



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

2014/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.14/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

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 120.- estero (porto franco)

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

2014/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2014

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	
B 8	Bundesstrafgericht	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
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	
B 8	Tribunale penale federale	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Netzwerkgeräte Cisco Systems	353
	2. Meldesystem Baumeisterverbände	373
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen	387
	2. Sport im Pay-TV – teilweise Verfahrenseinstellung	391
	3. ETA Preiserhöhungen	396
	4. Jura	407
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Coop/Marché	418
	2. Aurelius/Publicitas	421
	3. Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG	430
	4. Carlyle/PAI/CST	438
	5. Kallisto/CABB International GmbH	440
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)	442
9.	Diverses Divers Diversi	
	1. Commission rogatoire du 17 décembre 2013 au sens des articles 1 et 3 de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (Convention de la Haye du 18 mars 1970) dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR	450
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 9. Juli 2014 upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG – Gegenstand: Verfügung vom 8. Juli 2013 in Sachen vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung Cinetrade AG der WEKO	452
	2. Urteil vom 1. Juli 2014 Parteistellung in der Untersuchung der WEKO Online-Buchungsplattformen für Hotels	461
	3. Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 in der Beschwerdesache [...] gegen WEKO - Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren [...] betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG	469
	4. Urteil vom 29. April 2014 The Swatch Group AG gegen WEKO	473
B 6	Preisüberwacher Surveillant des prix Sorvegliante dei prezzi	
	1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post	481

E. Diverses	
Divers	
Diversi	
1. Gutachten zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)	496
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	506
Index (deutsch, français e italiano)	508

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. Netzwerkgeräte Cisco Systems

Schlussbericht vom 25. März 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Netzwerkgeräte Cisco Systems wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG

A **Sachverhalt**

A.1 **Verfahrensgegenstand**

1. Hauptgegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildet die Bereitstellung und der Vertrieb von Supportdienstleistungen für Ethernet Switches und Router für Unternehmenskunden von Cisco Systems Inc. (nachfolgend: Cisco). In diesem Zusammenhang hat die [die Anzeigerin] eine Anzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eingereicht, in welcher Cisco unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG¹ vorgeworfen werden.

2. Typischerweise benötigen Ethernet Switches und Router ein herstellerspezifisches Betriebssystem. [Die Anzeigerin] macht insbesondere geltend, Cisco kopple den Bezug von Betriebssystem-Updates an den Erwerb von weiteren Supportdienstleistungen entweder bei Cisco selbst oder bei ihren Vertriebspartnern. Gemäss [der Anzeigerin] behindere diese Praxis unabhängige Drittanbieter von Supportdienstleistungen für Ethernet Switches und Router in der Ausübung des Wettbewerbs.

3. Informelle Abklärungen der EU-Kommission in derselben Angelegenheit wurden im Jahr 2009 ohne Folgen eingestellt. Da es sich nicht um ein formelles Verfahren handelte, liegt allerdings kein Schlussbericht vor. Auch im direkten Kontakt mit der EU-Kommission konnte das Sekretariat keine abschliessenden Gründe für die Einstellung ausfindig machen. Wie den Eingaben von Cisco zu entnehmen ist, entspricht jedoch die Argumentation von Cisco gegenüber dem Sekretariat weitestgehend derjenigen gegenüber der EU-Kommission. Allerdings hat sich der Sachverhalt seither weiterentwickelt (insbesondere die Praxis [...]²), sodass eine nähere Prüfung des Sachverhalts durch das Sekretariat angezeigt ist.

A.1.1 **Cisco Systems Inc.**

4. Cisco Systems Inc. (mit Sitz in Kalifornien, USA) ist ein multinationaler Konzern, zu welchem auch Unternehmen in der Schweiz gehören, insbesondere die Cisco Systems (Switzerland) GmbH mit Sitz in Wallisellen, sowie eine Reihe von Zweigniederlassungen von Konzerngesellschaften von Cisco in Wallisellen (ZH) und in Rolle (VD). Cisco entwickelt, produziert und vertreibt in erster Linie Netzwerk- und Kommunikations-Hardware. Konkret ist Cisco in folgenden Bereichen tätig: Datenspeicherung, Web Conferencing (Telefon- und Videokonferenzen via Internet), Routing, IPTV (Fernseh-Übertragung via Internet), WLAN, Switching, Sicherheit (u.a. von Unternehmensnetzwerken), Sprachübertragung (z.B. Telefonie via Internet) und Heimnetzwerke. Cisco erzielte im Geschäftsjahr 2012 einen weltweiten Umsatz von 46,06 Milliarden US-Dollar und beschäftigt weltweit 66'639 Mitarbeiter.³

A.1.2 **Netzwerkgeräte: Ethernet Switches und Router**

A.1.2.1 **Allgemeines**

5. Netzwerkgeräte ermöglichen die Informationsübermittlung (insbesondere von Daten, Sprache und Videos) zwischen an ein Computer-Netzwerk angeschlossenen Geräten, wie PCs, Netzwerkdruckern, Servern, Video-Konferenzgeräten etc. Im alltäglichen Gebrauch verbreitet ist insbesondere der Einsatz von WLAN-Geräten, Modems und Netzwerkadaptern in PCs und Notebooks.

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

² Vgl. hierzu hinten, Rz 32 ff.

³ Vgl. <www.cisco.com/web/CH/de/cisco/index.html> (25.2.2013).

6. Die vorliegende Vorabklärung hat hingegen Netzwerkgeräte für den Unternehmensgebrauch zum Inhalt, wobei Ethernet Switches und Router im Vordergrund stehen. Bei diesen handelt es sich um Investitionsgüter mit, laut Angaben von Cisco, einer typischen Lebensdauer von 3 bis 5 Jahren.⁴

A.1.2.2 Ethernet Switches

7. Ein Ethernet Switch ist ein Netzwerkgerät, welches hauptsächlich über Kabel angeschlossene Geräte innerhalb eines lokalen Computer-Netzwerks („local area network“, LAN) miteinander verbindet und somit beispielsweise sicherstellt, dass PCs sowie Netzwerk-Drucker innerhalb eines Firmennetzwerks Daten austauschen können. Ethernet bezeichnet hierbei die Technologie, welche der de facto Standard bei kabelgebundenen LAN-Netzwerken darstellt und einheitliche Hardware-Merkmale (Kabel, Anschlussbuchsen etc.) sowie Software-Eigenschaften (insbesondere Übertragungsprotokolle) vorsieht.⁵

A.1.2.3 Router

8. Ein Router ist ein Netzwerkgerät, welches in erster Linie mehrere Netzwerke verbindet, beispielsweise ein Firmen-Intranet mit dem Internet oder mit einem Wide Area Network (WAN), welches wiederum verschiedene LANs (beispielsweise an verschiedenen Firmenstandorten) miteinander verbindet. Neben der Verknüpfung verschiedener Netzwerke kann ein Router insbesondere steuern, auf welchem Pfad z.B. der Sprach- oder Datenverkehr durch ein WAN übermittelt werden soll, um eine möglichst schnelle und verlustfreie Datenübermittlung sicherzustellen.

A.1.3 Betriebssystem von Cisco für Ethernet Switches respektive Router

9. Ethernet Switches und Router benötigen für den Betrieb typischerweise ein herstellereigenes Betriebssystem. Anders als beispielsweise bei Personal Computern, welche man alternativ z.B. mit Linux oder Windows betreiben kann, sind Ethernet Switches respektive Router an das jeweils vom Gerätehersteller vorgesehene Betriebssystem gebunden.

10. Die Ethernet Switches und Router von Cisco für Endkunden aus dem Enterprise- und Service Provider-Bereich benötigen für deren Betrieb grossmehrheitlich das von Cisco hergestellte „Internetwork Operation System – IOS“ als Betriebssystem. Für verschiedene Geräte von Cisco existieren jeweils spezifische Versionen von IOS. Ebenso gibt es selbst für ein spezifisches Gerät teilweise verschiedene Versionen von IOS, welche sich insbesondere in deren Funktionsumfang unterscheiden. So können beim Kauf eines Geräts verschiedene sogenannte „Feature Sets“ erworben werden, welche sich in deren Funktionsumfang unterscheiden. Feature Sets unterscheiden sich beispielsweise bezüglich der möglichen Sicherheitsmassnahmen, der zur Verfügung stehenden Funktionalitäten bezüglich Daten-, Sprach- und Videoübertragung, etc.

11. Wie wohl bei den meisten Computer-Programmen treten auch bei IOS Software-Fehler auf, sogenannte „Bugs“. Diese können beispielsweise zu einer Einschränkung der eigentlich vorgesehenen Funktionalität

der betroffenen Geräte führen oder auch Sicherheitsrisiken darstellen.

12. Die Behebung von (Programmier-)Fehlern erfolgt üblicherweise über die Bereitstellung von sogenannten „Bug Fixes“. Da es sich bei Cisco IOS um eine proprietäre Software handelt, bei welcher (im Gegensatz zu Open Source Software) der Quellcode nicht öffentlich zugänglich ist, ist eine Behebung von Softwarefehlern durch Anpassung des fehlerhaften Quellcodes durch Dritte ausgeschlossen und kann dementsprechend ausschliesslich durch Cisco erfolgen.

13. Während „Bug Fix“ kein fest definierter Begriff ist, verwendet Cisco unter anderem folgende Definition: *„Bug Fixes means an error correction, patch or workaround for the Software, which either comprises new Software or is a network-bootable Software image as determined by Cisco and that is provided to Integrator by Cisco and which may comprise a Maintenance Release but which shall not comprise a Minor or Major Release.“*⁶

14. Allgemein kann festgestellt werden, dass gemäss der Terminologie von Cisco neue Softwarefunktionen zusammen mit Änderungen und bisherigen Fehlerbehebungen im Rahmen von sogenannten (Minor oder Major) Releases herausgegeben werden. Hingegen dienen die sogenannten Rebuilds oder Maintenance Releases hauptsächlich der Behebung von Softwarefehlern.

15. Die Bereitstellung von Bug-Fixes respektive neuen Funktionen erfolgt jeweils im Rahmen von neuen IOS-Versionen. Viele neue Versionen von IOS beinhalten ausschliesslich Fehlerbehebungen, aber keine Funktionalitätserweiterungen. Bei der gegenwärtigen Generation von IOS, IOS 15, wird zwischen sogenannten M-Releases (welche im Abstand von ca. 16 Monaten erfolgen) und T-Releases unterschieden, welche in kürzeren Abständen erfolgen. Ein neuer Release enthält jeweils neue Funktionen, d.h. im Falle der M-Releases wird ca. alle 16 Monate ein neuer Release mit neuen Funktionen herausgegeben, während zwischenzeitlich dafür jeweils eine Reihe von Rebuilds herausgegeben werden, welche nur Bug-Fixes enthalten.

A.1.4 Inputs für Supportdienstleistungen

16. Für ein Unternehmen ist es wichtig, dass die gekauften Ethernet Switches und Router während deren Lebensdauer gemäss den veröffentlichten Spezifikationen zuverlässig funktionieren, insbesondere vor dem Hintergrund, dass das einwandfreie Funktionieren des Firmennetzwerks in vielen Fällen geschäftskritisch sein

⁴ Hingegen geht [...] von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von 5 bis 8 Jahren aus, wobei die tatsächliche Lebensdauer der Produkte, gemessen an der sogenannten „mean time between failures“ (MTBF) deutlich darüber liege. So geht [...] für einen Grossteil von deren Switches respektive Router von einer MTBF von über 20 Jahren aus.

⁵ Das „Institute of Electrical and Electronics Engineers“ (IEEE), eine Organisation, welche unter anderem technische Normen im IT-Bereich erarbeitet, legt den Ethernet-Standard im Rahmen der IEEE-Norm 802.3 dar. Vgl. <standards.ieee.org/about/get/802/802.3.html> (10.9.2013).

⁶ Vgl. Vertrag mit dem Shared Support Partner [...].

kann. So kann ein Unternehmen Wartungs- und Supportdienstleistungen vom Hersteller, dessen Vertriebspartnern oder Dritten nachfragen. Diese Wartungs- und Supportdienstleistungen umfassen typischerweise einerseits die Behebung von Ausfällen und Defekten, andererseits aber auch die allgemeine Unterstützung bei der Konfiguration und dem Betrieb von Netzwerkgeräten.

17. Wenn ein unabhängiges Unternehmen (wie beispielsweise [die Anzeigerin]) Wartungs- und Supportdienstleistungen für Ethernet Switches und Router bereitstellen möchte, kann es eine Reihe von Inputs benötigen, welche Gegenstand von Immaterialgüterrechten von Cisco sind.⁷ Da der Bezug dieser notwendigen Inputs eine Kernfrage der vorliegenden Vorabklärung bildet, wird nachfolgend ausführlich aufgezeigt, welche Möglichkeiten diesbezüglich für Endkunden bestehen.

A.1.4.1 Software-Updates für Cisco-Geräte

A.1.4.1.1. Garantieleistungen

18. Wenn ein Unternehmen einen Ethernet Switch respektive Router von Cisco erwirbt, erhält es gleichzeitig eine aktuelle Version von IOS. Die Standard-Garantiebestimmungen von Cisco besagen bezüglich der Betriebssystem-Software, dass der Datenträger der Software während 90 Tagen frei von Defekten ist und dass die Software im Wesentlichen den publizierten Spezifikationen entspricht.⁸ Im Rahmen der Garantieleistungen stellt Cisco für den Fall, dass eine Software den Spezifikationen nicht entspricht, in seinem Ermessen, als einen möglichen Behelf eine Ersatz-Software zur Verfügung.⁹ Zusätzlich hat Cisco gegenüber dem Sekretariat betont, dass auch ausserhalb des Rahmens der Standard-Garantie durchaus auf freiwilliger Basis gewisse neue Software-Versionen zur Verfügung gestellt werden können.

19. Für eine Reihe von Access Switches¹⁰ wird in Verbindung mit der Produktgarantie für die Lebensdauer der Geräte unter bestimmten Voraussetzungen der Zugang zu gewissen Software-Updates gewährt. Dies betrifft namentlich Ethernet Switches aus der Catalyst-Reihe, welche einer „Enhanced Limited Lifetime Warranty“ (E-LLW) unterstehen. Für diese Geräte gewährt Cisco auch ohne den Abschluss eines Support-Vertrags den zeitlich unbeschränkten Zugang auf Maintenance Releases.¹¹ Dieser Anspruch wird von Cisco gegenüber den Endkunden auch klar kommuniziert.¹² Allerdings gelten diese Leistungen nur für die (Basis-)Feature Sets¹³ „LAN Lite“, „LAN Base“ und „IP Base“, nicht aber für das umfassendere Feature Set „IP Services“.

20. Daneben gibt es für eine Reihe von Access und Distribution¹⁴ Switches eine weitere Garantievvariante. Diese wird von Cisco als „Limited Lifetime Warranty“ (LLW) bezeichnet. Für die von LLW oder E-LLW abgedeckten Produkte ist der Benutzer bezüglich der Software gemäss der "Software Entitlement Policy" von Cisco laut eigenen Angaben zu neuen Software Updates berechtigt, wenn diese notwendig sind, damit die Software mit den veröffentlichten Spezifikationen konform ist. Dies gelte ebenfalls nur für bestimmte (Basis-)Feature Sets. Allerdings wurde für die LLW kein Nachweis erbracht, dass ein solcher Anspruch existiert oder gegenüber den Endkunden kommuniziert wird. Vielmehr wird in der Do-

kumentation zur LLW betont, dass diese keine Software-Updates beinhaltet.¹⁵

A.1.4.1.2. Umfassende Supportverträge: SMARTnet und Cisco Base

21. Cisco bietet unter dem Namen SMARTnet umfassende Supportdienstleistungen an. SMARTnet-Verträge haben üblicherweise eine Laufzeit von einem oder mehreren Jahren und können bei Bedarf entsprechend verlängert werden. SMARTnet umfasst im Wesentlichen neben dem Zugriff auf erweiterte Online-Informationen auch technischen Support, d.h. den Zugang zum Cisco Technical Assistance Center (TAC), Hardware-Ersatz innerhalb des gewählten Zeitfensters sowie Betriebssystem-Updates im Rahmen des lizenzierten Feature Sets.¹⁶

22. Mit Cisco Base¹⁷ bietet Cisco eine leicht eingeschränkte Lösung an: Namentlich umfasst Cisco Base neue Softwareversionen, technische Online-Unterstützung und Zugang zum technischen Kundendienst (TAC) direkt bei Cisco. Den Ersatz von defekter Hardware umfasst Cisco Base hingegen nicht. Cisco Base wird in der zweiten Eingabe von Cisco an die EU Kommission als „Nur-Software-Lösung“ tituliert. In der zweiten Antwort von Cisco an die EU-Kommission wird jedoch präzisiert, dass: „Both Cisco Base and SMARTnet include access to technical assistance and new software. SMARTnet adds the additional element of advanced hardware replacement. The provision of hardware replacement is referred to as “advanced” replacement because the replacement equipment is shipped immediately upon a determination that the installed equipment has failed or is defective, without waiting for the customer to return the installed equipment.“¹⁸

⁷ Vgl. hierzu oben, Rz 12.

⁸ Fussnote 5 aus <www.cisco.com/en/US/prod/cisco_serv_to_warranty_comp_0509.pdf> (12.3.2013): „Warranty ensures only that software media are defect-free and the software substantially conforms to its published specifications“.

⁹ <www.cisco.com/en/US/prod/cisco_serv_to_warranty_comp_0509.pdf> (12.3.2013). Die Garantie bezüglich der Software ist im Cisco End User License Agreement enthalten: <http://www.cisco.com/c/en/us/td/docs/general/warranty/English/EU1KEN_.html> (12.3.2013).

¹⁰ Access Switches kommen typischerweise dort zum Einsatz, wo die Endnutzer auf das Netzwerk zugreifen, z.B. auf einem einzelnen Stockwerk eines Firmen-Standortes.

¹¹ Vgl. Rz 14.

¹² Namentlich für Switches der Reihen Catalyst 2960-C, 2960-S, 3560-C, 3560-X, 3750-X und 3850. Vgl. <www.cisco.com/en/US/prod/collateral/switches/ps5718/ps10745/product_bulletin_c25-60700.pdf> (19.8.2013).

¹³ Siehe Rz 10.

¹⁴ Distribution Switches stellen beispielsweise die Anbindung einzelner Firmen-Standorte an das zentrale Rechenzentrum des Unternehmens sicher.

¹⁵ Vgl. z.B., <http://www.cisco.com/c/en/us/products/collateral/switches/catalyst-3750-x-series-switches/product_bulletin_c25-607000.html>.

¹⁶ Vgl. Rz 10.

¹⁷ Cisco Base wird in erster Linie im Enterprise-Bereich angeboten. Für Service Provider existiert des Weiteren Cisco Base SP. Cisco Base SP wird in verschiedenen Varianten angeboten. Die eine beinhaltet keine Option auf Hardware-Ersatz und entspricht der Cisco Base für Unternehmen. Die anderen sind aber aufgrund verschiedener damit erhältlichen Hardware-Ersatz-Optionen vom Dienstleistungsumfang wohl eher mit SMARTnet vergleichbar.

¹⁸ Siehe Stellungnahme von Cisco vom 19.3.2012, Beilage 2.

23. Im Rahmen von SMARTnet respektive Cisco Base, erhält der Endkunde, anders als im Rahmen der Garantieleistungen, einen umfassenden laufenden Zugriff auf Software-Updates. So ist bei SMARTnet respektive Cisco Base der Zugriff auf sämtliche Software-Updates inklusive alle Minor und Major Releases innerhalb des lizenzierten Feature Sets enthalten.

A.1.4.1.3. Kauf einzelner Software-Updates

24. Nach Ablauf der Garantieleistungen bezüglich der Software ist ein laufender Zugang auf alle Software-Updates ohne den Erwerb eines umfassenden Support-

vertrags (SMARTnet oder Cisco Base) nicht möglich. Hingegen können jeweils aktuelle Versionen als sogenannte IOS-Images einzeln gekauft werden. Inwiefern der Erwerb einzelner Software-Updates im Vergleich zum Abschluss eines umfassenden Supportvertrages wirtschaftlich überhaupt Sinn macht, ist allerdings unklar.

25. Folgende Tabelle zeigt beispielhaft die Preise für einzelne IOS-Images im Vergleich zu denjenigen für einen einjährigen umfassenden Wartungsvertrag. Die Preise für einzelne IOS-Images sind zudem unabhängig davon, ob dieses wesentliche Funktionserweiterungen oder ausschliesslich Fehlerbehebungen enthält:

Cisco Base / SMARTnet pricing für Three Data Centre Switches			
	Nexus 7010	Catalyst 3750	Catalyst 4928
Listenpreis (USD pro Gerät)	130'000	23'490	43'500
Cisco Base (USD pro Jahr)	7'439	1'334	2'969
SMARTnet (USD pro Jahr)	10'529	1'888	4'202
Software (USD pro Stück)	15'000	1'995	4'000
Software % des Listenpreises	11,5 %	8,5 %	9,2 %
Die Angaben basieren auf den offiziellen Preislisten. Die Preise können davon abweichen, je nach Angebot und Rabatt des Wiederverkäufers.			

Tabelle 1: Beispiele für Gerätepreise / Preise Cisco Base (pro Jahr) / Preise SMARTnet (pro Jahr) / Preise Software (einzelne Version). Quelle: Eingabe von Cisco vom 19. Juli 2012.

26. Gegenüber dem Sekretariat macht Cisco geltend, dass in der typischen Lebensdauer eines Gerätes von fünf Jahren neue Software während eines bestimmten Jahres oder gar während der ganzen Lebensdauer nicht nötig sein müsse. Die Software sei so ausgelegt, dass sie während der Lebensdauer des Produkts funktioniere. Selbst unter einer gemäss Cisco konservativen Annahme, wonach während einer Lebensdauer von fünf Jahren zwei Software-Updates nötig sein könnten, sei dies somit günstiger als der Erwerb von SMARTnet oder Cisco Base. Dennoch weist Cisco in der Dokumentation zu SMARTnet explizit darauf hin, dass die Kosten des ausschliesslichen Kaufs von Software-Updates diejenigen eines Supportvertrags um ein Mehrfaches übersteigen können.¹⁹

27. Die Anzahl benötigter IOS-Updates über die Lebensdauer eines Gerätes, sei es zur Fehlerbehebung oder zur Erlangung neuer Funktionen, lässt sich ausserdem im Vornherein nur schwierig abschätzen. Somit hat der Kauf einzelner IOS-Images gegenüber dem Abschluss eines umfassenden Wartungsvertrags den Nachteil der mangelnden Sicherheit bezüglich der Höhe der entstehenden direkten Kosten. Dies könnte gerade

bei Endkunden mit einer gewissen Risikoaversion den Abschluss eines umfassenden Wartungsvertrags vergleichsweise attraktiver machen.

28. Das finanzielle Risiko der Endkunden beim Kauf einzelner IOS-Images liesse sich zumindest begrenzen, falls bei einem unerwartet hohen Bedarf an Software-Updates ohne grössere Hindernisse ein umfassender Wartungsvertrag abgeschlossen werden könnte. Dies ist allerdings nur möglich, wenn die Software der aktuellen Version entspricht, d.h. der Kunde müsste zunächst separat das aktuelle IOS-Image erwerben und könnte erst im zweiten Schritt einen Wartungsvertrag abschliessen.²⁰

¹⁹ „The cost of purchasing new OS releases compared to having them included in your technical support contract can be several times more expensive.“ <www.cisco.com/en/US/services/ps2827/ps2978/services_qa0900aecd8042b4d6.pdf> (12.3.2013).

²⁰ <www.cisco.com/warp/public/cc/serv/mkt/sup/tsssv/opmsup/smton/smnet_qa.pdf> (28.2.2013).

29. Somit gibt es eine Reihe von Anhaltspunkten, wonach der Kauf einzelner IOS-Images vergleichsweise unattraktiv sein könnte. Auch angesichts der Tatsache, dass gewisse neue Software-Versionen bei einer Reihe von Geräten im Rahmen der Garantieleistungen ohne zusätzliche Kosten abgegeben werden, erscheinen die Preise für einzelne IOS-Images vergleichsweise eher hoch.

A.1.4.1.4. Kostenlose Software-Updates ohne Service-Vertrag

30. Cisco stellt Updates von IOS (sogenannte PSIRT²¹-Updates), welche zur Behebung schwerwiegender sicherheitsrelevanter Mängel notwendig sind, kostenlos zur Verfügung. Auch diese Möglichkeit ist nicht gleichzusetzen mit einem laufenden Zugang zu aktuellen Softwareversionen. So sind ein Grossteil aller Bugs wohl nicht sicherheitsrelevant, sondern stellen vielmehr eine Einschränkung der Funktionalität der Software respektive der Geräte dar.

31. Auch gibt Cisco an, dass Kunden gelegentlich von Cisco [...] ²² Aus Sicht eines Endkunden eines Drittanbieters von Supportdienstleistungen dürfte auch dies keine gleichwertige Alternative zum kontinuierlichen Zugriff auf Software-Updates sein, da dieses Vorgehen auf einer freiwilligen Leistung von Cisco basiert. Des Weiteren wird diese Option zum Bezug von Software-Updates von Cisco als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, womit zu bezweifeln ist, ob Kunden von Cisco sich dieser Möglichkeit überhaupt bewusst sein können. Auch hat Cisco keine Belege für eine konsequente Anwendung dieser angeblichen Praxis vorgebracht.

A.1.4.1.5. Vergleich: Bezug von Software-Updates für [...]Geräte

32. Im Gegensatz zu Cisco²³, ist bei Ethernet Switches und Routern von [...] der laufende Zugriff auf neue Versionen der Betriebssystem-Software nicht an den Erwerb von weiteren Wartungs- und Supportdienstleistungen gekoppelt. [...]

33. [...]

34. Bezüglich der vorliegenden Vorabklärung kann daraus geschlossen werden, dass es unter bestimmten Umständen einerseits möglich ist, Software-Updates unabhängig von technischem Support bereitzustellen. Andererseits zeigt dies, dass der laufende Bezug von Software-Updates bereits im Rahmen des Kaufpreises des Gerätes abgegolten werden kann.

A.1.4.1.6. Kommunikation von Cisco

35. Während Cisco gegenüber dem Sekretariat die Existenz und preisliche Attraktivität verschiedener Möglichkeiten zum separaten Bezug von neuer Software und alternativen Wartungs- und Supportdienstleistungen (z.B. Cisco Base) betont, werden diese Optionen in der Kommunikation gegenüber den Endkunden teilweise auf gegenteilige Weise dargestellt.

36. So hat Cisco gegenüber dem Sekretariat verschiedentlich festgehalten, dass Drittanbieter von Supportdienstleistungen im Namen ihrer Kunden Software-Updates erwerben können. Hingegen wurde im FAQ zu Party Maintenance Providern durch Cisco explizit fest-

gehalten, dass man als Endkunde keine Software-Updates über einen Drittanbieter von Supportdienstleistungen beziehen kann.²⁴

37. Auch führt Cisco gegenüber dem Sekretariat an, der Bezug von Cisco Base sei in der Schweiz seit den späten 1990er-Jahren möglich. Somit habe die Möglichkeit bestanden, zumindest den laufenden Zugriff auf Software-Updates und technischen Support ohne das zusätzliche Element des Hardware-Ersatzes zu erhalten. Jedoch wurde auf der Homepage von Cisco noch anfangs Juni 2012 zur geographischen Erhältlichkeit von Cisco Base erläutert: „Cisco Base may only be ordered for devices located in Canada, the European Union (27 Member States), Liechtenstein and the United States.“²⁵ In der Zwischenzeit wurde diese Passage geändert in: “Cisco Base may only be ordered for Cisco devices located in Canada, the European Markets (including Switzerland), and the United States.”²⁶ Trotz dieser Widersprüche zeigen die von Cisco eingereichten Verkaufszahlen, dass Cisco Base in der Schweiz von Kunden tatsächlich erworben wurde. Es ist allerdings nicht klar, ob sich Kunden im Allgemeinen über dessen Verfügbarkeit bewusst waren.

38. Des Weiteren wurden durch [die Anzeigerin] eine Reihe von E-Mails vorgelegt, bei welchen Anfragen bezüglich der Bereitstellung von Bug-Fixes mit dem Hinweis auf das Fehlen einer Garantiedeckung oder eines Servicevertrags abgelehnt wurden mit der gleichzeitigen Aufforderung, sich diesbezüglich an einen Cisco-Partner zu wenden. Auch hierbei wurde nicht auf die von Cisco vorgebrachte Möglichkeit hingewiesen, dass Drittanbieter von Supportdienstleistungen im Namen ihrer Kunden Software-Updates erwerben können. Ebenso hat [die Anzeigerin] ein Schreiben des Cisco-Partners [...] vorgelegt, in dem dieser festgehalten hat, dass man ohne den Abschluss eines SMARTnet-Vertrags keinen Zugriff auf Software-Updates erhalten würde.²⁷ Cisco weist jedoch darauf hin, dass die Webseite [der Anzeigerin] indessen zeige, dass Cisco [der Anzeigerin] in mindestens einem Fall einen Bug Fix bereitstellte, wo der von [der Anzeigerin] nachgefragte Bug Fix gemäss den in Rz 31 beschriebenen Bedingungen auch anderen Kunden zur Verfügung gestellt würde.

39. Gesamthaft könnte aufgrund der Kommunikation gegenüber Endkunden von Cisco der Eindruck entstehen, dass Kunden von Drittanbietern von Supportdienstleistungen ein Bezug von Software-Updates entweder nicht möglich ist oder dies teurer sein kann als der Erwerb von SMARTnet respektive Cisco Base.

²¹ Product Security Incident Response Team. Siehe <www.cisco.com/en/US/products/products_security_vulnerability_policy.html> (17.2.2013).

²² Vgl. Stellungnahme von Cisco vom 19.3.2012, Rz 32.

²³ Ausser unter den oben beschriebenen LLW und E-LLW Garantie-Programmen.

²⁴ „Can a Third Party Maintenance Provider provide me with Cisco bug fixes, patches and updates? No, a Third Party Maintenance Provider is not authorized to provide you with bug fixes, patches and updates.“ <www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/service_descriptions/docs/Third_Party_Maintenance_Services_FAQ.pdf> (19.2.2013).

²⁵ Siehe Eingabe [der Anzeigerin] vom 4.6.2012, Beilage 8.

²⁶ <www.cisco.com/web/services/portfolio/product-technical-support/cisco-base.html> (26.2.2013).

²⁷ Vgl. Anzeige [der Anzeigerin] vom 25.1.2013, Beilage 4.

A.1.4.2 Ersatz-Hardware

40. Wie auch bei Software-Updates erfolgt der Vertrieb von neuen Ethernet Switches respektive Routern von Cisco praktisch ausschliesslich entweder durch Cisco selbst oder über Vertriebspartner von Cisco im Rahmen eines Selektivvertriebssystems. Auch gibt es einen beschränkten Graumarkt für Second-Hand-Geräte von Cisco.

41. Drittanbieter von Supportdienstleistungen müssen für die Bereitstellung einer Hardware-Ersatz-Dienstleistung²⁸ fähig sein, ihren Kunden bei einem Hardwareproblem rasch ein Ersatzgerät bereitzustellen. Hierzu ist es notwendig, dass der Drittanbieter von Supportdienstleistungen diese Ersatzgeräte bei sich an Lager hat.

42. So scheint es Drittanbietern von Supportdienstleistungen gegenwärtig grundsätzlich möglich zu sein, solche Ersatzhardware zu erwerben und gegebenenfalls ihren Kunden als Ersatzgeräte zur Verfügung zu stellen. Bis Cisco jedoch gemäss eigenen Angaben in Erwartung des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-128/11, *UsedSoft*²⁹, ihre Praxis änderte, trat das Problem auf, dass Cisco die Übertragung von Softwarelizenzen im Rahmen einer solchen Transaktion im Allgemeinen verweigerte.³⁰

43. Dies wurde auch im Third Party Maintenance Providers FAQ hervorgehoben.³¹ Darin wird festgehalten, dass Geräte, welche von Drittanbietern von Supportdienstleistungen übertragen werden, in der Regel über keine gültige IOS-Lizenz verfügen können. Cisco erwähnt an dieser Stelle die Möglichkeiten der Lizenzübertragung im Rahmen der „Software Transfer and Relicensing Policy“, worin für die Europäische Union festgehalten wird, dass im Rahmen dieser keine Lizenzübertragung durch Drittanbieter von Supportdienstleistungen möglich ist. Cisco stellt zwar klar, dass innerhalb von Europa unter bestimmten Voraussetzungen eine Übertragung zwischen Endkunden möglich sein kann. Allerdings bezieht sich diese Aussage einerseits nicht ausdrücklich auf die Schweiz, andererseits wird wiederum bekräftigt, dass Geräte von Drittanbietern von Supportdienstleistungen über keine gültige IOS-Lizenz verfügen können.

A.2 Verfahren

44. Am 27. Januar 2012 erhielt das Sekretariat die Anzeige [der Anzeigerin]. Nach erfolgter Stellungnahme zur Anzeige durch Cisco mit Schreiben vom 19. März 2012 führte das Sekretariat am 11. Mai 2012, nach erfolgter Zustimmung der Parteien, ein Gespräch mit der EU-Kommission. Nach weiteren schriftlichen Stellungnahmen der Parteien fanden Gespräche sowohl mit [der Anzeigerin] (5. Juni 2012) als auch mit Cisco (10. Juli 2012) statt.

45. Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse hat das Sekretariat am 2. August 2012 die vorliegende Vorabklärung eröffnet. Gleichzeitig wurden Fragebogen an folgende Unternehmen, welche Ethernet Switches und Router anbieten, zugestellt: Avaya Switzerland GmbH, Alcatel Lucent Schweiz AG, Hewlett-Packard (Schweiz) GmbH, Juniper Networks Switzerland GmbH. Sämtliche Fragebogen wurden beantwortet. Im Rahmen der Vor-

abklärung erfolgten verschiedene schriftliche Stellungnahmen von Cisco und [der Anzeigerin]. Auch hat das Sekretariat Cisco im Rahmen der Vorabklärung zweimalig angehört (20. März 2013 sowie 17. Juni 2013). Schliesslich hat Cisco am 1. Juli 2013 Vorschläge eingereicht, auch wenn sie mit den durch das Sekretariat geäusserten kartellrechtlichen Bedenken nicht einverstanden war, welche in einem Schreiben vom 29. Juli 2013 präzisiert wurden.

46. Im Herbst 2013, bevor die Vorabklärung abgeschlossen werden konnte, gingen neue, vom vorliegenden Verfahrensgegenstand unabhängige Vorwürfe gegen Cisco ein. Auf Aufforderung des Sekretariats hat Cisco mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 zu diesen neuen Vorwürfen Stellung genommen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

48. 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). Cisco ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

49. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.³² Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

50. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Mögliche Auswirkungen eines allfälligen missbräuchlichen Verhaltens von Cisco auf die Schweiz bestehen in zweierlei Hinsicht: So werden einerseits [die Anzeigerin] oder weitere unabhängige Drittanbieter von Supportdienstleistungen bei deren Ausübung des Wettbewerbs

²⁸ Dies ist ein notwendiges Element, falls ein Drittanbieter von Supportdienstleistungen eine mit SMARTnet vergleichbare Dienstleistung anbieten möchte.

²⁹ Urteil des EuGH vom 3.7.2012 *Usedsoft GmbH/Oracle International Corp.*

³⁰ „Although the ownership of hardware can be transferred through a third-party transaction, the right to use Cisco IOS Software cannot be transferred.“ Siehe <www.cisco.com/en/US/prod/collateral/Ethernet_Switches/ps5718/ps6406/white_paper_c11-579326_ps10745_Products_White_Paper.html> (26.2.2013).

³¹ Siehe <www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/service_descriptions/docs/Third_Party_Maintenance_Services_FAQ.pdf> (19.2.2013).

³² Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

in der Schweiz möglicherweise behindert. Andererseits wären auch sämtliche Endkunden von Cisco in der Schweiz von einer möglichen Einschränkung des Wettbewerbs betroffen. Damit fällt das vorliegend in Frage stehende Verhalten von Cisco in den räumlichen Anwendungsbereich des KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

51. 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).

52. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere sind die im Rahmen dieser Vorabklärung untersuchten möglichen Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich auf eine allenfalls legitime Ausübung des Urheberrechts bezüglich des Betriebssystems von Cisco für Ethernet Switches und Router zurückzuführen, sondern betreffen vielmehr den umfassenden Support für Ethernet Switches und Router. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird denn auch von Cisco richtigerweise nicht geltend gemacht.³³

B.3 Marktbeherrschende Stellung

B.3.1 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.2 Marktbeherrschende Stellung

54. 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 Cisco tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, sind vorab die relevanten Märkte abzugrenzen.

55. 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 VKU³⁴, der hier analog anzuwenden ist). Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale dieses Marktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite.

56. Neben dem Hardware-Bereich sind vorliegend insbesondere die jeweils entsprechenden Dienstleistungen nach dem Erwerb dieser Geräte, sogenannte After-

Sales-Services, von Interesse. Somit liegen einerseits Gerätemärkte als Primärmärkte vor, andererseits existieren für diese Geräte jeweils entsprechende Sekundärmärkte. Die auf den Sekundärmärkten angebotenen Dienstleistungen umfassen hierbei insbesondere den technischen Support, Updates für die Betriebssystem-Softwares sowie die Bereitstellung von Ersatz-Hardware. Aufgrund dieser Konstellation ist auch die Frage zu beantworten, ob vorliegend nicht allenfalls jeweils ein Systemmarkt vorliegt, welcher sowohl die jeweiligen Gerätemärkte als auch die für die Geräte angebotenen After-Sales-Services umfasst.

B.3.3 Primärmärkte: Ethernet Switches respektive Router

B.3.3.1 Sachlich relevante Märkte

57. In Unternehmens-Netzwerken kommt typischerweise eine Vielzahl von verschiedenen Geräten komplementär zueinander zum Einsatz. Allerdings beschränkt sich die aus der Anzeige hervorgehende Problematik hauptsächlich auf Ethernet Switches sowie Router von Cisco. Somit erfolgt die nachfolgende sachliche Marktsegmentierung aus Sicht der Unternehmenskunden, die solche Geräte nachfragen als Marktgegenseite. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Marktsegmentierung auch aus Sicht von Zwischenhändlern analog vorgenommen werden kann, zumal sich deren Nachfrage aus derjenigen der Endkunden ableitet.

