, Kulturmagazine, Diskussionssendungen usw.)

51. Zum Gesamtprogramm der SRG ist zunächst festzuhalten, dass die Sender und Programme der SRG in französischer, italienischer und rätoromanischer Sprache wegen den sprachlichen Gegebenheiten für den deutschsprachigen Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz wegfallen. SF gibt selber an, dass ihr Programmangebot an alle Zuschauerinnen und Zuschauer in der deutschen Schweiz gerichtet ist. Aus Sicht der Zuschauer und Zuschauerinnen im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz dürften die Programme in deutscher Sprache mehrheitlich

nicht durch anderssprachige Programme substituierbar sein.

52. Somit stellt sich die Frage, in welchem Umfang die deutschsprachigen Sender oder Vollprogramme SF1, SF2 und SF Info berücksichtigt werden müssen. Zu dieser Fragestellung kann der Stichprobenbericht 2009 zur kontinuierliche Fernsehprogrammforschung in der Schweiz zu den Programmen der SRG SSR idée suisse (Stichprobenbericht 2009) herangezogen werden.³¹ Der Stichprobenbericht 2009 erfasst die Regionalbezüge in Themenbeiträgen für die Programme von SRG.³² Die wichtigsten Werte sind in Tabelle 6 wiedergegeben. An dieser Stelle ist noch darauf hinzuweisen, dass die Summe der Prozentwerte im Stichprobenbericht 2009 nicht 100 ergibt. Der Grund dafür mag in der Erfassung von regionalen Bezügen auf der Grundlage dreier Indikatoren sein.³³

²⁹ Konsultation, Beilage 1, 6.

³⁰ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 22.

³¹ Departement für Medien- und Kommunikationswissenschaft Universität Freiburg/Schweiz, Kontinuierliche Fernsehprogrammforschung in der Schweiz: Die Programme der SRG SSR idée suisse – Stichprobenbericht Frühjahr 2009, als Dokument "Stichprobenbericht 2009 SRG TV Analysen" unter http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01153/01156/03236/index.html?lang=de abrufbar, besucht am 2. Dezember 2010.

³² Stichprobenbericht 2009, Tabelle 41, D30.

³³ Vgl. Departement Gesellschaftswissenschaften Universität Freiburg/Schweiz, Kontinuierliche Fernsehprogrammforschung in der Schweiz – Eine Evaluations- und Machbarkeitsstudie, Schlussbericht, 2007 29, abrufbar unter http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01153/01156/02005/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDeHt5e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--, besucht am 2. Dezember 2010.

Tabelle 6: Regionalbezüge, Qualitätsanalyse Frühjahr 2009 (Mehrfachnennung – Anzahl in %)

Bezug	SF1	SF2	SF Info
Pauschaler Schweizbezug	37.5	45.4	44.8
Deutschsprechende Schweiz	35.6	33.6	32.4
Deutschsprachige Schweiz allgemein	1.5	3.4	1.7
Aargau	3.9	4.2	2.7
Appenzell	0.2	1.7	0.3
Basel (Stadt und Land)	4.7	5.0	4.8
Bern	7.8	7.6	7.3
Glarus	0.1	-	0.5
Graubünden	4.8	2.5	5.6
Luzern	3.8	4.2	3.9
Nidwalden	-	-	-
Obwalden	0.4	-	0.2
St. Gallen	1.8	3.4	1.2
Schaffhausen	1.2	-	1.5
Schwyz	0.1	-	0.2
Solothurn	0.7	0.8	0.9
Thurgau	0.5	-	0.2
Uri	0.2	0.8	0.3
Zug	0.1	-	0.1
Zürich	16.0	16.8	10.8
Kein Regionalbezug	36.0	34.5	32.5

53. Ein Vergleich der Werte für die Bezüge zeigt, dass der Regionalbezug für St. Gallen vergleichsweise niedrig ausfällt. Vergleichsweise höhere Werte weisen Themenbeiträge mit pauschalem Schweizerbezug und Themenbeiträge ohne Regionalbezug auf. Insgesamt liefern die Werte des Stichprobenberichts Hinweise, dass die Programme SF1, SF2 und SF Info vorwiegend Beiträge von überregionalem und (deutsch)schweizweitem Interesse beinhalten. Demzufolge weisen die Themenbeiträge mit Bezug zu Zürich und Bern ebenfalls etwas höhere Werte auf. Die Themenbeiträge mit Bezug zu Zürich dürften

wegen Inhalten aus der Wirtschafts- und Finanzwelt von überregionalem Interesse sein. Bei den Themenbeiträgen mit Bezug zu Bern dürften die Inhalte aus der Politikwelt übergeordneten Interessen entsprechen.

54. Dass die Programminhalte von SF1, SF2 und SF Info überregionalen Charakter aufweisen, ergibt sich auch anhand der vom Stichprobenbericht 2009 festgestellten Programmstruktur. Die im Stichprobenbericht 2009 enthaltenen Angaben zu den Formaten der Fernsehpublizistik und der Nachrichtenformate sind in Abbildung 4 und Abbildung 5 wiedergegeben.

Produktionscharakteristik	SF 1	SF zwei	TSR 1	TSR 2	TSI 1	TSI 2	SF info
Nachrichtensendungen	7.0	1.5	24.0	18.4	21.6	8.0	36.2
Universelle Nachrichten	5.6	1.5	23.1	18.3	8.4	1.7	30.0
Nachrichten ²	4.3	1.5	23.1	13.4	7.8	1.7	19.9
Nachrichtenmagazine	1.3	-	-	-	-	-	10.1
Schlagzeilen, Kurznachrichten ³	0.0	-	-	-	0.6	-	-
Nachrichtenrückblick	-	-	-	4.9	-	-	-
Spezifische Nachrichten	1.4	-	0.9	0.1	13.2	6.3	6.2
Wetternachrichten	0.7	-	0.9	0.1	1.4	0.5	3.9
Wirtschaftsnachrichten	0.1	-	-	-	-	-	-
Sportnachrichten	-	-	-	-	-	-	-
Regionalmagazine	0.6	-	-	-	11.0	5.5	2.3
Themenspezifische Nachrichten	-	-	-	-	0.8	0.3	-
Sonstige Sendungen	72.0	91.4	61.6	72.0	68.4	60.5	55.3
Programmtrailer etc.	16.1	2.9	9.2	6.5	7.4	30.0	6.6
Werbung, Sponsoring	4.9	4.2	5.2	3.1	2.6	1.5	1.9
Gesamt	100	100	100	100	100	100	100

1 Prozentuierungsbasis: 24 Stunden pro Tag (3–3 Uhr). Stichprobe: 14. Kalenderwoche 2009 (30. März – 5. April).

2 Sendungsdauer: mindestens 6 Minuten.

3 Sendungsdauer: weniger als 6 Minuten.

Abbildung 4: Formate der Fernsehpublizistik, Programmstrukturanalyse Frühjahr 2009 (in Prozent)

Produktionscharakteristik	SF 1	SF zwei	TSR 1	TSR 2	TSI 1	TSI 2	SF info
Fernsehpublizistik	50.4	5.1	37.0	44.6	48.8	23.0	72.8
Nachrichtensendungen	7.0	1.5	24.0	18.4	21.6	8.0	36.2
Magazine	11.9	1.7	4.4	6.9	9.1	3.3	24.4
Allgemeine Magazine	9.0	1.7	1.5	6.9	5.2	3.3	17.0
Regionalmagazine	1.1	-	-	-	1.2	-	5.6
Boulevardmagazine	1.8	-	-	-	-	-	1.8
Tageszeitmagazine, sonstige Studioformate	-	-	2.9	-	2.7	-	-
Interview- und Talk-Formate	12.1	1.8	4.9	9.9	9.0	2.4	8.0
Talk-Magazine	0.5	0.6	0.7	3.1	4.1	0.6	2.1
Andere Talk-, Diskussions-, Interviewformate	11.6	1.2	4.2	6.8	4.9	1.8	5.9
Reportagen, Dokumentationen	18.0	-	3.1	9.2	6.9	7.4	4.1
Dokumentarfilme	0.8	-	0.5	-	-	-	-
Kochsendungen	-	-	-	-	1.9	1.9	-
Sonstige Formate	0.6	0.1	0.1	0.2	0.3	-	0.1
Sonstige Sendungen	28.6	87.8	48.6	45.8	41.2	45.5	18.7
Programmtrailer etc.	16.1	2.9	9.2	6.5	7.4	30.0	6.6
Werbung, Sponsoring	4.9	4.2	5.2	3.1	2.6	1.5	1.9
Gesamt	100	100	100	100	100	100	100

1 Prozentuierungsbasis: 24 Stunden pro Tag (3–3 Uhr). Stichprobe: 14. Kalenderwoche 2009 (30. März – 5. April).

Abbildung 5: Nachrichtenformate, Programmstrukturanalyse Frühjahr 2009 (in Prozent)

55. Abbildung 4 weist für SF1 und SF Info für die Rubrik Regionalmagazine vergleichsweise niedrige Werte auf. Für SF2 wird gar kein Regionalmagazin festgestellt. Noch stärker zeigt sich die geringe Bedeutung regionaler Formate bei den Nachrichten in Abbildung 5: Die ausgewiesenen Werte für die Rubrik Regionalnachrichten für SF1 und SF Info fallen im Vergleich zu den anderen Nachrichtenformaten, sonstigen Sendungen und Programmtrailern sehr gering aus.

56. Überdies berücksichtigt die Studie Öffentlichkeitsarbeit im Vergleich von Radio Top zu den Mitbewerbern

die Programme von SF1, SF2 und SF Info nicht.³⁴ Die Studie vergleicht für das Gebiet St. Gallen alleine die zwei Fernsehstationen Tele Top und TVO.