58. Während es bislang keine Praxis der WEKO in diesem Bereich gibt, hat sich die EU-Kommission im Rahmen mehrerer Zusammenschlussverfahren mit verschiedenen Arten von Netzwerkgeräten auseinandergesetzt.³⁵ In Anlehnung an diese Entscheidungen ist eine sehr breite Definition eines Gesamtmarktes für sämtliche Arten von Netzwerkgeräten³⁶ nicht angezeigt. Vielmehr handelt es sich bei verschiedenen Arten von Netzwerkgeräten um spezialisierte Produkte, welche zwar komplementär zueinander genutzt werden, jedoch als separate Märkte betrachtet werden sollten.

59. In der nachfolgenden Analyse geht das Sekretariat von separaten sachlich relevanten Märkten für Ethernet Switches respektive Router aus,³⁷ wobei auch eine weitere Unterteilung der Märkte, beispielsweise in Core vs. Access/Edge Router respektive Data Center vs. Distribution Ethernet Switches, denkbar wäre. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung kann eine abschliessende Marktsegmentierung bezüglich der betrachteten Primärmärkte allerdings offen gelassen werden.

³³ Vgl. RPW 2011/1, 112 Rz 107 ff., Rz 127, *SIX/Terminals mit Dynamischer Currency Conversion (DCC)*.

³⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³⁵ Vgl. COMP/M.5732, Hewlett-Packard/3COM und COMP/M.5669 - Cisco/Tandberg, wobei in beiden Fällen die genaue Marktsegmentierung offen gelassen wurde.

³⁶ Vgl. Stellungnahme zur Anzeige durch Cisco vom 22.05.2012, Tabelle auf S. 38: „Zu Netzwerkausrüstung und Zubehör gehören Produkte in den Bereichen Switching, Routing, Enterprise Voice, Unified Computing Solution Blades, Content- und Netzwerksicherheit, Wireless, Telepräsenz, Speichernetzwerk, Anwendungsumschaltung und Wide Area Application Services.“

³⁷ Dies entspricht einer Marktsegmentierung analog zur vorläufigen Marktsegmentierung in COMP/M.5732, Hewlett-Packard/3COM. Vgl. dort Rz 11 ff.

B.3.3.2 Räumlich relevante Märkte

60. Bei der geographischen Marktabgrenzung kann analog zur Praxis der EU-Kommission³⁸ tendenziell von mindestens europaweiten Märkten ausgegangen werden. Eine Einschränkung des räumlich relevanten Marktes könnte aufgrund des räumlichen Geltungsbereiches von Softwarelizenzen entstehen. So sind IOS-Lizenzen nur innerhalb von Europa übertragbar (siehe Rz 43). Letztlich kann die exakte räumliche Marktabgrenzung allerdings offen gelassen werden, zumal die Marktanteile von Cisco in den betrachteten Märkten überall ähnlich hoch sind.

B.3.3.3 Marktstellung

B.3.3.3.1. Aktuelle Konkurrenz

61. Cisco ist bei Ethernet Switches und Routern klare Marktführerin. Dies geht sowohl aus der „Corporate Overview Presentation“³⁹ hervor, wo Cisco sich selbst als weltweiter Marktleader im Bereich „Routing: Edge/Core/Access“ (mit 62 % Marktanteil) und „Switching: Fixed/Modular“ (mit 68 % Marktanteil) bezeichnet. Andererseits stellen auch unabhängige Marktforschungsunternehmen wie z.B. Synergy ähnliche Marktanteile fest.⁴⁰

62. Bezüglich der Stellung der jeweiligen Hauptkonkurrenten nennen ebenfalls die Konkurrenten selbst⁴¹ und unabhängige Marktforschungsunternehmen⁴² ähnliche Marktanteile. So ist der nächst kleinere Konkurrent bei Ethernet Switches respektive Routern jeweils Hewlett-Packard mit Marktanteilen von jeweils rund [5-15] %, gefolgt von Alcatel-Lucent, Juniper und Brocade, deren Marktanteile jedoch alle unter [1-10] % liegen.

63. Somit kann Cisco sowohl bezüglich Ethernet Switches als auch bezüglich Routern als der mit Abstand grösste Marktteilnehmer betrachtet werden. Zu den Konkurrenten von Cisco ist festzuhalten, dass Hewlett-Packard als wohl wichtigster Konkurrent in den letzten Jahren gewisse Marktanteilsgewinne verbuchen konnte, aber diese nicht zuletzt auch teilweise durch die Übernahme von 3Com im Jahr 2010 bedingt waren.

64. Generell kam es auf den betrachteten Märkten in der Vergangenheit zu einer Reihe von Unternehmenszusammenschlüssen: So entstand im Jahr 2006 beispielsweise Alcatel-Lucent aus einer Fusion zwischen Alcatel und Lucent Technologies. Brocade hat im Jahr 2008 Foundry Networks übernommen. Avaya, eine Firma mit Spezialisierung in Kommunikationslösungen für Unternehmen, hat sein Switch- und Router-Portfolio durch die Übernahme von Nortel Enterprise Solutions im Jahr 2009 zugekauft. Ebenso entstand Dell Force10 Networks durch die Übernahme von Force10 durch Dell im Jahr 2009.

65. Juniper (gegründet im Jahr 1996) kann als Beispiel für einen erfolgreichen Markteintritt betrachtet werden, verfügt aber nach wie vor über geringe Marktanteile. Auch war deren anfänglicher Erfolg wesentlich abhängig von finanzkräftigen Geldgebern insbesondere aus dem Telekommunikationsbereich. Ebenfalls fiel die Gründung von Juniper in eine Zeit, in welcher der Markt für Router noch am Anfang der Entwicklung stand. Daneben konnte der

chinesische Hersteller Huawei in den vergangenen Jahren auf tiefem Niveau Marktanteile gewinnen.

66. Auch kam es in den letzten Jahren immer wieder zu Neugründungen von Unternehmen, welche Ethernet Switches respektive Router herstellen. Diese neu gegründeten Unternehmen sind allerdings typischerweise nur in spezifischen Nischenmärkten tätig und konnten nur marginale Marktanteile erreichen. Beispiele hierfür sind Arista Networks und Mellanox Technologies.

67. Ebenfalls ist festzuhalten, dass Cisco (im Gegensatz zu vielen, auf bestimmte Gerätekategorien spezialisierten Mitbewerbern) auch auf einer Vielzahl von benachbarten Märkten eine starke Präsenz hat.⁴³ So ist davon auszugehen, dass Cisco über Gröszen- und Verbundvorteile verfügt.

68. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Cisco sowohl bezüglich Ethernet Switches als auch bezüglich Routern über sehr hohe Marktanteile verfügt und die jeweils nächsten Konkurrenten deutlich kleinere Marktanteile innehaben. Somit ist tendenziell davon auszugehen, dass Cisco auf den vorliegend betrachteten Gerätemärkten über eine sehr starke Stellung verfügt, so dass unklar ist, ob von den jeweils deutlich kleineren Konkurrenten ein wesentlicher Wettbewerbsdruck auf Cisco ausgeht.

B.3.3.3.2. Potenzielle Konkurrenz

69. Damit potenzielle Konkurrenten eine disziplinierende Wirkung auf die im Markt tätigen Unternehmen haben können, muss es einerseits mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommen, welche darüber hinaus genügend rasch erfolgen müssen. Zusätzlich sollte das eintretende Unternehmen genügend gross sein, um für einen funktionierenden Wettbewerb zu sorgen.⁴⁴

70. Wie aus den vorhergehenden Erläuterungen hervorgeht, waren in der Vergangenheit wiederholt Markteintritte zu beobachten. Diesen könnte allerdings auch die Tendenz von Unternehmensübernahmen entgegenzusetzen sein. Auch hat es allem Anschein nach keines der bisher in die Märkte für Ethernet Switches respektive Router eingetretenen Unternehmen erreicht, die Marktposition von Cisco effektiv zu beeinflussen. Somit ist vorliegend davon auszugehen, dass von potenzieller Konkurrenz höchstens eine geringe disziplinierende Wirkung auf das gegenwärtige Verhalten von Cisco ausgeht.

³⁸ Vgl. Rz 58 f.

³⁹ <newsroom.cisco.com/documents/10157/ebec256f-301f-4a0a-8300-df2253255d55> (7.8.2013). Diese Darstellung zeigt ebenfalls die starke Marktposition von Cisco in einer Reihe von benachbarten Märkten.

⁴⁰ Vgl. <www.srgresearch.com/articles/cisco-dominance-enterprise-networking-undiminished-2012> (14.3.2013).

⁴¹ Die übrigen befragten Konkurrenten waren nicht in Lage die entsprechende Frage vollständig zu beantworten, die jeweils gemachten Angaben weichen jedoch insgesamt nicht stark von der Darstellung durch [...] ab.

⁴² Siehe <www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS23805112> (14.3.2013).

⁴³ Vgl. <newsroom.cisco.com/documents/10157/ebec256f-301f-4a0a-8300-df2253255d55> (7.8.2013).

⁴⁴ Vgl. RPW 2011/4, 632 Rz 729, ASCOPA.

B.3.3.3.3. Stellung der Marktgegenseite

71. Nachfrager von Ethernet Switches respektive Routern von Cisco sind Unternehmen sämtlicher Grössenordnungen. Dabei dürften insbesondere Grosskunden aus dem Enterprise und Service Provider-Bereich zumindest bei der Neu-Ausschreibung grosser Aufträge über einen gewissen Verhandlungsspielraum verfügen. Allerdings könnte die Verhandlungsposition selbst grosser Schweizer Unternehmen angesichts der Unternehmensgrösse und der globalen Präsenz von Cisco⁴⁵ beschränkt sein.

72. Aufgrund der Tatsache, dass sowohl bezüglich Hardware als auch bezüglich der verwendeten Übertragungsprotokolle eine Reihe von Industrie-Standards eingehalten werden, ist es theoretisch durchaus möglich, Ethernet Switches und Router verschiedener Hersteller innerhalb eines Netzwerks zu betreiben. Jedoch führt [...] in der Antwort auf den Fragebogen aus, dass trotz prinzipiell offener Standards proprietäre Netzwerkprotokolle führender Anbieter die Integration von Geräten anderer Anbieter in die bestehende Infrastruktur behindern würden. Auch führe die geschäftskritische Natur der Netzwerkinfrastruktur zu einer gewissen Zurückhaltung der Kunden, ihren Anbieter zu wechseln. Zudem könnte auch die Tatsache, dass Ethernet Switches und Router mit IOS über dasselbe Betriebssystem verfügen, zu Vorteilen bei deren Interoperabilität führen.⁴⁶ Angesichts des vorläufigen Charakters dieser Vorabklärung und den von Cisco vorgeschlagenen Zugeständnissen gelangt das Sekretariat aber zu keinen endgültigen Schlussfolgerungen.

B.3.3.3.4. Zwischenergebnis

73. Im Rahmen einer Vorabklärung kann in der Regel nicht abschliessend beurteilt werden, ob sich ein Unternehmen auf gewissen Märkten unabhängig verhalten kann. Allerdings existieren eine Reihe von Indizien, welche für eine marktbeherrschende Stellung von Cisco in Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf den vorliegend betrachteten Märkten für Ethernet Switches respektive Router sprechen.

B.3.4 Sekundärmärkte: Technischer Support und Software-Updates

B.3.4.1 Sachlich relevante Märkte

74. Hintergrund der vorliegenden Vorabklärung ist die Frage, ob Cisco die Erhältlichkeit von Software-Updates (als Koppelungsprodukt) vom Bezug von technischem Support (als gekoppeltes Produkt) abhängig macht. Aus diesem Grund ist vorab die Frage zu beantworten, ob technischer Support und Software-Updates getrennte Güter darstellen. So ist ein Koppelungsgeschäft nur unzulässig, wenn es zwei getrennte Güter kombiniert, hingegen wird ein einheitliches Gut nicht vom Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG erfasst.⁴⁷ Ebenfalls gilt es zu beurteilen, ob die jeweiligen Gerätemärkte (für Ethernet Switches respektive Router) jeweils zusammen mit den entsprechenden Sekundärmärkten einen Systemmarkt darstellen. Auf beide dieser Fragestellungen wird nachfolgend eingegangen. Dabei werden hauptsächlich Endkunden, welche Wartungs- und Supportdienstleistungen für Ethernet Switches respektive Router entweder beim Hersteller dieser Geräte oder bei Drittun-

ternehmen beziehen, als Marktgegenseite betrachtet. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch Anbieter von Supportdienstleistungen Software-Updates als Inputs benötigen.

B.3.4.1.1. Wartungs- und Supportdienstleistungen: Technischer Support und Software-Updates als separate sachlich relevante Märkte

75. Im Allgemeinen können zur Beurteilung der Frage, ob getrennte Güter vorliegen, entweder direkte oder indirekte Beweise angewendet werden. Ein direkter Beweis liegt vor, wenn eine autonome Nachfrage nach einer der Leistungen besteht, so dass (ohne die Koppelung bzw. Bündelung) eine nicht vernachlässigbare Nachfrage nach dem Koppelungsprodukt besteht. Ein indirekter Beweis liegt hingegen vor, wenn Unternehmen, welche nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, dazu tendieren, die beiden Güter nicht zu kombinieren. Ebenso liegt ein indirekter Beweis vor, wenn Unternehmen existieren, welche sich auf die Fertigung und Verkauf des gekoppelten Produkts spezialisiert haben.⁴⁸

76. Im vorliegenden Fall existieren eine Reihe von Hinweisen, die als direkte Beweise im umschriebenen Sinn für das Vorliegen von getrennten Gütern dienen könnten. So bietet Cisco selbst für gewisse Geräte im Rahmen der Garantieleistungen den Zugang zu gewissen Software-Updates an, ohne die Bedingung gleichzeitig technischen Support zu beziehen. Dies zeigt, dass es zumindest für bestimmte Geräte durchaus praktikabel ist, Software-Updates ohne den Bezug von technischem Support bereitzustellen. Auch können von Cisco einzelne IOS-Images separat erworben werden.⁴⁹

77. Es kann seitens der Endkunden plausible Gründe geben, weshalb diese es situativ vorziehen könnten, Software-Updates separat nachzufragen. So kann es ein Unternehmen beispielsweise vorziehen, den technischen Netzwerk-Support durch interne Fachkräfte sicherzustellen und bei Bedarf Software-Updates zu erwerben. Auch ist es möglich, dass sich Unternehmen auf die Zuverlässigkeit der erworbenen Geräte verlassen, aber gelegentlich Software-Updates zur Erweiterung der Funktionalität dieser Geräte erwerben.

⁴⁵ Vgl. Rz 4.

⁴⁶ Siehe PEI-Y CHEN/CHRIS FORMAN, Can Vendors Influence Switching Costs and Compatibility in an Environment with Open Standards, MIS Quarterly Vol. 30, Special Issue on Standard Making, 2002, 541 ff. Darin wird ebenfalls die Problematik von herstellerspezifischen Erweiterungen von Standards, welche die Interoperabilität mit Produkten anderer Hersteller einschränken können, angesprochen.

⁴⁷ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 526.

⁴⁸ Siehe Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI 2009 C 45/02; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 48), Art 7 KG N 528.

⁴⁹ Vgl. oben, Rz 18 ff.

78. Daneben gibt es einige Hinweise auf indirekte Beweise für das Vorliegen von getrennten Gütern. So scheinen sich mehrere Unternehmen auf die Bereitstellung von technischem Support sowie Hardware-Ersatz spezialisiert zu haben. Neben [der Anzeigerin] sind dies beispielsweise Network Hardware Resale⁵⁰, Worldwide Supply⁵¹ und XS International Inc.⁵² welche alle ausserhalb des Cisco-Partnerprogramms tätig sind und somit keinen direkten Zugang zu Software-Updates von Cisco zu haben scheinen.

79. [...] bietet die Möglichkeit zum uneingeschränkten Bezug von Software-Updates unabhängig vom Bezug weiterer Wartungsdienstleistungen an. So erhalten Kunden von [...] auch nach Ablauf der Garantie oder des [...] (d.h. eines erweiterten Supportpakets) zeitlich unbeschränkten Zugriff auf neue Versionen der Betriebssystem-Software.⁵³

80. Obwohl es bei der Marktdefinition auf den Einzelfall ankommt und das Sekretariat bis anhin den Bereich IT-Netzwerke nicht untersucht hat, entspricht die separate Betrachtung von Inputs für Wartungsdienstleistungen bei Investitionsgütern zudem der bestehenden Praxis der WEKO in anderen Sektoren. So wurde in der Vorabklärung Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge⁵⁴, welche möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen bezüglich Personenaufzügen des Marktführers Schindler gegenüber unabhängigen Wartungsunternehmen zum Inhalt hatte, insbesondere auf die Problematik des Zugangs von unabhängigen Wartungsanbietern zu Ersatzteilen⁵⁵ sowie zu technischen Hilfsmitteln und Unterlagen/Dokumentation⁵⁶ eingegangen.

81. Auch im Rahmen der KFZ-Bekanntmachung⁵⁷ hat sich die WEKO dahingehend geäussert, dass die Möglichkeiten der Belieferung von unabhängigen Werkstätten mit Ersatzteilen zwecks Reparaturen und Unterhaltsarbeiten nicht eingeschränkt werden dürfen.⁵⁸ Ebenso wurde festgehalten, dass unabhängigen Marktteilnehmern der Zugang zu denselben technischen Informationen, Aus- und Weiterbildungen, Werkzeugen und Ausrüstungen zu gewähren ist.⁵⁹

82. Auch die EU-Kommission vertritt im Fall COMP/M.2220 General Electric/Honeywell den Standpunkt, dass bei der Wartung von Flugzeugtriebwerken unterschieden werden kann zwischen einem Markt für Wartung (MRO) Rn 95-106 und einem (herstellerspezifischen) Markt für Ersatzteile Rn 90-94.

83. Zusammenfassend existieren Hinweise auf sowohl direkte als auch indirekte Beweise dafür, dass Software-Updates und technischer Support möglicherweise als getrennte Güter betrachtet werden können. So geht das Sekretariat vorläufig davon aus, dass für Ethernet Switches respektive Router jeweils separate Märkte für technischen Support und für Software-Updates zu unterscheiden sind.⁶⁰ Angesichts der Tatsache, dass sowohl Software-Updates wie auch das für die Erbringung von technischem Support notwendige Wissen herstellereinspezifisch sind, wären auch herstellereinspezifische Märkte für technischen Support und insbesondere für Software-Updates denkbar. Allerdings wäre auch im Falle von herstellerübergreifenden Sekundärmärkten von einer sehr starken Stellung von Cisco auszugehen. Angesichts des vorläufigen Charakters dieser Vorabklärung

und den von Cisco vorgeschlagenen Zugeständnissen gelangt das Sekretariat aber zu keinen endgültigen Schlussfolgerungen.

B.3.4.1.2. Räumlich relevante Märkte

84. Grundsätzlich erscheint es plausibel, dass der räumlich relevante Markt für technischen Support respektive Software-Updates vergleichbar mit demjenigen auf dem Gerätemarkt ist und somit unter Umständen europaweit oder noch weiter gefasst werden kann. Allerdings könnte auch eine engere räumliche Marktabgrenzung angebracht sein, da gewisse Elemente von Supportdienstleistungen eine gewisse geographische Nähe bedingen, insbesondere betreffend die (rasche) Verfügbarkeit von Ersatz-Hardware und bei der Erbringung von Vor-Ort-Dienstleistungen.

B.3.4.1.3. Aktuelle Konkurrenz

85. Cisco vertreibt einen Grossteil seiner Supportdienstleistungen über Wiederverkäufer im Rahmen ihres sogenannten „Resale Channel Programs“. Dieses Vertriebssystem ist in der Schweiz folgendermassen ausgestaltet:

- Bei einer bestimmten Anzahl (Gross-)Kunden (in der Schweiz u.a. [...]) erbringt Cisco sämtliche Supportdienstleistungen selbst. ([...] % vom Umsatz 2010/2011).
- Des Weiteren existiert das sogenannte Shared Support Program. Bei diesem stellen Vertriebspartner, sogenannte Shared-Support-Partner, den technischen Support bei Problemen mit einer tiefen oder mittleren Komplexität⁶¹ („Level 1“ und „Level 2“) sicher. Bei Problemen von hoher Komplexität („Level 3“) wird Cisco beigezogen. Ebenso werden (falls im konkreten Fall nötig) Software-Updates von Cisco bereitgestellt. ([...] % vom Umsatz 2010/2011).
- Eine weitere Lösung ist das Cisco Brand Resale Program. Bei diesem erbringt der Vertriebspartner nur den Support bei Problemen von tiefer Komplexität selber, alles Weitere wird von Cisco erbracht. ([...] % vom Umsatz 2010/2011).

⁵⁰ Vgl. <www.networkhardware.com/Maintenance> (8.3.2013).

⁵¹ Vgl. <www.worldwidesupply.net/solutions/netguard-maintenance> (8.3.2013).

⁵² Vgl. <www.xsnet.com/it-maintenance-services/cisco-maintenance/> (20.8.2013).

⁵³ [...].

⁵⁴ Vgl. RPW 2011/1, 77 ff., *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*.

⁵⁵ Vgl. RPW 2011/1, 82 ff., Rz 47-60, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*.

⁵⁶ Vgl. RPW 2011/1, 84 ff., Rz 61-72, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*.

⁵⁷ Vgl. Bekanntmachung der WEKO vom 21.10.2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung).

⁵⁸ Vgl. Ziff. 15 Bst. c, d und e KFZ-Bekanntmachung.

⁵⁹ Vgl. Ziff. 15, Bst. f KFZ-Bekanntmachung.

⁶⁰ Analog zu den Erläuterungen in Abschnitt B.3.4.1.1. ist allenfalls auch ein separater Markt für technische Informationen/Dokumentationen zu betrachten. Aufgrund der Tatsache, dass die dieser Vorabklärung zugrundeliegende Anzeige hauptsächlich den Zugang zu Software-Updates zum Inhalt hatte, wird auf diesen Themenbereich vorliegend nicht näher eingegangen.

⁶¹ In der Stellungnahme zur Anzeige von Cisco vom 19.3.2012, Abbildung 3, werden diese Komplexitätsstufen genauer umschrieben.

86. Cisco bringt vor, dass ein starker Wettbewerb zwischen Cisco, seinen Shared Support Partnern und Cisco Brand Resale Partnern herrschen würde.⁶² Hierzu ist festzuhalten, dass es sich gerade beim Cisco Brand Resale Program grösstenteils um einen reinen Weiterverkauf von Cisco-Dienstleistungen handelt. Beim Shared Support Program stellt Cisco technischen Dienstleistungserbringern bestimmte begrenzte Inputs zur Verfügung, einschliesslich Software-Updates und Unterstützung bei komplexeren Problemen (auch bezeichnet als Level 3 Support, um diesen vom Level 1 und Level 2 Support abzugrenzen, der von den Shared Support Partnern erbracht wird), sodass Anbieter von technischen Supportdienstleistungen, die in diesem Programm teilnehmen, ihren Kunden eigenständige Dienstleistungen anbieten können, aber gleichzeitig die Möglichkeit wahren, Cisco bei komplexen Problemen von hohem Schweregrad beizuziehen.

87. Ob ein grösserer Wettbewerbsdruck auf Cisco entstehen könnte, falls Cisco seinen Partnern oder Drittanbietern von Supportdienstleistungen einerseits Inputs wie Software-Updates und Ersatzgeräte zur Verfügung stellen und insbesondere auch den Vertrieb eines vollständig eigenständigen Supportprodukts ermöglichen würde kann vorliegend offen gelassen werden. Auch nicht abschliessend beurteilt werden muss, ob das durch Cisco bereits angebotene Shared Support Modell dieses Ziel erreicht. Dies scheint allerdings nicht der Fall zu sein, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

88. Wie aus eigener Definition von Cisco hervorgeht, sind Drittanbieter von Supportdienstleistungen Unternehmen, welche entweder keine autorisierte Cisco Channel Partner sind oder Cisco Channel Partner, welche eine Wartungsdienstleistung ausserhalb der autorisierten Supportprogramme anbieten. Endkunden solcher Drittanbieter von Supportdienstleistungen würden von Cisco keinen Zugriff auf Software-Updates erhalten. Auch wäre es solchen Drittanbietern zwar möglich, ihren Kunden Cisco-Geräte, beispielsweise als Ersatz-Geräte, zu verkaufen, bei diesen würde aber die Softwarelizenz erlöschen.⁶³

89. Aufgrund der Marktstellung von Cisco auf dem Gerätemarkt könnte sich zeigen, dass die Vertriebspartner in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu Cisco stehen und eine reine Spezialisierung auf die Wartung von Geräten alternativer Hersteller wohl kommerziell nicht praktikabel wäre.

90. Auch haben Partner von Cisco aufgrund des Rabattsystems gewisse finanzielle Anreize, Cisco-Dienstleistungen zu verkaufen. [...]

91. Es ist nicht bekannt, in welchem Umfang unabhängige Drittanbieter von Supportdienstleistungen in der Schweiz oder anderen Ländern tätig sind, allerdings dürfte deren gegenwärtiger Marktanteil nur marginal sein, so dass von diesen nur ein geringer Wettbewerbsdruck auf Cisco ausgehen dürfte.⁶⁴

92. Zusammenfassend erscheint es möglich, dass Cisco auf den vorliegend betrachteten Märkten für technischen Support für deren Ethernet Switches respektive Router nur einem beschränkten Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Das Ausmass von Intra-brand-Wettbewerb zwischen

Vertriebspartnern von Cisco kann im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht abschliessend beurteilt werden.

93. Auch auf den vorliegend betrachteten Märkten für Software-Updates für Ethernet Switches respektive Router könnte die Marktposition von Cisco sehr stark sein, allenfalls sogar noch ausgeprägter als auf dem Markt für Supportdienstleistungen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Cisco letztendlich die Quelle von durch Immaterialgüterrechten geschützten IOS-Updates ist.

3.3.4.1.4. Pozentielle Konkurrenz

94. Zumal es in der Vergangenheit praktisch keine Markteintritte von tatsächlich unabhängigen Drittanbietern von Supportdienstleistungen gegeben hat, ist nicht davon auszugehen, dass potenzielle Markteintritte eine disziplinierende Wirkung auf Cisco haben.

3.3.4.1.5. Stellung der Marktgegenseite

95. Die Stellung der Endkunden, welche bereits über eine Netzwerkinfrastruktur eines Herstellers verfügen, ist im Bereich Wartung von Netzwerkgeräten angesichts der direkten und indirekten Kosten eines Wechsels des Geräteherstellers etc. wahrscheinlich tendenziell schwächer als auf dem Gerätemarkt.

3.3.5 Kein Systemmarkt

96. Cisco macht geltend, dass im vorliegenden Fall ein Systemmarkt⁶⁵ vorliege, so dass der Primärmarkt (welche die Geräte umfasst) zusammen mit dem Sekundärmarkt (Supportdienstleistungen) als ein einziger Markt betrachtet werden solle.

97. Allgemein betrachtet liegt aus Endkundensicht⁶⁶ ein Systemmarkt vor, wenn eine ausreichende disziplinierende Wirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht. Eine solche Disziplinierungswirkung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen auf den nachgelagerten Sekundärmärkten nicht unabhängig verhalten kann, weil dieses Verhalten Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg auf dem Primärmarkt aufweist.⁶⁷

98. Ein Systemmarkt kann insbesondere vorliegen, wenn ein Grossteil der Endkunden beim Erwerb eines Produktes auf dem Primärmarkt die Kosten auf dem Sekundärmarkt berücksichtigt. Gegen das Vorliegen eines Systemmarktes sprechen dagegen hohe Kosten eines Wechsels des Produktes („Switching Costs“) auf dem Primärmarkt.⁶⁸ Sodann kann auch nur mit einer

⁶² Vgl. u.a. Stellungnahme zur Anzeige von Cisco vom 19.3.2012, Seite 5, Rz 1.3.

⁶³ Vgl. <www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/service_descriptions/docs/Third_Party_Maintenance_Services_FAQ.pdf> (19.2.2013).

⁶⁴ Vgl. Anzeige [der Anzeigerin] vom 25.1.2012, Beilage 29.

⁶⁵ Vgl. RPW 1999/2: 247 ff., *Minolta*; RPW 2010/3 435 ff., *SAP Wartungspreiserhöhung*; ROGER ZÄCH, Schweizerische Kartellrecht, 2005, N 599 ff.

⁶⁶ Insbesondere bei Betrachtung aus Sicht von Unternehmen, welche nur auf dem Sekundärmarkt tätig sind (beispielsweise als Wartungsanbieter), kann nicht von einer disziplinierenden Wirkung des Primärmarktes ausgegangen werden.

⁶⁷ Vgl. RPW 2010/3, 438 Rz 29, *SAP Wartungspreiserhöhung*.

⁶⁸ Vgl. RPW 2010/3, Rz 30 und 56ff., *SAP Wartungspreiserhöhung*.

vom Primärmarkt ausgehenden disziplinierenden Wirkung gerechnet werden, wenn auf diesem selbst ein genügender Wettbewerb besteht.

99. Generell kommen bei einer Situation, bei welcher für ein Gerät nach dem Kauf eine Nachfrage nach Wartungs- und Supportdienstleistungen besteht, folgende Marktsituationen in Frage:⁶⁹

- Zwei vollkommen unabhängige Märkte, d.h. ein Gesamtmarkt für Geräte aller Hersteller und ein Gesamtmarkt für Wartungs- und Supportdienstleistungen für Geräte aller Hersteller. Dies wäre nur dann der Fall, wenn diese Dienstleistungen und die Inputs für diese Dienstleistungen vollkommen homogen wären. Dies ist im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gegeben, da herstellerspezifische Inputs für Wartungs- und Supportdienstleistungen benötigt werden.
- Ein einziger Systemmarkt für Geräte, Wartungs- und Supportdienstleistungen.
- Ein Primärmarkt für Geräte aller Hersteller und ein jeweils herstellerspezifischer Sekundärmarkt für die entsprechenden Wartungs- und Supportdienstleistungen.

100. So gilt es in diesem Zusammenhang zu klären, ob allenfalls eine disziplinierende Wirkung von den jeweiligen Primärmärkten für Ethernet Switches respektive Router auf die jeweils damit verbundenen Sekundärmärkte für technischen Support respektive Software-Updates ausgeht.

101. Cisco bringt insbesondere vor, dass Käufer von IT-Infrastruktur üblicherweise die Totalkosten über die Lebensdauer einer Anschaffung beim Kauf berücksichtigen würden. Es ist unklar, wie einfach es ist, eine abschliessende Berechnung der TCO über die Lebensdauer eines Gerätes, einschliesslich Ethernet Switches respektive Router, zu machen. So fallen neben den Ausgaben für Kauf und Wartung und Support der Geräte (direkte Kapitalkosten) auch eine Reihe von im vornhinein schwierig kalkulierbaren (indirekten) Kosten an, wie beispielsweise Personalkosten (Schulung, Betrieb der Infrastruktur), Energiekosten, Kosten durch geplante und ungeplante Netzwerkunterbrüche etc.

102. Auch ist es angesichts des ausgeprägten technologischen Fortschritts im IT-Bereich unter Umständen schwierig abzuschätzen, ob eine gewählte Lösung nach einiger Zeit den Ansprüchen noch genügt. Sowohl Hewlett-Packard als auch Cisco behaupten gestützt auf Studien, dass ihre jeweiligen Produkte im Vergleich zu anderen Unternehmen tiefere TCO haben würden. Somit scheint unklar, ob Endkunden eine zuverlässige Abschätzung der TCO vornehmen können.

103. Ebenso scheint der Wechsel des Geräteherstellers mit gewissen Switching Costs verbunden zu sein: Einerseits sind die direkten Kosten einer Neuanschaffung von Ethernet Switches respektive Router im Vergleich zu den Wartungskosten typischerweise um ein Mehrfaches höher. Andererseits sind neben den direkten Kosten für die Anschaffung von neuen Geräten insbesondere die weiteren indirekten Kosten eines Wechsels zu berücksichtigen.

104. Vorliegend kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob ein Besitzer eines Ethernet Switches respektive Routers von Cisco beispielsweise auf eine leichte Erhöhung der Preise für Wartungs- und Supportdienstleistungen mit einem Wechsel auf Geräte eines anderen Hardwareherstellers reagieren würde: Durch die im Vergleich zu den Anschaffungskosten geringen Kosten für Supportdienstleistungen einerseits und die mit dem Wechsel des Geräteanbieters verbundenen Kosten und Risiken andererseits⁷⁰ dürfte der Markt für Wartungs- und Supportdienstleistungen dieser Geräte durch den vorgelagerten Gerätemarkt nur in geringem Ausmass diszipliniert werden. Gerade angesichts der wohl starken Stellung von Cisco auf den vorliegend betrachteten Märkten für Ethernet Switches respektive Router ist nicht davon auszugehen, dass von diesen eine wesentliche disziplinierende Wirkung auf nachgelagerte Märkte ausgehen kann.

105. Schliesslich würde insbesondere auch dann eine gewisse disziplinierende Wirkung vom Primärmarkt auf den Sekundärmarkt ausgehen, wenn festgestellt würde, dass die Zahl von Neukunden auf dem Primärmarkt im Vergleich zur Anzahl bestehender Kunden auf dem Sekundärmarkt gross wäre.

106. Gesamthaft liegen Anhaltspunkte vor, welche gegen das Vorhandensein eines Systemmarktes sprechen. So geht das Sekretariat von der vorläufigen Hypothese aus, dass die im Rahmen dieser Vorabklärung betrachteten Primärmärkte und Sekundärmärkte als jeweils separate Märkte zu betrachten sind.

B.3.6 Zwischenergebnis

107. Es ist denkbar, dass technischer Support und Software-Updates für Ethernet Switches respektive Router jeweils als getrennte Güter zu betrachten sind. Ebenso ist denkbar, dass kein Systemmarkt bestehend aus den Primärmärkten (Ethernet Switches respektive Router) und den jeweiligen Sekundärmärkten (technischer Support respektive Software-Updates) vorliegt.

108. Geht man, wie oben erwähnt, von herstellerspezifischen Märkten für technischen Support für deren Ethernet Switches respektive Router aus, ist fraglich, ob zwischen den Partnern von Cisco und zwischen Cisco und Partnern von Cisco wirksamer Wettbewerb herrscht, unabhängig davon ob der Druck durch Drittanbieter von Supportdienstleistungen als vernachlässigbar zu betrachten ist oder nicht. Selbst bei der Betrachtung eines herstellerübergreifenden Gesamtmarktes für technischen Support für Ethernet Switches respektive Router, wovon das Sekretariat gemäss der gegenwärtigen Einschätzung nicht ausgeht, würde Cisco in diesem wohl über eine Stellung verfügen, welche mit derjenigen auf dem Gerätemarkt vergleichbar, wenn nicht (zumindest gegenüber bestehenden Cisco-Kunden) sogar stärker wäre.

⁶⁹ Siehe hierzu ROBERT O'DONOGHUE, A. JORGE PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, 102-105.

⁷⁰ Vgl. Rz 72.

109. Im Rahmen einer Vorabklärung kann in der Regel nicht abschliessend beurteilt werden, ob sich ein Unternehmen auf gewissen Märkten unabhängig verhalten kann. Allerdings existieren eine Reihe von Indizien, welche für eine marktbeherrschende Stellung in Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf den Märkten für technischen Support für Ethernet Switches respektive Router sowie den Märkten für Software-Updates für Ethernet Switches respektive Router sprechen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es Anhaltspunkte für jeweils herstellereinspezifische Märkte gibt.

B.4 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen

B.4.1 Koppelungsproblematik

110. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unter anderem unzulässig, wenn es Vertragsabschlüsse an die Bedingung koppelt, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Ein solcher Sachverhalt liegt dann vor, wenn das gekoppelte Gut keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft, dem koppelnden Gut, hat.⁷¹

111. Im Allgemeinen kann eine direkte Koppelung zweier Güter auf verschiedene Arten erfolgen: Eine vertragliche Koppelung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner de iure verpflichtet, beide Güter zu erwerben. Hingegen liegt eine technische Koppelung vor, falls die Güter durch deren physische Ausgestaltung nur gemeinsam bezogen werden können. Schliesslich kann eine Koppelung auch durch ökonomische Anreize⁷² erfolgen, falls beide Güter zwar separat erhältlich sind, aber beispielsweise der separate Bezug nur eines der Güter wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.⁷³

112. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob Cisco gegenüber den Endkunden den Erwerb von Software-Updates (als koppelndes Gut) vom Bezug von technischem Support (als gekoppeltes Gut) abhängig macht. Wie vorhergehend aufgezeigt wurde, existieren starke Anhaltspunkte dafür, dass Cisco auf den Märkten für Software-Updates für deren Ethernet Switches respektive Router über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

113. Für das Vorliegen einer unzulässigen Koppelung sind neben einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt des koppelnden Produktes kumulativ vier Merkmale notwendig.⁷⁴ So müssen (i) getrennte Güter kombiniert werden, (ii) der Anbieter muss die Lieferung des koppelnden Gutes von der Lieferung eines anderen Gutes abhängig machen (sog. Koppelung), (iii) diese Koppelung muss zu einer Wettbewerbsschädigung führen, welche (iv) nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

114. Die WEKO hat sich im Rahmen der Untersuchung zum Bündelangebot „Talk & Surf“⁷⁵ von Swisscom bereits mit einer möglicherweise unzulässigen Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen auseinandergesetzt. Da u.a. Swisscom dieses Angebot im Verlauf der Untersuchung abschaffte, wurde diese allerdings im Jahr 2007 ohne Folgen eingestellt. Weitere Verfahren in diesem Zusammenhang sind NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR sowie SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).⁷⁶

B.4.1.1 Getrennte Güter

115. Wie bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung in Abschnitt B.3.4.1.1 ausgeführt, kann davon ausgegangen werden, dass Software-Updates respektive technischer Support als getrennte Güter betrachtet werden können.