³⁴ Publicom AG, Kantonale Medienkonferenz: Radio Top und Tele Top im Vergleich zu den Mitbewerbern – Separatauswertung zum Projekt "Politische Öffentlichkeitsarbeit in regionalen Medien", Kurzbericht, 2006, 2, <http://www.toponline.ch/downloads/Medienkonferenzen%20Separatauswertungen.pdf>, besucht am 1. Dezember 2010.

57. Somit können die Programme SF1, SF2 und SF Info gesamthaft nicht für die Beurteilung der Situation auf dem Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz berücksichtigt werden. Von den Angeboten der SRG wird deshalb nur die Sendung Schweiz aktuell berücksichtigt.³⁵ Gemäss den Angaben der SRG zeigt Schweiz aktuell die Schweiz in ihrer ganzen Vielfalt und Farbigkeit, berichtet über aktuelle Vorgänge und Ereignisse im politischen, wirtschaftlichen, kulturellen, sozialen und gesellschaftspolitischen Bereich: Priorität hätten Nachrichten und Geschichten aus den Regionen, die exemplarischen Charakter hätten und von überregionalem Interesse seien.³⁶

58. Somit können für die Beurteilung der Situation auf dem Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz die NZZ-Gruppe (TVO), die Tabelle 7: Fernsehnutzung Ostschweiz (Quelle: Sonderauswertung Mediapulse; Universum: 549 500³⁹) und Marktanteile anhand Werte Sonderauswertung Mediapulse

Fernsehstation	Nettoreichweite in %	Nettoreichweite in Tausend ⁴⁰	Nutzung pro Kopf (in Min.)	Nutzung pro Seher in Min.)	Marktanteil in % anhand Nettoreichweite in Tausend
TVO	12.1	66.6	1	9	33.6
Tele Züri	6.5	36.0	1	7	18.2
Tele Top	4.1	22.3	0	5	11.3
Schweiz aktuell	13.3	73.1	2	15.4	36.9
Total		198			100

60. Die in Tabelle 7 berechneten Marktanteile beruhen auf den Nettoreichweiten in Tausend. Diese Marktanteilsberechnung erfolgt in Analogie zur Sonderauswertung Mediapulse, welche für die Marktanteile die Nettoreichweiten verwendet. Für die NZZ-Gruppe mit TVO ergeben die Nettoreichweiten einen Marktanteil von 33,6 %. Die Fernsehstation Tele Züri von Tamedia weist einen Marktanteil von 18,2 % auf. Tele Top von der Top-Gruppe verfügt über einen Marktanteil von 11,3 %. Und für die Sendung Schweiz aktuell resultiert bei vorliegender Berücksichtigung ein Marktanteil von 36,9 %.

C.1.3.3.2 Zwischenergebnis

61. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.4 Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet

C.1.3.4.1 Aktueller Wettbewerb

62. Die Befragung ergibt für den Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz als Wettbewerber folgende Internetseiten:⁴¹

- NZZ-Gruppe: tagblatt.ch, tvo-online.ch, radi-ofm1.ch, Thurgauerzeitung.ch und allenfalls noch anzeiger.biz
- Poseion AG: ostnews.ch
- Kreuzlinger Zeitung AG: thurgau24.ch, appenzell24.ch

Top-Gruppe (Tele Top), Tamedia (Tele Züri) und in geringerem Umfang die SRG (Sendung Schweiz aktuell) berücksichtigt werden.

59. Zur Bestimmung von Marktanteilen von TVO, Tele Top, Tele Züri und der Sendung Schweiz aktuell kann die Sonderauswertung Stiftung Mediapulse AG (Sonderauswertung Mediapulse) für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz herangezogen werden.³⁷ Die Sonderauswertung Mediapulse gibt die Fernsehnutzung für verschiedene Fernsehstationen für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz an. Für die Fernsehnutzung der Sendung Schweiz aktuell enthält die Sonderauswertung ebenfalls Werte.³⁸ Für TVO, Tele Top, Tele Züri und die Sendung Schweiz aktuell sind die entsprechenden Werte in Tabelle 7 wiedergegeben.

63. Für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz wertet die Sonderauswertung WEMF zwei Regionen aus:⁴²

- Top-Gruppe: Top online
- Tamedia: 20min.ch

- Region 2 (Alpen und Voralpen) oder Fürstentum Liechtenstein

und

- WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F (WG 26 oder 42 oder 44).

³⁵ Konsultation, Beilage 1, 6.

³⁶ <http://www.videoportal.sf.tv/sendung?id=cb28dd84-f0c8-4024-8f20-1a29f5a4ceb7>, besucht am 6. Dezember 2010.

³⁷ Konsultation, Beilage 5.

³⁸ Konsultation, Beilage 5, Mediapulse_Nutzung SF1 Schweiz aktuell im VG Ostschweiz, 2.

³⁹ Gemäss Mediapulse AG erlaubt die ausgewählte Stichprobe, auf die (Radio)Nutzung der sprachassimilierten ständigen Wohnbevölkerung der Schweiz, die 15 oder älter ist, zu schliessen (<http://www.mediapulse.ch/de/forschung/radio/methodik-messverfahren/universum.html>, besucht am 6. Dezember 2010).

⁴⁰ Die Mediapulse AG gibt als Tagesreichweite den Anteil der Haushalte beziehungsweise Personen an, die an einem bestimmten Tag (resp. an einem Durchschnittstag) das entsprechende Fernsehprogramm während mindestens 30 Sekunden gesehen haben. Vorliegende Sonderauswertung Mediapulse erfasst die Nettoreichweite für eine Woche von Montag bis Sonntag (Weekpart: Mo-So).

⁴¹ Aufgrund der vorhandenen Informationen kann bei Poseion AG und Kreuzlinger Zeitung AG von unabhängigen Marktteilnehmern ausgegangen werden.

⁴² Konsultation, Beilage 6, Internet-Nutzung in 3 Konzessionsgebieten, 17 ff.

64. Für diese 2 Regionen ermittelt die Sonderauswertung WEMF die sogenannten Unique User. Als Unique User definiert die Sonderauswertung WEMF Personen, welche eine bestimmte Website in einem bestimmten

Zeitraum nutzen. Folgende Werte ergibt die Sonderauswertung WEMF für die Region 2 für die in der Befragung genannten Wettbewerber.

Tabelle 8: Internetseiten mit Reichweite und Nutzer in Region 2, welche anhand der Sonderauswertung WEMF für den Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz berücksichtigt werden

Internetseite	Reichweite in %	Anzahl Nutzer	Verweildauer in Minuten	Mediengruppe/Verlag
20minuten.ch	12.3	140 000	40	Tamedia
newsnetz.ch	7.7	88 000	39	newsnetz.ch enthält u. a. die Internetseite thurgauerzeitung.ch, die zur NZZ-Gruppe gehört ⁴³

65. Newsnetz.ch ist der online-Verbund von Tamedia. Im Jahr 2010 übernimmt die NZZ-Gruppe die Thurgauer Zeitung von Tamedia. Deshalb gehört der Online-Auftritt der Thurgauer Zeitung seit 3. Januar 2011 zum NZZ-Netz und nicht mehr zum Tamedia-Online-Verbund. Weil die Internetseite thurgauerzeitung.ch zur NZZ-Gruppe gehört, geht sie unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einem online-Verbund in die Beurteilung der Marktstellung der NZZ-Gruppe ein.

66. Aus den Angaben in Tabelle 8 können Marktanteile für Tamedia und die NZZ-Gruppe basierend auf Reichweiten berechnet werden. Weil die Verweildauer in Minuten fast gleich ist, kann auf eine Berechnung und einen Vergleich eines mit der Verweildauer gewichteten Marktanteils verzichtet werden. In diesem Fall ergibt sich

der Marktanteil aus dem Quotienten zwischen Reichweiten der Internetseiten und der Summe der Reichweiten beider Internetseiten. Die Marktanteile von Tamedia und der NZZ-Gruppe sind in Tabelle 9 enthalten. Zu diesen Werten ist zu bemerken, dass sie die wahren Marktanteile der NZZ-Gruppe wahrscheinlich überschätzen. Der Grund dafür ist die Bestimmung des Marktanteils der NZZ-Gruppe basierend auf den Werten für newsnetz.ch und nicht auf den Werten für die Internetseite thurgauerzeitung.ch alleine. Weil die Internetseite newsnetz.ch der gemeinsame Internet-Auftritt von Tages-Anzeiger, Basler Zeitung, Berner Zeitung, der Bund und Thurgauer Zeitung ist, gelten die Werte der Sonderauswertung WEMF nicht nur für die Internetseite thurgauerzeitung.ch alleine.

Tabelle 9: Marktanteile basierend auf Reichweiten der Sonderauswertung WEMF

Mediengruppe	Marktanteil
Tamedia	61.4 %
NZZ-Gruppe	38.6 %
Total	100 %

67. Für das WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F der in der Befragung genannten Wettbewerber ergibt die Sonderauswertung WEMF folgende Werte.

Tabelle 10: Internetseiten mit Reichweite und Nutzer im WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F, welche anhand der Sonderauswertung WEMF für den Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz berücksichtigt werden

Internetseite	Reichweite in %	Anzahl Nutzer	Verweildauer in Minuten	Mediengruppe/Verlag
20minuten.ch	13.5	61 000	53	Tamedia
thurgauerzeitung.ch	1.1	5000	8	NZZ-Gruppe
Total		66 000		

⁴³ Konsultation, Beilage 6, Internet-Nutzung in 3 Konzessionsgebieten, 5.

68. In der Sonderauswertung WEMF sind gemeinsame Internetauftritte und Einzelvertreter gleichzeitig aufgeführt. Die Werte für gemeinsame Internetauftritte und Einzelvertreter dürfen gemäss Sonderauswertung WEMF nicht addiert werden.⁴⁴ Weil der Auftritt der Internetseite thurgauerzeitung.ch einzeln ausgewiesen wird, kann der entsprechende Wert verwendet werden. Es muss nicht auf den gemeinsamen Auftritt im online-Verbund zurückgegriffen werden. Zudem würde das Ergebnis bei einer Berücksichtigung des gemeinsamen Internetauftrittes newsnetz.ch bei einer alleinigen Zuwei-

sung an die NZZ-Gruppe gleich ausfallen (Marktanteil Tamedia: 65 %, Marktanteil NZZ-Gruppe: 35 %).

69. Aus den Angaben in Tabelle 10 können Marktanteile für Tamedia und die NZZ-Gruppe basierend auf Reichweiten berechnet werden. Diese Marktanteile berücksichtigen die Verweildauer in Minuten nicht. Bei einer Berücksichtigung der Verweildauer fiel der Marktanteil der NZZ-Gruppe geringer aus. Die Marktanteile von Tamedia und der NZZ-Gruppe für das WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F sind in Tabelle 11 enthalten.

Tabelle 11: Marktanteile basierend auf Reichweiten der Sonderauswertung WEMF

Mediengruppe	Marktanteil
Tamedia	92.4 %
NZZ-Gruppe	7.6 %
Total	100 %

C.1.3.4.2 Zwischenergebnis

70. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.5 Markt für Printwerbung

C.1.3.5.1 Aktueller Wettbewerb

71. Als Wettbewerber im Markt für Printwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz werden die NZZ-Gruppe, Tamedia, Zehnder und die Südostschweiz-Gruppe genannt. Ohne Angabe konkreter Unternehmen ergibt die Befragung als Wettbewerber in allgemeiner Form die lokalen/regionalen Tages- und Sonntagszeitungen, Pendlerzeitungen und regionale Wochenpresse aus dem relevanten Wirtschaftsgebiet (WEMF Gebiete 26, 27, 28 und 44).

72. Als Marktanteile werden in der Befragung folgende Werte genannt:

- NZZ-Gruppe: [...] bis [...];
- Tamedia: [...];
- Zehnder: [...];
- Südostschweiz-Gruppe: [...].

73. Für weitere Hinweise zur Situation auf dem Leser- und Leserinnenmarkt kann behelfsmässig und im Sinne einer Annäherung auf die sogenannte Leser-Anzeigen-Spirale zurückgegriffen werden. Demgemäss ist der wirtschaftliche Erfolg kommerzieller Zeitungen im Anzeigengeschäft eng an die Grösse des umworbenen Leserkreises gekoppelt: das heisst je mehr Leser durch eine solche Zeitung erreicht werden können, als umso attraktiver gilt der Werberaum und entsprechend teurer lässt er sich vermarkten.⁴⁵

74. Allerdings hält die WEKO im Fall Tamedia/PPSR zur sogenannten Leser-Anzeigen-Spirale fest, dass diese entgegen der Auffassung der Zusammenschlussparteien bei der kartellrechtlichen Beurteilung nicht derart zu verstehen ist, dass auf dem Leser-/Nutzermarkt eine markt-

beherrschende Stellung bereits deshalb ausgeschlossen werden kann, weil ein Unternehmen auf dem Werbe-/Inseratemarkt nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und umgekehrt.⁴⁶ Die Leser-Anzeigen-Spirale ist ein Modell, das die interdependenten Beziehungen zwischen dem Leser-/Nutzermarkt und dem Werbe-/Inseratemarkt aufzeigen soll, indem es davon ausgeht, dass es eine Rückkopplung von Anzeigenseiten auf die Zeitschriftennachfrage gibt. Demgemäss führt eine Erhöhung der Anzeigen nicht nur zu einer Erhöhung der Auflage, sondern initiiert auch einen weiteren Anstieg der Nachfrage nach der Anzeigenfläche. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass das Modell grundsätzlich zur Darstellung der interdependenten Beziehungen zwischen Leser-/Nutzermarkt und dem Werbe-/Inseratemarkt zwar geeignet ist, aber auch einige Schwächen aufweist. Insbesondere ist fraglich, ob eine verbesserte Gewinnsituation beim Herausgeber des Printtitels beziehungsweise dem Betreiber des Online-Angebots stets zu einer Qualitätsverbesserung der Angebote für die Leser-/Nutzer führt. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass "(...) die Leser-Blatt-Bindung als hoch und die Nachfragebeweglichkeit auf den Lesermärkten als niedrig gilt (...)", sind einige Zweifel hinsichtlich des zwangsläufigen Automatismus der Leser-Anzeigen-Spirale angebracht. Entsprechend ist es sachgerecht, dass die Werbe-/Inseratemarkte und die Leser-/Nutzermärkte eigenständige Märkte bilden und diese grundsätzlich separat abzugrenzen und zu beurteilen sind.

75. In Ermangelung weiterer Informationen zum Markt für Printwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz und wegen der inderdependenten Beziehungen zwischen Leser- und Leserinnenmarkt und Werbemarkt wird an dieser Stelle für weitere Anhaltspunkte behelfsmässig und im Sinne einer Annäherung ein Vergleich mit

⁴⁴ Konsultation, Beilage 6, Internet-Nutzung in 3 Konzessionsgebieten, 5.

⁴⁵ RPW 2009/3, 318 Rz 375, *Tamedia/PPSR* m. w. H.; MARIE LUISE KIEFER, *Medienökonomik - Einführung in eine ökonomische Theorie der Medien*, 2001, 318 ff.

⁴⁶ RPW 2009/3, 319 Rz 377, *Tamedia/PPSR* m w. H.

der Situation auf dem Leser- und Leserinnenmarkt herangezogen. Diese Behelfsmässigkeit und Annäherung ist insofern auch gerechtfertigt, dass den Zweifeln hinsichtlich des zwangsläufigen Automatismus der Leser-Anzeigen-Spirale mit einer separaten Abgrenzung und Beurteilung von einerseits Leser /Leserinnenmarkt und andererseits Werbemarkt Rechnung getragen wird. Zudem ist die Vorgehensweise gerechtfertigt, weil

Printprodukte auch als Plattformen im Kontext zweiseitiger Märkte verstanden werden.⁴⁷ Bei zweiseitigen Märkten bieten Plattformen die Interaktionsleistungen zwischen zwei (oder mehreren) Kategorien von Benutzern an.

76. Der Vollständigkeit halber sind in Tabelle 12 die Marktanteile für den Leser- und Leserinnenmarkt basierend auf Reichweiten noch einmal aufgeführt.

Tabelle 12: Marktanteile Leser- und Leserinnenmarkt basierend auf Reichweiten der Sonderauswertung WEMF

Mediengruppe/Verlagshaus	Marktanteil
NZZ-Gruppe	41.9 %
Tamedia	32.2 %
Südostschweiz-Gruppe	20.9 %
RVA Druck und Medien AG	4.9 %
Zürcher Oberland Medien AG	< 0.1 %
Total	100 %

77. Der Vergleich mit der Situation auf dem Leser- und Leserinnenmarkt bestätigt die Angaben der Befragung, dass auch im Markt für Printwerbung mit Tamedia (insbesondere 20 Minuten) ein zur NZZ-Gruppe vergleichbares Unternehmen tätig ist. Zwar fallen die in der Befragung für den Printwerbemarkt genannten Marktanteile und die Marktanteile auf dem Leser- und Leserinnenmarkt auseinander, aber sie zeigen einen Marktanteil der NZZ-Gruppe, welcher unter [...] liegt.

78. In Bezug auf den Markt für Printwerbung sind auch die sogenannten Werbepools zu erwähnen. Bei Werbepools schliessen sich die Werbeträger zusammen, um dem Bedürfnis von Werbetreibenden für eine Abdeckung über das Gebiet des einzelnen Werbeträgers hinaus zu entsprechen und um den Umfang der Empfängerschaft (zum Beispiel Leser, Zuhörer oder Publikum) zu erhöhen.⁴⁸

79. Für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz ergibt die Befragung 4 wichtige Werbepools: Cityplus, Metropool, Nordost Swissregio Kombi und Regiopool. Der Werbepool Cityplus umfasst die drei Printtitel Aargauer Zeitung (AZ Medien), Neue Luzerner Zeitung (NZZ-Gruppe) und St. Galler Tagblatt (NZZ-Gruppe).⁴⁹ Gemäss den Angaben über Cityplus ist der Printtitel Aargauer Zeitung auf das Gebiet "Mittelland Nordwestschweiz" ausgerichtet. Der Printtitel Neue Luzerner Zeitung betreffe das Gebiet Zentralschweiz. Mit dem dritten Printtitel St. Galler Tagblatt decke Cityplus das Gebiet Ostschweiz ab. Cityplus erreiche bis zu 981 000 Leserinnen und Leser in der Deutschschweiz. Allerdings betreffen die zwei Printtitel Aargauer Zeitung und Neue Luzerner Zeitung nicht das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

80. Die zweite Anzeigenkombination Metropool vereint die drei Printtitel Tagesanzeiger (Tamedia), Basler Zeitung (unabhängiges Verlagshaus⁵⁰) und Berner Zeitung BZ (Tamedia).⁵¹ Metropool sei auf die Wirtschafts- und Entscheidungszentren Zürich, Basel und Bern ausgerichtet.

81. Der dritte Werbepool Nordost Swissregio Kombi umfasst die Wochenzeitungen im Nordosten der Schweiz des Medienhauses Zehnder.⁵² Bei mehreren Printtiteln des Nordost Swissregio Kombi handelt es sich um regionale Wochenzeitungen, die sich an das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz richten. Zudem seien die Gebiete des Nordost Swissregio Kombi frei miteinander kombinierbar.