B.4.1.2 Koppelung

116. Nachfolgend ist die Frage zu beantworten, ob Cisco den Bezug von Software-Updates mit technischem Support koppelt. Vorab ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall das Vorliegen einer technischen Koppelung ausgeschlossen werden kann, zumal es praktisch unmöglich ist, die Erbringung von technischem Support und die Herausgabe von Software-Updates physisch miteinander zu verbinden.

117. Cisco macht geltend, mit Cisco Base liege eine „Nur-Software-Lösung“ vor. Jedoch werden auch bei Cisco Base Software-Updates und technischer Support gekoppelt und einzig das zusätzliche Element der Bereitstellung von Hardware-Ersatz fällt weg.⁷⁷

118. Tatsächlich ist es nur möglich, laufenden Zugriff auf sämtliche Software-Updates innerhalb des lizenzierten Feature Sets zu erhalten, wenn ein umfassender Supportvertrag wie SMARTnet oder Cisco Base abgeschlossen wird. Allerdings besteht durchaus die Möglichkeit, neue IOS-Versionen einzeln zu erwerben. Deren reine Erhältlichkeit spricht aber noch nicht per se für die Abwesenheit einer Koppelung. So ist der Kauf von einzelnen Software-Images nur bedingt ein Substitut für einen kontinuierlichen Zugriff auf Software-Updates, insbesondere zumal die Kosten hierfür im Vorhinein wohl nur schwierig abzuschätzen sind.

119. Auch kann hierbei eine Koppelung durch ökonomische Anreize erfolgen: So hält Cisco gegenüber den Endkunden explizit fest, dass der Erwerb einzelner Software-Updates um ein Mehrfaches teurer sein kann als der Abschluss eines umfassenden Supportvertrags (vgl. Rz 26). Gegenüber dem Sekretariat stellt sich Cisco hingegen auf den Standpunkt, dass ein Erwerb einzelner Software-Updates über die Lebensdauer eines Gerätes durchaus kostengünstiger sein kann, als der Abschluss eines umfassenden Supportvertrags.

120. Der Möglichkeit einer Koppelung durch ökonomische Anreize wirkt allerdings teilweise entgegen, dass Cisco unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Rz 19, 30 ff.) einzelne Software-Updates kostenlos zur Verfügung stellt.

⁷¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 48), Art. 7 KG N 468.

⁷² Wenn Güter grundsätzlich auch separat erhältlich sind kann in diesem Zusammenhang auch von gemischten Bündeln gesprochen werden.

⁷³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 48), Art. 7 KG N 533.

⁷⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 48), Art. 7 KG N 525 ff.

⁷⁵ Vgl. RPW 2004/2, 357ff., *Produktbündel „Talk&Surf“*.

⁷⁶ RPW 2007/3, 353 ff., *NOK - Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR* (unter Rz 51 findet sich eine Zusammenfassung der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden); RPW 2011/1 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁷⁷ Vgl. Rz 21 ff.

121. Problematisch könnte zudem die Kommunikation von Cisco sein, die den Eindruck erwecken kann, dass man als Endkunde eines Drittanbieters tatsächlich keine Möglichkeit hat, Software-Updates zu beziehen.⁷⁸ Somit kann insgesamt nicht ausgeschlossen werden, dass Cisco durch ökonomische Anreize und mangelnde Kommunikation eine Koppelung von Software-Updates und technischem Support vornimmt.

B.4.1.3 Wettbewerbsschädigung

122. Im vorliegenden Fall ist eine wettbewerbsschädliche Wirkung einer Koppelung von Software-Updates und technischem Support gegenüber zwei Arten von Marktteilnehmern denkbar, einerseits gegenüber Drittanbietern von Supportdienstleistungen, andererseits gegenüber Herstellern, welche auf den Gerätemärkten tätig sind.

123. Eine mögliche Koppelung von Software-Updates und technischem Support durch Cisco gegenüber den Endkunden kann eine Rückwirkung auf den Markt für technischen Support haben. So könnten Drittanbieter von Supportdienstleistungen in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.

124. Wie von [...] vorgebracht wurde, könnte die Einbindung von Supportdienstleistern in das Partnersystem von Cisco auch die Wettbewerbsposition von Cisco auf dem vorgelagerten Markt für Geräte beeinflussen respektive stärken. [...] stellt fest, dass insbesondere das Partner-System von Cisco eine herstellerübergreifende Wartung durch Drittanbieter von Supportdienstleistungen erschweren würde, was es für Unternehmen wiederum erschwert, herstellerübergreifende Netzwerke zu betreiben. Dies könnte sich wiederum zu Ungunsten von Konkurrenten von Cisco auf den Gerätemärkten auswirken.

125. Angesichts des vorläufigen Charakters einer Vorabklärung kann jedoch die Frage nach der wettbewerbsschädlichen Wirkung einer möglichen Koppelung vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden.

B.4.1.4 Rechtfertigungsgründe

126. Cisco macht wiederholt geltend, dass die Bereitstellung von Software-Updates aufgrund des „integrierten Charakters der Supportdienste“ nur eingebettet in umfassende Wartungs- und Supportdienstleistungen erfolgen könne und dies auch von Konkurrenten entsprechend gehandhabt werde.⁷⁹ Jedoch zeigt ein Vergleich mit dem Vorgehen von [...] ⁸⁰, dass dies nicht in allen Fällen zutrifft.⁸¹ Es ist daher unklar, ob der Einwand von Cisco als Rechtfertigung für die vorliegende mögliche Koppelungspraxis betrachtet werden kann.

127. Auch bringt Cisco vor, dass Software-Updates und technischer Support durch Cisco dadurch gerechtfertigt sei, dass von Drittanbietern von Supportdienstleistungen eine Gefahr schwerer Netzwerkstörungen und dementsprechend ein Risiko einer erheblichen Rufschädigung von Cisco ausgeht.

128. Es ist jedoch fraglich, ob dies ein Rechtfertigungsgrund für eine Koppelung darstellt. Ein Kommentar besagt: „Le souci de sécurité, de fiabilité et de bon fonctionnement de ses propres produits ne justifie pas une pratique de jumelage par laquelle une entreprise dominante cherche à éliminer des produits concurrents

qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux, ou à tout le moins d'une qualité inférieure à ses propres produits (...)“⁸². Auch hierzu ist festzuhalten, dass [...], trotz einem wohl ebenfalls vorhandenen Interesse an der Produkte-Sicherheit und der eigenen Reputation, keine Koppelung von Software-Updates mit dem Erwerb von technischem Support vornimmt. Letztlich verweist Cisco zur Begründung auch auf ihr selektives Vertriebssystem. Dieser Einwand ist vorliegend jedoch irrelevant, da die vorliegende Problematik keine Wettbewerbsabrede betrifft, die von Art. 5 KG erfasst würde, sondern unter Art. 7 KG zu behandeln ist.⁸³ Es müsste untersucht werden, ob ein selektives Vertriebssystem eine Begründung im Sinne einer legitimate business reason nach Artikel 7 KG darstellt.

129. Allerdings kann das Sekretariat angesichts der von Cisco angebotenen Zugeständnisse die Frage offen lassen, ob Rechtfertigungsgründe für eine allfällige Koppelung von Software-Updates mit technischem Support bestehen.

B.4.1.5 Fazit

130. Während der laufende Zugriff auf sämtliche Software-Updates tatsächlich nur zusammen mit dem technischen Support im Rahmen der umfassenden Verträge Cisco Base und SMARTnet möglich ist, ist der Kauf von einzelnen Software-Images in Kombination mit gewissen freiwilligen Leistungen von Cisco eine mögliche Alternative. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass dies aus Sicht der Endkunden teurer sein kann als der Abschluss eines umfassenden Wartungsvertrags mit Cisco und dass somit eine Koppelung durch ökonomische Anreize besteht. Diese mögliche Koppelungswirkung dürfte durch die Art der Kommunikationspraxis von Cisco weiter verstärkt werden. Eine derartige Koppelung könnte unter gewissen Umständen zu wettbewerbsschädlichen Auswirkungen sowohl gegenüber Drittanbietern von Supportdienstleistungen als auch gegenüber Konkurrenten auf den Geräte-Märkten führen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist unklar, ob Rechtfertigungsgründe für eine allfällige Koppelung von Software-Updates und technischem Support bestehen.

B.4.2 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung

131. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen dar, welche missbräuchlich sein können. Das marktbeherrschende Unternehmen verhält sich unzulässig, wenn es künstliche Barrieren für den Markteintritt schafft, ohne dass sich diese

⁷⁸ Vgl. Rz 35 ff.

⁷⁹ Siehe beispielsweise Eingabe von Cisco vom 19.3.2012 Abschnitt 3.3.

⁸⁰ Vgl. Abschnitt A.1.4.1.5.

⁸¹ Andererseits verfolgen tatsächlich gewisse Konkurrenten ein ähnliches Geschäfts-Modell wie Cisco: So bietet beispielsweise auch [...] den laufenden Zugriff auf Software-Updates nur gebündelt mit umfassenden Wartungs- und Supportangeboten an, was jedoch bei einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen durchaus zulässig ist.

⁸² EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2012, Art. 7 II N 284.

⁸³ Vgl. BGE 139 I 72, E.10.4.1, Publigruppe (zur Publikation vorgesehen).

aus einer normalen Marktentwicklung ergeben würden. Dabei kann das marktbeherrschende Unternehmen einerseits den eigenen Absatz missbräuchlicherweise einschränken, oder – wie dies vorliegend in Frage steht – Massnahmen ergreifen, die ein drittes Unternehmen entsprechend behindern. Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz 1995 sind missbräuchliche Einschränkungen fremder technischer Entwicklungen mithilfe des Immaterialgüterrechts relativ häufig anzutreffen.⁸⁴

B.4.2.1 Einschränkung

132. Mehrere Verhaltensweisen von Cisco verhindern möglicherweise, dass die Supportdienstleistungen von Konkurrenten zu vergleichbar attraktiven Bedingungen angeboten werden können und können dadurch allenfalls eine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG darstellen.

133. Zu diesen Verhaltensweisen gehört zunächst das Rabattsystem von Cisco gegenüber seinen Partnern.⁸⁵ [...]

134. [...]

135. Die mögliche Behinderung von Konkurrenten im Bereich Wartungs- und Supportdienstleistungen könnte weiter dadurch verstärkt werden, dass die Softwarelizenz eines Ethernet Switches respektive Routers von Cisco prinzipiell nur für Erstkäufer gilt und gerätespezifisch ist. So scheinen Drittanbieter von Supportdienstleistungen in der Möglichkeit, Ersatzgeräte zu erwerben und diese gegebenenfalls ihren Kunden zur Verfügung zu stellen, ohne dass die Software-Lizenz dieser Geräte erlischt, eingeschränkt zu sein. Cisco betont auch selbst, dass dies ein Problem beim Bezug von Ersatzhardware über einen Drittanbieter von Supportdienstleistungen darstellen kann.⁸⁶ Dies stellt eine weitere mögliche Hürde für unabhängige Anbieter von Supportdienstleistungen dar, da dies zumindest erschwert, umfassende Supportdienstleistungen, welche auch Hardware-Ersatz beinhalten, anzubieten.

136. Cisco betont, dass auch Konkurrenten bezüglich der Erbringung von Supportdienstleistungen von Cisco aktiv unterstützt werden.⁸⁷ Diese Darstellung steht allerdings im Widerspruch zu folgender Regelung bezüglich Konkurrenten von Cisco: "Direct competitors of Cisco will not be granted Cisco partnership status (Resale, Cloud and Managed Services, or Outsourcing) pursuant to the Worldwide Channel Partner Program. Direct competitors may participate only as Cisco Registered Partners."⁸⁸ Cisco führt hierzu aus, dass Hewlett-Packard ein Dienstleister für den Support von Cisco-Produkten geblieben sei, ungeachtet dessen, dass der Vertrag über den Wiederverkauf von Geräten im Jahr 2010 gekündigt wurde.⁸⁹

B.4.2.2 Wettbewerbsschädigung

137. Die vorhergehend genannten Verhaltensweisen können sich auf verschiedene Weise negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit von Drittanbietern von Supportdienstleistungen auswirken. So sinkt aufgrund des Rabattprogramms möglicherweise der Anreiz für bestehende Cisco-Partner, ihren Kunden Dienstleistungen von Drittanbietern von Supportdienstleistungen anzubieten respektive selber als solche tätig zu werden. Ebenso könnten allfällig überhöhte Preise von Software-Updates

dazu führen, dass selbst Drittanbieter von Supportdienstleistungen, welche mindestens gleich effizient wie Cisco sind, nicht mit dieser in den Wettbewerb treten können. Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass aufgrund der Problematik der Nicht-Übertragbarkeit von IOS-Lizenzen Drittanbieter von Supportdienstleistungen, bis die Geschäftsbedingungen von Cisco gemäss eigenen Angaben in Erwartung des Usedom-Urteils⁹⁰ angepasst wurden, bei der Erbringung einer Hardware-Ersatz-Dienstleistung stark eingeschränkt waren.

B.4.2.3 Rechtfertigungsgründe

138. Bezüglich allfälliger Rechtfertigungsgründe kann auf die Überlegungen in Rz 126 ff. verwiesen werden.

B.4.2.4 Fazit

139. Es wurden verschiedene Verhaltensweisen von Cisco aufgezeigt, welche möglicherweise geeignet sein könnten, unabhängige Drittanbieter von Supportdienstleistungen in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. Allfällig negative Auswirkungen des Rabattsystems von Cisco gegenüber Cisco-Partnern können mangels vertiefter Kenntnisse der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten bei Cisco-Partnern respektive Drittanbietern von Supportdienstleistungen gegenwärtig nicht abschliessend beurteilt werden. Hingegen kann festgehalten werden, dass Einschränkungen der Übertragbarkeit von IOS-Lizenzen durchaus geeignet sein können, Drittanbieter von Supportdienstleistungen bei der Erbringung von Hardware-Ersatz-Dienstleistungen zu behindern.

B.4.3 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

140. Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kann gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen. Allerdings folgt aus einer marktbeherrschenden Stellung kein genereller Kontrahierungszwang für das marktbeherrschende Unternehmen.

141. Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat jedoch den diskriminierungsfreien Zugang zu einer Einrichtung zu gewähren, wenn der Markteintritt zu einem komplementären Markt ohne Zugang de facto nicht möglich ist, es mit angemessenem Aufwand nicht möglich ist, diese Einrichtung zu duplizieren und keine genügend nahen Substitute bestehen, sofern für eine Verweigerung keine sachlichen Rechtfertigungsgründe bestehen.⁹¹ Das Bundesgericht erachtet es als mit Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG unvereinbar, wenn (1) der Konkurrent ohne Zugang zu einer unerlässlichen Ausrüstung oder Einrichtung aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage

⁸⁴ Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 574 f.

⁸⁵ Vgl. Rz 90 f.

⁸⁶ Vgl. Rz 74.

⁸⁷ Vgl. Stellungnahme von Cisco vom 19.3.2012, Rz 85.

⁸⁸ Vgl. <www.cisco.com/web/partners/pr11/resale_program.html> (8.3.2013).

⁸⁹ Vgl. <blogs.cisco.com/channels/ciscos_evolution_partner_landscape/> (3.9.2013).

⁹⁰ Vgl. oben, Rz 42.

⁹¹ Vgl. RPW 2007/3, 359 Rz 44, NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR m.w.H.

ist, auf dem vorgelagerten Markt tätig zu werden; (2) auf dem vorgelagerten Markt kein effizienter Wettbewerb herrscht; (3) die Verweigerung der Geschäftsbeziehung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁹²

B.4.3.1 Objektive Notwendigkeit

142. Wie schon aus den Ausführungen in Abschnitt A.1.4 hervorgeht, können Software-Updates sowie auch Ersatzhardware objektiv notwendige Inputs für Anbieter von umfassenden Supportdienstleistungen für Ethernet Switches respektive Router sein.

B.4.3.2 Verweigerung

143. Vorliegend steht die Frage im Vordergrund, ob Drittanbieter von Supportdienstleistungen ihren Kunden Software-Updates von Cisco zur Verfügung stellen und damit umfassende Wartungs- und Supportdienstleistungen erbringen können. Aufgrund der Kommunikation von Cisco könnte der Eindruck entstehen, dass man als Endkunde eines Drittanbieters von Supportdienstleistungen keine Möglichkeit hat, Software-Updates zu beziehen (vgl. Abschnitt A.1.4.1.6).

144. Es könnte problematisch sein, falls Drittanbieter von Supportdienstleistungen respektive deren Kunden generell keine Software-Updates von Cisco beziehen könnten. Eine solche Massnahme könnte unabhängige Drittanbieter von Supportdienstleistungen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern und könnte daher als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen qualifiziert werden.

145. Wie vorhergehend jedoch dargelegt, steht es den Drittanbietern zumindest offen, situativ Einzelleistungen wie IOS-Images oder Zugang zu Supportdienstleistungen (TAC-Access) zu beziehen. Tatsächlich hat Cisco während der Dauer der Vorabklärung und auch vorher [der Anzeigerin] und deren Kunden freiwillig vereinzelt Software zur Verfügung gestellt. [...].⁹³

146. Im Verlauf der vorliegenden Vorabklärung hat sich insbesondere gezeigt, dass [die Anzeigerin] gegenüber Cisco sehr weitgehende Ansprüche geltend macht. So würden Fehler in der Betriebssystem-Software naturgemäss bereits bei deren Lieferung bestehen, so dass Cisco auch für deren Behebung verantwortlich sei. Daraus leitet [die Anzeigerin] einen relativ umfassenden Anspruch auf kostenlose Fehlerbehebungen sowie Software-Updates ab. Hierzu ist jedoch festzuhalten, dass sich gestützt auf die oben umschriebenen Grundsätze (vgl. Rz 140 f.) kein Anspruch auf die umfassende und kostenlose Belieferung mit Software-Updates ableiten lässt. Vielmehr ist es durchaus zulässig, hierfür eine Entschädigung zu verlangen, insbesondere wenn die Updates neue Funktionen erhalten.

147. Falls die Preise einzelner Software-Images so hoch wären, dass der Kauf von Software-Images im Vergleich zum Kauf eines Dienstleistungsangebots unvernünftig erscheint, könnte dies einer konstruktiven Geschäftsverweigerung gleichkommen, da es in einem solchen Fall einem Drittanbieter von Supportdienstleistungen respektive deren Kunden zwar möglich ist Software-Updates separat zu beziehen, dies aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Hierzu ist auf die entsprechenden Aus-

führungen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. e respektive f KG zu verweisen.

B.4.3.3 Wettbewerbsschädigung

148. Software-Updates können als objektiv notwendig für die Erbringung von umfassenden Supportdienstleistungen betrachtet werden. Eine Verweigerung kann daher ein Hindernis für Drittanbieter von Supportdienstleistungen respektive deren Endkunden darstellen und eine wettbewerbsschädigende Wirkung haben.

B.4.3.4 Rechtfertigungsgründe

149. Bezüglich allfälliger Rechtfertigungsgründe kann allgemein auf die Überlegungen in Rz 126 ff. verwiesen werden. Diesbezüglich müsste jedoch in Betracht gezogen werden, inwieweit die Innovationsanreize von IT-Anbietern beeinträchtigt werden, wenn eine Zwangslizenzierung von Software erforderlich wäre.

B.4.3.5 Fazit

150. Dass Cisco für den Bezug von Software-Updates eine Entschädigung verlangt, stellt für sich genommen keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen dar. Allerdings könnte als problematisch betrachtet werden, wenn Drittanbieter von Supportdienstleistungen respektive deren Kunden in Fällen, wo dies eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hätte, tatsächlich keinen Zugang zu Software-Updates erhalten würden. Während Cisco vorbringt, dass dies nicht der Fall sei, gibt es dennoch gewisse Kommunikations-Massnahmen seitens Cisco, welche gegenüber den Endkunden einen entsprechenden Eindruck erwecken könnten. Schliesslich kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Preise einzelner Software-Updates so hoch angesetzt sind, dass dies eine ähnliche Wirkung wie die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen haben könnte. Gerade Letzteres kann gemäss dem gegenwärtigen Kenntnisstand allerdings nicht abschliessend beurteilt werden. Angesichts des vorläufigen Charakters seiner Abklärungen und der von Cisco angebotenen Zugeständnisse hat das Sekretariat zu diesem Punkt keine abschliessende Schlussfolgerung getroffen.

B.4.4 Vorläufige Schlussfolgerungen

151. Obschon das vorliegende Verfahren ursprünglich auf eine Anzeige eines einzelnen Unternehmens zurückgeht, hat sich das Sekretariat generell mit der Frage auseinandergesetzt, ob gewisse Verhaltensweisen von Cisco allenfalls Drittanbieter von Supportdienstleistungen für Cisco-Geräte⁹⁴ in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindern und ob Anhaltspunkte auf eine Benachteiligung der Endkunden von Cisco vorliegen könnten.

⁹² Vgl. BGE 129 II 497 E.6.5.1. und 6.5.2. (= RPW 2003/4 925 - *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*).

⁹³ [...].

⁹⁴ Gemäss der eigenen Definition von Cisco: "A Third Party Maintenance Provider is any company who (a) is not a Cisco authorized channel Partner, or (b) is a Cisco authorized channel partner but is offering you a third party brand of service outside of any of Cisco's authorized channel Service programs." Siehe <www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/service_descriptions/docs/Third_Party_Maintenance_Services_FAQ.pdf> (19.2.2013).

152. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurden eine Reihe von Problemfeldern betrachtet. Im Vordergrund steht hierbei zunächst eine mögliche Koppelungsproblematik gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG. So kann gemäss den vorliegenden Informationen nicht ausgeschlossen werden, dass Cisco den laufenden Zugriff auf neue Versionen der Betriebssystem-Software für Switches respektive Router in möglicherweise unzulässiger Weise an den Bezug von technischem Support koppelt.

153. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass neben SMARTnet auch Cisco Base und Cisco Base SP als gekoppelte Produkte betrachtet werden könnten, welche sowohl Software-Updates als auch technischen Support umfassen. Gerade die von Cisco gewährte Bereitstellung von gewissen Software-Updates im Rahmen der E-LLW, aber auch die Praxis von [...] der Bereitstellung sämtlicher Betriebssystem-Updates während der gesamten Lebensdauer der entsprechenden Geräte im Rahmen der Garantieleistungen, sind Anhaltspunkte dafür, dass die Bereitstellung von Bug Fixes und Maintenance Releases, zumindest für einzelne Produkttypen, durchaus auch ohne den gleichzeitigen Bezug von technischem Support möglich ist. Bezüglich Cisco Base ist ausserdem anzumerken, dass nach wie vor nicht restlos geklärt ist, seit wann dieses Produkt in der Schweiz erhältlich ist.⁹⁵ Auch können sowohl SMARTnet, als auch Cisco Base als Supportpakete betrachtet werden, welche (mindestens) den laufenden Bezug von Software-Updates mit technischem Support koppeln.

154. Es ist daher möglich, dass tatsächlich eine vertragliche Koppelung vom laufenden Zugriff auf Software-Updates an den Bezug von technischem Support besteht. Hingegen ist der Kauf von einzelnen Software-Images möglich. Zusätzlich stellt Cisco gewisse Software-Updates bei schweren Sicherheitsmängeln kostenlos zur Verfügung [...]. Gemäss den vorliegenden Informationen kann im Rahmen dieser Vorabklärung allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass dies aus Sicht der Endkunden teurer sein kann als der Abschluss eines umfassenden Wartungsvertrags mit Cisco und dass somit eine Koppelung von Software-Updates und technischem Support durch ökonomische Anreize besteht. Eine derartige Koppelung könnte zu wettbewerbsschädlichen Auswirkungen sowohl gegenüber Drittanbietern von Supportdienstleistungen als auch gegenüber Konkurrenten auf den Geräte-Märkten führen. Angesichts der von Cisco angebotenen Zugeständnisse zieht das Sekretariat keine endgültigen Schlüsse darüber, inwiefern Rechtfertigungsgründe für eine allfällige Koppelung von Software-Updates und technischem Support ersichtlich sind.

155. Auch ist festzuhalten, dass in der Vergangenheit die Möglichkeit der Erhältlichkeit von einzelnen Software-Updates, auch als Endkunde von Drittanbietern von Supportdienstleistungen, unzureichend kommuniziert wurde. Dies hätte potenziell dazu geeignet sein können, gegenüber den Endkunden den Eindruck zu erwecken, dass für einen (wirtschaftlich sinnvollen) Erwerb von neuen Software-Versionen der Abschluss eines umfassenden Supportvertrags nötig wäre.

156. Während die möglicherweise unzulässige Koppelungspraxis insbesondere gegenüber Endkunden als

problematisch eingestuft werden kann, betrifft ein weiterer Problembereich Verhaltensweisen von Cisco gegenüber aktuellen und potenziellen Konkurrenten bezüglich Supportdienstleistungen für Switches respektive Router. Hierbei könnte insbesondere eine Einschränkung des Absatzes von konkurrierenden Angeboten von Supportdienstleistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG bestehen. Es ist unklar, ob das Rabattsystem von Cisco gegenüber seinen Partnern finanzielle Anreize setzt, den Kunden keine eigenen unabhängigen, sondern vorwiegend Cisco-Wartungsdienstleistungen zu verkaufen. Auch können aufgrund der vorgängig beschriebenen eventuell unzulässigen Koppelungspraxis laufende Software-Updates (im Unterschied zu Software-Images) nur dann bereit gestellt werden, wenn dies zusammen mit einem Cisco-Wartungsvertrag geschieht. Letzteres könnte ein wirklich eigenständiges Angebot – sowohl von Cisco-Partnern, wie auch von Drittanbietern von Supportdienstleistungen – erschweren.

157. Letztlich fällt in diesen Problembereich auch die beschränkte Übertragungsmöglichkeit von Softwarelizenzen, was Drittanbietern von Supportdienstleistungen die Bereitstellung von Ersatz-Hardware erschweren könnte.

158. Zu einer möglichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG ist festzuhalten, dass es durchaus berechtigt sein kann, für Software-Updates eine Entschädigung zu verlangen, insbesondere wenn diese neue Funktionen erhalten. Allerdings ist allgemein festzuhalten, dass das Geschäftsmodell von [...], bei welchem der zeitlich unbefristete Bezug von neuen Versionen des Betriebssystems mit dem Kaufpreis des Produkts abgegolten wird, als wettbewerbsneutral bezüglich Drittanbietern von Supportdienstleistungen zu betrachten ist. So kann bei diesem Vorgehen einerseits keine Koppelung von Software-Updates an Supportdienstleistungen vorgenommen werden. Auch kann bei diesem Geschäftsmodell keine Behinderung von unabhängigen Anbietern von Supportdienstleistungen aufgrund der Preise für Software-Updates erfolgen.

159. Zusammenfassend kommt das Sekretariat zum vorläufigen Schluss, dass sowohl das Marktverhalten wie auch die Kommunikation von Cisco gegenüber ihren Endkunden möglicherweise geeignet sein könnten, den von Drittanbietern von Wartungsdienstleistungen ausgehenden Wettbewerbsdruck zu verringern.

B.4.5 Von Cisco vorgeschlagene Massnahmen

160. Anlässlich des Gesprächs mit Cisco vom 17. Juni 2013 hat sich Cisco bereit erklärt, gewisse Anpassungen insbesondere bezüglich der Kommunikation gegenüber Endkunden vorzunehmen, welche dem Sekretariat mit Schreiben vom 1. Juli 2013 dargelegt und in einem Schreiben vom 29. Juli 2013 präzisiert wurden.⁹⁶

⁹⁵ Vgl. Rz 37. Verträge, die die Erhältlichkeit des Produkts in der Schweiz bereits zu einem früheren Zeitpunkt belegen würden, wurden dem Sekretariat bislang keine vorgelegt.

⁹⁶ Vgl. Rz 45.

161. Cisco schlägt eine Reihe von Massnahmen vor, ohne anzuerkennen, dass Cisco sich wettbewerbswidrig verhalten hat. Die von Cisco vorgeschlagenen Anpassungen betreffen die Lieferung von Fehlerbehebungs-Software, die Übertragung von Software-Lizenzen, respektive die Kommunikation von Cisco zu diesen Themen, sowie die Mitteilung der getroffenen Massnahmen.

B.4.5.1 Lieferung von Fehlerbehebungs-Software

162. Bezüglich der Lieferung von Fehlerbehebungs-Software schlägt Cisco Folgendes vor:

„Cisco bestätigt hiermit, dass es seine bisherige Praxis fortführen wird, wonach Eigentümer von Cisco-Routern und -Switches, die im Besitz einer gültigen Lizenz sind, ungeachtet dessen, ob sie mit Cisco einen Wartungs- oder Servicevertrag abgeschlossen haben oder nicht, kostenlosen Zugriff auf Bug Fixes und Updates zur Behebung von erheblichen Defekten der Cisco Betriebssystem-Software⁹⁷ haben.

Ein erheblicher Software-Defekt liegt vor:

- (a) *bei ein einem Sicherheitsrisiko in der Cisco Betriebssystem-Software, für welches Cisco eine Sicherheitsmeldung („Cisco Security Advisory“) veröffentlicht hat und auf <http://tools.cisco.com/security/center/publicationListing.x> oder einem ähnlichen Link eine Software zur Behebung herausgegeben hat; oder*
- (b) *bei einem bedeutenden Betriebssystem-Softwareproblem, das nicht mit einem Sicherheitsrisiko verbunden ist, für welches Cisco eine Kundenbenachrichtigung („Field Notice“) veröffentlicht und eine Software-Fehlerbehebung bekannt gegeben hat, die der Kunde benötigt, damit die betreffende Software im Wesentlichen wieder den in der entsprechenden Dokumentation veröffentlichten Spezifikationen entspricht. Die Kundenbenachrichtigungen sind auf http://www.cisco.com/en/US/support/tsd_products_s_field_notice_summary.html verfügbar.*

Cisco weist darauf hin, dass sie weiterhin keine kostenlosen technischen Beratungs- oder sonstige Dienstleistungen erbringt, die über die Information der Kunden über verfügbare Fehlerbehebungssoftware mit Bezug auf eine bestimmte Anwendungsversion hinausgehen und nicht verpflichtet ist, kostenlos entweder Software mit zusätzlichen Anwendungen oder Funktionalitäten zu liefern oder Störungen der Softwareumgebung des Kunden zu beseitigen. Diese Praxis wird auch von anderen Wettbewerbern von Cisco in der Schweiz ausgeübt und entspricht internationalen Standards.“

163. Zusätzlich erklärt sich Cisco bereit, in der direkten Kommunikation gegenüber Kunden ohne anderweitige Berechtigung zum Bezug von Software-Updates im Rahmen einer E-Mail-Vorlage auf die Möglichkeit hinzuweisen, ohne den Erwerb eines umfassenden Supportvertrags Software-Updates zu erwerben oder gegebenenfalls kostenlos (im Rahmen der obigen Zusagen) zu beziehen:

“Dear {Name},

In order to download software from Cisco's software download center, your product must be covered under an active service contract.

I reviewed the information provided and have determined that serial number {xxxx} is not covered under a service contract.

If you wish to purchase software for this device, or a service contract that provides access to software downloads and upgrades for this device, please contact your Cisco Service Representative (partner, reseller, or Cisco Service Account Manager). In addition, Cisco does provide access to software fixes for certain known security or engineering software bugs. We recommend that you also visit our Security Notification (<http://tools.cisco.com/security/center/publicationListing.x>) and Field Notice (http://www.cisco.com/en/US/support/tsd_products_field_notice_summary.html) sites to see if a software fix or workaround is posted for your issue.

Thank you for contacting Cisco Customer Interaction Network”

B.4.5.2 Übertragung von Software-Lizenzen

164. Bezüglich der Übertragung von Software-Lizenzen schlägt Cisco Folgendes vor:

„Cisco bestätigt weiterhin ihre aktuell bestehende Praxis, gemäss welcher die Übertragung von Betriebssystem-Softwarelizenzen zwischen Endkunden im Europäischen Wirtschaftsraum (EU und EWR) und der Schweiz – entweder direkt oder über Drittparteien – gemäss ihrer Policy zur Übertragung von Betriebssystem-Software unentgeltlich und unabhängig von der Art des Übertragungsgeschäfts erlaubt ist. Um jegliche Unklarheit mit Bezug auf diese geltende Praxis zu beseitigen, hat Cisco den diesbezüglichen Wortlaut der Übersicht über die am häufigsten gestellten Fragen „FAQs“) auf ihrer Website geklärt: http://www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/service_descriptions/docs/Third_Party_Maintenance_Services_FAQ.pdf.“

B.4.5.3 Vorbehalte

165. Cisco bringt in ihrer Erklärung folgenden Vorbehalt an:

„Cisco behält sich ausdrücklich das Recht vor, ihr geistiges Eigentum inkl. Software niemandem zur Verfügung zu stellen, der den Cisco Softwarelizenzvorschriften erheblich zuwider gehandelt hat oder Cisco's geistiges Eigentum verletzt hat. Dies trifft auf Personen zu, von welchen bekannt ist, dass sie das geistige Eigentum anderer Unternehmen verletzt haben, so dass die Gefahr besteht, dass die Cisco-Lizenzbedingungen nicht eingehalten werden oder das geistige Eigentum von Cisco weiter verletzt wird.“

⁹⁷ *„Mit „Betriebssystem-Software“ ist IOS in seiner lizenzierten Basisversion gemeint, wie sie mit der Hardware zusammen geliefert wird. Sie bezieht sich nicht auf zusätzliche Anwendungen, welche durch den Kunden zusätzlich gekauft werden können.“*

B.4.5.4 Kommunikation

166. Zur Art und Weise der Kommunikation schlägt Cisco folgendes vor:

„Cisco erklärt sich ebenso bereit, gegenüber ihren Kunden und Geschäftspartnern die oben erwähnte Praxis des Zugriffs auf Fehlerbehebungen und Updates und zur Übertragung von Software weiterhin auf ihrer Website zu veröffentlichen.“

B.4.6 Beurteilung der vorgeschlagenen Massnahmen

B.4.6.1 Lieferung von Fehlerbehebungs-Software

167. Die Praxis der kostenlosen Bereitstellung von Software-Updates bei schwerwiegenden Sicherheitsproblemen bestand nachweislich bereits vor dieser Vorabklärung. Hingegen wurde die angeblich bestehende Praxis der Herausgabe von Software-Updates bei schwerwiegenden Software-Fehlern im Rahmen der sogenannten Field Notices gemäss den vorliegenden Informationen bisher noch nicht gegenüber den Endkunden kommuniziert.

168. Insofern erscheint diese Massnahme tatsächlich geeignet, die Problematik einer möglichen Koppelung von Software-Updates mit technischem Support zu dämpfen, indem eine weitere eingeschränkte Möglichkeit zum kostenlosen Bezug von Software-Updates besteht. Wie stark dieser Effekt ist, lässt sich aber derzeit nicht abschliessend beurteilen, sodass es sinnvoll ist, die Auswirkungen dieser Massnahme auf dem Markt künftig zu beobachten.

B.4.6.2 Übertragung von Software-Lizenzen

169. Zuvor wurde die Frage, ob eine Übertragung von Software-Lizenzen innerhalb der EU über ein Drittunternehmen möglich sei, im Third Party Maintenance Provider FAQ pauschal verneint. Nun wird darin explizit festgehalten, dass eine Übertragung von Geräten innerhalb des EWR und der Schweiz zwischen Endkunden (auch über Dritte) grundsätzlich möglich ist. Allerdings ist in den entsprechenden Bedingungen unter anderem festgehalten, dass ein Gerät zuerst für mindestens 12 Monate im Besitz eines Endkunden gewesen sein muss, bevor eine solche Lizenzübertragung erfolgen kann.

170. Somit haben Drittanbieter von Supportdienstleistungen eine Möglichkeit, auch die Dienstleistung von Hardware-Ersatz anzubieten ohne Verlust der mit den Geräten verbundenen IOS-Lizenz. Die Massnahme erscheint daher grundsätzlich ebenfalls geeignet, die Problematik der Koppelung von Software-Updates mit technischem Support abzuschwächen, ihre Praktikabilität kann jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden. Auch hierzu wäre es sinnvoll, zu gegebener Zeit die Auswirkung dieser Regelung auf dem Markt zu beobachten.

B.4.6.3 Vorbehalte

171. Die genannten Vorbehalte zielen wohl in erster Linie auf [die Anzeigerin] ab. Zwischen Cisco und [der Anzeigerin] sowie deren CEO wurden bereits diverse Rechtsstreitigkeiten ausgetragen und sind teilweise noch hängig. Inwiefern [die Anzeigerin] tatsächlich geistiges Eigentum von Cisco verletzt hat, kann das Sekretariat

nicht beurteilen. Jedoch ist allgemein festzuhalten, dass die in Rz 140 f. umschriebenen Grundsätze keinen absoluten Anspruch auf Zugang zur fraglichen Infrastruktur verschaffen. Vielmehr darf eine Geschäftsbeziehung selbst bei Anwendung dieser Grundsätze verweigert werden, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist.⁹⁸ Ob eine Verweigerung jedoch im konkreten Fall zulässig ist, wäre im Einzelfall zu prüfen, wobei dieser Punkt wohl in den Zuständigkeitsbereich der zivilen Gerichte fallen dürfte.

B.4.6.4 Kommunikation

172. Die vorgenommenen Anpassungen in der Kommunikation gegenüber den Endkunden tragen den Bedenken des Sekretariats grundsätzlich Rechnung. So wird beispielsweise in der neuen Version des Third Party Maintenance Provider FAQ auf die Möglichkeiten eines Lizenztransfers innerhalb des EWR und der Schweiz hingewiesen. Ebenso werden die Möglichkeiten, ausserhalb von SMARTnet und Cisco Base Software-Updates zu erhalten, explizit erwähnt. Letztlich kann allerdings die Wirkung der Gesamtheit der von Cisco vorzunehmenden Kommunikationsmassnahmen ebenfalls erst nach deren Umsetzung abschliessend beurteilt werden.

B.5 Vertriebssystem für Cisco Geräte

173. Die im Herbst 2013 eingereichten Beschwerden betreffen beide das Vertriebssystem von Cisco.⁹⁹ Beide wurden eingereicht von Wiederverkäufern, welche auf dem Graumarkt beschaffte Cisco-Hardware an ihre Kunden weiterverkauften. Cisco hatte diese beiden Wiederverkäufer aus ihrem Partner-System ausgeschlossen. Beide Wiederverkäufer machten gegenüber dem Sekretariat geltend, Cisco erlaube den Erwerb von Hardware-Produkten nur von den autorisierten „Cisco Distribution Partner“ in der Schweiz.