82. Der vierte Werbepool Regiopool deckt die Region von Chur bis St. Gallen ab.⁵³ Im Regiopool sind die Printtitel St. Galler Tagblatt (NZZ-Gruppe), Rheintaler (NZZ-Gruppe), Liechtensteiner Vaterland (Südostschweiz-Gruppe), Werdenberger & Obertoggenburger (NZZ-Gruppe), Sarganserland (Südostschweiz-Gruppe), Südostschweiz Graubünden (Südostschweiz-Gruppe) und Bündner Tagblatt (Südostschweiz-Gruppe). Ausser dem Printtitel Bündner Tagblatt finden alle diese Printtiteln Berücksichtigung für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.⁵⁴

⁴⁷ Zum Beispiel: JEAN-CHARLES ROCHET, JEAN TIROLE, Competition Policy in Two-Sided Markets, with a Special Emphasis on Payment Cards, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccrossi (Hrsg.), 2008, 543; SIMON P. ANDERSON, JEAN J. GABSZEWICZ, The media and advertising: a tale of two-sided markets, CORE Discussion Paper 2005/88.

⁴⁸ RPW 2001/4, 733 Rz 45, Tamedia/Belcom.

⁴⁹ <http://www.cityplus.ch>, besucht am 27. Dezember 2010.

⁵⁰ <http://www.baslerzeitungmedien.ch/index.cfm>, besucht am 27. Dezember 2010.

⁵¹ <http://www.mytamedia.ch/index.php?id=226&L=0%202%2053059>, besucht am 27. Dezember 2010.

⁵² <http://www.zehnder.ch/index.php?id=322>, besucht am 27. Dezember 2010.

⁵³ <http://www.regiopool.ch>, besucht am 27. Dezember 2010.

⁵⁴ Vgl. Rz 22 ff.

83. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass die NZZ-Gruppe auf dem Markt für Printwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz in Marktanteilen gemessen das stärkste Unternehmen ist. Trotzdem besteht mit Tamedia gegenüber der NZZ-Gruppe Konkurrenz. Es ist insbesondere auf die Gratiszeitung 20 Minuten Lokal-Ausgabe St. Gallen von Tamedia hinzuweisen, welche den Werbetreibenden neben den Printtiteln der NZZ-Gruppe zur Verfügung steht. Zudem scheint mit dem Werbepool Nordost Swisregio Kombi ein von der NZZ-Gruppe losgelöster Werbepool für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz vorhanden zu sein.

C.1.3.5.2 Zwischenergebnis

84. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Printwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.6 Markt für Radiowerbung

C.1.3.6.1 Aktueller Wettbewerb

85. Die Befragung nennt für den Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz die 3 Wettbewerber NZZ-Gruppe, die Top-Gruppe und die SRG sowie ausländische Radiostationen.

86. Als Markanteile werden in der Befragung folgende Werte genannt:

- NZZ-Gruppe: [...] gemäss NZZ-Gruppe und 95 % gemäss Top-Gruppe;
- Top-Gruppe: [...] (gemäss NZZ-Gruppe);
- SRG: [...] (gemäss NZZ-Gruppe).

87. Zur SRG als Wettbewerberin ist zu erwähnen, dass in den Radioprogrammen der SRG Werbung verboten ist (Art. 14 Abs. 1 RTVG). Der Bundesrat kann Ausnahmen für die Eigenwerbung vorsehen. Sponsoring ist der SRG in den Radioprogrammen erlaubt. Für die SRG kann von Einnahmen aus Sponsoring in Höhe von 1 Million Franken ausgegangen werden.⁵⁵

88. Die NZZ-Gruppe schätzt ihren Marktanteil auf [...] im Jahr 2009.⁵⁶ Gemäss NZZ-Gruppe existieren bezogen auf das Versorgungsgebiet Ostschweiz keine verlässliche Radio-Werbeumsatzzahlen. Deshalb könne nur eine Annäherung vorgenommen werden, indem von bekannten Zahlen des Radiowerbemarkts Schweiz ausgegangen werde, diese anhand des Bevölkerungsanteils des Versorgungsgebietes heruntergerechnet und in Relation zu den eigenen Umsatzzahlen gebracht werde. Dieses Vorgehen führt zu den Angaben in Tabelle 13.

Tabelle 13: Marktvolumen und Marktanteil gemäss NZZ-Gruppe

	2005	2006	2007	2008	2009
Marktvolumen in CHF	16.4 Mio.	16.0 Mio.	15.7 Mio.	15.2 Mio.	15.6 Mio.
Marktanteil NZZ-Gruppe ⁵⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Umsatz NZZ-Gruppe in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

89. Zu den Angaben in Tabelle 13 sind zwei Hinweise notwendig. [...] ⁵⁸ [...]

90. Der zweite Hinweis betrifft die Berechnung des Marktvolumens durch die NZZ-Gruppe. Das von der NZZ-Gruppe berechnete Marktvolumen berücksichtigt auch ausländische Radiostationen.⁵⁹ Gemäss NZZ-Gruppe spielten in der Grenzregion Ostschweiz die ausländischen Sender im Werbebereich eine wesentliche Rolle. Zum einen bestehe ein reger gegenseitiger Warenverkehr über die Grenze, zum anderen seien die Radiowerbepreise sowohl in Deutschland als auch in Österreich wesentlich tiefer als in der Schweiz (ca. 50 %) und die Radiowerbevolumen in diesen Ländern deutlich höher als in der Schweiz (Anteil Radiowerbung am Gesamtwerbevolumen 2009 in Österreich 8 %, in Deutschland 6,2 %, in der Schweiz 3,6 %). Allerdings gebe es keinerlei gesicherte Erkenntnisse, wie gross das Volumen an ausländischer Radiowerbung im Versorgungsgebiet sei. Die diesbezügliche Schätzung, welche in das Marktvolumen einfliesst, betrage 25 % des Schweizer Radiowerbemarktes im Versorgungsgebiet.

91. Zu diesem zweiten Hinweis ist festzuhalten, dass die Stiftung Werbestatistik Schweiz für das Medium Radio

die Netto-Werbeumsätze inklusive Sponsoring in Millionen Franken erhebt.⁶⁰ Die Art der Erhebung ist eine Vollerhebung bei den Werbeträgern in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein. Erhobene Grösse ist der Kunden-Netto-Werbeumsatz. Die Stiftung Werbestatistik Schweiz definiert Kunden-Netto-Werbeumsatz als Brutto-Umsätze minus Rabatte für Mengen- oder Wiederholungsabschlüsse.⁶¹ Gemäss Stiftung Werbestatistik Schweiz betragen die Netto-Werbeumsätze im Medium Radio (inklusive Sponsoring) 135 Millionen Franken im Jahr 2009. Wenn man diesen Netto-Werbeumsatz von 135 Millionen Franken wie von der NZZ-Gruppe vorge-

⁵⁵ SRG Finanzbedarf 2011 – 2014 – Bericht an das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, 52, http://www.srgssr.ch/nc/de/srg/finanzen/finanzbedarf-20112014/download/9897/c01fbf84/1228_Finanzbedarf%25202011-2014.pdf, besucht am 29. Dezember 2010.

⁵⁶ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 36.

⁵⁷ [...]

⁵⁸ [...]

⁵⁹ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 36.

⁶⁰ <http://www.werbestatistik.ch/index.php?pid=47>, besucht am 28. Dezember 2010.

⁶¹ <http://www.werbestatistik.ch/index.php?pid=16>, besucht am 28. Dezember 2010.

schlagen anhand des Bevölkerungsanteils des Versorgungsgebietes 11 Ostschweiz herunterrechnet, erhält man für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz ein Marktvolumen von 10,4 Millionen Franken. Der Faktor für die Berechnung des Marktvolumens anhand des Bevölkerungsanteils (0.077) errechnet sich aus dem Quotienten zwischen der Anzahl Einwohner im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz (596 251 Einwohner, vgl. Rz 1) und der Anzahl Einwohner in der Schweiz (7 785 800 Einwohner).⁶²

92. Gemessen am Marktvolumen von 10.4 Millionen Franken verfügt die NZZ-Gruppe mit einem Umsatz von [...] im Jahr 2009 über einen Marktanteil von ungefähr [...]. Würde man ausländische Radiostationen wie von der NZZ-Gruppe vorgeschlagen im Umfang von 25 % berücksichtigen, würde das Marktvolumen ungefähr 13,9 Millionen Franken betragen. Gemessen an diesem Marktvolumen, würde die NZZ-Gruppe über einen Marktanteil von ungefähr [...] verfügen.

93. Allerdings scheint die Schätzung von 25 % für das Volumen an ausländischer Radiowerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz zu hoch. Wenn mit ausländischer Radiowerbung die Werbung von ausländischen Werbetreibenden in ausländischen Radiostationen gemeint ist, dann kann dies nicht im Marktvolumen berücksichtigt werden: Es würde sich nicht um Werbung handeln, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz zu erreichen, sondern um Werbung, welche lediglich in das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz einstrahlt.

94. Wenn mit ausländischer Radiowerbung die Werbung von schweizerischen Werbetreibenden in ausländischen Radiostationen gemeint ist, so erscheint auch dies weniger gegeben: Weil die ausländischen Radiostationen in

das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz lediglich einstrahlen, stellt dieses Gebiet nicht das zu bewerbende Gebiet dar. Die Werbung in ausländischen Radiostationen mit Zielgruppen in der Schweiz wäre mit hohen "Streuverlusten" verbunden.

95. Selbst wenn das Volumen von ausländischen Radiostationen 25 % beträgt, scheint der Effekt ausländischer Radiostationen auf das Verhalten der NZZ-Gruppe nicht wesentlich zu sein. Gemäss NZZ-Gruppe "sind die Radiowerbepreise sowohl in Deutschland als auch in Österreich wesentlich tiefer als in der Schweiz (ca. 50 %)".⁶³ Somit könnten die Werbetreibenden ihre Werbeausgaben ungefähr halbieren, wenn sie ihre Werbung von schweizerischen Radiostationen zu ausländischen Radiostationen verschieben würden. Trotzdem ist die NZZ-Gruppe das Unternehmen mit dem höchsten Werbeumsatz im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

96. Für weitere Anhaltspunkte werden in Analogie zu den Argumenten zum Markt für Printwerbung (vgl. Rz 73 ff.) die Hörer- und Hörerinnenzahlen der Sonderauswertung Mediapulse herangezogen.⁶⁴ Die Hörer- und Hörerinnenzahlen aus der Sonderauswertung Mediapulse für die NZZ-Gruppe, andere schweizerische Radiostationen und die ausländischen Radiostationen sind in Tabelle 14 dargestellt. Zur Bestimmung der zu berücksichtigenden Radiostationen wird auf die OAW AG für Radio- und Fernsehwerbung (OAW, gehört zur NZZ-Gruppe) verwiesen. Gemäss OAW handelt es sich um folgende Radiostationen: Zürisee, Top, Antenne Vorarlberg, Oe3, Grischa, Radio L, NRJ, Central, SWR3, Radio 24 und Radio 7.⁶⁵ Somit nennt OAW beziehungsweise die NZZ-Gruppe die SRG nicht als Radiostation, welche für Radiowerbung relevant ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Radiostation Radio 7 nicht in der Sonderauswertung Mediapulse erscheint.

97. Tabelle 14: Radionutzung Ostschweiz (Quelle: Sonderauswertung Mediapulse; Universum: 497 300⁶⁶) und Marktanteile anhand Werte Sonderauswertung Mediapulse

Radiostation	Nettoreichweite in %	Nettoreichweite in Tausend ⁶⁷	Nutzung pro Kopf	Nutzung pro Hörer	Marktanteil in % anhand Nettoreichweite in Tausend
Radio FM1	26.4	131.2	16	60	44.57 %
Radio Top	7.1	35.2	3	38	11.96 %
Radio Zürisee	5.0	25.1	4	73	8.53 %
Oe3	3.7	18.6	1	34	6.32 %
Radio Central	3.7	18.3	1	35	6.22 %
Antenne Vorarlberg	3.5	17.4	1	39	5.91 %
SWR3	2.2	10.7	1	31	3.63 %
Radio L	2.3	11.2	1	40	3.80 %
NRJ	2.2	11.0	1	60	3.74 %
Radio 24	1.7	8.3	1	32	2.82 %
Radio Grischa	1.5	7.4	1	41	2.51 %
Total		294.4			100 %

⁶² <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/01/key.html>, besucht am 28. Dezember 2010.

⁶³ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 36.

⁶⁴ Konsultation, Beilage 5.

⁶⁵ http://www.onairwerbung.ch/index.php?article_id=13, Grafik "In der Ostschweiz kommt niemand an FM1 heran", besucht am 29. Dezember 2010.

⁶⁶ Gemäss Mediapulse AG erlaubt die ausgewählte Stichprobe, auf die (Radio)Nutzung der sprachassimilierten ständigen Wohnbevölkerung

der Schweiz, die 15 oder älter ist, zu schliessen (<http://www.mediapulse.ch/de/forschung/radio/methodikmessverfahren/universum.html>, besucht am 6. Dezember 2010).

⁶⁷ Die Mediapulse AG gibt als Tagesreichweite den Anteil der Haushalte beziehungsweise Personen an, die an einem bestimmten Tag (resp. an einem Durchschnittstag) das entsprechende Fernsehprogramm während mindestens 30 Sekunden gesehen haben. Vorliegende Sonderauswertung Mediapulse erfasst die Nettoreichweite für eine Woche von Montag bis Sonntag (Weekpart: Mo-So).

98. Die Werte in Tabelle 14 zeigen, dass die NZZ-Gruppe im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz ungefähr 45 % der Hörer- und Hörerinnen erreicht. Zudem zeigen die Werte, dass die ausländischen Radiostationen in Bezug auf die Anzahl Hörer- und Hörerinnen ungefähr 20 % ausmachen (Radio L ist dabei berücksichtigt).

99. Wie die Werte in Tabelle 14 zudem zeigen, ist im Markt für Radiowerbung kein zur NZZ-Gruppe vergleichbares Unternehmen tätig. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Markt für Printwerbung. Während im Markt für Printwerbung mit Tamedia (20 Minuten) ein zur NZZ-Gruppe vergleichbares Unternehmen vorhanden ist, verfügt die NZZ-Gruppe im Markt für Radiowerbung über einen in Marktanteilen gemessenen Vorsprung von etwas mehr als 32 % gegenüber dem zweitstärksten Wettbewerber (Top-Gruppe). Der Vorsprung gegenüber den anderen Wettbewerbern liegt zwischen 36 % und 42 %.

100. Der relative Marktanteil bei der Hörerschaft ist ein entscheidender Faktor, weil die Werbetreibenden grundsätzlich den Marktführer auf dem relevanten Werbemarkt bevorzugten.⁶⁸ Davon geht auch die NZZ-Gruppe aus: "Wer Radiowerbung machen will, sucht den Sender mit dem grössten Anteil im Hörermarkt des Zielgebiets. In der Ostschweiz ist die Suche einfach: FM1 hat einen Marktanteil, den nicht einmal alle anderen Sender zusammen erreichen."⁶⁹

101. Als Werbepool ergibt die Befragung den Swiss Radio Pool (unter anderem mit den 2 NZZ-Radiostationen Radio FM1 und toxic.fm).⁷⁰ Allerdings ergeben Recherchen Hinweise, dass der Swiss Radio Pool per Ende 2010 aufgelöst wurde. So führt auch der

Link www.swissradiopool.ch zur Internetseite www.radiocitykombi.ch. Der Werbepool Radio City Kombi ist auf die 3 Städte Basel, Bern und Zürich ausgerichtet. Somit erscheint der Werbepool Radio City Kombi ohne Relevanz für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz. Zudem bestehen keine Hinweise, dass die NZZ-Gruppe Teil des Werbepools Radio City Kombi ist.

102. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass aufgrund der aktuellen Konkurrenz nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Radiowerbung in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

C.1.3.6.2 Potenzieller Wettbewerb

103. Beim potenziellen Wettbewerb ist zuerst darauf hinzuweisen, dass bei den UKW-Frequenzressourcen eine ständige Knappheit besteht.⁷¹ Diese ständige Frequenzknappheit beim UKW-Band schränkt einen Markteintritt im wichtigsten Kanal für die Verbreitung von Radio erheblich ein: "Neue Versorgungswünsche scheitern immer wieder an der dichten Belegung des UKW-Frequenzspektrums."⁷² Zudem seien UKW-Frequenzen nur über die Erteilung einer Veranstalterkonzession erhältlich, die derzeit nur alle 10 Jahre ausgeschrieben würde.⁷³ Damit ist ein Markteintritt mit UKW-Verbreitung sehr stark eingeschränkt.

104. Als Unternehmen, welche in den nächsten drei Jahren in den Markt für Radiowerbung eintreten könnten und die Wahrscheinlichkeit, dass es tatsächlich zu einem solchen Zutritt kommt nennt die NZZ-Gruppe folgende Unternehmen:⁷⁴

Tabelle 15: Unternehmen im Rahmen der potenziellen Konkurrenz und deren Markteintrittswahrscheinlichkeit

Unternehmen	Geschätzte Wahrscheinlichkeit Eintritt
Regionalisierte Internetradioangebote (Ringier, Tamedia)	30 %
SRG mit zusätzlichen Programmangeboten	20 %
DAB-Radios	20 %
Kabel	20 %
Satellit	1 %

105. Zu diesen Angaben gilt es grundlegend zu bemerken, dass die NZZ-Gruppe ausser bei den regionalisierten Internetradioangeboten keine konkreten Unternehmen als potenzielle Wettbewerber nennt. Deshalb ist davon auszugehen, dass zurzeit keine bevorstehenden Markteintritte bekannt sind oder Unternehmen bekannt sind, für die mit einem Markteintritt zu rechnen ist.

⁶⁸ KIEFER (Fn 45), 321.

⁶⁹ http://www.onairwerbung.ch/index.php?article_id=13, "In der Ostschweiz kommt niemand an FM1 heran", besucht am 29. Dezember 2010.

⁷⁰ Konsultation, Beilage 2, act. 7, 27 und act. 9, 37; http://www.swissradiopool.ch/main.php?content=verbreitung#srp_city_plus, besucht am 10. Januar 2011.

⁷¹ Konsultation, Beilage 2, act. 7, 29; Konsultation, Beilage 2, act. 9, 38; Schlussbericht der Expertengruppe UKW 2001 – Empfehlungen und Szenarien für die qualitative oder quantitative Optimierung der UKW Versorgung in der Schweiz (<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=de&msg-id=1307>, besucht am 7. Januar 2011).

⁷² Schlussbericht der Expertengruppe UKW 2001 – Empfehlungen und Szenarien für die qualitative oder quantitative Optimierung der UKW Versorgung in der Schweiz, 1, <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=de&msg-id=1307>, besucht am 7. Januar 2011.

⁷³ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 38.

⁷⁴ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 38.