174. In ihrer Stellungnahme macht Cisco geltend, die Wiederverkäufer in der Schweiz seien gemäss den vertraglichen Bestimmungen keineswegs verpflichtet, ihre Produkte ausschliesslich von Distributoren in der Schweiz zu beziehen. Jedoch bestehe eine Pflicht, Produkte nur über autorisierte Händler zu beziehen. In den fraglichen Fällen hätten „diese Wiederverkäufer Produkte von nicht zugelassenen Händlern d.h. Wiederverkäufern, welche dem Netzwerk zugelassener Cisco-Wiederverkäufer weder in der Schweiz noch dem EWR oder andernorts angehörten, bezogen.“¹⁰⁰ In einem solchen Fall sehen die Vertriebsverträge von Cisco die Möglichkeit der einseitigen Auflösung durch Cisco vor.

175. Gestützt auf diese Ausführungen sowie nach Überprüfung der von Cisco eingereichten Vertriebsverträge sieht das Sekretariat in diesem Punkt keine Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss durch Cisco, weshalb von eingehenden Abklärungen dieser Frage abgesehen wurde.

⁹⁸ Vgl. oben, Rz 141.

⁹⁹ Zum Vertriebssystem im Allgemeinen vgl. oben, Rz 85 ff.

¹⁰⁰ Vgl. Stellungnahme von Cisco vom 28.10.2013, S 6.

B.6 Ergebnis

176. Zusammenfassend wurden gestützt auf die Vorabklärung Anhaltspunkte gefunden, dass Cisco sowohl auf den Märkten für Ethernet Switches respektive Router (Primärmärkte), als auch auf den jeweils dazugehörigen Märkten für Software-Updates respektive technischen Support (Sekundärmärkte) über eine marktbeherrschende Stellung in Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

177. Bezüglich dieser Sekundärmärkte wurde eine Reihe von Problemfeldern aufgezeigt: So ist der laufende Zugriff auf Software-Updates möglicherweise vertraglich an den technischen Support gebunden. Ebenso kann gestützt auf die Vorabklärung nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund der Preise für den Kauf einzelner Software-Updates eine Koppelung durch ökonomische Anreize vorliegt. Dem wirkt teilweise entgegen, dass gewisse Software-Updates, welche in Einzelfällen zusätzliche Funktionen beinhalten können, unter bestimmten Voraussetzungen, sei es bei schwerwiegenden Sicherheitsproblemen oder Problemen bezüglich Produktkonformität, im Rahmen der Garantie für gewisse Geräte, kostenlos bereitgestellt werden. Die Klarstellung seitens Cisco, dass entsprechende Software-Updates auch im Falle von schwerwiegenden Software-Fehlern, welche keine Sicherheitsprobleme darstellen, den Endkunden kostenlos zur Verfügung gestellt werden, stellt zumindest eine teilweise Entschärfung der möglichen Koppelungs-Problematik gegenüber den Endkunden dar.

178. Insgesamt besteht die Möglichkeit, dass auf den Sekundärmarkten bezüglich Switches respektive Routern eine Koppelung von Software-Updates an die Bereitstellung von technischem Support durchaus eine marktverschliessende Wirkung haben kann, indem unabhängige Anbieter von technischem Support zumindest in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnten.

179. Neben den tatsächlichen Gegebenheiten gab es seitens Cisco auch eine Reihe von Kommunikationsmassnahmen, welche eine Koppelung von Software-Updates und technischem Support suggeriert haben könnten. Ebenso könnten gewisse Kommunikations-

massnahmen den Eindruck erweckt haben, dass Drittanbieter von Supportdienstleistungen respektive deren Kunden keine Möglichkeit hätten, von Cisco Software-Updates zu erhalten. Auch bezüglich der Kommunikation hat Cisco eine Reihe entsprechender Klarstellungen vorgenommen.

180. Letztlich ist nochmals festzuhalten, dass eine Abgeltung der Kosten für den Bezug von Software-Updates, allenfalls limitiert auf Fehlerbehebungen, anlässlich des Gerätekaufs wohl als wettbewerbsneutral bezüglich der vorliegenden Wettbewerbsbedenken zu betrachten wäre. Gerade das Beispiel von [...] zeigt, dass ein zeitlich unbegrenzter Zugang zu Software-Updates im Rahmen der Garantieleistungen (d.h. unabhängig vom Erwerb von technischem Support) möglich und kommerziell sinnvoll ist. Es ist unklar, inwiefern die Praktiken von [...] auf den gesamten Sektor extrapoliert werden können, da andere Unternehmen, welche mit Cisco bezüglich des Verkaufs von Routern und Switches im Wettbewerb stehen, Support-programme anbieten, welche denen von Cisco ähnlich sind.

181. Wie vorhergehend ausgeführt wurde, ist es allerdings sinnvoll, die Auswirkungen der von Cisco vorgeschlagenen Massnahmen auf dem Markt zu beobachten. Somit verzichtet das Sekretariat gegenwärtig auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG und schliesst die vorliegende Vorabklärung.

C Schlussfolgerungen

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

1. nimmt die durch Cisco vorgeschlagenen Massnahmen zur Kenntnis,
2. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Schlussbericht vom 12. Juni 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Meldesystem Baumeisterverbände wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

A.1.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Die vorliegende Vorabklärung betrifft die Meldesysteme der kantonalen Baumeisterverbände (nachfolgend KBV). In deren Rahmen meldeten Unternehmen, an welchen konkreten Submissionen sie teilzunehmen gedenken sowie ein allfälliges Rückkommen auf diese Absicht. Die Mitgliedsunternehmen der Baumeisterverbände konnten online Einsicht in diese Meldungen nehmen. M.a.W. war es den Mitgliedsunternehmen mittels der Meldesysteme möglich, vor Einreichung der Offerten zu erfahren, wer bei Einladungsverfahren ebenfalls eingeladen ist und welche Unternehmen bei einer Submission zu offerieren beabsichtigen.

2. Im Rahmen dieser Vorabklärung ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit diesen Meldesystemen gegen Art. 5 KG¹ verstossen wird und folgedessen eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG) zu eröffnen ist. Näher zu betrachten ist insbesondere, ob solche Meldesysteme Preisabsprachen bei der Vergabe von Aufträgen mittels direkten Kontakten zwischen den Submittenten ermöglichen und/oder – ohne direkten Kontakt – zu einem abgestimmten Verhalten zwischen den Unternehmen führen können.

A.1.2 Vorabklärung bezüglich der Meldesysteme in der Vergangenheit

3. Die untersuchten Meldesysteme entspringen dem Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) über das Angebotswesen (Wettbewerbsreglement)², welches im November 2011 vom SBV abgeschafft wurde. Verschiedene kantonale Baumeisterverbände führen das von ihnen betriebene Meldesystem trotz Abschaffung des Wettbewerbsreglements des SBV weiter und führten hierzu teilweise ein eigenes Reglement ein. Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, die in der Vergangenheit von den Wettbewerbsbehörden vorgenommene Beurteilung der Meldesysteme der Baumeisterverbände näher zu betrachten.

4. Das Wettbewerbsreglement des SBV vom 23. Oktober 1996 löste am 1. März 2000 eine Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Sekretariat) aus.³ Am 4. Juli 2001 teilte das Sekretariat dem SBV im Sinne einer vorläufigen kartellrechtlichen Würdigung mit, dass das Wettbewerbsreglement Wettbewerbsbeschränkungen bewirke, welche prima vista nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt seien. Dies betraf insbesondere die Bestimmungen

- a) die Pflicht der SBV-Mitglieder, die eingereichten Angebote zu melden, sowie Sanktionen bei

Pflichtverletzungen (Art. 6 und 12 Wettbewerbsreglement des SBV von 1996),

- b) die Pflicht der SBV-Meldestellen, allen angemeldeten Bewerbern die angemeldeten Firmen mitzuteilen (Art. 7 und 12 Wettbewerbsreglement des SBV von 1996), sowie
- c) die Möglichkeit der Durchführung von sogenannten Vorversammlungen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a Wettbewerbsreglement des SBV von 1996).

5. Das Sekretariat regte im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG an, dass die Pflicht zur Meldung aufgehoben und auf Sanktionen bei Verletzung der Meldepflicht verzichtet werde. Ferner empfahl das Sekretariat die Aufhebung der Pflicht der SBV-Meldestellen, allen angemeldeten Bewerbern die angemeldeten Firmen mitzuteilen, und legte nahe, dass der SBV und seine Mitglieder die Bauherrschaften konsequent über die Existenz des Meldesystems orientieren sollen. Eine Streichung der Möglichkeit von Vorversammlungen regte das Sekretariat ebenfalls an.

6. Die Delegiertenversammlung des SBV änderte aufgrund dieser Anregungen des Sekretariats mit Beschluss vom 21. November 2002 das Wettbewerbsreglement des SBV von 1996 in mehreren Punkten:

- a) Gemäss Art. 6 des Wettbewerbsreglements des SBV von 2002 teilt ein SBV-Mitglied, das ein Angebot einzureichen beabsichtigt, dies der Meldestelle nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen unverzüglich mit, jedoch wurde die Sanktion beim Unterlassen der Meldung aufgehoben.
- b) Die Pflicht der SBV-Meldestellen, allen angemeldeten Bewerbern die angemeldeten Firmen mitzuteilen, wurde aufgehoben.
- c) Die Bauherrschaft erhält auf Anfrage sowie bei der Durchführung von Versammlungen von der Meldestelle Auskunft über das Angebotsmeldesystem.
- d) Vorversammlungen sind nicht mehr vorgesehen, bei den Versammlungen besteht jedoch nicht mehr die explizite Pflicht, Bauherren einzuladen.

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

² Abrufbar unter <www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/Ausschreibungen_Normen/Ausschreibungen/wettbewerbsreglement_2008.pdf> (8.7.2013).

³ Vgl. hierzu und zum Folgenden RPW 2003/4, 726 ff., *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

7. Im Rahmen seiner sehr summarischen Ermittlungen (der die Bestimmungen im Wettbewerbsreglement im Einzelnen wiedergebende Schlussbericht umfasst gerade einmal sechs Seiten) befand das Sekretariat, dass das Risiko von Kartellrechtsverstössen, das vom angepassten Wettbewerbsreglement des SBV ausging, mit der Änderung erheblich reduziert sei und in einem sinnvollen Verhältnis zum Nutzen des Wettbewerbsreglements des SBV (Unterstützung von Verbandsmitgliedern bei komplexen Ausschreibungsunterlagen) stünde. Zudem setze die konsequente Information der Bauherrschaften über die Existenz des Angebotsmeldesystems diese in die Lage, rechtzeitig Rechtsbeihilfe bei vermuteten Abreden zu ergreifen. Weiter ging das Sekretariat davon aus, dass die mit der Kartellgesetzrevision von 2004 eingeführten direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG hinreichend abschreckend seien, damit der SBV sein Meldesystem so einsetze, dass sich daraus keine Wettbewerbsbeschränkungen (Abreden unter Anbietern) ergäben. Aufgrund der vom SBV am Wettbewerbsreglement vorgenommenen Änderungen stellte das Sekretariat die Vorabklärung gestützt auf die oben genannten Überlegungen ein.

A.1.3 Neue Erkenntnisse bezüglich Meldesysteme durch Untersuchungen im Bereich Strassen- und Tiefbau

8. Am 8. Juni 2009 eröffnet das Sekretariat betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau eine Untersuchung im Kanton Aargau sowie eine im Kanton Zürich. Im Rahmen der Untersuchungen wurde festgestellt, dass einige an der Abrede beteiligten Parteien das Meldesystem der Baumeisterverbände systematisch nutzten.⁴ Dabei zeigte sich, dass im Meldesystem bezüglich einzelner Submissionen und Submittenten über die Kontaktangaben hinausgehende Angaben angegeben und ersichtlich waren. So wurden beispielsweise bei gewissen Submissionen bei einzelnen Submittenten neben den Kontaktangaben ein oder mehrere Nummernzeichen (#) aufgeführt. Wie diese Nummernzeichen zu verstehen sind, mithin welche Art von Information sie ausdrücken, wurde in diesen Untersuchungen offen gelassen. Es wurde jedoch festgestellt, dass sie jedenfalls einen irgendwie gearteten Informationsgehalt aufweisen und zu einem Informationsaustausch unter den Baugesellschaften führen würden.

9. In den erwähnten Untersuchungen wurde bezüglich der Meldesysteme festgestellt, dass diese den Mitgliedern des SBV erlauben würden, sich jederzeit ein aktuelles Bild über die Absichten der Konkurrenten hinsichtlich deren Submissionsteilnahme bei einem bestimmten Projekt zu machen.⁵ Eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für das Treffen einer Abrede im Submissionswesen (insbesondere einer erfolgreichen) sei das Wissen darüber, welche Baugesellschaften an einer Submission teilzunehmen gedenken würden bzw. bei Einladungsverfahren überhaupt zur Teilnahme dazu eingeladen seien. Dieses Wissen sei nicht ohne Weiteres verfügbar. Mit den Meldesystemen werde diese Schwierigkeit überwunden und Transparenz hinsichtlich der Submissionsteilnehmer geschaffen.

10. Schliesslich stellten die erwähnten Untersuchungen bezüglich der Meldesysteme fest, dass diese Submissi-

onsmärkte auch dann beeinflussen könnten, wenn keine direkten Kontakte zwischen Konkurrenten stattfänden. Bereits das Wissen über die mögliche Anzahl und Identität könne die Höhe der eigenen Eingaben beeinflussen. Die durch die Meldesysteme zur Verfügung gestellten Informationen würden sich daher hemmend auf die Intensität des Wettbewerbs auswirken können.

A.1.4 Verfahren

11. Die neu gewonnenen Erkenntnisse aus den vorerwähnten Untersuchungen betreffend allfälliger Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau veranlassten das Sekretariat, das Meldesystem der Baumeisterverbände erneut zu prüfen.⁶ In der Folge kontaktierte das Sekretariat den SBV mittels eines Fragebogens vom 17. Juli 2012, den dieser am 25. September 2012 beantwortete, und traf sich mit dem SBV am 17. Dezember 2012.

12. Am 17. Januar 2013 eröffnete das Sekretariat die vorliegende Vorabklärung in Sachen Meldesystem von Bauausschreibungen der verschiedenen kantonalen Baumeisterverbände (KBV). Gleichentags wurden die kantonalen Baumeisterverbände mittels eines Auskunftsbefehrs um Antwort ersucht, ob sie zu diesem Zeitpunkt noch ein Meldesystem betreiben würden und gegebenenfalls wie dieses ausgestaltet sei.

13. In den Antworten meldeten die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis sowie die Zentralschweizer Baumeisterverbände, dass sie gegenwärtig ein Meldesystem betreiben würden. Bei all diesen Meldesystemen haben die Mitgliedsunternehmen des jeweiligen KBV (darunter insbesondere auch Teilnehmer an einer Submission) online bzw. durch Benachrichtigung per Fax Zugriff auf die Kontaktdaten der bezüglich einer Ausschreibung angemeldeten Submittenten, und zwar zeitlich vor der Eingabe der Offerte. Die übrigen KBV gaben an, kein Meldesystem (mehr) zu betreiben (vgl. Tabelle 1).

⁴ Vgl. RPW 2012/2, 274 Rz 13, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* [nachfolgend Verfügung Aargau] und RPW 2013/4, 564 Rz 198, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [nachfolgend Verfügung Zürich].

⁵ Vgl. Verfügung Aargau (Fn 4), 274 Rz 14, und Verfügung Zürich (Fn 4), 70 Rz 199.

⁶ Vgl. Verfügung Aargau (Fn 4), 274 Rz 16.

Tabelle 1: Angaben der KBV zum Weiterbetrieb eines Meldesystems im Frühjahr 2013

KBV	Reglement	Meldesystem	Geschätzte Nutzung (in Prozent der Mitglieder der jeweiligen KBV)*
Aargau	Ja	Ja**	60%
Basel	Nein	Nein	-
Bern	Nein	Nein	-
Jura Bernoise	Nein	Nein	-
Freiburg	Nein	Nein	-
Genf	Nein	Nein	-
Glarus	Nein	Nein	(50%)*
Graubünden	Ja	Ja**	30%
Jura	Nein	Nein	-
Neuchâtel	Nein	Ja	15%
Solothurn	Ja	Ja**	67%
St. Gallen	Ja	Ja**	45–55% Hochbau, 60–65% Tiefbau
Tessin	Nein	Nein	(67%)*
Thurgau	Nein	Nein	-
Wallis	Nein	Ja**	40%
Vaudoise	Nein	Nein	-
Zürich/Schaffhausen	Nein	Nein	-
Zentralschweizer Baumeisterverbände (OW, NW, LU, UR, SZ, ZG)	Ja	Ja**	90%

*Bei KBV, welche zum Zeitpunkt der Befragung kein Meldesystem mehr betrieben, betrifft – sofern vorhanden – die in Klammern aufgeführte Schätzung das letzte Betriebsjahr des Meldesystems.

** Diese Meldesysteme wurden zwischen September und Dezember 2013 eingestellt (vgl. Rz 16).

14. Mit Schreiben vom 9. August 2013 wandte sich das Sekretariat an diejenigen KBV, welche zu diesem Zeitpunkt ein Meldesystem betrieben, also die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizer Baumeisterverbände. Darin schilderte das Sekretariat seine derzeitigen Erkenntnisse zum Meldesystem und regte im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG eine Anpassung der Meldesysteme an.

15. Betreffend den Anregungen des Sekretariats traf sich das Sekretariat mit dem baumeister verband aargau am 20. September 2013 und mit dem Walliser Baumeisterverband am 4. Dezember 2013.

16. Die KBV von Aargau, Graubünden, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände, gaben dem Sekretariat schriftlich bekannt, dass sie ihr jeweiliges Meldesystem einstellen würden. Diese Einstellung erfolgte zwischen September bis Dezember 2013. Die Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs teilte dem Sekretariat mit, dass sie ihr

Meldesystem entsprechend den Anregungen des Sekretariats bis am 1. März 2014 anpassen würden. Am 5. Mai 2014 reichte die Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs Unterlagen ein, welche die vorgenommenen Änderungen dokumentierten.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht 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).

18. 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).

19. Die Mitglieder der KBV sind ohne Weiteres als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

Die KBV sind vom persönlichen Geltungsbereich des KG aber ebenfalls erfasst. Sie erbringen zwar keine Bau- dienstleistungen, doch bieten sie ihren Mitgliedern – teilweise unmittelbar kostenpflichtig, teilweise mittelbar durch die Mitgliederbeiträge finanziert – diverse Leistungen an; so führen sie etwa Aus- und Weiterbildungen durch, stellen Drucksachen zur Verfügung oder boten – zumindest manche KBV – die hier interessierenden Meldesysteme zur Nutzung durch ihre Mitglieder an. Folgedessen sind die KBV Anbieter von Gütern und Dienstleistungen und sind daher ebenso wie ihre Mitglieder als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.⁷

20. Hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs, namentlich dem Treffen von Kartell- oder anderen Wettbewerbsabreden, ist auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend Wettbewerbsabreden zu verweisen, wo dies einlässlich geprüft wird. An dieser Stelle sei bloss vorweggenommen, dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

21. Auf Ausführungen zum örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich kann vorliegend verzichtet werden; die entsprechenden Voraussetzungen sind ohne Weiteres erfüllt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. 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).

23. Im hier zu beurteilenden Fall gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen würden. Insbesondere kann auf die ständige Praxis der Wettbewerbsbehörden verwiesen werden, wonach die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG darstellen.⁸

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede durch Informationsaustausch bezüglich Teilnahme an Submissionen

B.3.1 Einleitung

24. Welche Gegebenheiten als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind, bestimmt sich nach Art. 4 Abs. 1 KG. Liegt eine solche vor, folgert nicht automatisch, dass auch ein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegen würde. Unter welchen Voraussetzungen eine Wettbewerbsabrede unzulässig ist, ergibt sich vielmehr erst aus Art. 5 KG.

25. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Bei spezifischen horizontalen Wettbewerbsabreden, d.h. Abreden zwischen Gesellschaften, die tatsächlich oder der Mög-

lichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wird dabei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 KG).

B.3.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

26. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.¹⁰

27. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen; b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Ferner sieht das Gesetz vor, dass solche Abreden zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen getroffen sein müssen.

B.3.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

28. Wie bereits einleitend geschildert, funktionierten die untersuchten Meldesysteme wie folgt: Ein Unternehmen teilte seine Absicht, an einer Submission teilzunehmen, der zuständigen Meldestelle mit; ebenso teilte es dieser Meldestelle mit, wenn es seine Absicht ändert und doch nicht teilzunehmen gedachte. Je nach Ausgestaltung der Reglemente der KBV, welche ein Meldesystem betrieben, waren die Bauunternehmen zu diesen Meldungen verpflichtet oder aber sie konnten sie freiwillig machen.¹¹ Die Meldestelle machte diese Mitteilung anderen KBV-Mitgliedern online oder per Faxzusendung zugänglich, zumindest wenn diese selbst ihre Teilnahmeabsicht angemeldet hatten. Somit erhält jeder, der seine Absicht zur Teilnahme an einer Submission mitgeteilt hatte, Kenntnis über die anderen Unternehmen, welche ihre Teilnahmeabsicht meldeten. Dieser Austausch der Information über die Teilnahmeabsicht war den meldenden Unternehmen bekannt. Mit dieser Meldung erfolgte über den Weg des von den KBV betriebenen Meldesystemen ein Austausch von Informationen zwischen direkten Konkurrenten. Mit anderen Worten entschieden sich

⁷ In gleichem Sinne Verfügung i.S. Abrede im Speditionsbereich, Rz 66, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Spedition: Verfügung (16.07.2013) bezüglich dem Branchenverband Spedlogswiss; RPW 2012/4, 823 Rz 45, *Vertrieb von Musik* bezüglich dem Dachverband IFPI Schweiz. Im Ergebnis ebenso bereits RPW 2003/4, 727 Rz 4, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

⁸ Statt anderer Verfügung Aargau (Fn 4), 384 f. Rz 919 ff.

⁹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

¹¹ Gemäss dem nunmehr abgeschafften Wettbewerbsreglement des SBV bestand eine – wenn auch nicht sanktionsbedrohte – Pflicht zur Meldung.

die Bauunternehmen durch eine Teilnahme am Meldesystem, die entsprechenden Informationen mit ihren Konkurrenten auszutauschen. Sie wirkten damit bewusst und gewollt zusammen.

B.3.2.2 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

29. Das vorangehend geschilderte bewusste und gewollte Zusammenwirken erfolgt zwischen den einzelnen KBV-Mitgliedern, welche hinsichtlich einer konkreten Submission ihr Interesse an einer Teilnahme mitgeteilt haben. Es handelt sich bei ihnen offenkundig um direkte Konkurrenten. Der Informationsaustausch ist demnach horizontaler Natur, da er zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe erfolgt.

30. Die KBV, welche diese Meldesysteme betrieben, erbringen selber keine Baudienstleistungen. Sie sind denn auch nicht an der Abgabe eigener Offerten bei Submissionen interessiert und sind entsprechend nicht auf demselben Markt tätig wie ihre Mitglieder. Am zuvor dargestellten Informationsaustausch nahmen sie nicht dadurch teil, als dass sie eigene Informationen austauschen würden. Jedoch erfolgte der Informationsaustausch zwischen den direkten Konkurrenten über sie resp. die von ihnen betriebenen Meldesysteme. Sahen die Reglemente der KBV gar eine Pflicht zur Meldung vor, ist dies als Aufforderung der KBV an ihre Mitglieder zu einem solchen Informationsaustausch resp. eine verbindliche (wenn auch nicht sanktionsbedrohte) Anordnung zu werten. Somit erleichterten und förderten die fraglichen KBV durch das Betreiben der Meldesysteme das vorgenannte bewusste und gewollte Zusammenwirken zwischen ihren Mitgliedern, durch eine allfällige Meldepflicht in ihren Reglementen forderten sie gar dazu auf.

31. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden erfasst das Kartellgesetz nicht nur die unmittelbaren Teilnehmer der Abrede, sondern auch diejenigen Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, welche das Treffen von Abreden bewusst und gewollt erleichtern, fördern oder gar dazu auffordern.¹² Nicht geklärt ist bislang – und dies soll auch im Rahmen dieser Vorabklärung offen bleiben –, ob dieses Ergebnis durch eine entsprechend weite, vor allem teleologisch motivierte Auslegung des Abrededebegriffs erreicht wird – auch solche Unternehmen wirken letztlich bewusst und gewollt mit den übrigen Abredeteilnehmern zusammen – oder durch eine Heranziehung der (verwaltungs-)strafrechtlichen Figuren der Anstiftung und der Gehilfenschaft.¹³ Denn so oder so findet das Kartellgesetz auch auf diese Art der Abredeteilnahme sowie die sie vornehmenden Unternehmen, vorliegend also auf die KBV, Anwendung. Dass für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG letztlich irrelevant ist, auf welcher Marktstufe die Abrededepartner stehen, wurde von den Wettbewerbsbehörden bereits festgestellt;¹⁴ dass die KBV unstreitig nicht auf derselben Marktstufe stehen wie ihre Mitglieder ist daher für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ohne Belang.

B.3.2.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

32. In der Untersuchung „Ascopa“ hielt die WEKO betreffend Bezwecken oder Bewirken von Wettbewerbsbe-

schränkungen bei einem Informationsaustausch Folgendes fest:¹⁵

389. *In Übereinstimmung mit der europäischen Praxis und Lehre^[...] ist nach schweizerischer Lehre das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens objektiv zu verstehen.^[...] Mit anderen Worten muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.^[...] Bei der Beurteilung dieser Eignung geht es also um die feststellbare Tendenz der Vereinbarung.^[...] Die Eignung ist zu bejahen, wenn sie das Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aufweist.^[...] Somit ist das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen unzulässig im Sinne des KG – zulässt.^[...]*

390. *Das objektive Verständnis des Begriffs „bezwecken“ führt auch dazu, dass die subjektiven Vorstellungen der Parteien irrelevant sind bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens erfüllt ist.^[...] [...]*

391. *Mit Bezug auf den Austausch von Marktinformationen zwischen Unternehmen gibt die europäische Kommission Richtlinien vor, wann der Austausch von Informationen zumindest potenziell wettbewerbsbeschränkend ist und damit im Sinne der obigen Ausführungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Als tendenziell wettbewerbsbeschränkend betrachtet sie unter anderem den Austausch von Informationen, welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern.^[...] [...] Gleich wie die EU-Kommission beachtet auch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit eines Informationsaustausches den Inhalt der ausgetauschten Informationen (wobei der Austausch von Verkaufspreisen, Mengen und Geschäftsstrategien als eher problematisch eingestuft werden), das Aggregationsniveau (Tendenz: je detaillierter die Information desto problematischer), die Aktualität der Informationen (bei aktuellen Daten ist Vorsicht geboten), die Frequenz des Informationsaustausch (Tendenz: je öfter desto problematischer), die Homogenität der Produkte und die Marktkonzentration.^[...]*

¹² Vgl. etwa Verfügung i.S. Abrede im Speditionsbereich, Rz 277, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Spedition: Verfügung (16.07.2013), wo aufgrund seiner unterstützenden Tätigkeit auch der Branchenverband Spedlogswiss in die Pflicht genommen wurde.

¹³ Vgl. Art. 5 VStrR. In diesem Sinne betreffend den Sanktionsbestimmungen gemäss Art. 49a ff. KG MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 49a–53 KG N 181.

¹⁴ RPW 2012/1, 101 Rz 149, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁵ RPW 2011/4, 584 Rz 389 ff., *Ascopa*, hier wiedergegeben ohne Fussnotenangaben.

33. Die hier ausgetauschten Informationen waren einzel-fallbezogen und aktuell. Sie waren zudem von strategi-scher Bedeutung und verringern die Ungewissheit be-züglich den Konkurrenten bei einer bestimmten Submis-sion. Sie waren demnach geeignet, wettbewerbsbe-schränkende Wirkung zu entfalten. Aufgrund des hiervor erwähnten objektiven Verständnisses des Begriffs des Bezweckens ist entsprechend davon auszugehen, dass ein solches Bezwecken in casu vorliegt.

34. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG setzt alternativ ein Bezwecken oder ein Bewirken voraus. Es erübrigt sich daher, an dieser Stelle näher auf die Wirkungen des Informationsaustauschs einzugehen, ist doch bereits das – wie ausgeführt objektiv zu verstehende – Bezwecken gegeben. Im Rahmen der Beurteilung dieses Informationsaustauschs im Lichte von Art. 5 KG wird daher vertieft auf die Wettbewerbs-wirkungen einzugehen sein, welche die Meldesysteme zeitigen. Es kann auf die dortigen Ausführungen verwie-sen werden.

B.3.2.4 Fazit

35. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Infor-mationsaustausch, welcher über die Meldesysteme er-folgte, als Anhaltspunkt für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Die KBV, welche diese Meldesysteme betrieben, erleichterten und unterstützten diese Wettbewerbsabreden. Erweist sich dieser Informationsaustausch als kartellrechtswidrig, können die ihn begünstigenden KBV von den Wettbe-werbsbehörden ebenfalls – jedenfalls soweit es um die Beseitigung des kartellrechtswidrigen Zustands, mithin um die Anordnung zu treffender Massnahmen geht – ins Recht gefasst werden.

B.3.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

36. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Wa-ren und Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rech-tfertigen lassen, sowie Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, unzu-lässig. Bezüglich horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden ist dabei gemäss Art. 5 Abs. 3 KG de-ren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zu vermuten. Folgedessen ist nachfolgend zunächst zu prüfen, ob eine solche Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede vorliegt und entsprechend die Vermutungsfolge greift. Ist dies nicht der Fall oder lässt sich die Vermutung der Wettbe-werbsbeseitigung wiederlegen, ist anschliessend zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, die sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

B.3.3.1 Keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG

37. Laut Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung des wirk-samen Wettbewerbs bei Wettbewerbsabreden vermutet, die a) zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, und sich b) auf die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Mengen oder Gebie-ten beziehen.

38. Oft folgt unmittelbar aus dem Abredeinhalt, ob eine solche sogenannte horizontale harte Wettbewerbsabrede vorliegt. Vorliegend ist dies jedoch nicht evident. Bei den hier näher betrachteten Meldesystemen besteht die Abrede in der wechselseitigen Bekanntgabe der Teil-nahmeabsicht bei Ausschreibungen zwischen direkten Konkurrenten. Nachfolgend sind daher die beiden Vo-raussetzungen zu prüfen.

39. a) Wie bereits an früherer Stelle festgehalten,¹⁶ han-delte es sich bei den Mitgliedern der KBV, welche ihr Interesse an einer Submissionsteilnahme meldeten, um direkte Konkurrenten. Insofern ist diese Voraussetzung ohne Weiteres erfüllt, es liegt eine horizontale Wettbe-werbsabrede vor. Fraglich könnte nur, aber immerhin, sein, wie es diesbezüglich zu bewerten ist, dass die KBV nicht auf derselben Marktstufe tätig sind wie ihre Mitglie-der, aber deren Abrede erleichtern und fördern. Diese Frage braucht hier jedoch nicht beantwortet zu werden, da – wie sich nachfolgend zeigt – die zweite Vorausset-zung ohnehin nicht erfüllt ist, Art. 5 Abs. 3 KG daher so oder so nicht Anwendung findet.

40. b) Ausschlaggebend dafür, ob ein Sachverhalt in materieller Hinsicht vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfasst wird, ist, ob die Abrede entwe-der a) eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung oder b) eine Einschränkung der Liefermengen oder c) eine Aufteilung von Märkten resp. Geschäftspartnern zum Gegenstand hat. Erforderlich ist eine Abrede über einen der Parameter Preis, Menge, Gebiet oder Kunden.¹⁷ Ob die Regelung eines solchen Parameters direkt oder indi-rekt erfolgt, ist dabei irrelevant. So stellt beispielsweise eine Vereinbarung über Kriterien zur Anwendung von Rabatten eine Preisabrede dar, sofern diese zu einer Preisfestsetzung führt.¹⁸

41. Damit das Vorliegen einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG als erstellt erachtet werden könnte, müsste eine tatsächliche Abstimmung über die Preise oder Aufteilung der Geschäftskunden vorliegen und vor allem auch nachgewiesen werden. In der bereits erwähnten Vorab-klärung "Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes"¹⁹ kam das Sekretariat folgedes-sen zur vorläufigen Beurteilung, dass allein die Teilnah-me am Meldesystem noch keine Preis-, Mengen-, oder Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstelle.²⁰ Gemäss Praxis der WEKO in der Untersuchung „AS-COPA“²¹ bedarf es für die Feststellung einer sanktions-bedrohten Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zusätzlich zu einem Informationsaustausch, der sich mitunter auch auf die Preise auswirkt, noch zusätzlicher Anhaltspunkte.

¹⁶ Siehe Rz 29.

¹⁷ Vgl. hierzu die Praxis der Wettbewerbskommission hinsichtlich der Anwendung einer Preisabrede bei ASCOPA, RPW 2011/4, 586ff Rz 406ff und insbesondere 588 Rz 425ff.

¹⁸ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 zu Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen.

¹⁹ RPW 2003/4, 726 ff.

²⁰ Vgl. BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, 1999, 45 N 175., der ein Marktinformationsver-fahren bzw. ein Meldeverfahren als eine unechte Submissionsabspra-che einschätzt, weil dabei in Bezug auf eine konkrete Submission nichts vereinbart werde.

²¹ RPW 2011/4, 529 ff., insbesondere 589 Rz 430.

42. Im jetzigen Zeitpunkt liegen keine ausreichenden Beweismittel vor, die es erlauben würden, allein die Teilnahme am Meldesystem als Preisabrede oder Geschäftskundenaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren. Es fehlt derzeit an zusätzlichen Anhaltspunkten dafür, dass die Teilnehmer am Meldesystem dadurch gezielt den Preiswettbewerb einschränken würden, wie dies gemäss der bereits erwähnten Untersuchung „ASCOPA“ erforderlich wäre. Denn aus einem wie auch immer gearteten Einfluss auf die Marktpreise kann nicht automatisch geschlossen werden, dass eine Preisabrede vorliegt. Allerdings erscheint nicht ausgeschlossen, dass eine vertiefte Prüfung im Rahmen einer Untersuchung solche weiteren Beweismittel zu Tage fördern könnte, was eine entsprechende Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zur Folge haben würde. Im Rahmen dieser Vorabklärung wird dies aber offen gelassen.

B.3.3.2 Das Meldesystem als Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

43. Zu prüfen bleibt, ob das Meldesystem resp. die Teilnahme daran als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist resp. – genauer – ob genügend Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dem so ist, was Voraussetzung für die Eröffnung einer Untersuchung ist (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG), in deren Rahmen dies abschliessend geprüft wird.

44. Durch die Teilnahme an einem Meldesystem können sich Unternehmen einen Überblick über die Konkurrenzsituation bei einer Ausschreibung verschaffen. Aufgrund der systematischen Nutzung des Meldesystems durch Parteien in den Untersuchungen betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich bestehen Anhaltspunkte dafür, dass diese Information effektiv genutzt werden. Dies wird durch die Rückmeldungen der KBV zum Nutzungsgrad weitgehend ebenfalls bestätigt. Dadurch verzichten die beteiligten Unternehmen darauf, ihr Verhalten am Markt vollkommen selbständig zu bestimmen, da die Nutzung des Meldesystems eine Transparenz schafft, die nicht den normalen Marktbedingungen entspricht.

45. Bei der nachfolgenden Beurteilung, ob die Meldesysteme resp. die Teilnahme daran, sich erheblich wettbewerbsbeeinträchtigend auswirkt, sind vor allem zwei Aspekte näher zu betrachten: Indem ein Meldesystem bei Ausschreibungen nahezu vollständige Transparenz über die Konkurrenzsituation schafft, kann es einerseits das Treffen von Submissionsabsprachen bei der Vergabe von Aufträgen ermöglichen. Denn eine notwendige Voraussetzung dafür ist, dass die Konkurrenten bekannt sind, so dass mit diesen Kontakt aufgenommen werden kann. Andererseits kann sich das Meldesystem aufgrund der geschaffenen Transparenz auch ohne Kontaktaufnahme beeinträchtigend auf den Wettbewerb auswirken.

46. Zur Beurteilung, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.3.2.1. Relevanter Markt

47. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen

Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Räumlich umfasst der relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 VKU ist hier analog anzuwenden).

48. Die Meldesysteme umfassen prinzipiell alle Mitglieder der KBV. Diese sind Unternehmen in Bereichen des Hoch- und Tiefbaus sowie verwandter Zweige des Bauhauptgewerbes.²² Marktgegenseite dieser Unternehmen sind die Nachfrager entsprechender Baudienstleistungen, namentlich die Bauherrn. Dabei handelt es sich, gerade im Bereich des Tiefbaus, sehr oft um die öffentliche Hand, deren Beschaffungen durch das öffentliche Beschaffungsrecht näher geregelt werden.

49. In der Praxis wurde bei Submissionsabsprachen der sachlich relevante Markt durch die einzelne jeweils von der Absprache betroffene Ausschreibung abgegrenzt.²³ War die Abrede umfassend, wurde der sachliche Markt aber auch weiter als eine einzelne Ausschreibung gefasst, wie beispielsweise Strassen- und Belagsbauarbeiten gesamt.²⁴

50. In räumlicher Hinsicht kann abhängig vom konkreten Bauprojekt, von einem lokalen, regionalen, nationalen oder internationalen Markt ausgegangen werden. Die Praxis bezüglich Submissionsabreden stellte für die abgesprochenen Projekte jeweils eine höchstens kantonale räumliche Abgrenzung fest.²⁵

B.3.4 Es liegen Anhaltspunkte für eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vor

51. Wie einleitend erläutert, sind die Wettbewerbswirkungen der Meldesysteme resp. der Teilnahme daran primär in zweierlei Hinsicht zu prüfen: 1.) Erleichtern die Meldesysteme das Eingehen von Submissionsabsprachen, was wiederum Anreize zum Eingehen von Submissionsabsprachen schafft? 2.) Senkt das Wissen um die Anzahl und Identität der Teilnehmer bei einer Ausschreibung den Wettbewerbsdruck bei der Kalkulation der Eingabe? Diese beiden möglichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs werden nachfolgend getrennt betrachtet.

²² Vgl. die Selbstbeschreibung des Schweizerischen Baumeisterverbandes (www.baumeister.ch -> wir über uns). Aufgrund der Doppelmitgliedschaft beim SBV und der jeweiligen KBV ist davon auszugehen, dass dies auch die jeweiligen Mitglieder der KBV umfasst.

²³ So in der Verfügung Aargau (Fn 4), 392 Rz 986, Verfügung Zürich (Fn 4), 116 f. Rz 831, RPW 2009/3, 206 Rz 69, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009/4, 342 Rz 24, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek*.

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

²⁵ Vgl. Verfügung Aargau (Fn 4), 392 Rz 988, Verfügung Zürich, 118 Rz 839, RPW 2008/1, 110 Rz 202, *Strassenbeläge Tessin*, RPW 2009/3, 207 Rz 72, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, RPW 2009/4, 342 Rz 24, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek*.

1) *Die Meldesysteme erleichtern das Treffen von Submissionsabsprachen*

52. Submissionsabsprachen, also Abreden darüber, wer bei einer Ausschreibung den Zuschlag – und zwar zu welchem Eingabepreis – erhalten soll, sind als besonders schwerwiegende Verstösse gegen das Kartellgesetz einzustufen. Mit Submissionsabsprachen wird namentlich gleich in zweifacher Hinsicht gegen den direkt sanktionierbaren Art. 5 Abs. 3 KG verstossen, handelt es sich dabei doch um Preisabreden kombiniert mit Abreden über die Aufteilung von Geschäftskunden. Soll eine Submissionsabsprache Erfolg haben, müssen möglichst alle an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmen identifiziert werden. Nur wenn die aufgrund ihrer Stärken, Spezialisierung, Auslastung usw. stärksten Bieter in die Submissionsabsprache eingebunden sind, wird die Konkurrenz wirksam ausgeschaltet. Ist ein interessierter Bieter nicht eingeschlossen, so muss seine Eingabe weiterhin unterboten werden und der Absprachegewinn wird kleiner.²⁶

53. Eine notwendige Voraussetzung für das Treffen von solchen Submissionsabsprachen ist also das Wissen darum, welche Konkurrenten an einer Submission teilzunehmen gedenken. Beispielsweise bei Einladungsverfahren ist dabei von zentraler Bedeutung, zu wissen, wer von der Bauherrschaft überhaupt zur Offertabgabe eingeladen wurde und somit ein Angebot einreichen kann. Diese Informationen sind nicht öffentlich bekannt und in Anbetracht der Zahl von Bauunternehmen auch nicht ohne Weiteres zu beschaffen.

54. Die Meldesysteme schaffen nun eine für das Treffen von Submissionsabsprachen erforderliche Übersicht über die Teilnehmer bei einer Ausschreibung.²⁷ Die zu den Meldesystemen befragten KBV gaben in ihren Antworten jedoch an, dass die Information über die Identität der übrigen an einer Ausschreibung teilnehmenden Unternehmen auch auf anderem Weg erhältlich sei. Insbesondere gaben sie an, dass gerade bei öffentlichen Ausschreibungen obligatorische Begehungen stattfinden würden, anlässlich derer jeder Interessierte die Identität der Mitbewerber erfahre. Weiter wiesen sie darauf hin, dass es vorkomme, dass sich die Bauunternehmen beim Abholen der Ausschreibungsunterlagen beim (öffentlichen) Bauherren in eine Liste eintragen müssten, aus der die Identität der übrigen Submissionsteilnehmer ebenfalls ersichtlich werde. Mit anderen Worten machen sie geltend, dass es nicht (allein) die Meldesysteme seien, welche die für das Treffen von Submissionsabsprachen notwendige Transparenz über die Konkurrenzsituation schaffen würden.

55. Zutreffend an diesen Vorbringen der KBV ist, dass es in Einzelfällen durchaus auch andere Quellen nebst einem Meldesystem geben mag, aus welchen die übrigen Teilnehmer an einer Submission bekannt werden. Diese beiden von den KBV genannten Quellen verschaffen jedoch kein gleich umfassendes Bild wie ein Meldesystem. 1.) So finden obligatorische öffentliche Begehungen der zukünftigen Baustelle primär bei Bauprojekten von erhöhter Komplexität oder bei möglichen, zuweilen schwer abschätzbaren Problemen bezüglich der Erbringung der Bauleistung statt. Bei „gewöhnlichen“ Bauprojekten finden regelmässig keine obligatorischen

Begehungen statt. Beim Entscheid, ob eine obligatorische Begehung erfolgen soll, wägt die Bauherrschaft die durch eine gemeinsame Begehung entstehende Gefahr des Treffens von Submissionsabsprachen durch die teilnehmenden Bauunternehmen gegen den Nutzen aus einer besseren Informationsbasis der Bauunternehmen und damit einer besseren Ausführung ab.²⁸ 2.) Dass öffentlich zugängliche Listen, in welche die Abholung der Ausschreibungsunterlagen eingetragen wird, flächendeckend verwendet würden, machen die KBV nicht geltend. Dies ist nur, aber immerhin, punktuell der Fall. Angesichts der vermehrten Verwendung moderner Informationstechnologie bei der Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, wie beispielsweise die Plattformen ebau.ch oder simap.ch, ist davon auszugehen, dass eine allenfalls bestehende Praxis auch immer weniger anzutreffen ist. Kommt hinzu, dass sich nur für die sich erst spät in eine solche Liste eintragenden Bauunternehmen ein relativ umfassendes Bild der Konkurrenzsituation ergibt, während die sich früher eintragenden Unternehmen nur ein fragmentarisches Bild erhalten. Über alle Submissionen gesehen sind es die Meldesysteme, die – erst noch rasch und ohne nennenswerte Suchkosten – einen umfassenden Überblick über die Konkurrenzsituation verschaffen. M.a.W. führen andere möglicherweise bestehende Quellen nicht, und schon gar nicht ebenso rasch und kostengünstig, zu einer annähernd so grossen, umfassenden Transparenz.

56. Es wird demnach durch ein Meldesystem Transparenz über die Teilnehmer bei einer Ausschreibung geschaffen, die Voraussetzung für das erfolgreiche Treffen von Submissionsabsprachen ist. Die so geschaffene Transparenz über die Konkurrenzsituation ermöglicht resp. erleichtert die Kontaktaufnahme zum Treffen von expliziten Absprache der Angebote und schafft eine Grundlage zur Einschätzung der Eingaben der Kartellaussenseiter. Mit der Kenntnis der Teilnahmeinteressen in mehreren parallel laufenden Ausschreibungen wird zudem auch eine mögliche Aufteilung gleich mehrerer Projekte erleichtert.

²⁶ Vgl. hierzu: CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2008, 45ff.; Christ (Fn 20), 37.

²⁷ Nach HEITZ (Fn 26), S. 46, sei es bekannt, dass von den jeweiligen Bauwirtschaftsverbänden Meldestellen eingerichtet worden seien, um den potenziellen Bieterkreis bekannt zu machen. Die Untersuchung von weiträumigen Bauabsprachen in England bestätigten teilweise dieses Bild (vgl. Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/02/2009, Bid rigging in the construction industry in England [*Englische Bauwirtschaft*], 420 ff.). Die Europäische Kommission stellte in einem Submissionskartell in der *Niederländischen Bauwirtschaft* fest (IV/31.572 und 32.571, Rz 79), dass eine Anzeigepflicht der Teilnahmeabsicht das Ziel hatte den Wettbewerb auszuschalten. Mit der Mitteilung der Teilnahmeabsicht gab ein Unternehmen in dem dort beschriebenen Preiskartell jegliche Freiheit von einem eigenständigen Wettbewerbsverhalten auf.

²⁸ So empfiehlt die OECD, 2006, Policy Roundtables: Competition in Bidding Markets, 26 f., dass die Identität der Teilnehmer in der Regel nicht bekannt gegeben werden sollte. Eine sachgerechte Ausnahme zu dieser Regel könne im sogenannten ‚Fluch des Gewinners‘ (Winners-Curse) gesehen werden. Der Fluch des Gewinners tritt bei Unsicherheiten bei einem Bauprojekt auf, die alle betreffen könnten. Die Ausschreibung gewinnt in der Regel derjenige Bieter, der die Probleme am Optimistischsten eingeschätzt hat und die Problematik dabei vermutlich am stärksten unterschätzt hat. Um dem Fluch des Gewinners vorzubeugen, sollten die Einschätzungen aller Teilnehmer hinsichtlich verborgener Probleme bekannt gemacht werden. Vgl. hierzu auch PAUL KLEMPERER, Bidding Markets, in OECD, 2006, Policy Roundtables: Competition in Bidding Markets, 278 f.

57. Dieser Befund wird durch einschlägige Erfahrungen im Ausland mit vergleichbaren Meldesystemen bekräftigt. Diese haben gezeigt, dass solche Meldesysteme regelmässig zur Verschaffung eines Überblicks über die Konkurrenzsituation genutzt wurden, um Submissionsabsprachen einzugehen:

- In den Siebzigerjahren hatten die Mitglieder eines Spenglerverbandes in Stockholm die Pflicht, den Verband zu informieren, bevor sie ein Gebot einreichen. Nach der Zuschlagserteilung hat das gewinnende Unternehmen zudem noch Informationen über den Auftrag mitzuteilen. Die Daten sollten der Erstellung von Statistiken dienen.²⁹ Der Präsident eines anderen schwedischen Verbands wurde von einem Gericht für eine ähnliche Klausel in den Statuten, welche eine vergleichbare Meldepflicht für die Verbandsmitglieder vorsah, gebüsst. Das Gericht stellte ein Verstoss gegen das Kartellgesetz fest. Die vorgängige Mitteilung habe keinen anderen Zweck gehabt als den Mitgliedern zu ermöglichen, vor der Eingabe miteinander zu kooperieren, und die Klausel sei von den Mitgliedern auch in diesem Sinne angewendet worden.³⁰
- In den Niederlanden bestand seit Mitte des letzten Jahrhunderts ein zunächst legales Kartellsystem in der Baubranche. In diesem meldeten die Bauunternehmen den dortigen Baumeisterverbänden ihre Absicht, an einer Submission teilzunehmen. Diese Verpflichtung bestand, damit alle interessierten Unternehmen an einer gemeinsamen Versammlung vor der Ausschreibung teilnehmen konnten. Anlässlich diesen Versammlungen wurde die Kalkulation der Unternehmen aufeinander abgestimmt. Die Europäische Kommission verbot im Jahr 1992 diese Versammlungen. Die entsprechenden Praktiken wurden von den Bauunternehmen jedoch weitergeführt und in den Jahren 2002 bzw. 2004 erneut aufgedeckt und sanktioniert.³¹
- Das Office of Fair Trading (OFT) hält in einer Untersuchung zu Submissionsabsprachen in der englischen Baubranche³² fest, dass Unternehmensverbände den Informationsaustausch zwischen den Teilnehmern an den Submissionsabsprachen wesentlich erleichtern würden, indem sie den Unternehmen ermöglichen würden, die potenziellen Absprechpartner zu identifizieren. Aufgrund der aussergewöhnlichen Grösse des Falls und den limitierten Ressourcen des OFT sah dieses jedoch davon ab, einen Verstoss gegen Wettbewerbsrecht durch die Unternehmensverbände im Einzelnen zu untersuchen.

58. Weiter kommt hinzu, dass ein Meldesystem selber zur direkten, wenn auch getarnten Kommunikation zwischen den Teilnehmern genutzt werden kann. So bestand zumindest teilweise die Möglichkeit, dass innerhalb der Meldesysteme der KBV nebst der Teilnahmeabsicht an einer Submission zusätzliche Informationen ausgetauscht werden konnten. Wie erwähnt wurde in einer Untersuchung betreffend Submissionsabsprachen von den Wettbewerbsbehörden festgestellt, dass bezüglich einzelner Submissionen zusätzlich zu den Kontakt-

angaben weitere Angaben wie etwa Nummernzeichen (#) in die Meldesysteme aufgenommen und für alle Teilnehmer ersichtlich aufgeführt gewesen waren. Sodann besteht die Option, eine Bemerkung zur Meldung hinzuzufügen, welche ebenfalls einsehbar ist. Diese zusätzlichen Kommunikationsmöglichkeiten sind prinzipiell geeignet, Interesse an einer Ausschreibung zu kommunizieren oder sogar Vorschläge zu einer Preisfestlegung bzw. Geschäftskundenabsprache zu übermitteln.³³ Auch subtilere Methoden der direkten Kommunikation sind über die Meldesysteme möglich: so erfassen die Meldesysteme beispielsweise den Rückzug bei einer Submission ebenfalls und dies wird den Teilnehmern mitgeteilt. Dadurch können sich die Teilnehmer gegenseitig eine Aufteilung mehrerer Projekte unter sich vorschlagen, welche von den anderen Teilnehmern bestätigt werden kann.³⁴

59. Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass die Meldesysteme der KBV einen Überblick über die Konkurrenzsituation bei Ausschreibungen verschafften und so eine Voraussetzung für das erfolgreiche Treffen von Submissionsabsprachen schafften. Dadurch wurde das Eingehen von Submissionsabsprachen wesentlich erleichtert, wodurch die Meldesysteme letztlich einen Anreiz zum Treffen von Submissionsabsprachen schafften. M.a.W. begünstigten diese Meldesysteme ein vermehrtes Auftreten von Submissionsabsprachen, welche schwerwiegende Verstösse gegen das Kartellgesetz darstellen. Die Untersuchungen „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich“ haben denn auch gezeigt, dass die Meldesysteme im Vorfeld des Treffens von Submissionsabsprachen entsprechend verwendet wurden.

60. Im Rahmen einer Untersuchung wäre vertieft zu klären, ob die durch die Meldesysteme der KBV geschaffene Transparenz umfassend genug ist, um das Treffen von Submissionsabsprachen in wesentlichem Umfang zu erleichtern. An dieser Stelle kann aber immerhin festgehalten werden, dass trotz der Aufhebung der Sanktionsdrohung bei Verletzung der Meldepflicht eine relativ hohe Meldedisziplin herrscht (vgl. Tabelle 1). Kommt hinzu, dass es gerade im Interesse der KBV ist, ein möglichst lückenloses, umfassendes Bild hinsichtlich der einzelnen Submissionen zu erlangen. M.a.W. haben sie ein Interesse an einer möglichst umfassenden Einhaltung der Meldepflicht.

²⁹ OECD, *Soumissions concertées*, rapport de l'OCDE, 1976, S. 20.

³⁰ OECD, *Soumissions concertées*, rapport de l'OCDE, 1976, S. 51

³¹ Vgl. *Niederländische Bauwirtschaft* (Fn 27), PETER A.G. VAN BERGHEIJK, On the Allegedly Invisible Dutch Construction Sector Cartel, *Journal of Competition Law and Economics* 4(1), 2007, 115-128.

³² Vgl. *Englische Bauwirtschaft* (Fn 27), N IV.128ff.

³³ Vgl. JOSEPH FARRELL/MATTHEW RABIN, Cheap Talk, *The Journal of Economic Perspectives* 10(3), 1996, 103-118, für eine umfassende Diskussion des Nutzens einfacher Signale oder unverbindlichen Geredes zur Koordinierung von Verhalten.

³⁴ Sehen beispielsweise Unternehmen A und Unternehmen B, dass sie sich beide für die Ausschreibungen X und Y interessieren, können sie versucht sein, die beiden Ausschreibungen untereinander aufzuteilen. Unternehmen A meldet dann innerhalb des Meldesystems seinen Rückzug aus der Ausschreibung X, woraus Unternehmen B lesen kann, dass sich A auf die Ausschreibung Y konzentrieren wird. Dieses Verständnis kann Unternehmen B Unternehmen A bestätigen und seinerseits signalisieren, indem es seinen Rückzug aus der Ausschreibung Y meldet.

61. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass im jetzigen Zeitpunkt deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Nutzung der Meldesysteme der KBV den Anreiz zum Eingehen von Submissionsabsprachen in wesentlichem Ausmass erhöhten. Die Förderung des Treffens solcher in schwerwiegender Weise gegen das Kartellgesetz verstossender Submissionsabsprachen ist als eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zu qualifizieren.

2) *Die durch die Meldesysteme geschaffene Transparenz wirkt sich auch ohne Submissionsabsprachen in wesentlichem Ausmass auf das Angebotsverhalten aus*

62. Meldesysteme können sich auch beeinträchtigend auf den Wettbewerb auswirken, wenn keine direkte Kommunikation im Rahmen einer Submissionsabsprache erfolgt. Denn durch Meldesysteme wird eine Transparenz über die Anzahl und die Identität der Teilnehmer bei einer Submission geschaffen. Bereits durch die Kenntnis der Anzahl an Mitbewerbern kann sich der Wettbewerbsdruck gegenüber einer Situation mit einer unbekanntem Anzahl an Mitbietern senken. Die Möglichkeit, dass bei einer Ausschreibung weitere Teilnehmer mitbieten, zwingt zu einem schärferen Kalkulieren.³⁵ Genau dieser Wettbewerbsdruck durch potenzielle Konkurrenten wird durch eine Erhöhung der Transparenz ausgehebelt.

63. Aus der Identität der Teilnehmer lassen sich namentlich Rückschlüsse auf die Stärken, Spezialitäten, vermutete Auslastung, geographische Herkunft usw. der weiteren Submissionsteilnehmer ziehen.³⁶ Wie die Untersuchungen "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in den Kantonen Aargau und Zürich" zeigten, beeinflussen diese Informationen die Höhe der offerierten Preise. Anstatt gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aller denkbaren Anbietenden braucht man bloss noch gegen den potenziell günstigsten Konkurrenten aus der beschränkten Anzahl der namentlich bekannten Anbieter zu kalkulieren. Dadurch kann sich der Wettbewerbsdruck abschwächen, da ein Anbieter ein wirtschaftlich weniger günstiges Angebot einreichen kann, ohne eine Niederlage befürchten zu müssen.³⁷ Beispielsweise senkt das Wissen um die Nichtteilnahme eines bekannten Preisbrechers den Wettbewerbsdruck, möglichst knapp zu kalkulieren. Auch kann die Kenntnis um die Teilnahme eines bekannten Preisbrechers zu einem Teilnahmeverzicht anderer Mitbieter bei dieser Ausschreibung führen und der Wettbewerb schwächt sich mit der Reduktion der Teilnehmer ab.³⁸ Es findet bei Wissen um die Zahl und die Identität der übrigen Teilnehmer bei einer Ausschreibung m.a.W. eine Anpassung der Eingabehöhe statt.

64. Die Kenntnis um die Konkurrenz wirkt sich demnach auf den Eingabepreis und damit den wichtigsten Wettbewerbsparameter aus. Die Beeinträchtigungswirkung ist daher aus qualitativer Hinsicht als gravierend einzustufen. Selbst wenn die Markttransparenz nicht vollständig sein sollte (z.B. bei einer allfälligen Aufhebung der Meldepflicht), wäre die Beeinträchtigungswirkung des Informationsaustauschs in qualitativer Hinsicht weiterhin als wesentlich zu qualifizieren.³⁹ So lässt sich beispielsweise aus dem Ausbleiben der Meldung der Teilnahme-

absicht eines üblicherweise am Meldesystem teilnehmenden Preisbrechers darauf schliessen, dass er nicht teilzunehmen gedenkt, wodurch weniger scharf kalkuliert werden muss.

65. Im Rahmen einer Untersuchung wäre noch vertieft zu prüfen, wie die beeinträchtigende Wirkung des Informationsaustauschs in quantitativer Hinsicht zu bewerten ist. Allerdings kann bereits hier festgestellt werden, dass die Meldesysteme grundsätzlich alle möglichen Arten von Submissionen erfassen. Auch die in Tabelle 1 festgehaltene Meldedisziplin scheint auf den ersten Blick für eine quantitative Schwergewichtigkeit zu sprechen. Zusammenfassend bestehen im jetzigen Moment jedenfalls deutliche Anhaltspunkte dafür, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bestand.

B.3.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

66. Die Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG können im Rahmen dieser Vorabklärung nicht umfassend überprüft werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich folgedessen auf diejenigen Rechtfertigungsgründe, welche von den KBV in ihren Antwortschreiben vorgebracht wurden.

³⁵ Vgl. STEVEN MATTHEWS, Comparing Auctions for Risk Averse Buyers: A Buyer's Point of View, *Econometrica* 55(3), 1987, 633–646, R. PRESOTN MCAFEE/JOHN MCMILLAN, Auctions with a Stochastic Number of Bidders, *Journal of Economic Theory* 43, 1987, 1–19, FLAVIO M. MENEZES/PAULO K. MONTEIRO, Auctions with endogeneous participation, *Review of Economic Design*, 2000, 71–89, RONALD M. HARSTAD/JOHN H. KAGEL/DAN LEVIN, Equilibrium bid functions for auctions with an uncertain number of bidders, *Economic Letters* 33(1), 1990, 3540. Risikoaverse Teilnehmer bei einer Ausschreibung reichen aggressiver gerechnete Eingaben ein. Die unbekanntem Anzahl an Teilnehmern stellt für die Bieter ein höheres Risiko dar, dem sie mit aggressiveren Geboten begegnen. Bei risikoneutralen Teilnehmern führt die Bekanntgabe der Anzahl Teilnehmern zu keiner Änderung im Angebotsverhalten. DOUGLAS DYER/JOHN H. KAGEL/DAN LEVIN, Resolving uncertainty about the number of bidders in independent private-value auctions: an experimental analysis, *RAND Journal of Economics* 20(2), 1989, 268–279, bestätigen experimentell die Voraussagen von MATTHEWS BZW. MCAFEE/MCMILLAN.

³⁶ So gibt der KBV von Aargau im Antwortschreiben auf den Fragebogen auch an, dass seine Mitglieder das Meldesystem nutzen, um ihre Zuschlagschancen besser einschätzen zu können.

³⁷ So empfiehlt auch KLEMPERER, (Fn 28), 286, dass die Geheimhaltung der Anzahl und Identität der Teilnehmer den Wettbewerb in Ausschreibungen steigert. In die gleiche Richtung argumentiert auch das Bundeskartellamt sowie der Bundesgerichtshof, wie FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, 179, zusammenfasst.

³⁸ Vgl. hierzu beispielsweise CHRIST (Fn 20), 90f.

³⁹ Vgl. CHRIST (Fn 20), 109 f. N 411ff. Ebenso geht der BGH im Urteil vom 18. 11. 1986 KBR 1/86 *Baummarktstatistik* davon aus, dass eine identifizierende Rückmeldung den Wettbewerb erheblich einschränkt, selbst wenn die Meldung nicht verpflichtend ist. Die französische Wettbewerbsbehörde untersagt jeglichen Informationsaustausch zwischen Bietern bei einer öffentlichen Ausschreibung. Ein Informationsaustausch sei wettbewerbsbehindernd, da so die Unsicherheit bezüglich des Verhaltens der Wettbewerber reduziert werde. Diese Unsicherheit sei der einzige Anreiz, um möglichst kompetitiv in der Ausschreibung zu bieten. Daher ist jeglicher Austausch von Informationen über a) die Existenz von Bietern; b) der Name und die Wichtigkeit; c) die Kapazität; d) das Interesse bzw. der Mangel an Interesse an der konkreten Submission; oder e) den Preis der Eingabe verboten (Vgl. beispielsweise *décision no. 09-D-25 vom 29. 7. 2009* betreffend die Praktiken von Firmen im Schienenbau, Rz. 179).

67. In den Antwortschreiben auf den Fragebogen vom 17. Januar 2013 brachten die KBV vier Gründe zur Rechtfertigung der Meldesysteme vor.

- Es würden Möglichkeiten ausserhalb der Meldesysteme bestehen, durch welche Submittenten Kenntnis über die Identität ihrer Konkurrenten bei einer Ausschreibung erhalten würden. Dabei handelt es sich nicht um einen eigentlichen Rechtfertigungsgrund, vielmehr wird damit geltend gemacht, die Transparenz werde nicht erst durch die Meldesysteme hergestellt. Hierauf wurde bereits in Rz 55 eingegangen, worauf verwiesen sei.
- Die Meldesysteme seien notwendig für die Erstellung der sektionseigenen Statistiken sowie für die Wahrnehmung der Funktion der Baumeisterverbände als Vermittlerin zwischen Unternehmen und Bauherren.
- Die Meldungen schützen gegen den Missbrauch von Eigenofferten.
- Die Meldesysteme würden es den Bauunternehmen ermöglichen, die Zuschlagschancen bei einer Ausschreibung besser abzuschätzen.

68. Nach Art. 5 Abs. 2 KG können Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Es wird nachfolgend summarisch geprüft, ob

- a) die Meldesysteme notwendig sind, damit die Baumeisterverbände die von ihnen angeführten Aufgaben erfüllen können (statistische Zwecke und Rolle als Vermittlerin);
 - b) die Meldesysteme notwendig sind, damit ein Schutz vor dem Missbrauch von Eigenofferten gewährleistet wird;
 - c) die Meldesysteme eine Einschätzung der Zuschlagschancen erlauben und ob dies ein Rechtfertigungsgrund darstellen kann; sowie
 - d) ob das Meldesystem den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
- a) *Keine Notwendigkeit der Meldesysteme zur Erfüllung der Aufgaben der Sektionen*

69. Die Erstellung einer sektionseigenen Statistik über das Submissionswesen erfordert Informationen über die Ausschreibungen im betreffenden Zeitraum. Erforderlich, aber auch ausreichend hierfür ist, dass die Geschäftsstelle über diese Informationen verfügt, beispielsweise durch entsprechende Meldungen der Unternehmen. Die teilweise vorgenommene Erhebung der Eingabehöhe des gewinnenden Angebots anhand der Offertöffnungsprotokolle zeigt, dass diese Informationsermittlung an sich auch erst nach der Offertöffnung erfolgen kann. Für das Führen einer Statistik durch die Sektionen nicht notwendig ist jedenfalls, dass angemeldeten Bewerbern die Zahl oder Identität ihrer Konkurrenten mitteilt. Es reicht, dass die Meldestelle diese Informationen für sich sammelt und auch für sich behält – eine Kundgabe an die Teilnehmer ist für die Erstellung der Statistiken nicht erforderlich. Diese identifizierende Rückmeldung der Meldestelle an die Unternehmen wurde in den einge-

reichten Reglementen betreffend Ermittlung statistischer Daten im Bauhauptgewerbe denn auch nicht verlangt.

70. Für die Wahrnehmung der Vermittlungsfunktion der Meldestelle bzw. der Geschäftsstelle bei Unklarheiten und zur Qualitätsverbesserung von als schlecht wahrgenommenen Ausschreibungsunterlagen ist im Generellen kein Meldesystem notwendig. Dies zeigt sich schon nur darin, dass KBV ohne Meldesystem diese Funktion ebenfalls wahrnehmen. Ist es möglich, Klärungen auf schriftlichem Wege vorzunehmen, besteht kein Grund dafür, dies nicht auf anonymisierte Weise zu tun. So kann die Meldestelle die Unklarheiten sammeln, diese dem Bauherrn zur Beantwortung weiterleiten und daraufhin allen Interessenten die Antworten gleichzeitig zukommen lassen – ohne Preisgabe der Namen der übrigen Interessenten. Dies wird im Rahmen der Frage- und Antwortrunden bei öffentlichen Ausschreibungen durch die Bauherrschaft resp. die Auftraggeber denn auch in dieser Form gehandhabt und es besteht kein Anlass dazu, dabei die Namen der Interessenten offen zu legen. Wenn ausnahmsweise eine Klärung auf schriftlichem Weg nicht möglich erscheinen sollte, dürfte es notwendig werden, die Identität der Teilnehmer offen zu legen. Allerdings handelt es sich dabei um Ausnahmefälle. Denn in den meisten Fällen bestehen gar nicht erst Unklarheiten. Ist dies für einmal nicht der Fall, dürfte in der Regel eine schriftliche Klärung vollkommen ausreichend sein. Eine systematische Mitteilung der Identität der Interessenten bei allen Submissionen, so wie sie die Meldesysteme herbeiführen, ist weder erforderlich noch angemessen, damit die Meldestellen ihrer Rolle als Vermittlerin in denjenigen Ausnahmefällen nachkommen kann, in welchen eine gemeinsame mündliche Bereinigung von Unklarheiten erforderlich ist.

71. Es stehen demnach weit weniger wettbewerbsbehindernde Mittel bzw. kartellrechtskonforme Wege für die Erfüllung der Aufgaben der Sektionen zur Verfügung. Die Meldesysteme sind daher zur Erreichung dieser angestrebten Ziele nicht notwendig, weshalb die Wahrnehmung der Aufgaben der Sektionen kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein können.

b) *Eigenofferten*

72. Die KBV gaben an, dass ein Meldesystem auch zum Schutz gegen Missbrauch von Eigenofferten, welche vom Unternehmer direkt erstellt werden, diene. Ein solcher Missbrauch besteht dann, wenn ein Bauunternehmen für einen Bauherren das Leistungsverzeichnis erstellt und der Bauherr dieses an ein anderes Bauunternehmen weitergibt um eine Konkurrenzofferte zu erhalten, ohne die Erstellung des Leistungsverzeichnisses zu entschädigen.

73. Bezüglich dieses Verhaltens ist Art. 5 Bst. b UWG zu berücksichtigen, nach welchem unlauter handelt wer „ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist.“ Damit sucht der Gesetzgeber zu verhindern, dass eine anvertraute Offerte usw. einem anderen Unternehmen zur (in der Regel billigeren) Ausführung übergeben wird. Somit zielt der Artikel auf eine Trittbrettfahrerproblematik ab, bei welcher ein Abnehmer bei einem Unternehmen eine kostenlose Vorverkaufs-

Dienstleistung in Anspruch nimmt, um anschliessend die Leistung bei einem dritten zu beziehen, bei dem dieser Aufwand nicht anfällt. Aufgrund der dadurch geringeren Kosten kann der Dritte die Leistung billiger anbieten.⁴⁰

74. Inwiefern ein Meldesystem für den Schutz gegen Missbrauch von Eigenofferten notwendig sein sollte, erschliesst sich nicht aus den Angaben der KBV. Unternehmen, welche ein Leistungsverzeichnis erstellen und das Ausmass einer Baustelle nehmen, könnten dies in Rechnung stellen, falls sie keinen Auftrag erhalten, oder den Bauherren ausdrücklich darauf hinweisen, dass die Offerte nicht an Konkurrenten weitergegeben werden soll. Sollte dennoch ein Missbrauch entstehen und die KBV als Vermittlerin auftreten, besteht wie in Rz 70 dargelegt keine Notwendigkeit, dass die Meldestelle allen angemeldeten Bewerbern die Zahl oder Identität ihrer Konkurrenten mitteilt. Insbesondere ist es nicht notwendig, dass ein Meldesystem für alle Arten von Ausschreibungen betrieben wird, also auch für Ausschreibungen, in welchen der Bauherr oder von diesem beauftragte Architekten bzw. Ingenieure das Leistungsverzeichnis selbst erstellen.

75. Die Meldesysteme sind daher zur Erreichung des Schutzes gegen den Missbrauch von Eigenofferten nicht notwendig, weshalb dies kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein kann.

c) Voraussichtlich keine Rechtfertigung durch die Möglichkeit zur Einschätzung der Zuschlagschancen

76. In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG sind die möglichen Effizienzgründe abschliessend aufgeführt: es sind dies die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichen Wissen oder für die rationellere Nutzung von Ressourcen.

77. Anzufügen ist jedoch, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist, vielmehr muss es gesamtwirtschaftlich als effizient betrachtet werden können.⁴¹

78. Ein Unternehmen kann seine Zuschlagschancen bei einer Ausschreibung besser abschätzen, wenn es Kenntnis über die Anzahl und Identität der weiteren Teilnehmer hat. Die Teilnahme am Meldesystem verschafft nun, wie gesehen, eine Übersicht über den Teilnehmerkreis. Insofern können die Meldesysteme in der Tat dazu führen, dass ein Unternehmen seine Zuschlagschancen besser abschätzen kann. Die Kalkulation einer Offerte ist mit einem gewissen Aufwand verbunden. Stellt ein Unternehmen fest, dass seine Aussicht auf den Zuschlag angesichts der übrigen Teilnehmer derart gering ist, dass sich die Kalkulation der Offerte nicht lohnt, kann es sich entscheiden, auf eine Eingabe zu verzichten und sich die entsprechenden Kalkulationskosten zu sparen. Sieht beispielsweise ein Unternehmen bei einem Projekt im Strassenbau, dass fünf weitere Unternehmen, die alle ihren Werkhof deutlich näher bei der Baustelle haben, ihr Teilnahmeinteresse ebenfalls anmeldeten, so könnte es die Wahrscheinlichkeit eines Zuschlags aufgrund des

distanzbedingten Wettbewerbsnachteils und dadurch höherem Gebot als zu gering erachten und daher auf eine Offertberechnung verzichten. Dadurch würde sich das Unternehmen den Aufwand zur Kalkulation ersparen und bei der Ausschreibungsstelle fällt der Aufwand für die Prüfung einer zusätzlichen Offerte nicht an. Gleichzeitig sinkt durch den Austritt eines Wettbewerbers aber der Wettbewerbsdruck in der entsprechenden Ausschreibung.

79. Andererseits ist es gerade die (ohne Meldesysteme bestehende) Ungewissheit über die Konkurrenzsituation und damit letztlich auch über die Zuschlagschancen, die ein Unternehmen schärfer kalkulieren lässt als bei Kenntnis darüber. Es stellt sich daher die Frage, ob der wettbewerbsfördernde Vorteil der besseren Abschätzung der Zuschlagschancen die wettbewerbsbeeinträchtigenden Nachteile der durch die Meldesysteme geschaffenen Transparenz auszugleichen vermögen.

80. Da sich die Effizienzprüfung auf eine gesamtwirtschaftliche Sicht abstützt, muss dieser unternehmensseitige Vorteil gegen die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung der Kenntnis um Anzahl und Identität der Teilnehmer aufgewogen werden. In der Untersuchung „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich“ haben die Parteien wiederholt angegeben, dass sie – insbesondere bei Einladungsverfahren und bei freihändigen Vergaben – eine Offerte auch rechnen würden, wenn sie kein Interesse an der Auftragsausführung und damit am Zuschlag hätten. Dies im Sinne einer Marketinganstrengung, um beim Bauherrn im Gedächtnis zu bleiben. Daraus lässt sich schliessen, dass, zumindest im Strassen- und Tiefbau, nicht allein die Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, darüber entscheidet, ob eine Offerte gerechnet wird oder nicht. Mithin werden die Kosten der Kalkulation eines Angebots nicht als derart gravierend angesehen, dass darauf verzichtet würde, bloss weil man am Zuschlag nicht interessiert ist. Hieraus folgt, dass der Vorteil der allfälligen Kosteneinsparung durch Verzicht auf eine Offertstellung als eher gering einzustufen ist.

81. In Anbetracht des Gewichts der wettbewerbsbeeinträchtigenden Nachteile ist davon auszugehen, dass in diesen Märkten die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung überwiegt. Daher dürfte eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht gelingen.

d) Die Meldesysteme eröffnen die Möglichkeit, den Wettbewerb zu beseitigen

82. Eine Abrede kann gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG nicht gerechtfertigt werden, wenn sie die Möglichkeit eröffnet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Wie

⁴⁰ Vgl. CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), 2001, 725 f.

⁴¹ RPW 2005/2, 276 Rz 46, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

zuvor ausgeführt, schaffen Meldesysteme durch Transparenz über die Zahl und Identität der Teilnehmer bei einer Ausschreibung eine notwendige Voraussetzung für das Treffen von Submissionsabsprachen. Gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden beseitigen solche Submissionsabsprachen regelmässig den wirksamen Wettbewerb. Aufgrund der derzeitigen Aktenlage ist daher davon auszugehen, dass die Meldesysteme letztlich – durch die Erleichterung des Treffens von wettbewerbsbeseitigenden Submissionsabsprachen – selber die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Rechtfertigung eines Angebotsmeldesystems mit identifizierender Rückmeldung an die Teilnehmer kann diesfalls gemäss Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt werden.

B.3.6 Fazit

83. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Meldesysteme der KBV resp. die Teilnahme daran als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Die Teilnahme an den Meldesystemen schaffen eine Transparenz über die Zahl und Identität der Teilnehmer bei einer Ausschreibung. Dies begründet Anhaltspunkte, dass der wirksame Wettbewerb auf zwei Arten erheblich beeinträchtigt wird:

- Zum einen wird eine Voraussetzung für das erfolgreiche Treffen von Submissionsabsprachen geschaffen. Potenzielle Abredepartner lassen sich für eine Kontaktaufnahme identifizieren und der Aussenwettbewerb durch an der Abrede nicht beteiligte Unternehmen hinreichend einschätzen. Dadurch werden Submissionsabsprachen erleichtert und gefördert.
- Zum anderen sinkt der Wettbewerbsdruck. Anstelle einer Kalkulation gegen den potenziell schärfsten Konkurrenten tritt eine Kalkulation gegen den schärfsten Konkurrenten der beschränkten Zahl der Teilnehmer an der Ausschreibung.

84. Damit bestehen Anhaltspunkte für das Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wobei eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss derzeitiger Aktenlage nicht möglich erscheint. Dies insbesondere deshalb, weil Meldesysteme zur Erstellung von eigenen Statistiken der KBV nicht notwendig erscheinen. Hierzu genügt es, wenn die entsprechenden Daten nach der Öffnung der Gebote erhoben werden. Insbesondere bedarf es hierfür keiner Zugänglichmachung des Teilnahmeinteresses anderer Teilnehmer an die Bauunternehmen während laufender Eingabefrist. Die Meldesysteme sind auch nicht notwendig zur Wahrnehmung einer Vermittlerfunktion der Geschäftsstelle der KBV. Hierzu genügt eine Kontaktierung bei konkreten Problemen, einer systematischen und umfassenden Offenlegung der Teilnehmer bedarf es nicht. Schliesslich ist aufgrund des derzeitigen Wissensstands davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Einschätzung der Zuschlagschancen keine hinreichend effizienzsteigernde Wirkung zu haben scheint, um dadurch die wettbewerbsbeschränkenden Effekte aufwiegen zu können.