106. Zudem gilt es unter Bezug einer Studie zur Nutzung von Geräten für Individual- und Massenkommunikation (Kommtech-Studie) grundlegend festzuhalten, dass Autoradio und herkömmliche Radiogeräte die meistgenutzten Kanäle der Radionutzung darstellen.⁷⁵ Die Resultate der Kommtech-Studie zu den genutzten Geräten zum Radiohören sind in Abbildung 6 abgebildet. Das Autoradio ist das meistgenutzte Gerät zum Radiohören. Am zweitmeisten werden herkömmliche Radioge-

räte zum Radiohören genutzt. Nach wie vor scheint die terrestrische Form das wichtigste Verbreitungsmedium für die Radionutzung zu sein (vgl. 109). Davon geht auch das BAKOM aus.⁷⁶ Damit dürften die Effekte von Markteintritten über Internet, mit digitaler Verbreitung, über Kabel oder Satellit geringer ausfallen als wenn sie in terrestrischer Form erfolgen.

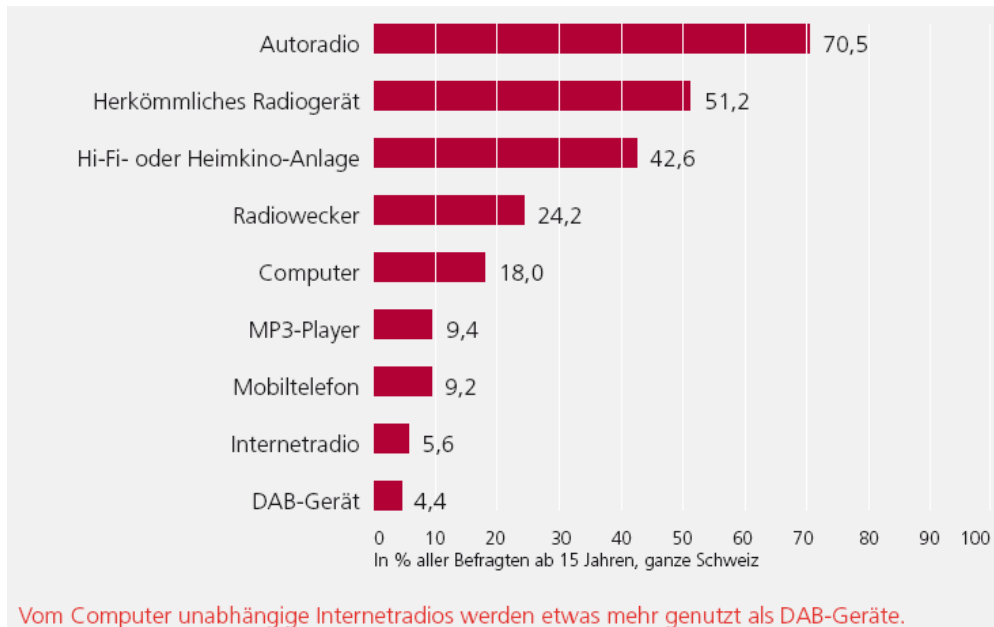


Abbildung 6: Genutzte Geräte zum Radiohören, Die KommTech-Studie 2010 - Informationen zur Nutzung von Geräten für Individual- und Massenkommunikation

107. Zu den Angaben der NZZ-Gruppe im Einzelnen ist zunächst zu einem allfälligen Markteintritt mit Internetradioangeboten festzuhalten, dass das Internet zum Hören von Radio im Vergleich zu anderen Nutzungsmöglichkeiten eine eher untergeordnete Rolle spielt. Dies kann aus Daten zur Internetnutzung in der Schweiz nach Nutzungszwecken und Häufigkeit des Bundesamtes für Statistik geschlossen werden: Ungefähr 20 % der Internetnutzer verwenden das Internet täglich oder fast täglich, um Radio via Internet zu hören (Live-Streaming). Obwohl die Entwicklung von Internetradio nicht aus den Augen gelassen werden darf (es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Nutzung von Internetradio steigt und somit Internetradio an mehr Bedeutung gewinnt), wird das Internet zurzeit vorwiegend für andere Zwecke wie beispielsweise E-Mail-Kommunikation, Informationssuche oder Reiseinformationen verwendet.

⁷⁵ <http://www.radiozentrale.de/site/795.0.html>, besucht am 7. Januar 2011.

⁷⁶ Die KommTech-Studie 2010 – Informationen zur Nutzung von Geräten für Individual- und Massenkommunikation, http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01214/index.html?lang=de, besucht am 7. Januar 2011.

Tabelle 16: Internetnutzung in der Schweiz nach Nutzungszwecken und Häufigkeit, 2008, in % der Internetnutzer (Internet in den letzten 3 Monaten genutzt), Quelle: Bundesamt für Statistik⁷⁷

	Häufigkeit Internet-Nutzung zu Hause: Täglich oder fast täglich	Häufigkeit Internet-Nutzung zu Hause: Mindestens einmal pro Woche	Häufigkeit Internet-Nutzung zu Hause (nur Internetnutzer WNK befragt): Mindestens einmal in 3 Monaten	Internetnutzer insgesamt (Internet in den letzten 3 Monaten genutzt)	In % der Bevölkerung ab 15 Jahren
Um E-Mail zu verschicken und empfangen	90.7	80.2	72.3	87.9	66.2
Um Informationen zu suchen	87.2	79.5	74.9	85.2	64.7
Um Fahr-, Flug-, Reiseinfo einzuholen	73.2	58.7	52.3	69.6	51.9
Lexika, Nachschlagewerke	62.9	47.7	43.6	59.2	44.2
Veranstaltungskalender	57.2	37.5	29.4	52.3	38.9
Um tagesaktuelle Nachrichten zu lesen	54.4	38.7	25.5	50.1	37.3
Für Homebanking	45.6	21.9	20.2	40.1	29.7
Preisvergleiche	41.0	30.0	11.4	37.5	27.9
Stellen- und Wohnungsmärkte & Kleinanzeigen	38.4	33.5	16.8	36.4	27.0
Um einzukaufen	37.4	23.5	20.1	34.1	25.2
Um Computer-Programme zu downloaden	32.1	9.1	5.8	26.8	19.5
Um Musikstücke zu downloaden	30.0	11.2	10.5	25.7	19.0
SMS	26.0	13.8	6.7	22.8	16.8
Für Instant Messaging, das heisst sich mit einer Person in Echtzeit schriftlich austauschen	26.7	8.0	8.2	22.4	16.7
Um übers Internet Videos anzuschauen	26.0	6.2	4.3	21.4	15.6
Um etwas zu versteigern oder ersteigern	23.0	11.0	5.8	20.0	14.6
Um zu chatten	22.7	7.8	3.8	19.1	13.9
Um Radio via Internet zu hören (Live-Streaming)	20.3	4.4	3.3	16.7	12.1
Für Blogging	17.3	3.4	9.2	14.4	10.5
Um online Computerspiele zu spielen	14.4	8.5	9.1	13.1	9.6
Um übers Internet zu telefonieren	14.4	7.2	0.9	12.4	9.2
Um TV via Internet zu sehen	13.5	4.4	2.6	11.3	8.2
Um Filme zu downloaden	9.9	3.1	3.0	8.4	6.1
Für Podcasting	8.8	4.8	1.4	7.7	5.7
Um Lotterie, Gewinnspiele zu machen	4.9	0.7	3.4	4.1	3.1
Um Klingeltöne für's Handy zu downloaden	3.2	0.8	9.0	2.6	2.0
Um mich in einer virtuellen Welt zu bewegen	2.0	0.1	0.5	1.6	1.2

⁷⁷ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/03/key/ind16.Document.25576.xls>, besucht am 5. Januar 2011.

108. Zum von der NZZ-Gruppe genannten allfälligen Markteintritt durch die SRG mit zusätzlichen Programmangeboten muss auf deren Werbeverbot und deren geringen Sponsoringumsätze hingewiesen werden. Damit stellt die SRG wenn überhaupt nur geringste potenzielle Konkurrenz in Bezug auf den Markt für Radiowerbung dar. Zudem ist unklar, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt die SRG ihr Programmangebot erweitert beziehungsweise erweitern kann.

109. Zu DAB-Radios, welche die NZZ-Gruppe als potenzielle Konkurrenz nennt, können die Verbreitungswerte

des BAKOM herangezogen werden.⁷⁸ Diese Werte sind in Abbildung 7 wiedergegeben. Gemäss BAKOM ist der Anteil der digitalen Verbreitung der erhobenen Programme bei den Schweizer Privatradios am geringsten. Aus den Werten in Abbildung 7 ist ersichtlich, dass der Anteil der digital verbreiteten Privatradios im Jahr 2008 ungefähr 15 % betrug. Dementsprechend erfolgt bei 85 % der Privatradios die Verbreitung in analoger Form. Die digitale Form scheint bei der Verbreitung von Privatradios eine eher untergeordnete Bedeutung zu haben. Somit fällt auch potenzielle Konkurrenz durch DAB-Radiostationen als sehr gering aus.