C Anregungen

85. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission kann im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen.

86. Das Sekretariat regte mit Datum vom 9. August 2013 an, dass die Meldesysteme folgendermassen angepasst werden sollten:

- Vor der Eingabe einer Offerte darf keine Übersicht über die Konkurrenzsituation gewonnen werden, weder für den Verband, noch für die Unternehmen.
- Vor der Eingabefrist einer Ausschreibung darf keine Möglichkeit bestehen, dass die Teilnehmer einer Ausschreibung, ein Baumeisterverband/-sektion oder dessen Geschäftsstelle die Anzahl oder Identität der weiteren Teilnehmer erfahren können.
- Durch geeignete technische Massnahmen soll sichergestellt werden, dass die durch das Meldesystem gesammelten Informationen weder direkt noch auf indirektem Wege vor Eingabefrist an ein Unternehmen gelangen können.

87. Mit der Einstellung des Meldesystems der KBV von Aargau, Graubünden, Solothurn, St. Gallen, Wallis und den Zentralschweizerischen Baumeisterverbänden sieht das Sekretariat seine Anregungen als erfüllt. Basierend auf den Informationen der Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs erachtet das Sekretariat seine Anregungen beim Baumeisterverband von Neuchâtel als umgesetzt.

D Kosten

88. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Die Verursacher eines Verfahrens müssen dann keine Kosten übernehmen, wenn in der Untersuchung kein unzulässiges Verhalten der Beteiligten festgestellt wird, wenn sie also nicht „unterliegen“ und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Umgekehrt besteht eine Gebührenpflicht, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkungen erhärtet haben, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario).

89. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen, welche mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Die Ermittlungen richteten sich gegen Betreiber eines Meldesystems von Bauausschreibungen (vgl. Rz 11). Somit sind die Kantonalen Baumeisterverbände, welche zum Zeitpunkt der Eröffnung der Vorabklärung noch ein Meldesystem betrieben, als Verursacher der Vorabklärung zu qualifizieren.

90. Die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände folgten den Anregungen des Sekretariats und stellten ihr Meldesystem ein bzw. passen

ihr Meldesystem an. Basierend auf den Anhaltspunkten für eine erheblichen Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs des Meldesystems (vgl. Rz 83), ist davon auszugehen, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet hätte, hätten diese KBV ihr Verhalten nicht angepasst. Somit sind die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände sinngemäss als unterliegend zu betrachten und unterliegen einer Gebührenpflicht.⁴²

91. Gebühren werden den am in Frage stehenden Untersuchungsgegenstand beteiligten Untersuchungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV, SR 172.041.1). Im vorliegenden Fall betrieben bei Eröffnung der Vorabklärung die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände jeweils ein Meldesystem, auf welche somit jeweils ein Siebtel der anfallenden Gebühren entfällt.

92. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130-290. Die gesamten Verfahrenskosten betragen CHF 68'149. Die Zusammensetzung und Aufteilung dieses Betrags ergeben sich aus den nachfolgenden Erwägungen:

93. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 326.04 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundensätzen verrechnet

- [...]
- [...]
- [...]

94. Die Verfahrenskosten für die Vorabklärung belaufen sich gesamthaft auf CHF [...]. Hiervon entfallen CHF [...] auf die Abklärung, ob weiterhin Meldesysteme bei den 18 KBV bestehen. Hiervon sind für die Elf KBV, welche bei der Eröffnung der Vorabklärung kein Meldesystem betrieben, Elf Achtzehntel, oder CHF [...], auszuscheiden und gehen zu Lasten der Staatskassen. Sieben Achtzehntel der CHF [...], oder CHF [...], sowie CHF [...] der weiteren Untersuchung entfallen auf die Sieben KBV, welche weiterhin ein Meldesystem betrieben.⁴³ Diese verbleibenden Verfahrenskosten von CHF [...] sind auf die sieben Betreiber eines Meldesystems zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzulegen, was jeweils einen Betrag von CHF [...] ausmacht.

E Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlag;

2. nimmt Kenntnis, dass der baumeister verband aargau, der Graubündnerische Baumeisterverband, der Baumeisterverband Solothurn, der Baumeisterverband Kanton St. Gallen, der Walliser Baumeisterverband, und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände die Einstellung des Meldesystems bekannt gegeben haben;

3. stellt fest, dass mit der Einstellung des Meldesystems die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wegfallen;

4. nimmt Kenntnis, dass die Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs ihr Meldesystem im Sinne der Anregungen des Sekretariats umgesetzt hat;

5. stellt fest, dass bei einer Umsetzung der Anregungen des Sekretariats die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wegfallen;

6. beschliesst demzufolge die Vorabklärung einzustellen;

7. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;

8. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

9. Die Verfahrenskosten betragen 68'149.-. Die auf kantonale Baumeisterverbände, welche keine Meldesysteme bei Eröffnung der Vorabklärung mehr betrieben, entfallenden Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF [...] werden jeweils zu gleichen Teilen von CHF [...], unter solidarischer Haftung für CHF [...], werden den folgenden Vereinen auferlegt:

- baumeister verband aargau;
- Graubündnerischer Baumeisterverband;
- Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs;
- Baumeisterverband Solothurn;
- Baumeisterverband Kanton St. Gallen;
- Association Valaisanne des Entrepreneurs;
- Zentralschweizerische Baumeisterverbände.

⁴² Vgl. BGE 128 II 247, 257f.

⁴³ Bei Eröffnung der Vorabklärung die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände jeweils ein Meldesystem.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2013 in Sachen Untersuchung Sport im Pay-TV gemäss Art. 27 KG betreffend vorsorgliche Massnahmen.

Beteiligte:

- 1.1. upc cablecom GmbH, in Zürich
- 1.2. Finecom Telecommunications AG, in Biel
- 1.3. sasag Kabelkommunikation AG, in Schaffhausen
alle vertreten durch [...]
- 2.1. CT Cinetrade AG, in Zürich
- 2.2. A.
- 2.3. Teleclub AG, in Zürich
alle vertreten durch [...]

A Sachverhalt

1. Am 3. April 2013 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz KG; SR 251) gegen die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), die CT Cinetrade AG (nachfolgend: Cinetrade), die Teleclub AG (nachfolgend: Teleclub) und A. Die vorangegangene Vorabklärung hatte Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse von Swisscom, Cinetrade bzw. deren Pay-TV-Anbieter Teleclub ergeben.

2. Mit Schreiben vom 7. Mai 2013 stellten die upc cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom), die Finecom Telecommunications AG (nachfolgend: Finecom) und die sasag Kabelkommunikation AG (nachfolgend: sasag) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (nachfolgend: Gesuch) gegen Cinetrade, Teleclub und A.

3. Im Gesuch wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

- Es seien die CT Cinetrade AG, A. und die Teleclub AG anzuweisen, per sofort die Kanäle „Teleclub Sport 4-29“ sowie das Angebot „Teleclub Live Sport“ der Teleclub AG über das Kabelnetz von upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG und der sasag Kabelkommunikation AG zu kommerziell marktüblichen Bedingungen zu verbreiten.

- Es seien die CT Cinetrade AG, A. und die Teleclub AG anzuweisen, der upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG sowie der sasag Kabelkommunikation AG per sofort im gleichen Umfang wie der Swisscom (Schweiz) AG den diskriminierungsfreien Zugang zum Live-Sport-Angebot der Teleclub AG zu gewähren, namentlich zu den Kanälen „Teleclub Sport 4-29“ sowie zum Angebot „Teleclub Sport Live“.
- Es seien die obgenannten Handlungsanweisungen unverzüglich als vorsorgliche Massnahmen auszusprechen.
- Einer anfälligen Beschwerde gegen den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

4. Mit Schreiben des Sekretariates vom 14. Mai 2013 wurde das Gesuch Cinetrade, Teleclub und A. zur Stellungnahme und Swisscom zur Kenntnis zugesandt.

5. Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 nahmen Cinetrade, Teleclub und A. zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 7. Mai 2013 Stellung.

6. Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 17. Juni 2013 äusserte sich auch die Swisscom zum Gesuch.

B Erwägungen

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

7. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz¹ 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

¹ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.²

8. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.³ Im vorliegenden Fall wurde am 3. April 2013 ein Untersuchungsverfahren im Sinne von Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

B.1.2 Zuständigkeit

9. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO.⁴ Im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen parallel auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) und auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 17 KG ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.⁵

10. Im vorliegenden Fall könnte sich die Frage stellen, ob durch die Anträge der Gesuchstellerinnen nicht vorwiegend private Interessen geltend gemacht werden, da die Gesuchstellerinnen nur Massnahmen zu ihren eigenen Gunsten beantragen. Allerdings ist die WEKO an die Anträge der Parteien diesbezüglich nicht gebunden und könnte – bei entsprechendem öffentlichen Interesse – die beantragten Massnahmen auch anderen TV-Plattformanbietern (z. B. Kabelnetzbetreiber und IPTV-Anbieter) zu Gute kommen lassen. Die Formulierung der Rechtsbegehren im Gesuch sprechen daher nicht per se für das Vorliegen vorwiegend privater Interessen.

11. Die beantragten Massnahmen zielen darauf ab, gewisse, bislang exklusiv über Swisscom TV angebotene Programminhalte (Teleclub Sport 4-29) und Bezugsmöglichkeiten (Pay-per-View) für andere TV-Plattformanbieter erhältlich zu machen. Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die TV-Plattformanbieter die entsprechenden Angebote auch an die Endkunden weitergeben würden. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass die vorsorglich beantragten Massnahmen (auch) einem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs dienen. Die WEKO ist daher für die Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

13. 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 Materielle Voraussetzungen

14. 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.⁶

15. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind kumulativ (1) eine günstige Entscheidprognose, (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.⁷

16. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zu beachten, dass der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand durch die vorsorglichen Massnahmen weder präjudiziert noch verunmöglicht werden soll. Vorsorgliche Massnahmen beruhen zudem 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

² Vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149, 154 f. E. 2.1 (= RPW 2004/2, 644 f. E. 2.1), *Sellita/ETA*, m.w.H.; Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 916 E. 3.2, *Cablecom/TeleclubG*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/3, 674 f. E. 3.1.1, *Sellita/ETA*; RPW 2006/1, 62 Rz 20, *Teleclub*; RPW 2004/1, 105 f. Rz 15, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, m.w.H. Vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz 1002, m.w.H.; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2008, Rz 1735 ff., m.w.H.

³ Entscheid der REKO/WEF, RPW 1997/4, 608 E. 2.1, *Recymet*, RPW 2004/1, 106, Rz 16, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (Fn 2), Rz 1499; PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic! 1998/3, 281 ff.; vgl. auch ZÄCH (Fn 2), Rz 1003.

⁴ Und nicht das Sekretariat, vgl. Urteil des BGer vom 3.11.1997, RPW 1997/4, 622 ff. E. 3, *Künstliche Besamung*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 1997/2, 253 ff. E. 3.3, *Künstliche Besamung*.

⁵ BGE 130 II 149, 156 E. 2.4 (= RPW 2004/2, 646 E. 2.4), *Sellita/ETA*.

⁶ RPW 2006/1, 63 Rz 28, *Teleclub AG*; RPW 2004/1, 112 Rz 31, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁷ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 1997/4, 612 f. E. 2.2.4, *Recymet*, Entscheid der REKO/WEF, RPW 1999/4, 635 E. 4.2, *Teleclub/Cablecom*; 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.

auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Von Massnahmen, die im Resultat wie in ihrer Begründung praktisch dem Endentscheid gleichkommen und ihrerseits irreversible Strukturen schaffen, soll möglichst abgesehen werden.⁸

17. Da die genannten Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ erfüllt sein müssen, erübrigt sich die Prüfung aller vier Voraussetzungen, wenn sich erweist, dass bereits eine nicht erfüllt ist.⁹ Wie sich nachfolgend zeigt, ist bereits das Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht erfüllt.

B.3.1 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

18. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.¹⁰ 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 kartellverwaltungsrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht.¹¹ Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.¹² Zudem ist abzuwägen, ob der Nachteil der Gesuchstellerinnen oder der bei Anordnung der Massnahmen drohende Nachteil der Gesuchsgegner überwiegt.¹³

19. Besonders streng sind die Anforderungen an das Kriterium der Wiedergutmachung des Nachteils bei Leistungs- bzw. Gestaltungsmaßnahmen, wie sie vorliegend beantragt sind.¹⁴ Das Kriterium ist erfüllt, wenn der Nachteil des Gesuchstellers zu einem späteren Zeitpunkt voraussichtlich nicht mehr ermittelt oder ersetzt (insbesondere finanziell) werden kann. Dies ist dann als gegeben zu erachten, wenn eine irreversible Strukturveränderung des Marktes droht, sich die Gesuchstellerinnen in einer existenzbedrohenden Lage befinden oder die Gefahr besteht, dass sie Kunden unwiederbringlich verlieren.¹⁵ Ein (belegter) Kundenverlust bedeutet aber noch nicht ohne Weiteres einen nicht leicht wieder gutzumachendem Nachteil. Vielmehr müssen die Verluste (und die Gefahr weiterer) so gross sein, dass dem Wettbewerb ein irreversibler Schaden droht bzw. die Gesuchstellerinnen während der Dauer des Hauptverfahrens in ihrer Existenz akut bedroht wären.¹⁶

20. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerinnen¹⁷ ist kein nicht wieder gutzumachender Nachteil im beschriebenen Sinn zu erkennen, der möglicherweise auf die vom Sekretariat untersuchten Verhaltensweisen der Gesuchsgegnerinnen zurück geführt werden könnte. Die beantragten Massnahmen könnten unter Umständen nicht die Wiederherstellung des Wettbewerbs in den von den Gesuchstellerinnen abgegrenzten Pay-TV Märkten für Sport-Liveübertragung bewirken¹⁸, vielmehr besteht auch die Möglichkeit, dass die Marktstellung von Tele-

club gestärkt wird, da anschliessend die TV-Plattformanbieter kaum noch Anreize haben, selbst in den Märkten tätig zu sein.

21. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil für die Gesuchstellerinnen könnte sich folglich nur auf einem im Gesuch nicht näher beschriebenen Markt für TV-Plattformen ergeben, auf dem sich Swisscom und die Gesuchstellerinnen konkurrieren. Es ist wohl möglich, dass die Gesuchstellerinnen aufgrund des Fehlens von gewissen Programminhalten (Teleclub Sport 4-29) und Bezugsmöglichkeiten (Pay-per-View) im Wettbewerb benachteiligt sind und Kunden verlieren bzw. weniger Kunden gewinnen. Warum die Gesuchstellerinnen allerdings in ihrer Existenz bedroht wären und der Wettbewerb dadurch nachhaltig und irreversibel geschädigt würde, ist aus dem Gesuch nicht ersichtlich. In erster Linie ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerinnen nicht völlig ohne Live-Sport-Angebot auskommen müssen. Denn zum einen gibt es auch im Free-TV (etwa auf den von den Gesuchstellerinnen auch übertragenen Sendern der SRG) angebotene Sport-Liveübertragungen. Zum anderen ist es den Gesuchstellerinnen heute möglich, zumindest einen Teil des Teleclub-Sportangebots über ihre Plattformen bzw. ihr Kabelnetz zu verbreiten. Zudem vermögen die vorliegenden Beweismittel einen möglicherweise existenzbedrohenden Kundenverlust mit den entsprechenden Kunden- und Geschäftszahlen nicht zu belegen. Vielmehr lassen die öffentlich kommunizierten Zahlen der Gesuchstellerinnen durchaus den Schluss zu, dass keine existenzbedrohende Behinderung im Wettbewerb mit Swisscom vorliegt.

22. Unter Umständen werden die drei gesuchstellenden Kabelnetzbetreiberinnen bis zum Abschluss des Hauptverfahrens Kunden verlieren. Letztendlich erscheint es aber unwahrscheinlich, dass Swisscom TV während des Untersuchungsverfahrens – wie von den Gesuchstellerinnen geltend gemacht¹⁹ – alle TV-Plattformen vom Markt verdrängt und als Monopolistin für die Verbreitung

⁸ Urteil .4 und des BGer 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 916 E. 3.1 f., *Cablecom/Teleclub*.

⁹ Vgl. BGE 130 II 149, 160 E. 3.5 (= RPW 2004/2, 649 E. 3.5), *Sellita/ETA*.

¹⁰ Vgl. BGE 130 II 149, 156 E. 2 158 E. 3.4.1 (= RPW 2004/2, 646 E. 2.4 und 648 E. 3.4.1), *Sellita/ETA*; RPW 2002/4, 600 Rz 27, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

¹¹ Vgl. BILGER (Fn 7), 330 f.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 116, 1997 II, 253 ff. (332).

¹² RPW 2002/4, 600 Rz 27, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*; RPW 1999/2, 204 ff. Rz 42, *Teleclub/Cablecom*.

¹³ STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 N 94.

¹⁴ BGE 131 III 473, 475 f. E. 2.2.

¹⁵ Vgl. BSK KG-BILGER (Fn 13), Art. 39 N 97; BGE 130 II 149, 160 E. 3.4.4 (= RPW 2004/2, 649 E. 3.4.4), *Sellita/ETA*.

¹⁶ BGE 130 II 149, 158 f. E. 3.4 (= RPW 2004/2, 648 f. E. 3.4), *Sellita/ETA*.

¹⁷ Vgl. Gesuch S. 37, Rz 130 ff.

¹⁸ Vgl. Gesuch S. 37, Rz 129.

¹⁹ Vgl. Gesuch S. 37, Rz 129 ff.

von Pay-TV Angeboten übrig bleiben soll. Es kann auf der Basis der dem Gesuch beigelegten Teleclub-Teilnehmerzahlen von Cablecom²⁰ keinesfalls eine solch drastische Marktentwicklung erwartet werden. Und was die unter Umständen verlorenen Kunden betrifft dürfte es den Gesuchstellerinnen möglich sein, jene nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens – sofern sich die Vorwürfe gegen die Gesuchsgegnerinnen erhärten sollten – mit guten Angeboten und guten Dienstleistungen wieder zurück zu gewinnen.

23. Damit fehlt es an der Nichtwiedergutmachbarkeit der Nachteile. Allfällige Nachteile sind daher im Rahmen des Endentscheids zu korrigieren.

B.3.2 Entzug der aufschiebenden Wirkung

24. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Bei einer gesuchsabweisenden (sog. negativen) Verfügung stösst Art. 55 Abs. 1 VwVG jedoch ins Leere, da die aufschiebende Wirkung funktionsgemäss zur Folge hat, dass es bei der Rechtslage bleibt, die vor Erlass der angefochtenen Verfügung geherrscht hat. Damit kann der mit seinen Rechtsbegehren nicht durchgedrungene Gesuchsteller nicht so gestellt werden, als ob dem Gesuch entsprochen worden wäre.²¹

25. Da die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sind, erübrigen sich somit weitere Ausführungen zum Gesuch um aufschiebende Wirkung.

C Kosten

26. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung²² ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals.

27. Den Erlass der vorliegenden Verfügung haben im vorliegenden Verfahren die Gesuchstellerinnen verursacht. Die Gebühr ist ihnen daher zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf [...] Stunden à [...] Franken und [...] Stunden à [...] Franken, total [...] Franken.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt [...] Franken, werden den Gesuchstellerinnen 1 – 3 zu gleichen Teilen, d.h. je [...] Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - upc cablecom GmbH, in Zürich

- Finecom Telecommunications AG, in Biel
- sasag Kabelkommunikation AG, in Schaffhausen
- CT Cinetrade AG, in Zürich
- A.
- Teleclub AG, in Zürich

4. Die Verfügung ist zur Kenntnis zuzustellen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, Legal Services & Regulatory Affairs, in Bern

[Rechtsmittelbelehrung]

²⁰ Gesuch, Beilage 30.

²¹ Vgl. REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 7.

²² Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2013 in Sachen Untersuchung 32-0243: Sport im Pay-TV gemäss Art. 27 KG betreffend Verfahrenseinstellung gegenüber A.

A Verfahren

1. Am 3. April 2013 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), die CT Cinetrade AG (nachfolgend: Cinetrade), die Teleclub AG (nachfolgend: Teleclub) und Herrn A. eröffnet. Die vorangegangene Vorabklärung hatte Anhaltspunkte für Kartellrechtsverstösse von Swisscom, Cinetrade bzw. deren Pay-TV-Anbieter Teleclub ergeben.

2. Mit Schreiben vom 26. April 2013 machte A. geltend, die Verfahrenseröffnung ihm gegenüber sei unzulässig. Zudem sei die amtliche Publikation der Verfahrenseröffnung unverhältnismässig, soweit sie ihn betreffe. A. stellt diesbezüglich folgende Anträge:

- Das Untersuchungsverfahren 32-0243 gegen A. sei durch Verfügung einzustellen.
- Die Einstellungsverfügung sei im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu publizieren.
- Die Eröffnung des Untersuchungsverfahrens 32-0243 sei im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt unter ausschliesslicher Nennung der Swisscom (Schweiz) AG, CT Cinetrade AG und Teleclub AG als Untersuchungsadressaten erneut zu publizieren.

3. Mit Schreiben vom 17. Juni 2013 nahm A. zu den im Verfahren von dritter Seite beantragten vorsorglichen Massnahmen Stellung und beantragte dabei erneut, das Untersuchungsverfahren 32-0243 gegen A. sei durch Verfügung einzustellen.

4. Mit Schreiben vom 10. Juli 2013 antwortete das Sekretariat auf die Begehren von A. und begründete, warum aus seiner Sicht das Verfahren gegen A. weder eingestellt noch darüber eine anfechtbare Zwischenverfügung erlassen werde.

5. Mit Schreiben vom 8. August 2013 stellte A. erneut den Antrag direkt zuhanden des Präsidiums der WEKO, er sei per Zwischenverfügung als Partei aus dem Untersuchungsverfahren zu entlassen und das Verfahren gegen ihn sei einzustellen. Eventualiter sei eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen, sofern die WEKO A. weiterhin als Untersuchungsadressat im Verfahren Sport im Pay-TV ansehe.

6. Mit Schreiben vom 16. September 2013 befragte das Sekretariat im Auftrag des Präsidiums der WEKO A. hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Tätigkeit. Hierauf antwortete A. mit Schreiben vom 25. September 2013.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

7. A. beantragt die Einstellung des gegen ihn eröffneten Verfahrens. Die Einstellung einer bereits eröffneten Untersuchung hat in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen.¹ Dies hat auch zu gelten, wenn die Einstellung nur gegenüber einzelnen Untersuchungsadressaten erfolgen soll. Mangels abweichender Zuständigkeitsregelung ist die Wettbewerbskommission auch für eine nur einzelne Untersuchungsadressaten betreffende Verfahrenseinstellung zuständig.²

B.2 Eintreten

8. In seinem Schreiben vom 10. Juli 2013 lehnte das Sekretariat die von A. verlangte Zwischenverfügung mit der Begründung ab, dass dies indirekt einer Anfechtbarkeit der Untersuchungseröffnung gleichkommen würde, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung³ nicht gegeben sei.

9. A. liess daraufhin im Schreiben vom 8. August 2013 ausführen, die Verweigerung der Parteistellung „gemäss Art. 43 Abs. 2 Satz 2 KG“ sei nach Rechtsprechung und Literatur eine anfechtbare Zwischen- bzw. Teilverfügung. Ebenso werde die Zulassung von Dritten zu einer Untersuchung oder der Ausschluss von Dritten von einer Untersuchung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG als anfechtbare Zwischenverfügung qualifiziert. Dasselbe wie zur Verweigerung der Parteistellung gelte selbstverständlich für die Überprüfung einer bestehenden Parteistellung. Nicht stichhaltig sei der Einwand, die Anfechtbarkeit der Parteistellung ermögliche indirekt eine Beschwerde gegen die Untersuchungseröffnung. Gerade bei Untersuchungen gegen mehrere Parteien sei der Fortgang der Untersuchung unabhängig von dem Entscheid über die Parteistellung einer der betroffenen Parteien. Selbst wenn sich die Untersuchung nur gegen eine Partei richte, wäre die Einstellung der Untersuchung bei erfolgreicher Anfechtung der Parteistellung keine notwendige Folge, da das Verfahren auf die richtige Partei erweitert werden könne.

¹ Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 30 N 63.

² Vgl. Art. 4 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (SR 251.1).

³ BGE 135 II 60, 68, E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112 E. 3.1.2), *Maestro Interchange Fee*, m.w.H.

10. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die mit der Eröffnung einer Untersuchung automatisch verbundene Parteistellung des Untersuchungsadressaten von der in einem Untersuchungsverfahren von Dritten beantragten Parteistellung zu unterscheiden ist. Ob die Entscheidung über die Beteiligung eines Dritten an einem Verfahren in der Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat, ist nicht Teil der im hier relevanten Zusammenhang zu treffenden Entscheidung.

11. Die Parteistellung des Untersuchungsadressaten kann nur durch eine Einstellungsverfügung aufgehoben werden. Dabei ist zu beachten, dass sich eine kartellrechtliche Untersuchung immer gegen ein bestimmtes Unternehmen bzw. eine bestimmte (natürliche oder juristische) Person richtet. Lässt sich eine Untersuchung gegen eine bestimmte Person nicht aufrecht erhalten, sei dies aus materiellen oder formellen Gründen, ist das gegen diese Person eröffnete Verfahren zwingend einzustellen. Die WEKO kann dabei nicht einfach die allenfalls fehlende Parteistellung feststellen, sondern muss das gegen die fragliche Person geführte Verfahren einstellen. Es kann mithin nicht gesagt werden, die Einstellung der Untersuchung bei erfolgreicher Anfechtung der Parteistellung wäre keine notwendige Folge, da das Verfahren auf die richtige Partei erweitert werden könne. Mit anderen Worten würde der Verfügungsadressat durch eine potentielle Aufhebung seiner Parteistellung nicht nur als Partei aus dem Verfahren entlassen, ebenfalls wäre damit die Einstellung des Verfahrens gegen ihn verbunden. In casu wäre also eine Verneinung der Parteistellung von A. unmittelbar mit der Einstellung der Untersuchung gegen A. verbunden. Die Untersuchungseröffnung gegenüber A. würde damit indirekt anfechtbar.

12. Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Untersuchungseröffnung ausgeführt: „Die Vorabklärung findet ihren Abschluss (a) mit der Einstellung des Verfahrens, (b) mit einer einvernehmlichen Regelung oder (c) mit dem Schlussbericht; weder dieser noch der Beschluss, gestützt darauf eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar.“⁴ Die fehlende Anfechtbarkeit der Untersuchungseröffnung ist dabei keineswegs aussergewöhnlich. So ist etwa auch im Strafprozess die Anfechtung der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO⁵ ausgeschlossen.

13. Zwar wird in der Literatur durchaus auch die Auffassung vertreten, die durch die Untersuchungseröffnung erteilte Parteistellung sei anfechtbar. So sind gemäss SAMUEL JOST⁶ „die materiellen Verfügungsadressaten, also jene Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die zu erlassende Verfügung geregelt werden sollen, [...] seitens der Wettbewerbsbehörden zwangsweise am Verfahren zu beteiligen. Die Parteistellung ist entsprechend strittig, wenn der materielle Verfügungsadressat anders als die Wettbewerbsbehörden der Auffassung ist, er könne gar nicht Adressat eines Untersuchungsverfahrens sein, weil er z.B. keine Parteiqualität aufweist. Darauf ist bei der Frage nach der selbstständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung Rücksicht zu nehmen. Wird ein Unternehmen als materieller Verfügungsadressat am Verfahren beteiligt, ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wohl regelmässig zu bejahen. [...] Aus den genannten Gründen ist über die Anerkennung

der Parteistellung der materiellen Verfügungsadressaten eine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 VwVG zu erlassen, die der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht unterliegt.“ Die Frage, ob dadurch nicht indirekt die Untersuchungseröffnung an sich anfechtbar wird, diskutiert JOST allerdings nicht.

14. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es bei der fehlenden Anfechtbarkeit der Untersuchungseröffnung zu bleiben hat. Demzufolge kann die Untersuchungseröffnung auch nicht indirekt über der Parteistellung der Untersuchungsadressaten in Frage gezogen werden.

15. Daran ändert auch nichts, dass A. im Schreiben vom 8. August 2013 auch die Zuständigkeit der WEKO bestreitet. Zwar hat eine Behörde gemäss Art. 9 VwVG⁷ im Bestreitungsfall über ihre Zuständigkeit durch Verfügung zu befinden. Die Frage ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen eine natürliche Person als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren ist, ist jedoch keine Frage der Zuständigkeit. Insbesondere ist keine andere Behörde für die Beurteilung von kartellrechtswidrigem Verhalten von Nicht-Unternehmen zuständig. Diesfalls ist das Kartellgesetz schlicht nicht anwendbar. Entsprechend geht es vorliegend nicht um die Zuständigkeit der WEKO, sondern um den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

16. Die WEKO hat daher nicht wie beantragt die Parteistellung von A. zu überprüfen. Insofern wäre auf den Antrag nicht einzutreten. Indes hat die WEKO die Frage der Einstellung des Verfahrens auch von Amtes wegen zu prüfen: Ergibt die Untersuchung des Sekretariats, dass sich der kartellrechtliche Vorwurf aus welchen Gründen auch immer nicht aufrecht erhalten lässt, ist das Verfahren zwingend einzustellen. Soweit der zur Beurteilung erforderliche Sachverhalt ausreichend abgeklärt ist, darf aufgrund des Beschleunigungsgebots⁸ auch bei mehreren Untersuchungsadressaten mit dem Entscheid betreffend die Einstellung des Verfahrens gegenüber einem einzelnen Untersuchungsadressaten nicht bis zum Entscheid betreffend die übrigen Untersuchungsadressaten zugewartet werden, sofern der Entscheid betreffend die übrigen Untersuchungsadressaten nicht ebenfalls unmittelbar bevorsteht. Zu beachten ist dabei, dass lediglich die Einstellung als Endentscheid zu verfügen ist. Besteht kein Grund für eine Einstellung ergeht keine anfechtbare „Nicht-Einstellungsverfügung“, zumal dies wiederum einer Anfechtbarkeit der Untersuchungseröffnung gleichkommen würde.

⁴ BGE 135 II 60, 68, E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112 E. 3.1.2), *Maestro Interchange Fee*, m.w.H.

⁵ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

⁶ Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, in: Grundlegendes Recht 19, Niggli/Amstutz/Bors [Hrsg.], 2013, N 780 f.

⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁸ Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

17. Wie nachfolgend aufgezeigt erweist sich der Sachverhalt als genügend abgeklärt um über die Einstellung des Verfahrens gegenüber A. zu entscheiden. Zudem ist ein Endentscheid in Bezug auf die übrigen Untersuchungsadressaten nicht unmittelbar bevorstehend.

B.3 Geltungsbereich des Kartellgesetzes

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

19. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gelten die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine „einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit“ betrachtet.⁹ Dies ist dahingehend zu verstehen, dass der Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

20. Hinsichtlich der Unternehmensqualität von A. führte das Sekretariat in seinem Schreiben vom 10. Juli 2013 aus, es sei zu berücksichtigen, dass die Rechtsform gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG keine Rolle spiele. Die Zusammenfassung mehrerer Einheiten zu einem wirtschaftlichen Ganzen könne daher unabhängig der Rechtsform jener Einheiten erfolgen. Im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung sei Cinetrade gemeinsam von Swisscom und A. kontrolliert worden. Damit sei Cinetrade als „abhängiges Unternehmen“ im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG e contrario zu qualifizieren. Die Kontrolle im Sinne des Kartellrechts ermögliche den Kontrollierenden das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens zu beeinflussen.¹⁰ Entsprechend könne sich das Gemeinschaftsunternehmen ebenso wenig unabhängig von den Kontrollierenden verhalten, wie eine Konzerntochtergesellschaft von ihrer Muttergesellschaft. Demzufolge sei auch bei Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Kontrollierenden und Gemeinschaftsunternehmen auszugehen. Im vorliegenden Fall bedeute dies, dass Cinetrade im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung sowohl der „Unternehmenssphäre“ von Swisscom als auch von A. zuzurechnen gewesen sei. Auch wenn A. selber nicht am Wirtschaftsprozess teilnehme, habe er zusammen mit Cinetrade den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt. Es verhalte sich insofern nicht anders als bei einem Konzern mit Holdingstruktur, wo die Konzernmuttergesellschaft als Holding auch nicht unmittelbar am Wirtschaftsprozess teilnehme.

21. Im Schreiben vom 8. August 2013 lässt A. ausführen, dass eine natürliche Person nicht mit einer Holding

verglichen werden könne. Eine Holding sei eine Handelsgesellschaft, typischerweise in der Form einer Aktiengesellschaft, welche gemäss Art. 671 Abs. 4 OR¹¹ regelmässig die Beteiligung an Unternehmen und - insbesondere im Fall der sog. Führungsholding - auch die Leitung von Unternehmen bezwecke. Es sei also just der Existenzgrund einer Holding, unternehmerisch tätig zu sein. Eine natürliche Person könne demgegenüber auch im Rahmen der privaten Lebensführung Beteiligungen erwerben und dürfe daher dem juristischen Konstrukt einer Holding nicht gleichgesetzt werden. Im Gegensatz zu einer Holdinggesellschaft nehme A. nicht am Wirtschaftsverkehr teil. Die Verwaltung eigener Beteiligungen erfülle den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff nicht. Es handle sich lediglich um private Vermögensverwaltung. Insofern sei eine Abgrenzung von einem Einzelunternehmen im Sinne von Art. 945 OR vorzunehmen. [...] Im Hinblick auf die Tätigkeit [von] A. als [...] wirke er leitend für das Unternehmen. Die Wahrnehmung seiner [...] sei nie eine selbständige unternehmerische Tätigkeit gewesen. Daher könne A. nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden.

22. Das Bundesverwaltungsgericht hat im „Publigroupe-Entscheid“ zum Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 KG Folgendes ausgeführt:¹² „Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen, die sich an Abreden beteiligen, Marktmacht ausüben oder sich an Zusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Damit wird der persönliche Geltungsbereich im Kartellgesetz mit dem Begriff „Unternehmen“ definiert. Unternehmen sind gemäss der im Rahmen der Revision im Jahre 2003 in das Kartellgesetz aufgenommenen Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Bis zur KG-Revision 2003 fehlte eine Definition des Unternehmensbegriffs im Gesetz. Lehre und Praxis gingen von einem „funktionalen“ Unternehmensbegriff aus, der nicht auf die Rechtsform eines Unternehmens abstellte. Ausgehend von den in der Botschaft zum KG von 1995 enthaltenen Hinweisen galten als Unternehmen alle Marktteilnehmer, die sich - sei es als Anbieter oder Nachfrager - selbständig als Hersteller von Gütern bzw. Erbringer von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligten [...] Auch wenn die Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG vom Unternehmensbegriff gemäss Botschaft KG 1994 insoweit abweicht, als das Erfordernis der Selbständigkeit nicht mehr explizit erwähnt wird, war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, dieses Kriterium gänzlich aufzugeben [...] Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden [...] Entsprechend

⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 ff., *Publigroupe/WEKO*, bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.

¹⁰ Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 34, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹¹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹² Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

soll die wirtschaftliche Selbständigkeit auch nach der Einführung des revidierten Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs sein. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind [...] Dies führt in der Regel dazu, dass die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns nicht als Unternehmen gelten, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet [...] Dies hat zur Folge, dass die Regeln des Kartellgesetzes grundsätzlich nicht auf konzerninterne Absprachen und Umstrukturierungen anzuwenden sind; hingegen ist bei der Frage der Marktmacht auf den Konzern als Gesamtheit und nicht auf die einzelnen Konzerngesellschaften abzustellen [...].“

23. Das Bundesgericht entschied dazu:¹³ „An sich trifft es zu, dass strafrechtliche Vorwerfbarkeit eine genaue Identifikation der zu bestrafenden Person verlangt und diese auch ins Verfahren einzubeziehen ist. Allerdings geht es im vorliegenden Zusammenhang um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspricht. Das Gesetz verlangt keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe [...] Die Vorinstanz ging davon aus, die fünf Gesellschaften hätten ein einheitliches Unternehmen gebildet, indem die vier Tochtergesellschaften zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbständig gewesen seien. Die Muttergesellschaft habe deshalb kartellrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die mangelnde wirtschaftliche Selbständigkeit liegt denn auch nahe. Überdies durfte die Vorinstanz angesichts derer Organisationsstruktur auch zu Recht von einer starken Vernetzung zwischen den einzelnen Gesellschaften ausgehen. Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, eine Holdingstruktur rechtfertige höchstens die widerlegbare Vermutung einer Unternehmenseinheit und es wäre am Bundesverwaltungsgericht gelegen, Anhaltspunkte für die Widerlegung dieser Vermutung zu suchen. Die Beschwerdeführer behaupten in diesem Sinne, die Unselbständigkeit der Tochtergesellschaften sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Warum die bekannten Umstände nicht für die Annahme einer Unternehmenseinheit genügen sollten, legen die Beschwerdeführer jedoch nicht dar. Sie vermögen auch keine konkreten Anhaltspunkte vorzutragen, weshalb die entsprechende Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts auf offensichtlich falschen Tatsachenfeststellungen oder auf einer bundesrechtswidrigen Beurteilung beruhen sollte. Folglich wäre es zwar vorzuziehen gewesen, alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden. Der angefochtene Entscheid ist aber nicht zu beanstanden, wenn er von einer Unternehmenseinheit ausging und die kartellrechtliche Sanktion der Beschwerdeführerin 1 als verantwortliche Muttergesellschaft auferlegte. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürfen nicht überzogen werden,

denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere. Abgesehen davon kommt der juristischen Selbständigkeit im Kartellrecht keine konstitutive Bedeutung mehr zu [...].“

24. Aus der Rechtsprechung ergibt sich damit kein Abgrenzungskriterium zwischen einer Holdinggesellschaft als kontrollierender juristischer Person und einer kontrollierenden natürlichen Person. Auch der Literatur ist darauf keine Antwort zu entnehmen.¹⁴ Da auch im europäischen Wettbewerbsrecht Rechtsprechung und Lehre von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgehen, rechtfertigt sich unter diesen Umständen eine Bezugnahme zur Praxis in der Europäischen Union (nachfolgend: EU).