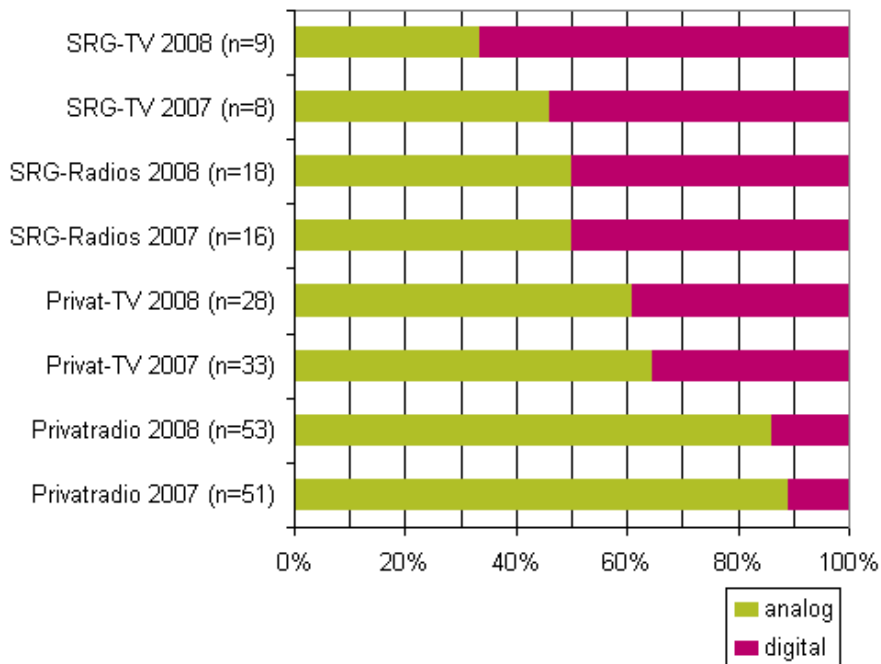


Abbildung 7: Anteile analoge und digitale Verbreitung 2007/2008

110. Gegenüber der Verbreitung von Radio über Internet und DAB ist der Verbreitung über Kabel etwas mehr Bedeutung einzuräumen. Die Mehrheit der Schweizer Bevölkerung höre Radio über UKW.⁷⁹ Allerdings werde aufgrund der hohen Verkabelungsdichte von 95,4 % Radio in der Schweiz im europäischen Vergleich aber auch deutlich mehr über Kabel gehört. Besonders gelte dies in Gebieten mit schlechtem UKW-Empfang. In einer Umfrage im Jahr 2000 hätten über 41 % angegeben, täglich oder mehrmals pro Woche Radio über Kabel zu hören. Eine noch wesentlich grössere Bedeutung dieses Übertragungsweges zumindest für die Deutschschweiz ergebe die Studie "Der Kabelradio-Markt Schweiz": Laut der Studie nutzen rund 76 % der verkabelten Deutschschweizer Haushalte den Kabelanschluss auch zum Radiohören.

111. Obwohl der Übertragungsweg Kabel bedeutungsvoll zu sein scheint, ist immer noch fraglich, ob ein Markteintritt nur über den Übertragungsweg Kabel erfolgsversprechend ist. Damit ist auch fraglich, wie attraktiv ein Markteintritt als reines Kabelradio ist. Zudem ist die wichtigste Verbreitungsart die terrestrische Form, was die Auswirkungen eines Markteintritts eines reinen Kabelradios auf die Situation im Markt für Radiowerbung stark limitiert.

112. Schliesslich ist zu bemerken, dass ein Markteintritt über den Verbreitungsweg Satellit mit 1 % Wahrscheinlichkeit als bedeutungslos eingestuft werden kann.

113. Die Ausführungen zur potenziellen Konkurrenz zeigen, dass Markteintritte über die Verbreitungswege Internet, DAB oder Kabel nicht ausgeschlossen werden können. Allerdings erscheinen solche Markteintritte für Unternehmen als wenig attraktiv, wenn er nicht gleichzeitig mit einer terrestrischen Verbreitung erfolgen. Selbst wenn es zu Markteintritten auf den genannten Verbreitungswegen käme, dann kann von einem eher geringen Effekt auf die Situation auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Radiowerbung ausgegangen werden. Insgesamt ist die potenzielle Konkurrenz als nicht ausreichend einzustufen, dass sie die NZZ-Gruppe von einem unabhängigen Verhalten in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern abhält.

⁷⁸ <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/03208/03210/index.html?lang=de>, besucht am 5. Januar 2011.

⁷⁹ Marktchancen neuer Privatradios (Goldmedia), 2000, 39 m. w. H., http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/01214/02302/02352/index.html?lang=de, besucht am 7. Januar 2011.

C.1.3.6.3 Zwischenergebnis

114. Die aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Radiowerbung ist nicht ausreichend, so dass sich die NZZ-Gruppe in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. Die NZZ-Gruppe verfügt auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Radiowerbung über eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.7 Markt für Fernsehwerbung

C.1.3.7.1 Aktueller Wettbewerb

115. Die Befragung ergibt für den Markt für Fernsehwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz folgende Angaben zu den Wettbewerbern und deren Marktanteilen:

- TVO (gehört zur NZZ-Gruppe): [...] bis 95 %;
- Tele Top (gehört zur Top-Gruppe): [...] bis 5 %;
- SRG: [...];
- Ausländische Sender mit Schweizerfenster: [...].

116. Gemäss BAKOM umfasst der relevante Markt alle Fernsehprogramme, die über DVB T, Leitungen oder Satellit verbreitet werden und die geeignet beziehungsweise bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 Ostschweiz mit Werbung zu erreichen. Gegeben diese Marktabgrenzung, kann die Betrachtung nicht nur – wie von der Top-Gruppe vorgeschlagen⁸⁰ – auf die NZZ-Gruppe und die Top-Gruppe beschränkt werden. Die SRG und andere Fernsehstationen wie beispielsweise ausländische Sender mit Schweizerfenster können als Wettbewerber berücksichtigt werden.

117. Das Marktvolumen im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz beträgt 45,8 Millionen Franken im Jahr 2009, wenn man von einer Annäherung mit Netto-Werbeumsätzen in der Schweiz für das Medium Fernsehen (595 Millionen Franken, inklusive Sponsoring)⁸¹ und des Bevölkerungsanteils des Versorgungsgebietes (Faktor 0.077) ausgeht.

118. Aus den Angaben der NZZ-Gruppe kann deren Umsatz auf [...] berechnet werden.⁸² Somit beträgt der Marktanteil der NZZ-Gruppe [...].

C.1.3.7.2 Zwischenergebnis

119. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Fernsehwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.1.3.8 Markt für Online-Werbung

C.1.3.8.1 Aktueller Wettbewerb

120. Im Rahmen der Befragung schätzt die NZZ-Gruppe das Volumen des Marktes für Online-Werbung für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz auf 9.5 Millionen Franken im Jahr 2009.⁸³ In Jahr 2009 betrage der Marktanteil der NZZ-Gruppe 2.5 %. Allerdings bezieht sich die NZZ-Gruppe beim Marktanteil nur auf ihre Internetseite tagblatt.ch. Neben der Internetseite tagblatt.ch

verfügt die NZZ-Gruppe jedoch über weitere Angebote, die geeignet beziehungsweise bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Ostschweiz mit Werbung zu erreichen.⁸⁴ So wirbt die NZZ-Gruppe, dass ihr Online-Angebot zu den reichweitenstärksten Schweizer Mediensites gehört und in der Zielgruppe "Leader" und "Top-Leader" eines der meistgenutzten Schweizer Internetangebote ist: NZZ-Netz ist der gemeinsamen Online-Auftritt der "Neuen Zürcher Zeitung", der "Neuen Luzerner Zeitung" und des "St. Galler Tagblatts".⁸⁵ Die Reichweite des Internetangebotes NZZ-Netz betrage in der Deutschschweiz 23 % (886 000 Unique User pro Monat).

121. Die Top-Gruppe schätzt das Volumen des Marktes für Online-Werbung auf 3 Millionen Franken.⁸⁶ Als Marktanteil für die NZZ-Gruppe gibt die Top-Gruppe 90 % an.

122. Tamedia schätzt das Marktvolumen auf [...].⁸⁷ Für den Marktanteil der NZZ-Gruppe macht Tamedia keine Angaben.

123. Im Gegensatz zum Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet beschränkt sich der Markt für Online-Werbung gemäss Marktabgrenzung nicht nur auf Internetplattformen mit lokalem/regionalem Inhalt. Aufgrund der Marktdefinition des BAKOM kann davon ausgegangen werden, dass zum Markt für Online-Werbung auch Internetseiten mit überregionalem oder deutschschweizweitem Charakter gehören. Aus diesem Grund und wegen der interdependenten Beziehungen zwischen Nutzer/Nutzerinnen und dem Markt für Online-Werbung werden an dieser Stelle für weitere Anhaltspunkte behelfsmässig und im Sinne einer Annäherung die Ergebnisse der Sonderauswertung WEMF zu den elektronischen Medien für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz (Region 2 [Alpen und Voralpen] oder Fürstentum Liechtenstein und WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F [WG 26 oder 42 oder 44]) herangezogen.⁸⁸ Diese Ergebnisse sind in Tabelle 17 und Tabelle 18 enthalten.

⁸⁰ Konsultation, Beilage 2, act. 8, 30.

⁸¹ <http://www.werbestatistik.ch/index.php?pid=47>, besucht am 31. Dezember 2010.

⁸² Konsultation, Beilage 2, act. 9, 41.

⁸³ Konsultation, Beilage 2, act. 9, 44.

⁸⁴ NZZ-Mediengruppe Geschäftsbericht 2009, 92 f.

⁸⁵ <http://www.nzzwerbung.ch/produkte/online/uebersicht>, besucht am 3. Januar 2011.

⁸⁶ Konsultation, Beilage 2, act. 7, 35 f.

⁸⁷ Konsultation, Beilage 2, act. 6, 33.

⁸⁸ Konsultation, Beilage 6, Internet-Nutzung in 3 Konzessionsgebieten, 17 ff.

Tabelle 17: Internetseiten mit Reichweite und Nutzer im WEMF Super-Wirtschaftsgebiet F

Internetseite	Reichweite in %	Anzahl Nutzer	Verweildauer in Minuten	Mediengruppe/Verlag
Blick Online	13.5	63 000	45	Ringier
20minuten.ch	13.0	61 000	53	Tamedia
Newsnetz.ch	7.0	33 000	57	Tamedia, Basler Zeitung
NZZ Online	5.1	24 000	32	NZZ-Gruppe
tagesanzeiger.ch	5.0	23 000	73	Tamedia
baslerzeitung.ch	1.1	5000	3	Basler Zeitung
thurgauerzeitung.ch	1.1	5000	8	NZZ-Gruppe
Total		214 000		

Tabelle 18: Internetseiten mit Reichweite und Nutzer in Region 2

Internetseite	Reichweite in %	Anzahl Nutzer	Verweildauer in Minuten	Mediengruppe/Verlag
Blick Online	14.4	164 000	50	Ringier
20minuten.ch	12.3	140 000	40	Tamedia
Newsnetz.ch	7.7	88 000	39	Tamedia, Basler Zeitung
NZZ Online	6.2	71 000	30	NZZ-Gruppe
tagesanzeiger.ch	5.8	66 000	47	Tamedia
zisch.ch (Neu Luzerner Zeitung)	3.9	45 000	19	NZZ-Gruppe
Newsnetz Bern	1.5	17 000	12	Tamedia
baslerzeitung.ch	1.1	12 000	5	Basler Zeitung
Total		603 000		

124. Die Werte in Tabelle 17 und Tabelle 18 ergeben für die NZZ-Gruppe Marktanteile von ungefähr 13,6 % beziehungsweise 19,2 %.

125. In Ergänzung zu den Angaben der befragten Kreise und der Sonderauswertung WEMF sind in Tabelle 19 die 20 meistgenutzten Internetseiten mit Werbung für den Monat Dezember 2010 dargestellt.

Tabelle 19: Die 20 meistbesuchten Internetseiten mit Werbung im Dezember 2010 (Quelle: NET-Metrix-Audit, <http://www.net-metrix.ch/produkte/net-metrix-audit/publikation/zeitreihen-abfrage>, besucht am 3. Januar 2011)

Internetseite	Seitenaufufe (page impressions) ⁸⁹	Internetseite	Visits ⁹⁰	Internetseite	Unique Clients ⁹¹
Bluewin	369 521 450	Bluewin	46 318 594	Bluewin	3 925 000
Microsoft Advertising Schweiz	277 570 409	Microsoft Advertising Schweiz	42 439 136	Microsoft Advertising Schweiz	3 744 000
Netlog	241 131 397	Blick Online	17 318 831	search.ch	2 810 000
Blick Online	198 435 953	20minuten.ch	15 427 708	local.ch	2 802 000
Scout24	172 647 310	GMX.ch	13 896 566	20minuten.ch	2 442 000
GMX.ch	117 866 700	tagesanzeiger.ch	11 056 496	Blick Online	2 090 000
20minuten.ch	112 808 660	search.ch	10 459 376	Scout24	1 892 000

⁸⁹ Anzahl Sichtkontakte beliebiger Internetnutzer mit einer gemessenen Website, <http://www.net-metrix.ch/glossar>, besucht am 3. Januar 2011.

⁹⁰ Zusammengehörige Nutzungsvorgänge auf Websites. In NET-Metrix-Audit werden diejenigen Seitenaufufe eines Internetusers zu

einem Visit zusammengefasst, zwischen denen die zeitliche Distanz maximal 30 Minuten beträgt; <http://www.net-metrix.ch/glossar>, besucht am 3. Januar 2011.

⁹¹ Anzahl Computer (Browser, Clients), von denen auf eine Website zugegriffen wird; <http://www.net-metrix.ch/glossar>, besucht am 3. Januar 2011.

126. Die Werte in Tabelle 19 ergeben für die NZZ-Gruppe einen Anteil von weniger als 5 %, unabhängig von den verwendeten Indikatoren Seitenaufrufe, Visits oder Unique Clients. Allerdings gilt es zu beachten, dass es sich nicht um die erzielten Umsätze der genannten Internetseiten für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz handelt. Insofern dürften die Werte in Tabelle 19 nicht den wahren Werten entsprechen. Trotzdem kann im Rahmen dieser Konsultation im Sinne von behelfsmässigen Richtwerten darauf zurückgegriffen werden, weil sich die Werbetreibenden für die Entscheide über den Einsatz ihrer Werbemittel auch an Werten über die Anzahl Nutzer orientieren.

127. Aus Tabelle 19 geht hervor, dass den Werbetreibenden neben den Internetseiten der NZZ-Gruppe andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Diese Möglichkeiten betreffen gleiche und ähnliche Tätigkeitsfelder wie diejenigen der NZZ-Gruppe (zum Beispiel Online-Nachrichten, Immobilienportale oder Online-Partnervermittlung). Zudem stehen den Werbetreibenden Möglichkeiten offen, welche über diejenigen der NZZ-Gruppe hinausgehen (zum Beispiel E-Mail-Angebot oder Reiseangebot).

128. In zusätzlicher Ergänzung zu den Angaben der befragten Kreise werden als zusätzlicher Hinweis die Angaben von Media Focus bezüglich des Werbedruckes⁹² der klassischen Online-Werbung herangezogen, welche die Stiftung Werbestatistik Schweiz als Ersatz für die Netto-Werte in der Werbestatistik ausweist. Gemäss Stiftung Werbestatistik Schweiz betrug der Brutto-Werbeumsatz in der Schweiz 119 Millionen Franken im Jahr 2009.⁹³ Eine Aufteilung des gesamtschweizerischen Brutto-Werbeumsatzes anhand des Bevölkerungsanteils (Faktor 0.077) ergibt für das Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz einen Brutto-Werbeumsatz von 9,2 Millionen Franken. Wenn man den von der Top-Gruppe geschätzten Umsatz der NZZ-Gruppe von 2,7 Millionen Franken dazu ins Verhältnis setzt, resultiert ein Marktanteil von ungefähr 29,3 %.

C.1.3.8.2 Zwischenergebnis

129. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG der NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Online-Werbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

C.2 Ergebnis

130. Aufgrund des Sachverhalts und den vorhandenen Informationen im Rahmen der Konsultation des BAKOM kann gefolgert werden, dass die NZZ-Gruppe auf dem vom BAKOM abgegrenzten Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz (vgl. Rz.13 ff.) über eine marktbeherrschende Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG verfügt.

131. Für die nachstehend vom BAKOM abgegrenzten Märkte kann basierend auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der Vorgaben des BAKOM für die NZZ-Gruppe nicht von einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 4 Absatz 2 KG ausgegangen werden:

- Leser- und Leserinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz,
 - Hörer- und Hörerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz,
 - Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz
 - Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen im Internet im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz,
 - Markt für Printwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz,
 - Markt für Fernsehwerbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz
- und
- Markt für Online-Werbung im Versorgungsgebiet 11 Ostschweiz.

132. Für das vorliegende Gutachten grenzt das BAKOM die relevanten Märkte ab und gibt diese der WEKO vor. Die vom BAKOM vorliegenden Marktangaben richten sich nicht nach rein kartellrechtlichen Kriterien. Deshalb entsprechen die relevanten Märkte nicht der Praxis der WEKO. Ebenso wenig sind die vom BAKOM vorgegebenen relevanten Märkte praxisbildend für Verfahren nach dem Kartellgesetz. Die WEKO übernimmt die in der Konsultation vorgegebene Marktangaben und führt selber keine Marktangaben durch. Somit geht die WEKO auch nicht auf Vorbringen betreffend die Marktangaben ein.

⁹² Die Werbestatistik von Media Focus zeigt auf, wie und mit welchem Werbedruck (=Bruttoschaltungswert) für Produkte im Marktvergleich Werbung geschaltet wurde, <http://www.mediafocus.ch/de/produkte-und-dienstleistungen/werbestatistik/beschreibung>, besucht am 3. Januar 2011.

⁹³ <http://www.werbestatistik.ch/index.php?pid=47>, besucht am 3. Januar 2011.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	H	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		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
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
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
DPC	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	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		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		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 366 ff., 377, 379 f.
 Abrede 364 ff., 372, 376 ff., 382 f., 386 ff., 392, 395, 427, 430, 444
 Acquiring -
 Anhörung 425 ff., 429, 432, 434 ff.
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 421 f.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe -
 Effizienzprüfung 390, 405
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 376, 393, 395 ff.
 Erheblichkeit 365, 367 f., 370, 382, 389
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 Interchange Fee -
 Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 368, 387, 403, 410 f., 417, 423, 430 f., 437
 Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten -
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 403, 405
- M**
- Marktaufteilung -
 marktbeherrschende Stellung 403 f., 410, 412 f., 415 f., 420, 422, 439 ff., 444 ff., 448, 455, 459, 463, 466, 468, 470, 476, 478
 Marktgegenseite 368 f., 387, 403 f., 418 f., 444, 446 ff.
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 374
 Marktzutrittsschranken -
 Meldepflicht 411 ff., 415, 417 f., 449
 Missbrauch 368, 377, 403 ff., 430, 441 f., 444 ff., 454
- N**
- Netzwerk -
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 404, 472
 Preisabrede 364 f., 367 f., 371
 Preisbindung zweiter Hand 367, 381 f.
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 364, 368, 370
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 399, 409, 440, 445, 448
 Senkung Herstellkosten -
 Submission -
 Submissionskartell -
- T**
- Tarife -
 Tarifvertrag -
 Tierärzte/innen -
 Transparenzmassnahmen -

U	vorgezogene Recyclinggebühren -
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 364, 370, 372, 375 f., 383, 385, 387, 389, 392 f., 395 ff., 400, 402 ff., 430, 440 f., 443, 448 ff.,	W
unzulässige Wettbewerbsabrede 365, 377, 382	Wettbewerb um den Markt -
V	X
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Y
Veröffentlichung -	Z
Verschulden 441	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
vorbehaltene Vorschriften 365, 377, 402	