25. Als Unternehmen gilt im Wettbewerbsrecht der EU grundsätzlich „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. ¹⁵ So behandelt die EU-Praxis unter bestimmten Voraussetzungen mehrere verbundene Unternehmen als eine wirtschaftliche Einheit und damit als ein einziges Unternehmen. Die Voraussetzungen, unter denen die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit in Betracht kommt, sind jedoch noch nicht endgültig geklärt. Die Kommission hat in diesem Zusammenhang wiederholt erklärt, je nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.¹⁶ Die Praxis der EU dürfte damit weitgehend der schweizerischen Auffassung entsprechen.

26. In der Praxis der EU werden natürliche Personen nur dann als Unternehmen erfasst, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen.¹⁷ Dabei ist klar zu stellen, dass dies nur für natürliche Personen gilt. Bei juristischen Personen spielt die eigene wirtschaftliche Tätigkeit der Muttergesellschaft sowohl gemäss schweizerischer als auch europäischer Praxis keine Rolle. So wird etwa auch eine nicht selber auf einem Markt tätige Holding als Konzernmuttergesellschaft in die kartellrechtliche Haftung miteinbezogen.¹⁸

¹³ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3.2 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁴ Vgl. etwa JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK KG), Art. 2 KG N 13 ff.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Auflage, 2013, Art. 2 LCart N 24 ff.

¹⁵ Vgl. VOLKER EMMERICH, in: Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage, 2012, (nachfolgend: Kommentar EU-Kartellrecht), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 6 ff.

¹⁶ Vgl. EMMERICH, Kommentar EU-Kartellrecht (Fn 15), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 43 ff.

¹⁷ Vgl. bspw. Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/14 vom 2.3.1998, Rz 51 (ersetzt durch die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen).

¹⁸ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 18.7.2013 C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd u.a. / Europäische Kommission*, Rz 85 ff.; vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 118 f. E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

27. Gemäss Angaben von A. [...] Weder aus den Akten noch sonst sind Umstände ersichtlich, welche Zweifel an diesen Angaben zu begründen vermöchten. Es ist daher davon auszugehen, dass A. tatsächlich keiner eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgeht.

28. Unter diesen Umständen lässt sich die Erfassung von A. als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG nicht länger aufrechterhalten, weshalb das gegen ihn eröffnete Verfahren einzustellen ist.

C Kosten

29. Nach Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

30. 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.¹⁹

31. Nachdem das gegen A. eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt die Gebührenpflicht für A.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die am 3. April 2013 eröffnete Untersuchung 32-0243: Sport im Pay-TV wird in Bezug auf A. eingestellt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - A.,
 - [...]
 - [...]
 - [...]
5. [...]

¹⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 2014 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend ETA Preiserhöhungen wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen ETA SA Manufacture Horlogère Suisse in Bern

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Auslöser für die vorliegende Untersuchung war eine schriftliche Mitteilung der ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA) an ihre Kunden, worin eine Preiserhöhung bekanntgegeben wurde. Demgemäss sollten die Preise für mechanische Uhrwerke per 1. Januar 2009 um bis 12 % erhöht werden. Darüber hinaus kündigte ETA an, den bislang gewährten Skonto von 3 % (bei Barzahlung innerhalb von 10 Tagen) zu streichen. In der Folge gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Anzeigen gegen ETA von verschiedenen Marktteilnehmern ein. Vorgetragen wurde im Wesentlichen, dass es sich bei der Preiserhöhung von ETA um eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) handle. Mit den Anzeigen verbunden war die Forderung an die Adresse der Wettbewerbsbehörden, eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG gegen ETA zu eröffnen.

2. Im Rahmen vorgenannter Anzeigen wurde von den Marktteilnehmern vorgebracht, dass die von ETA angekündigte Preiserhöhung auf die marktbeherrschende Stellung von ETA zurückzuführen sei. Dies, weil ETA die einzige Bezugsquelle für mechanische Uhrwerke sei, welche in industriellen Mengen in der Schweiz hergestellt werden (Swiss Made). Durch die gleichzeitig angekündigten einseitigen Änderungen der Geschäftsbedingungen¹ (z.B. Skonto) werde dieser Umstand noch verdeutlicht. Zusätzlich wurden die Liefer- und Zahlungskonditionen von ETA von verschiedenen Marktteilnehmern beanstandet. Namentlich kritisiert wurde der Umstand, dass Bestellungen für mechanische Uhrwerke bis zu einem Jahr vor der Lieferung abgegeben werden müssten, jedoch als Preis stets derjenige im Zeitpunkt der Lieferung zu bezahlen sei. Gewisse Marktteilnehmer beschwerten sich zudem darüber, dass sie – trotz der sehr früh aufgegebenen Bestellungen – mit kurzfristigen Lieferverzögerungen konfrontiert worden seien. Schliesslich wurde auch der Vorwurf erhoben, dass ETA in diskriminierender Weise Unternehmen, die mit der Swatch Group konzernmässig verbunden oder affiliert sind (nachfolgend: Swatch Group-Gesellschaften), gegenüber Kunden, die mit der Swatch Group weder konzernmässig verbunden noch affiliert sind (nachfolgend: Drittkunden), bevorzugen würde.

3. ETA wird zu 100 % von der The Swatch Group AG (nachfolgend: Swatch Group) kontrolliert. ETA ist u.a. in der Herstellung und im Vertrieb von mechanischen Uhr-

werken und in der Produktion von Quarz-Uhrwerken sowie von Uhren der Marken Swatch und flik flak tätig. Die Swatch Group kontrolliert zahlreiche Unternehmen im Bereich der Uhrenindustrie, dazu gehören Unternehmen, welche Uhrenbestandteile wie Uhrwerke, Assortiments, Zifferblätter, Zeiger, Kronen, Gehäuse, Gläser und Armbänder herstellen, sowie zahlreiche Uhrenmarken, darunter Swatch, Certina, Tissot, Rado, Longines, Omega, Blancpain und Breguet. Gemäss eigenen Angaben ist Swatch Group die weltweit grösste Herstellerin von Fertiguhren und in allen Marktsegmenten präsent. Das Unternehmen ist ebenfalls in der Herstellung und im Vertrieb von Schmuck tätig.

4. Ziel der Untersuchung ist es abzuklären, ob die von ETA gegenüber ihren Kunden umgesetzte Preiserhöhung sowie die damit einhergehenden Änderungen der Lieferkonditionen Kartellrechtsverstösse darstellen. Dabei könnte es sich um missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG handeln. Mit der Untersuchung soll in erster Linie geprüft werden, ob die Änderung der Geschäftspolitik von ETA zu einer Behinderung von Mitbewerbern von ETA im Bereich mechanischer Uhrwerke oder von Konkurrenten von Swatch Group im Bereich mechanischer Fertiguhren führte. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich im Wesentlichen auf die Preiserhöhung von ETA im Jahr 2009 sowie auf die vorstehend erwähnten Vorwürfe von Marktteilnehmern.

A.2 Vorbemerkungen

5. Die vorliegende Untersuchung ist im Lichte der mit Verfügung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) vom 21. Oktober 2013 abgeschlossenen Untersuchung in Sachen Swatch Group Lieferstopp² zu lesen. Im Rahmen dieser Untersuchung wurde mit der Swatch Group eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, wonach die Lieferungen von mechanischen Uhrwerken (Mouvements) an Drittkunden bis zum 31. Dezember 2019 reduziert und nach diesem Zeitpunkt eingestellt werden. Da auch die vorliegende Untersuchung die Lieferungen bzw. Lieferkonditionen von mechanischen Uhrwerken an Drittkunden betrifft – und damit der gleiche Bereich betroffen ist – werden in puncto Marktverhältnisse die rechtskräftigen Findungen der WEKO aus der Verfügung Swatch Group Lieferstopp soweit sachdienlich und angebracht übernommen. Deswegen wurde punktuell auf eine separate Erhebung von Daten verzichtet.

¹ Die Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen sind einsehbar unter folgendem Link: <http://www.eta.ch/d/produkte/verkaufsbedingungen_2009.pdf> (27.05.2014).

² RPW 2014/1, 215 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

A.3 Verfahren

6. Im November 2008 meldeten sich verschiedene Marktteilnehmer (Kunden von ETA) beim Sekretariat und beschwerten sich über die angekündigte Preiserhöhung von ETA. Es wurden Informationen geliefert und Dokumente eingereicht.

7. Am 24. November 2008 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG gegen ETA betreffend die Preiserhöhung 2009. Gleichentags wurden die Marktteilnehmer, die sich wegen der angekündigten Preiserhöhung von ETA beim Sekretariat gemeldet hatten, über die Eröffnung der Vorabklärung schriftlich informiert. Die Öffentlichkeit wurde mit Pressemitteilung vom 25. November 2008 orientiert.

8. Mit Schreiben vom 25. November 2008 bestätigte ETA den Erhalt des Eröffnungsschreibens der Vorabklärung und signalisierte ihre Bereitschaft, mit dem Sekretariat zu kooperieren.

9. Am 27. November 2008 wandte sich ein Marktteilnehmer schriftlich an das Sekretariat und beantragte den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Das Sekretariat lehnte den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Schreiben vom 10. Dezember 2008 ab.

10. Am 27. und 28. November 2008 meldeten sich weitere Unternehmen beim Sekretariat und brachten ihre Ansicht zur eröffneten Vorabklärung zum Ausdruck.

11. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2008 legte ein Marktteilnehmer seine Position dar, lieferte verschiedene Informationen zum Verhalten von ETA und wies auf aus seiner Sicht wettbewerbsrechtliche Schwierigkeiten hin.

12. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2008 lieferte ein Marktteilnehmer weitere Informationen.

13. Ein Marktteilnehmer erkundigte sich am 13. Januar 2009 telefonisch nach dem Stand der Dinge und wies auf weitere Aspekte hin, welche für die Ermittlungen im Rahmen der Vorabklärung von Bedeutung sein könnten.

14. Am 30. Januar 2009 und am 19./20. Februar 2009 verschickte das Sekretariat Fragebögen an ETA sowie an Kunden von ETA. Die Antworten der befragten Unternehmen gingen beim Sekretariat zwischen dem 9. Februar 2009 und dem 25. Mai 2009 ein.

15. Mit Eingabe vom 23. März 2009 liess ein Marktteilnehmer dem Sekretariat zusätzliche Informationen zukommen.

16. Mit Schreiben vom 8. Mai 2009 teilte ein Marktteilnehmer dem Sekretariat mit, dass er den Fragebogen nicht beantworten werde, da er nicht betroffen sei, weil er keine mechanischen Uhrwerke bei ETA bezieht.

17. Am 26. Mai 2009 verschickte das Sekretariat weitere Fragebögen an Marktteilnehmer. Die Antworten der befragten Marktteilnehmer gingen zwischen dem 3. Juni 2009 und dem 24. August 2009 beim Sekretariat ein.

18. Am 17. Juni 2009 holte das Sekretariat bei einem Marktteilnehmer telefonisch Auskünfte ein. Mit E-Mail vom 19. Juni 2009 lieferte dieser die vom Sekretariat einverlangten Informationen.

19. Am 8. Juli 2009 informierte ein Marktteilnehmer das Sekretariat telefonisch über Bestellungen von mechanischen Uhrwerken.

20. Am 14. September 2009 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen ETA und liess dieser den Schlussbericht der Vorabklärung zukommen. Die Öffentlichkeit wurde mit Pressemitteilung vom 15. September 2009 über die Untersuchungseröffnung orientiert.

21. Am 16. September 2009 ersuchte ETA das Sekretariat telefonisch um Akteneinsicht.

22. Am 20. Oktober 2009 und am 3. November 2009 versandte das Sekretariat Fragebögen an Händler von mechanischen Uhren. Die entsprechenden Antworten gingen zwischen dem 21. Oktober 2009 und dem 24. Dezember 2009 ein.

23. Am 6. November 2009 gewährte das Sekretariat ETA Aktensichteinsicht und stellte ihr das Aktenverzeichnis zu.

24. Am 26. November 2009 ersuchte ein Marktteilnehmer beim Sekretariat telefonisch um Akteneinsicht, was vom Sekretariat abgelehnt wurde.

25. Das Protokoll des Gesprächs zwischen einem Marktteilnehmer und dem Sekretariat betreffend Zusatzinformationen ging am 13. Januar 2010 beim Sekretariat ein. Das Protokoll des entsprechenden Gesprächs mit einem weiteren Marktteilnehmer ging am 29. Januar 2010 beim Sekretariat ein. Die Protokolle der Gespräche mit zwei anderen Marktteilnehmern und Kunden von ETA gingen am 21. und 27. Mai 2010 beim Sekretariat ein.

26. Am 31. Mai 2010 nahm das Sekretariat bei ETA Einsicht in diverse Dokumente und besichtigte den Produktionsbetrieb.

27. ETA reichte mit Eingabe vom 9. Juni 2010 weitere Informationen ein.

28. Am 16. Juni 2010 übermittelte das Sekretariat ETA ein aktualisiertes Aktenverzeichnis und bot an, die bereits bereinigten Aktenstücke zuzustellen.

29. Mit Eingabe vom 18. Juni 2010 reichte ETA die bei ihr vor Ort bezeichneten Dokumente ein.

30. Mit Eingabe vom 16. September 2010 beantwortete ETA die ihr gestellten Zusatzfragen und reichte die einverlangten Dokumente ein.

31. Mit Schreiben vom 23. September 2010 und vom 18. Oktober 2010 wandte sich ein Marktteilnehmer an das Sekretariat und reichte zusätzliche Informationen und Dokumente betreffend die Preispolitik von ETA ein. Das Sekretariat bestätigte mit Schreiben vom 21. Oktober 2010 den Erhalt der Eingaben.

32. Am 6. Juni 2011 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung betreffend die beabsichtigte LieferEinstellung von Mouvements und Assortiments (Phasing-Out) der Swatch Group. Gleichzeitig erliess die WEKO gestützt auf eine einvernehmliche Regelung mit

der Swatch Group vorsorgliche Massnahmen für die Dauer der Untersuchung.³ Damit wurden neben einer ersten Reduktion der Liefermengen u.a. auch Preis- und Bezugskonditionen geregelt. Gegen diese Verfügung der WEKO erhoben verschiedene Unternehmen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, die jedoch allesamt abgewiesen wurden.⁴ Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde die vorliegende Untersuchung infolge der gegen Swatch Group eröffneten Untersuchung in Sachen Lieferstopp sistiert. Das Sekretariat liess ETA am 7. Juni 2011 die entsprechende Zwischenverfügung zukommen.

33. Mit Zwischenverfügung vom 4. November 2013 hob das Sekretariat – im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums – die Sistierung auf; die Zwischenverfügung wurde ETA gleichentags eröffnet.

34. Am 3. Juni 2014 stellte das Sekretariat ETA seinen Antrag zur Stellungnahme zu im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Die Stellungnahme von ETA ging am 13. Juni 2014 ein.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

35. 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).

36. 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). ETA ist ein Unternehmen im genannten Sinn.

37. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt nach Massgabe von Art. 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.⁵ Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

38. Wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. unten, Rz 42 ff.), ist ETA auf dem Markt für mechanische Uhrwerke marktbeherrschend. Somit gilt das Kartellgesetz vorliegend für ETA.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. 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).

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

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

42. 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).

43. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Die folgenden Ausführungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte sowohl in sachlicher wie auch in räumlicher Hinsicht basieren auf der Verfügung Swatch Group Lieferstopp (vgl. oben, Rz 5).

B.3.1.1 Relevante Märkte

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

44. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.⁶

45. Um den sachlich relevanten Markt abzugrenzen, müssen vorab die Eigenheiten der von ETA hergestellten und vertriebenen Produkte sowie deren Besonderheiten für ihren Gebrauch dargelegt werden. Die vorliegende Untersuchung betrifft den Bereich der Produktion und des Vertriebes von mechanischen Uhrwerken.

46. 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 mechanischen 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, An-

³ Vgl. RPW 2011/3, 400 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2012/1, 158 ff., *Urteil B-4041/2011 vom 14. Dezember 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG*.

⁵ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Watt/Migros - EEF*; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994, BBl 1995, 468 ff. (im Folgenden Botschaft 95); BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 Rz 14.

⁶ Analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

kerrad und Anker.⁷ Mechanische Uhrwerke werden mittels einer Aufzugsfeder sowie einem mechanischen Schwingsystem angetrieben und benötigen deshalb keine Batterie. Die fertig montierten mechanischen Uhrwerke werden in mechanische Uhren eingebaut.

47. Marktgegenseite sind die Abnehmer mechanischer Uhrwerke. Dazu gehören insbesondere Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche die Uhrwerke von ETA montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen sowie sog. Modifizierer, also Unternehmen, welche mechanische Uhrwerke zusätzlich veredeln und sie dann an Uhrenhersteller weiterverkaufen.⁸

48. Die von ETA vorgenommenen Preiserhöhungen von 12 % bzw. 15 % betreffen in erster Linie mechanische Uhrwerke; bei Quarzuhrenwerken sind keine Preiserhöhungen erfolgt.⁹ Quarzuhrenwerke, die von einem elektronischen Quarzoszillator sowie zumeist einer Batterie angetrieben werden, sind nachfrageseitig nur sehr bedingt mit mechanischen Uhrwerken austauschbar.¹⁰ Im Lichte der Praxis der WEKO¹¹ werden Quarzuhrenwerke vorliegend nicht zum relevanten Markt gezählt.

49. ETA offeriert eine breite Produktpalette von verschiedenen Typen von mechanischen Uhrwerken, sogenannten Kalibern, die sich nach Durchmesser (in der Regel von 17.2 bis 36.6 mm) sowie in technischer Hinsicht unterscheiden.¹² Die einzelnen Kaliber lassen sich in Kaliberfamilien einteilen, wobei sämtliche Kaliber einer Kaliberfamilie auf derselben Platine¹³ basieren.

50. In ihrem Entscheid i.S. Swatch Group Lieferstopp hielt die WEKO fest, dass die einzelnen Kaliber untereinander puncto Abmessung und Funktionalität für die Marktgegenseite kaum substituierbar sind.¹⁴ Weiter wurde festgehalten, dass die Umstellung der Produktion von einem Kaliber einer Kaliberfamilie derselben Preiskategorie auf ein anderes Kaliber derselben Kaliberfamilie derselben Preiskategorie technisch durchaus möglich ist.¹⁵ Ob der Markt je nach Kaliber oder Kaliberfamilie unterteilt werden muss, wurde mangels Einfluss auf das Untersuchungsergebnis offengelassen.¹⁶

51. Neben den technischen und qualitativen Eigenschaften spielt auch der Preis eines Uhrwerks eine bedeutende Rolle, wobei sich der Preis und die Qualität eines Uhrwerks in der Regel proportional zum Endverkaufspreis der Uhr verhalten: Je teurer die Uhr, desto komplexer und teurer das Uhrwerk.¹⁷

52. In der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp wurde festgehalten, dass günstige Uhrwerke für Uhren in höheren Preissegmenten bis zu einem gewissen Grad als (imperfekte) Substitute angesehen werden können, jedoch hochpreisige Uhrwerke für Uhren in tieferen Preissegmenten keine Alternative zu günstigen Kalibern sind.¹⁸ Weiter hielt die WEKO fest, dass zwischen einer Produktion von Kleinserien, sogenannten haut-de-gamme Werken mit besonderen Funktionen und höherwertigen Dekorationen, und der industriellen Produktion von Basiskalibern unterschieden werden kann.¹⁹ Die Frage, ob der Markt basierend auf dem Preissegment und dem Industrialisierungsgrad weiter unterteilt werden muss, wurde offengelassen, da eine allfällige engere Marktabgrenzung am Ergebnis nichts zu verändern vermochte.²⁰

53. Im Lichte des Voranstehenden und analog zur bisherigen Praxis kann vorerst festgehalten werden, dass sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Herstellung mechanischer Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen konzentrieren.

54. Die Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren vom 23. Dezember 1971 (SR 232.119; nachfolgend: Uhrenverordnung) regelt die Benützung des Schweizer Namens für Uhren. Die Uhrenverordnung basiert auf dem Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11).²¹ Gemäss Art. 1a der Uhrenverordnung gilt eine Uhr dann als schweizerisch, wenn das Werk der Uhr schweizerisch ist, das Werk der Uhr in der Schweiz eingeschalt wird und der Hersteller die Endkontrolle der Uhr in der Schweiz durchführt, wobei die genannten Punkte kumulativ erfüllt sein müssen. Nach Art. 2 Abs. 1 derselben Verordnung gilt ein Uhrwerk als schweizerisch, wenn es kumulativ folgende Punkte erfüllt: Es wird in der Schweiz zusammengesetzt, es wird durch den Hersteller in der Schweiz kontrolliert und die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation machen mind. 50 % des Wertes aus – die Kosten für das Zusammensetzen sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Die üblichste Form der Herkunftsbezeichnung bei Schweizer Uhren lautet Swiss Made.²²

55. Am 18. November 2009 verabschiedete der Bundesrat eine Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen, die sogenannte „Swissness“-Vorlage.²³ Am

⁷ Vgl. dazu RPW 2005/1, 128 Rz 2 f., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

⁸ Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 92, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁹ Die Zahlungskonditionen sind insofern für sämtliche Produkte geändert worden, als dass der Skonto von 3 % bei Zahlung innert zehn Tagen per 01.01.2009 abgeschafft wurde.

¹⁰ Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 93 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

¹¹ Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 94, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

¹² Vgl. RPW 2014/1, 224 Rz 95, *Swatch Group Lieferstopp*. Für eine Übersicht über die verschiedenen Kaliber sei auf die Internetseiten von ETA verwiesen: <www.eta.ch> (27.05.2014).

¹³ Die Platine ist die Grundplatte des Uhrwerks, auf welche die anderen Teile des Uhrwerks montiert werden.

¹⁴ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 96, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁵ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁶ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 97, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁷ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 98, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁸ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 99, *Swatch Group Lieferstopp*.

¹⁹ Vgl. RPW 2014/1, 225 Rz 100 f., *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁰ Vgl. RPW 2014/1, 226 Rz 102, *Swatch Group Lieferstopp*.

²¹ Vgl. dazu RPW 2014/1, 226 Rz 104 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²² Gilt eine Uhr als schweizerisch, dürfen Bezeichnungen wie „Schweiz“, „schweizerisch“, „Schweizer Produkt“, „in der Schweiz hergestellt“, „Schweizer Qualität“ oder andere den Schweizer Namen enthaltende Bezeichnungen benützt werden. Dies gilt auch, wenn die Bezeichnungen übersetzt werden. Vgl. Art. 3 Uhrenverordnung.

²³ Die Revision des MSchG hat gemäss Botschaft zum Ziel, die Grundlage dafür zu schaffen, dass der Mehrwert „Swissness“, der das hohe Potenzial der „Swissness“ in der Werbung darstellt, langfristig und nachhaltig gesichert wird. Vgl. Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen („Swissness“-Vorlage), BBl 2009, S. 8674 ff.

21. Juni 2013 haben National- und Ständerat die „Swissness“-Vorlage angenommen. Die Uhrenverordnung wird frühestens nach Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage einer Revision unterzogen.²⁴ In Bezug auf die Uhrenindustrie kann betreffend der Revisionspläne festgehalten werden, dass der Revisionsvorschlag des Bundesrates vorsieht, die heute geltende Regel, wonach die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation mind. 50 % des Wertes ausmachen müssen, auf 60 % zu verschärfen.²⁵

56. In der Untersuchung i.S. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse²⁶ ergaben Befragungen der Marktgegenseite, dass eine überwiegende Mehrheit (ca. 80 %) Ebauches nachfragt, welche in der Schweiz produziert werden. Dabei handelt es sich um ein Marketing-Konzept, um dem Swiss Made Label mehr Ausdruck zu verleihen beziehungsweise das Swiss Made Image zu pflegen. Durch die Verwendung ausschliesslich inländischer Komponenten für ein Uhrwerk soll dieses Image geschützt werden, womit über die in der Uhrenverordnung festgehaltenen Minimalstandards hinausgegangen wird.²⁷

57. Das Gesagte gilt gleichermassen auch für mechanische Uhrwerke, deren wichtigste Komponente das Ebauche ist. Die im Rahmen der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp durchgeführte Befragung von Schweizer Uhrenherstellern ergab, dass diese die Swiss Made Kennzeichnung alle als essentiell, fundamental oder enorm wichtig bezeichnen.²⁸

58. Vor dem Hintergrund des Voranstehenden scheint die Bedeutung der Herkunftsbezeichnung Swiss Made demnach für den Verkauf mechanischer Uhren unbestrittenemassen von sehr hoher Wichtigkeit zu sein.

59. Der sachlich relevante Markt ist somit im Lichte der Praxis der WEKO als mechanische Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen abzugrenzen.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

60. 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).

61. In Ihrem Entscheid i.S. ETA SA hat die WEKO festgehalten, dass der räumlich relevante Markt für Ebauches national abzugrenzen ist.²⁹ Die WEKO hielt damals fest, dass die überwiegende Mehrheit der Marktgegenseite in erster Linie aus Marketinggründen Ebauches verwende, welche in der Schweiz hergestellt wurden.

62. Befragungen der Marktgegenseite – durchgeführt im Rahmen der Untersuchung i.S. Swatch Group Lieferstopp – ergaben, dass die Hersteller von Uhrwerken in der Schweiz (auch solche, die nur für den Eigenbedarf herstellen) den Minimalwert von 50 % Wertanteil deutlich überschreiten. Die meisten Hersteller orientieren sich vielmehr gegen 100 % Schweizer Wertanteil. Keiner der befragten Uhrenhersteller gab an, Uhrwerke aus ausländischer Produktion zu beziehen (vgl. dazu auch oben, Rz 54 f.).³⁰ In ihrem Entscheid i.S. Swatch Group Lieferstopp hielt denn die WEKO auch fest, dass die Schweiz

als räumlich relevanter Markt für die Herstellung mechanischer Uhrwerke betrachtet werden kann.³¹

63. Für die vorliegende Untersuchung kann vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis die Schweiz als räumlich relevanter Markt für die Herstellung mechanischer Uhrwerke betrachtet werden. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb auf mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen.

B.3.1.2 Marktstellung

64. Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes gilt es zu prüfen, ob ETA eine marktbeherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt. 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).

65. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittsschranken (potentieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.³² Diese Praxis entspricht auch der Mitteilung der EU-Kommission zur Beurteilung von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.³³ Gemäss dieser Mitteilung sind folgende Faktoren zu prüfen: (1) der Wettbewerbsdruck aufgrund bereits bestehender Lieferungen von vorhandenen Wettbewerbern und deren Marktstellung (Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber); (2) der Wettbewerbsdruck aufgrund der drohenden Expansion bereits vorhandener Wettbewerber oder des drohenden Markteintritts potentieller Wettbewerber (Expansion und Markteintritt); und (3) der Wettbewerbsdruck aufgrund der Verhandlungsstärke der Abnehmer (Nachfragemacht).

²⁴ Vgl. <<https://www.ige.ch/juristische-infos/rechtsgebiete/swissness.html>> (27. Mai 2014) mit detaillierten Informationen zu dem Thema.

²⁵ Vgl. „Swissness“-Vorlage, S. 8674 ff. sowie Art. 48c Abs. 1 Entwurf des neuen Markenschutzgesetzes. Vgl. dazu auch RPW 2014/1, 226 Rz 110 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁶ Vgl. RPW 2005/1, 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

²⁷ Vgl. RPW 2005/1, 132 Rz 49 f., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

²⁸ Vgl. RPW 2014/1, 227 Rz 113, *Swatch Group Lieferstopp*.

²⁹ Vgl. RPW 2005/1, 133 Rz 63 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

³⁰ Vgl. RPW 2014/1, 228 Rz 119, *Swatch Group Lieferstopp*.

³¹ Vgl. RPW 2014/1, 228 Rz 120, *Swatch Group Lieferstopp*.

³² Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 159, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2012/1, 98 Rz 133, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; RPW 2011/1, 123 Rz 180, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2008/3, 395 Rz 106, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2006/4, 640 Rz 91, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; Urteil der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, RPW 2004/3, 882 E. 4.4., *Unique (Flughafen Zürich AG)*.

³³ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 9.2.2009: „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.“ (nachfolgend: Mitteilung zu Art. 82 EGV). Dieselben Kriterien finden sich auch in den Recommended Practices des ICN zu „Dominance/Substantial Market Power Analysis pursuant to Unilateral Conduct Laws“, abrufbar unter: <www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf> (27.05.2014).

66. Die WEKO stellte im Jahre 2013 fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat (vgl. oben, Rz 5). Die entsprechende Verfügung der WEKO³⁴ – und damit auch die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von ETA – ist in Rechtskraft erwachsen. Da sich keine wesentlichen Veränderungen ergeben haben, können die Ergebnisse der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp für die Beurteilung der Marktverhältnisse im vorliegenden Fall übernommen werden. Die nachfolgenden Ausführungen geben diese in summarischer Form wieder.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

67. Die im Rahmen der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp durchgeführte Analyse des aktuellen Wettbewerbs zeigte, dass sich ETA weitgehend unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.³⁵ Es sprechen u.a. folgende Gründe gegen eine disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz von ETA:

- Mit einem Marktanteil von [80-90] % im Markt für mechanische Uhrwerke im Jahr 2010 und einem (geschätzten) Marktanteil von [70-80] % im Jahr 2011 weist ETA sehr hohe Marktanteile auf.³⁶
- Die Anzahl der (echten) Mitbewerber im fraglichen Markt ist sehr gering. Sellita als einzige echte Alternative stellt ebenfalls Uhrwerke in industriellen Mengen in einem ähnlichen Preissegment wie ETA her. Sellita verfügt jedoch über deutlich tiefere Produktionskapazitäten, bietet nur einen kleinen Teil der Produktauswahl von ETA an, tätigt weniger Produktionsschritte intern und ist noch auf Assortiments der Nivarox-FAR S.A. angewiesen.³⁷
- Der Markt für mechanische Uhrwerke weist einen äusserst hohen Konzentrationsgrad auf.³⁸

B.3.1.2.2 Potentieller Wettbewerb

68. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf ETA zu entfalten vermag, wurde in der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp auch der Einfluss des potentiellen Wettbewerbs geprüft.³⁹

69. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.⁴⁰

70. Im Rahmen der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp wurden mögliche Marktzutrittsschranken wie Know-How, Kostenvorteile, Investitionsbedarf und Gewinnaussichten, Beschaffung von Produktionsinputs, Reputation und Switching Costs betrachtet,⁴¹ denn bei der Beurteilung der potentiellen Konkurrenz spielen die Marktzutrittsschranken eine entscheidende Rolle.⁴² Diese sind letztlich entscheidend, ob es zu Marktzutritten kommt oder nicht.

71. Zusammenfassend wurde festgehalten, dass die Markteintrittsbarrieren als hoch, mittel- bis längerfristig jedoch als nicht unüberwindbar einzustufen sind, die industrielle Produktion mechanischer Uhrwerke sehr viel Fachwissen und sehr hohe Investitionen erfordert, gleichzeitig die zukünftigen Profite eines Markteintreters mit diversen Unsicherheiten behaftet sind und höchstens langfristig anfallen.⁴³

72. Im Rahmen der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp wurde eine Analyse vergangener und aktueller Expansionsprojekte durchgeführt, wobei einerseits die Markteintritte der letzten Jahre und andererseits Projekte von Uhrenherstellern, welche damit begonnen haben, Uhrwerke für den Eigengebrauch herzustellen, herangezogen wurden.⁴⁴ Die Analyse zeigte auf, dass allfällige Markteintreter einen Zeithorizont von mindestens sieben bis zehn Jahren bräuchten, bis sie konkurrenzfähige Produkte zu ETA-Uhrwerken anbieten könnten. Auch zeigte sich, dass es kurz- bis mittelfristig keine neuen Anbieter auf dem Markt geben wird, die in puncto Menge, Qualität und Preis mit ETA werden konkurrieren können.⁴⁵ Zusammenfassend wurde festgehalten, dass potentielle Konkurrenz in Form von Expansionsabsichten von bestehenden Anbietern bis zu einem gewissen Grad vorhanden ist und verschiedene Uhrenhersteller die Eigenproduktion forcieren, dies jedoch in den nächsten Jahren nicht ausreicht, um ETA disziplinieren zu können.⁴⁶

B.3.1.2.3 Nachfragemacht

73. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potentiellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern ausgehen. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.⁴⁷

³⁴ Vgl. RPW 2014/1, 215 ff., Swatch Group Lieferstopp.

³⁵ Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 160–175, Swatch Group Lieferstopp.

³⁶ Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 161–165, Swatch Group Lieferstopp. Die Berechnung dieser mengenbasierten Marktanteile erfolgte ohne Berücksichtigung der Produktion für den Eigengebrauch, da Uhrenhersteller, die nur für den Eigengebrauch produzieren, keine Alternative darstellen und nicht in Konkurrenz zu ETA stehen. Der für das Jahr 2011 ausgewiesene Marktanteil basiert auf einer Schätzung.

³⁷ Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 166–169, Swatch Group Lieferstopp.

³⁸ Vgl. RPW 2014/1, 235 Rz 170 f., Swatch Group Lieferstopp.

³⁹ Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 176–211, Swatch Group Lieferstopp.

⁴⁰ Vgl. RPW 2011/1, 96 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2010/1, 119 ff., Preispolitik Swisscom ADSL; RPW 2008/1, 228 Rz 57, TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schnellen Bitstromzugang; RPW 2007/2, 262 Rz 145, Terminierung Mobilfunk; RPW 2007/2, 214 Rz 169, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Dieselben Voraussetzungen finden sich in der Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 33), Rz 16, in der festgehalten wird, der Markteintritt müsse wahrscheinlich, absehbar und ausreichend sein.

⁴¹ Vgl. RPW 2014/1, 236 Rz 176–194, Swatch Group Lieferstopp.

⁴² Vgl. RPW 2008/4, 636 ff. Rz 311 ff., Coop/Carrefour; RPW 2008/1, 175 ff. Rz 381 ff., Migros/Denner.

⁴³ Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 195, Swatch Group Lieferstopp.

⁴⁴ Vgl. RPW 2014/1, 238 Rz 196–208, Swatch Group Lieferstopp.

⁴⁵ Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 209, Swatch Group Lieferstopp.

⁴⁶ Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 211, Swatch Group Lieferstopp.

⁴⁷ Vgl. Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 33), Rz 18.

74. Im Entscheid Swatch Group Lieferstopp wurde dargelegt, dass die Abnehmer von ETA über keine disziplinierende Nachfragemacht verfügen.⁴⁸

B.3.1.2.4 Fazit

75. Wie oben gezeigt, kann sich ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Uhrwerke weitgehend unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Sowohl der aktuelle als auch der potentielle Wettbewerb reichen nicht aus, um ETA zu disziplinieren. Auch die Abnehmer von ETA verfügen über keine disziplinierende Nachfragemacht. ETA verfügt somit über eine marktbeherrschende Stellung. Daran wird sich kurzfristig nichts ändern, mittel- bis langfristig besteht jedoch aufgrund potentieller Konkurrenz die Möglichkeit, dass die marktbeherrschende Stellung von ETA geschwächt werden könnte.⁴⁹

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen?

B.3.2.1 Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG

76. 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen, wobei jedoch die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel auch Sachverhalte erfasst, die im Beispielskatalog nicht erwähnt sind.⁵⁰ Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die von verschiedenen Marktteilnehmern gegen ETA erhobenen Vorwürfe (vgl. oben, Rz 2) resp. die dadurch möglicherweise tangierten Missbrauchstatbestände des Kartellgesetzes.

B.3.2.2 Einleitende Bemerkung

77. Im Laufe der vorliegenden Untersuchung zeigte sich, dass die gegen ETA erhobenen Vorwürfe die Frage betreffen, ob Drittkunden im Vergleich zu Swatch Group-Gesellschaften diskriminiert wurden. Dies, obschon die Vorwürfe der Drittkunden ursprünglich in Richtung Preissmissbrauch hindeuteten. Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich daher auf mögliche Diskriminierungen durch ETA.

B.3.2.3 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)?

78. In Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt – die einseitige Preiserhöhung bzw. die einseitige Änderung der Bezugskonditionen durch ETA – stellt sich die Frage, ob dieses Verhalten als Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

79. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfasst Diskriminierungen jeglicher Art, die mit dem Preis oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang stehen. Der

Begriff „sonstige Geschäftsbedingungen“ ist dabei weit zu verstehen. Erfasst werden Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die bestimmte Dritte im Vergleich zu anderen ohne objektiven Grund benachteiligen.⁵¹ Marktbeherrschende Unternehmen sind somit an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, andererseits aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.⁵² Eine unzulässige Preisdiskriminierung liegt bspw. dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen von seinen Kunden ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise verlangt.⁵³ Die unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern kann als ein Mittel eingesetzt werden, um kleinere Konkurrenten zu behindern. Missbräuchlich ist sie, soweit sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.⁵⁴

B.3.2.4 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)?

80. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bezweckt funktionsfähigen Wettbewerb zu fördern, in dessen Rahmen sich aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage Wettbewerbspreise einstellen sollen. Marktbeherrschende Unternehmen können als Anbieter unangemessen hohe oder als Nachfrager unangemessen tiefe Preise erzwingen. Unangemessen ist ein Preis, der in „keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht“.⁵⁵ Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn diese unbillig oder unverhältnismässig sind oder in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht übermässig binden. Unverhältnismässig sind Geschäftsbedingungen, wenn sie keinem gerechtfertigten Interesse dienen bzw. dazu nicht notwendig sind, weil schonendere Mittel zur Verfügung stehen.

⁴⁸ Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 212–215, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁹ Vgl. RPW 2014/1, 241 Rz 216, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁰ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 25 m.w.H.; BGer, RPW 2003/4, 961 E. 6.5.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros/Commission de la concurrence/Commission de recours pour les questions de concurrence*; RPW 2008/4, 579 Rz 173, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/4, 640 Rz 98, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; EVELYNE CLERC, in: *Droit de la Concurrence, Commentaire romand*, Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Art. 7 LCart N 5; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 4 ff.; BOTSCHAFT 95 (Fn 5), S. 570.

⁵¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 50), Art. 7 KG N 155.

⁵² Vgl. RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern* (m.w. Nw.).

⁵³ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 18.

⁵⁴ Vgl. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 673 f.

⁵⁵ Vgl. RPW 2008/4, 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern* (m.w. Nw.).

81. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Mobilfunkterminierung festgehalten hat, kommt dem Gesichtspunkt des Erzwingens selbständige Bedeutung zu, d.h. ein solches ergibt sich nicht bereits allein aus der marktbeherrschenden Stellung.⁵⁶ Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass die unilateralen Preiserhöhungen von ETA als erzwungen zu betrachten sind, da die Kunden von ETA (i) im untersuchungsrelevanten Zeitraum kaum Ausweichmöglichkeiten hatten und (ii) angesichts der Verteilung der Verhandlungsmacht keine Möglichkeit hatten, sich gegen die Preiserhöhungen zu wehren.

B.3.2.5 Ermittlungshandlungen

82. Im Lichte der von bestimmten Kunden gegen ETA erhobenen Vorwürfe hat das Sekretariat Ermittlungshandlungen vorgenommen, um die Frage zu klären, ob das Verhalten von ETA als missbräuchlich im beschriebenen Sinne zu qualifizieren ist. In den nachfolgenden Ausführungen werden zunächst die Ermittlungshandlungen beschrieben, danach deren wichtigste Erkenntnisse erläutert und schliesslich die Bedeutung der Ermittlungserkenntnisse auf die in Frage stehenden Missbrauchstatbestände dargelegt.

83. Die Ermittlungen konzentrierten sich auf die Preiserhöhung von ETA für mechanische Uhrwerke im Jahr 2009 sowie auf die damit zusammenhängenden Änderungen der Lieferkonditionen (vgl. oben, Rz 1 f.). Die entsprechenden, von ETA an ihre Kunden verschickten, schriftlichen Dokumente wurden den Wettbewerbsbehörden von einigen Kunden eingereicht (vgl. oben, Rz 6).

84. Zur Klärung der gegen ETA erhobenen Vorwürfe (vgl. oben, Rz 2) nahm das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung bzw. des Untersuchungsverfahrens die folgenden Ermittlungshandlungen:

- Es wurden insgesamt mehr als 40 Kunden von ETA mit einem umfangreichen Fragebogen befragt, wobei u.a. Auskünfte zu den Bezügen von mechanischen Uhrwerken bei ETA, der Preiserhöhung von ETA sowie der Eigenproduktion von mechanischen Uhrwerken erfragt wurden. Bei bestimmten Kunden von ETA wurden zusätzliche Informationen eingeholt.
- Es wurden insgesamt gegen 30 Uhrenhändler mit einem umfangreichen Fragebogen befragt, wobei u.a. Auskünfte zu den Uhrensegmenten, den Verkäufen generell und der Bedeutung der Marken von Swatch-Group eingeholt wurden.
- ETA wurde einerseits mit einem umfangreichen Fragebogen befragt, andererseits wurden sowohl Zusatzinformationen als auch Dokumente bei ETA eingeholt.
- Schliesslich wurden von der Fédération de l'industrie horlogère suisse erstellte Exportstatistiken eingeholt.

B.3.2.5.1 Ermittlungserkenntnisse

85. Nachfolgend werden die wesentlichen Erkenntnisse der Ermittlungen wiedergegeben. In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass die im Recht lie-

genden Informationen zu Produkten, Marktverhältnissen und zu den Geschäftsbeziehungen zwischen ETA und ihren Kunden in den Jahren 2009 und 2010 erhoben wurden. Aus Sicht der WEKO reichen diese Informationen für die Beurteilung des in Frage stehenden Sachverhalts aus, sodass nach der Aufhebung der Sistierung der vorliegenden Untersuchung (vgl. oben, Rz 33) auf weitere Ermittlungshandlungen verzichtet wurde. Dies nicht zuletzt auch, weil im Rahmen der Untersuchung in Sachen Swatch Group Lieferstopp umfangreiche Informationen erhoben wurden, auf welche für die Zwecke des vorliegenden Untersuchungsverfahrens abgestellt werden kann. Zudem fokussieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf mögliche Diskriminierungen, die vom Verhalten von ETA ausgehen, da sich im Verlaufe der Untersuchung gezeigt hat, dass sich die Beschwerden der Drittkunden (vgl. oben, Rz 2) auf diesen Aspekt konzentrieren. Die Analyse der im Recht liegenden Informationen und Dokumente zeigt das folgende Bild:

86. In Bezug auf die Liefer- und Zahlungskonditionen belegen die im Recht liegenden Informationen und Dokumente nicht, dass das von ETA angewandte System in missbräuchlicher Weise zu Benachteiligungen bestimmter Kunden führte. Dies, weil die Kontingentierung der Liefermengen sowohl für Drittkunden als auch für Swatch Group-Gesellschaften galt. Das Gesagte gilt auch in Bezug auf Lieferverzögerungen, da aus den im Recht liegenden Informationen und Dokumenten keine Benachteiligung von Drittkunden ersichtlich ist.

87. Was die effektiv zu bezahlenden Bezugspreise für bestellte mechanische Uhrwerke angeht, so kann der Umstand, dass Kunden von ETA die Produktbestellungen bis zu einem Jahr vor dem gewünschten Lieferdatum platzieren mussten, den zu bezahlenden Preis aber erst im Zeitpunkt der Lieferung kannten, nicht überzeugend erklärt werden. Nachvollziehbar ist, dass ETA für die Produktionsplanung eine gewisse Sicherheit braucht, jedoch steht diesem Bedürfnis dasjenige ihrer Kunden gegenüber, die ebenfalls auf Sicherheiten im Bereich der Produktionsplanung angewiesen sind. Dies insbesondere, weil die Kunden von ETA mit ihren Abnehmern Verträge abgeschlossen haben, die in der Regel konkrete Lieferfristen vorsehen. Es konnte indes nicht nachgewiesen werden, dass ETA Drittkunden gegenüber Swatch Group-Gesellschaften diskriminierte.

88. Was die Preiserhöhungen angeht, so steht fest, dass ETA die Preise für mechanische Uhrwerke einseitig per 1. März 2009 um 12 % erhöhte und gleichzeitig ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen anpasste, wobei u.a. die Gewährung des Skontos von 3 % bei Bezahlung innerhalb von zehn Tagen gestrichen wurde (vgl. oben, Rz 1). Fest steht auch, dass die Preiserhöhungen und Konditionenänderungen von ETA nicht nur für Drittkunden, sondern gleichermassen auch für Swatch Group-Gesellschaften zur Anwendung gekommen sind.

⁵⁶ Vgl. BGE 137 II 199 E.4.3.2 (= RPW 2011/3, 445 E.4.3.2), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktionen*.

89. Um zu klären, ob und inwiefern die Preiserhöhungen von ETA die Verkaufspreise ihrer Kunden, die (mechanische) Uhren herstellen, beeinflussen, wurden auch zahlreiche Kunden von ETA befragt (vgl. oben, Rz 14). Die Auswertung der Antworten der befragten Kunden von ETA zeigt ein uneinheitliches Bild. Ein Teil der Kunden gab an, dass die Preiserhöhungen von ETA unausweichlich zu einer Erhöhung ihrer Verkaufspreise führen müssten. Davon wiederum meinte ein Teil der Befragten, dass die Weitergabe von Preiserhöhungen angesichts der (schwierigen) wirtschaftlichen Situation nicht möglich sei. Ein anderer Teil gab an, dass die Preiserhöhungen von ETA keinen Einfluss auf die Verkaufspreise haben werden.

90. Im Rahmen der Untersuchung wurden zudem zahlreiche Uhrenhändler u.a. nach der Bedeutung verschiedener Faktoren (Preis, Marke, Funktionen etc.), die einen Einfluss auf den Kaufentscheid eines Konsumenten haben können, befragt (vgl. oben, Rz 84). Die Auswertung der Antworten der befragten Uhrenhändler zeigt in Bezug auf die Bedeutung des Kaufpreises, das folgende Bild: Die überwiegende Mehrheit gab an, dass der Faktor Preis sehr wichtig für den Kaufentscheid eines Kunden sei. Die Befragung zeigte aber auch, dass mit steigendem Verkaufspreis einer (mechanischen) Uhr der Faktor Preis für den Kaufentscheid eines Konsumenten tendenziell und kontinuierlich abnimmt. Zwar ist der Faktor Preis auch mit zunehmendem Verkaufspreis einer Uhr stets mitentscheidend für den Kaufentscheid eines Konsumenten, doch spielen andere Faktoren wie die Marke oder Funktionen – den befragten Uhrenhändlern zufolge – zunehmend eine entscheidende Rolle.

91. Das Vorstehende zeigt nach Ansicht der WEKO im Wesentlichen Folgendes: Zunächst ist für die WEKO nicht erstellt, dass ETA mit der Preiserhöhung bzw. der Konditionenänderung bestimmte Kunden, namentlich Wettbewerber von Uhrenmarken der Swatch Group, tatsächlich benachteiligte. Weiter zeigen die Ermittlungen nach Ansicht der WEKO, dass die Auswirkungen von potentiellen Verkaufspreiserhöhungen in erster Linie bei mechanischen Uhren mit tieferen Verkaufspreisen spürbar gewesen wären. Für solche Uhren werden jedoch vielfach Quarzwerke verwendet.⁵⁷ Hinzu kommt, dass diejenigen Kunden, welche die Vorwürfe gegen ETA erhoben haben, nur einen (kleineren) Teil der von ihnen produzierten Uhren zu tieferen Preisen verkaufen. Daher ist fraglich, ob und wie stark sich die (allfälligen) Verkaufspreiserhöhungen auf die Absatz- und Margensituation der Kunden von ETA ausgewirkt hätten. Dies umso mehr als nicht erstellt ist, dass es bei den genannten Kunden von ETA überhaupt zu Erhöhungen der Verkaufspreise gekommen ist, die (unmittelbar) auf die Preiserhöhung von ETA zurückzuführen sind.

92. Ausschlaggebend für die WEKO ist in diesem Zusammenhang, dass das diskriminierende Element der Preiserhöhung von ETA gestützt auf die im Recht liegenden Informationen und Dokumente nicht nachgewiesen werden kann. Die Vorwürfe der verschiedenen Marktteilnehmer bestätigten sich durch die Ermittlungen nicht. Es konnte insbesondere nicht nachgewiesen werden, dass Drittkunden durch die Preiserhöhung im Wettbewerb benachteiligt wurden.

93. In Bezug auf die (Un-)Angemessenheit der Preiserhöhung von ETA gilt es zunächst festzuhalten, dass nach Ansicht der WEKO die Rügen der sich beschwerenden Kunden von ETA dahingehend zu interpretieren sind, dass sie einen bestimmten Preis für mechanische Uhrwerke wünschen und dementsprechend jede Preiserhöhung als missbräuchlich empfunden wird. Dem gilt es entgegenzuhalten, dass sich aus Art. 7 KG kein Anspruch auf einen bestimmten Bezugspreis ableiten lässt.

94. Für die Beurteilung der Frage, ob die Preiserhöhungen und die Konditionenänderung seitens ETA missbräuchlich waren, wäre detailliert zu prüfen, ob die Erhöhung um 12 % resp. 15 % sachlich gerechtfertigt werden kann. Darauf kann nach Ansicht der WEKO indes verzichtet werden, da einerseits die Begründung von ETA (vgl. unten Rz 95) nicht offensichtlich unplausibel erscheint und andererseits der Nachweis nicht erbracht werden konnte, dass die Preiserhöhungen und Konditionenänderungen in diskriminierender Weise erfolgte oder von sachfremden Motiven geleitet war (vgl. oben Rz 86 ff.).

95. ETA erklärte die Preiserhöhungen im Wesentlichen mit Kostensteigerungen und nachfragebedingten Zusatzkosten. Neben den Salären, welche ETA zufolge jährlich um durchschnittlich 2.5 % gestiegen seien, seien zusätzliche Ausbildungskosten sowie Personalkosten im Zusammenhang mit Überlastungen, Maschinenausfällen, Qualitätsproblemen etc. hinzugekommen. Schliesslich seien auch die Material- und Energiekosten teilweise stark angestiegen. Garantieleistungen hätten sich erhöht, weil die Produkte zunehmend komplexer und damit anfälliger geworden seien. Zudem sei ein Analyse- und Entwicklungslabor mit acht Personen aufgebaut worden, um technologisch Schritt halten zu können.

96. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass bereits im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen, die zu Beginn der Untersuchung in Sachen Swatch Group Lieferstopp erlassen wurden (vgl. oben, Rz 32), u.a. die Bezugsmengen und -konditionen mittels einvernehmlicher Regelung geregelt wurden. Die verfahrensabschliessende einvernehmliche Regelung legt die Bezugsmengen fest und enthält Bestimmungen zu Bezugsänderungskonditionen bis zum Ende der Lieferverpflichtung von ETA. Obwohl dieser Aspekt mit dem in Frage stehenden Untersuchungsgegenstand nicht direkt zusammenhängt, so kann doch festgehalten werden, dass die Bezüge von mechanischen Uhrwerken bei ETA für Drittkunden im Wesentlichen geregelt sind. Die sich in diesem Verfahren stellenden Fragen sind somit für die Zukunft weitgehend geklärt. Aus diesem Grund wären allfällige Verhaltensanordnungen für ETA heute als obsolet zu betrachten.

97. Die Ausführungen der WEKO in den Randziffern 93 ff. sind nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Preiserhöhung von ETA resp. deren Verkaufspreise grundsätzlich nicht missbräuchlich sind oder sein könnten.

⁵⁷ Vgl. illustrativ die Kataloge einiger Uhrenmarken, die Uhren in praktisch allen Preissegmenten anbieten.

Gesagt ist damit einzig, dass im Rahmen des vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens der Nachweis der Missbräuchlichkeit nicht erbracht werden konnte. Vorbehalten bleibt auf jeden Fall die Überprüfung der Missbräuchlichkeit von Preisen marktmächtiger Unternehmen durch den Preisüberwacher. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass die Beurteilung des Preisüberwachers von derjenigen der WEKO abweichen könnte.

B.3.2.5.2 Schlussfolgerungen

98. Vor diesem Hintergrund stellt die WEKO fest und zieht in Erwägung,

- dass es als nicht erstellt zu betrachten ist, dass die Mengenkottingentierung von ETA unangemessen oder gar missbräuchlich gewesen sein soll. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse ist nicht erstellt, dass ETA Liefermengen beschränkte, um dadurch bestimmte Drittkunden zu benachteiligen;
- dass die Ermittlungen im vorliegenden Untersuchungsverfahren die zu Verfahrensbeginn vorhandenen Anhaltspunkte für das Vorliegen von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder c KG nicht erhärtet haben. Dies in erster Linie, weil die Preiserhöhung und die Konditionenänderung für sämtliche Kunden von ETA gleichermassen Geltung hatten und damit ETA nicht bestimmte Kunden benachteiligte oder bevorzugt behandelte;
- dass bezüglich des Verhaltens von ETA weder nachgewiesen werden konnte, dass Drittkunden von ETA einen Wettbewerbsnachteil erlitten, noch konnten sachfremde und ungerechtfertigte Bevorzugungen bestimmter Kunden zu Tage gefördert werden. Hinzu kommt, dass sich aus Art. 7 KG kein Anspruch auf einen bestimmten Bezugspreis ableiten lässt;
- dass im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Jahre 2011 bzw. mit dem Abschluss der Untersuchung in Sachen Swatch Group Lieferstopp im Jahre 2013 die Lieferungen von mechanischen Uhrwerken wie auch die Bezugspreise und –konditionen mittels einvernehmlicher Regelung bis zum 31. Dezember 2019 (nach diesem Zeitpunkt besteht für ETA keine Lieferverpflichtung für mechanische Uhrwerke mehr) – unter dem Vorbehalt, dass bei einer anderen Entwicklung als der vorgesehenen der WEKO gemäss Art. 30 Abs. 3 KG das Recht zusteht, die einvernehmliche Regelung abzuändern – abschliessend geregelt wurden und diese Verfügung zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen ist. Eine grosse Anzahl Kunden von ETA hatte die Möglichkeit, sich zum Phasing-Out für mechanische Uhrwerke zu äussern und
- dass die Gesamtbetrachtung des Vorstehenden zum Ergebnis führt, dass sich keiner der Anhaltspunkte, die zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung geführt haben, erhärtete und dass bei diesem Ausgang die vorliegende Untersuchung einzustellen ist.

99. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Swiss Made Uhrwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die Untersuchung hat die zu Verfahrensbeginn bestehenden Anhaltspunkte für das Vorliegen missbräuchlichen Verhaltens von ETA im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder c KG nicht erhärtet. Es konnte nicht nachgewiesen werden, dass das Verhalten von ETA im untersuchungsrelevanten Zeitraum von sachfremden Motiven geleitet war, um Drittkunden im Wettbewerb zu benachteiligen. Mit der rechtskräftigen einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Swatch Group⁵⁸ wurden die sich in diesem Verfahren stellenden Fragen weitgehend geklärt. Aus den genannten Gründen stellt die WEKO die vorliegende Untersuchung ein.

C Kosten

100. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

101. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.

102. Von einem Unterziehen ist auszugehen, wenn eine Unternehmung dem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon ihr Verhalten entsprechend anpasst. Gleiches gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgegeben haben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁵⁹

103. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁶⁰

104. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der Verhaltensweise von ETA eröffnet. ETA hat das Verfahren folglich verursacht. Wie in den vorstehenden Erwägungen dargelegt wurde (vgl. oben, Rz 85 ff.), erhärteten sich die Anhaltspunkte, aufgrund derer die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, nicht. Bei diesem Ausgang des Verfahrens entfällt die Gebührenpflicht für ETA, die entstandenen Verfahrenskosten gehen zu Lasten der Staatskasse.

⁵⁸ RPW 2014/1, 215 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁹ Zum Ganzen BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a N 8 m.w.H.

⁶⁰ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

D Dispositiv

[Rechtsmittelbelehrung]

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, in Grenchen, vertreten durch [...].

B 2.2

4. Jura

Verfügung vom 30. Juni 2014 in Sachen Untersuchung 22-0416 gemäss Art. 27 KG betreffend Jura wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG gegen Jura Elektroapparate AG, in Niederbuchsiten vertreten durch [...]

A. Verfahren**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die Jura Elektroapparate AG (nachfolgend: Jura) mit Sitz in Niederbuchsiten. Jura ist die Muttergesellschaft der Jura-Gruppe, die weltweit in rund 50 Ländern mit eigenen Vertriebsgesellschaften, Joint Ventures oder Distributo-

ren vertreten ist. [...] Jura hat sich im Laufe ihres Bestehens auf die Entwicklung und den Vertrieb von Kaffeemaschinen spezialisiert.¹ Es handelt sich dabei um Espresso-/Kaffeefullautomaten, wobei zwischen einer Produkte-Linie für den Heimgebrauch (nachfolgend: Haushalt) und einer für professionelle Kunden (nachfolgend: Professional) unterschieden wird.² [...] Sofern es nachfolgend nicht anders vermerkt wird, beziehen sich die Ausführungen auf den Vertrieb von Kaffeemaschinen in den Bereichen Haushalt und Professional. Gemäss den Angaben des Unternehmens selbst ist Jura heute ein stark exportorientiertes Unternehmen. Jura erzielte in den letzten drei Geschäftsjahren die folgenden Umsätze mit Kunden in der Schweiz:

Tabelle 1: Umsätze Jura 2010 bis 2012 in der Schweiz in CHF.

Jahr	Umsatz in CHF
2010	[...]
2011	[...]
2012	[...]

Quelle: Angaben von Jura.

2. Grund für die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung waren Anhaltspunkte dafür, dass Jura auf Kaffeemaschinen, welche aus dem umliegenden Ausland in die Schweiz importiert worden waren, oder solchen, die bei bestimmten Online-Händlern gekauft worden waren, keine Garantieleistungen erbrachte. Darüber hinaus lagen Anhaltspunkte dafür vor, dass Kaffeemaschinen von Jura nicht ohne Weiteres online verkauft werden durften. Und schliesslich gab es Hinweise darauf, dass Jura auf die Wiederverkaufspreise der Händler Einfluss nahm.

3. Mit der Untersuchung wurde daher geprüft, ob Jura mit ihren Vertriebspartnern unzulässige Abreden über Gebietszuweisungen, Mindest- oder Festpreise und die Behinderung des Online-Handels im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG³ getroffen hat.

A.2 Prozessgeschichte

4. Die vorliegende Untersuchung wurde am 27. Oktober 2011 eröffnet. Dies nachdem beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Zusammenhang mit der Frankenstärke mehrere Meldungen eingegangen waren, wonach sich ein Import von Jura-Kaffeemaschinen lohnen würde, Jura diesen allerdings erschwere. Beispielsweise meldete ein Händler, dass Jura auf importierten Kaffeemaschinen keine Garantieleistungen erbringe. Weiter wurde von Konsumenten gemeldet, dass Jura bei Kaffeemaschinen, die im Internet bzw. bei einem nicht autorisierten Händler gekauft worden waren, die Garantie nicht übernehme. Ein

anderer Händler meldete, dass Jura die Zusammenarbeit mit der Begründung verweigere, man wolle keine Online-Shops und ihm gleichzeitig verbiete, mit original Jura-Bildmaterial für importierte Kaffeemaschinen zu werben. Weil das Sekretariat bereits vor diesen Meldungen immer wieder ähnliche Beschwerden über das Verhalten von Jura erhalten hatte,⁴ wurde auf eine Vorabklärung verzichtet und direkt eine Untersuchung eröffnet.

5. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 orientierte das Sekretariat Jura über die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung und bat die Vertreter des Unternehmens, zu den vorgenannten Vorwürfen (vgl. oben, Rz 4) Stellung zu beziehen sowie dem Sekretariat Kopien der Verträge mit ihren schweizerischen und europäischen Vertriebspartnern zukommen zu lassen. Jura reichte die entsprechende Stellungnahme und die Vertragskopien

¹ Die Geräte werden von einer (unabhängigen) Schweizer Produzentin hergestellt, deren Produktionsstätten im In- und teilweise auch im Ausland sind.

² Informationen gemäss Jura-Website, abrufbar unter <www.jura.com> (30.04.2014).

³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴ Marktbeobachtung 242-0005: Jura-Garantieabweisung bei Importprodukten (ab Dezember 2010), Marktbeobachtung 21-0311: Jura-Internethandel Kaffeemaschinen (ab September 2009), Vorabklärung 21-0185: Jura-Preislisten (2004), Vorabklärung 32-0148: Jura-Kaffeefullautomaten (2002).

am 1. Dezember 2011 ein. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung am 29. November 2011 mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt. Am 21. März 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Parteigespräch mit Vertretern von Jura statt.

6. Im Frühling 2012 befragte das Sekretariat Auskunftspersonen. Am 13. März 2012 befragte das Sekretariat den CEO und ein Mitglied der Geschäftsleitung einer Herstellerin von Kaffeemaschinen. Die Konkurrenten⁵ von Jura wurden am 22. März 2012 mittels Fragebogen befragt. Die entsprechenden Antworten gingen in der Folge beim Sekretariat ein.⁶ Mit Fragebogen vom 4. April 2012 befragte das Sekretariat über 100 Fachhändler zur Jura-Garantiepolitik. Bis am 2. Juli 2012 retournierten 100 Fachhändler die entsprechend ausgefüllten Fragebögen.

7. Im Juni 2012 führte das Sekretariat Zeugeneinvernahmen durch. Am 13. Juni 2012 wurden der Produktmanager der Media Saturn Management AG (nachfolgend: Media Saturn) und am 21. Juni 2012 ein Mitglied der Geschäftsleitung der Schubiger-Gruppe (nachfolgend: Schubiger) als Zeugen einvernommen.

8. Am 26. Juni 2012 führte das Sekretariat in den Räumlichkeiten von Jura in Niederbuchsiten eine Hausdurchsuchung gemäss Art. 42 Abs. 2 KG durch, anlässlich welcher physische und elektronische Daten beschlagnahmt wurden. Ein Auszug aus den beschlagnahmten Daten befindet sich in den Akten. Einen Tag nach der Hausdurchsuchung befragte das Sekretariat die Leiterin des Rechtsdienstes und den Vertriebsleiter von Jura im Rahmen von Parteieinvernahmen. Am 2. Juli 2012 wurden ein für die Vertriebssteuerung von Jura verantwortlicher Mitarbeiter und ein Aussendienstmitarbeiter von Jura im Rahmen von Zeugeneinvernahmen befragt. Am darauf folgenden Tag wurde ein Regionalverkaufsleiter von Jura als Zeuge einvernommen.

9. Am 3., 4. und 6. Juli 2012 räumte das Sekretariat Jura Gelegenheit ein, von den anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen in den Räumlichkeiten des Sekretariats Kopien anzufertigen. Mit Schreiben vom 30. Juli 2012 informierte das Sekretariat Jura, dass am 6. August 2012 mit der Sichtung der elektronischen Daten, welche anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden waren, begonnen würde, und bot Jura an, der elektronischen Sichtung beizuwohnen. Jura machte von diesem Angebot Gebrauch.

10. Am 7. August 2012 stellte das Sekretariat Jura Kopien der elektronischen Daten, welche anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmt worden waren, zu. Am 22. März 2013 stellte es Jura einen USB-Stick mit allen während der Sichtung der elektronischen Daten bis zum 18. Januar 2013 als *Bookmarks* qualifizierten Dokumenten zu und räumte den Vertretern von Jura Gelegenheit ein, zu den *Bookmarks* Stellung zu nehmen. Jura reichte die entsprechende Stellungnahme am 22. Mai 2013 ein.

11. Am 8. November 2012 und am 13. August 2013 stellte das Sekretariat dem Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (nachfolgend: FEA) ein Auskunftsbegehren zu. FEA reichte die Ant-

worten am 22. November 2012 und am 15. August 2013 mitsamt den gewünschten Beilagen ein.

12. Am 21. Dezember 2012 gewährte das Sekretariat Jura Akteneinsicht. Die Akteneinsicht betraf die Akten bis zum Datum der Hausdurchsuchung vom 26. Juni 2012.

13. Am 5. Februar 2013 und am 13. August 2013 befragte das Sekretariat das Eidgenössische Starkstrominspektorat (nachfolgend: ESTI) zu den gesetzlichen Regelungen im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen bzw. Importieren von Kaffeemaschinen mit Schutzkontaktsteckern, wie sie vor allem in Deutschland verwendet werden. Die entsprechende Stellungnahme des ESTI ging am 4. September 2013 ein.

14. Am 28. Mai 2013 konfrontierte das Sekretariat den Vertriebsleiter von Jura im Rahmen einer Parteieinvernahme mit Beweismitteln, die anlässlich der Hausdurchsuchung bei Jura beschlagnahmt worden waren. Die Parteieinvernahme wurde am 11. Juni 2013 fortgesetzt.

15. Am 9. September 2013 reichte die Rechtsvertreterin von Jura eine Stellungnahme zum Untersuchungsverfahren ein. Am 11. September 2013 informierte das Sekretariat Vertreterinnen von Jura in den Räumlichkeiten des Sekretariats über den aktuellen Verfahrensstand und das weitere Vorgehen. Am 18. September 2013 gewährte das Sekretariat Jura erneut Akteneinsicht (vgl. oben, Rz 12). Es stellte der Rechtsvertreterin von Jura sämtliche Dokumente, die seit Verfahrenseröffnung zu den Akten genommen worden waren, elektronisch zur Verfügung. Am 23. September 2013 reichte das Sekretariat das entsprechende Aktenverzeichnis elektronisch nach.

16. Am 24. September 2013 stellte das Sekretariat den [...] wichtigsten Kunden von Jura, [...],⁷ und [...] weiteren Händlern, die dem Sekretariat Informationen geliefert hatten, einen Fragebogen mit Fokus Preispolitik von Jura zu, nachdem diese bereits einen Fragebogen mit Fokus Garantiepolitik von Jura beantwortet hatten (vgl. oben, Rz 6). Bis am 29. November 2013 retournierten sämtliche befragten Händler den ausgefüllten Fragebogen. Am 26. September 2013 stellte das Sekretariat Jura einen Fragebogen zu. Jura beantwortete den Fragebogen am 28. November 2013. In der Folge stellte das Sekretariat Jura und diversen Jura-Händlern verschiedene Nachfragen zu ihren Antworten.

17. Am 7. Januar 2014 gewährte das Sekretariat Jura erneut Akteneinsicht (vgl. oben, Rz 12, 15) und stellte dem Unternehmen sämtliche Akten zu, die seit der Akteneinsicht vom 18. September 2013 hinzugekommen waren.

⁵ BSH Hausgeräte AG, Cecchetto Import AG, Electrolux AG, Gaggia AG, Groupe SEB Schweiz GmbH, Kenwood Swiss AG, MAGIMIX, Melitta GmbH, Miele AG, Nestlé SA, Philips AG, Rotel AG, Solis AG, Trisa Electronics AG.

⁶ BSH Hausgeräte AG, Cecchetto Import AG, Electrolux AG, Gaggia AG, Groupe SEB Schweiz GmbH, Kenwood Swiss AG, Melitta GmbH, Miele AG, Nestlé SA, Philips AG, Rotel AG, Solis AG, Trisa Electronics AG.

⁷ [...].

18. Am 11. März 2014 informierte das Sekretariat Jura über die vorläufigen Ergebnisse der Untersuchung und das weitere Vorgehen und schlug vor, in Bezug auf die möglicherweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Abrede über den Verzicht auf Online-Handel eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen. Mit Schreiben vom 18. März 2014 erklärte sich Jura mit dem Vorschlag des Sekretariats einverstanden.

19. Am 2. April 2014 liess das Sekretariat Jura die Rahmenbedingungen für die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung sowie einen ersten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung zukommen. In der Folge konnten sich das Sekretariat und Jura auf eine einvernehmliche Regelung einigen und unterzeichneten diese am 29. April 2014 bzw. am 6. Mai 2014.

20. Mit Schreiben vom 21. Mai 2014 stellte das Sekretariat Jura den vorliegenden Antrag zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zu und gewährte dem Unternehmen Einsicht in jene Akten, die seit der letzten Akteneinsicht vom 7. Januar 2014 hinzugekommen waren. Jura reichte ihre Stellungnahme am 28. Juni 2014 beim Sekretariat ein.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

21. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

22. Vorliegend richtet sich die Untersuchung gegen Jura als Hauptsitz bzw. Muttergesellschaft der Jura-Gruppe (vgl. oben, Rz 1). Wie erwähnt, entwickelt und vertreibt Jura Kaffeemaschinen (vgl. oben, Rz 1). Damit ist erstellt, dass Jura Güter und Dienstleistungen anbietet und als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

23. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

24. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert (vgl. unten, Rz 27 ff.).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

26. 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 Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG

27. 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).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

28. 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).⁸

29. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen (vgl. unten, B.3.1.1.) und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. unten, B.3.1.2).

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

30. Nachfolgend wird untersucht, ob Jura im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mit ihren Vertriebspartnern eine Preisabrede (vgl. unten, B.3.1.1.1), eine Gebietsabrede (vgl. unten, B.3.1.1.2) und eine Abrede über den Verzicht auf Onlinehandel (vgl. unten, B.3.1.1.3) getroffen hat.

31. Am eindeutigsten ist der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.⁹ Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist jedoch nicht notwendig. Vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,¹⁰ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.¹¹ Entscheidend ist allein, dass zwei oder

⁸ Vgl. auch Ziff. 1 und 8 der Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁹ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

¹⁰ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe* Bern; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.¹²

B.3.1.1.1 Preisabrede

32. Eine Preisabrede zwischen Jura und ihren Vertriebspartnern würde voraussetzen, dass es zwischen Jura und ihren Vertriebspartnern zu einem bewussten und gewollten Zusammenwirken im Hinblick auf die Wiederverkaufspreise gekommen ist. Daher wird nachfolgend geprüft, ob in der Vergangenheit eine derartige Kooperation stattgefunden hat.

Vertriebssystem von Jura

33. Jura vertreibt ihre Kaffeemaschinen im Bereich Haushalt in der Schweiz seit mehr als zehn Jahren im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems.¹³ Nach Angaben von Jura müssen die Vertriebspartner von Jura einen Minimalstandard [...] erfüllen, damit sie beliefert werden. [...] ¹⁴ [...].

Bonus für Werbeaktivitäten von [Vertriebspartnern]

34. Jura hat mit [einzelnen] Fachhändlern in der Vergangenheit eine [Vereinbarung] abgeschlossen, welche einen Bonus für Werbeaktivitäten enthielt, der gemäss Wortlaut der [Vereinbarung] nur dann zur Ausschüttung gelangte, wenn die Werbeaktivitäten für Kaffeemaschinen¹⁵ vorgängig mit dem zuständigen Aussendienst-Mitarbeitenden abgesprochen wurden und Jura in jedem Fall ein „Gut zum Druck“ erhielt.

Versuchte Einflussnahme auf (Werbe-)preise von [Vertriebspartnern]

35. Aus anlässlich der Hausdurchsuchung bei Jura beschlagnahmten Dokumenten geht hervor, dass Jura im Zusammenhang mit der Einsendung des „Gut zum Druck“ teilweise über geplante Werbepreise der [Vertriebspartner] (vgl. oben, Rz 33) informiert wurde. Zudem geht aus den beschlagnahmten Dokumenten hervor, dass Jura in den Jahren 2005 bis 2011 teilweise versucht hat, auf die Wiederverkaufspreise von [Vertriebspartnern] Einfluss zu nehmen. Dies wurde im Rahmen der Befragung von Jura-Händlern (vgl. oben, Rz 6 und 16) insgesamt von vier [Vertriebspartnern], wobei drei zur gleichen Gruppe gehören, bestätigt.

Keine Beweise für eine Kooperation bzw. dafür, dass sich [Vertriebspartner] an Preisvorgaben gehalten haben

36. Im Unterschied zu anderen Fällen, in welchen sich eine Kooperation im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens nachweisen liess,¹⁶ liegen vorliegend keine derartigen Anhaltspunkte vor. Es gibt zwar Hinweise, dass Jura versucht hat, auf die Wiederverkaufspreise Einfluss zu nehmen, aber es fehlen Anhaltspunkte, dass die Vertriebspartner von Jura ihr Preissetzungsverhalten an die Vorstellungen von Jura angepasst haben. Im Gegenteil, aus den beschlagnahmten Dokumenten und der Befragung der Händler wird ersichtlich, dass die [Vertriebspartner] ihre Preise an jene der Konkurrenz anpassen mussten und Preise gesetzt haben, die nicht den Vorstellungen von Jura entsprachen. Insbesondere haben jene [Vertriebspartner], welche Versuche der Einflussnahme von Jura auf ihre Wiederver-

kaufspreise geltend machten (vgl. oben, Rz 35), dargelegt, dass sie ihre Verkaufspreise unabhängig von allfälligen Vorgaben von Jura autonom festgelegt haben. Diese Angaben decken sich mit den Ermittlungen des Sekretariats, welche keine Beweise dafür ergeben haben, dass sich Händler von Jura-Kaffeemaschinen an allfällige Preisvorgaben von Jura gehalten haben. Für den Fall, dass sich belegen liesse, dass auch nur einzelne Vertriebspartner ihr Preissetzungsverhalten an die Vorstellungen von Jura angepasst hätten, sei dies auch nur durch ein aufeinander abgestimmtes Verhalten (vgl. oben, Rz 31), so würde dies für den Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausreichen.

Anpassung der [Vereinbarung] und Abstandserklärung in Bezug auf die Einflussnahme auf Wiederverkaufspreise

37. In einer Stellungnahme vom 1. Dezember 2010 schrieb Jura, die in der Schweiz geltenden Verträge würden per Ende 2011 auslaufen. Die Vereinbarung über [...] Werbeaktivitäten in der [Vereinbarung] sei dahingehend abzuändern, als die [Vertriebspartner] Jura das „Gut zum Druck“ für die geplante Werbung ohne Nennung des tatsächlichen oder geplanten Verkaufspreises zustellen müssten. Jura hat die [Vereinbarung] inzwischen dementsprechend angepasst. Darüber hinaus hat Jura beim Sekretariat eine Abstandserklärung eingereicht, in der sich Jura ausdrücklich von Einflussnahmen auf die Wiederverkaufspreise ihrer Vertriebspartner im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG distanziert.

Fazit

38. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass nicht nachgewiesen ist, dass zwischen Jura und ihren Vertriebspartnern in Bezug auf deren Wiederverkaufspreise ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorlag. Folglich gelingt der Nachweis einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht. Daher ist die Untersuchung in Bezug auf eine möglicherweise unzulässige Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG einzustellen.

B.3.1.1.2 Gebietsabrede

Beschränkung von Garantieleistungen durch Jura

39. Aufgrund der Anzeige einer Parallelimporteurin, die keine Vertriebspartnerin von Jura ist, bestanden Hinweise, dass Jura Massnahmen gegen Parallelimporte von

¹² Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.2, *Gaba International AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.4, *Gebro Pharma GmbH/WEKO*.

¹³ Zur Unterscheidung der Bereiche Haushalt und Professional vgl. oben, Rz 1.

¹⁴ Die [Vereinbarung] wurde im Jahr 2004 eingeführt.

¹⁵ Die [Vereinbarung] gilt nur für den Vertrieb von Kaffeemaschinen im Bereich Haushalt.

¹⁶ In Sachen Nikon bestanden schriftliche Vereinbarungen über den Verzicht auf Parallelimporte, vgl. Verfügung *Nikon* vom 28. November 2011, Rz 94 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (30.04.2014); in Sachen *Altimum* lagen schriftliche Beweise für eine mündliche Vereinbarung über die Preissetzung vor, vgl. Verfügung *Altimum SA* vom 20. August 2012, Rz 115 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (30.04.2014).

Jura-Kaffeemaschinen ergriffen hat. Die Parallelimporteurin machte u.a. geltend, Jura habe auf parallelimportierten Jura-Kaffeemaschinen Serviceleistungen verweigert. In der im Anschluss an diese Anzeige durchgeführten Befragung von über 100 Fachhändlern mit Fokus Jura-Garantiepolitik (vgl. oben, Rz 6) gaben verschiedene Händler an, gegen den Parallelimport von Jura-Kaffeemaschinen würde u.a. sprechen, dass Jura auf parallel importierten Geräten offenbar keine Garantie übernehme.

Rechtslage in der Schweiz und in der Europäischen Union

40. Weil sich die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalabreden in der Schweiz stark an die Beurteilung derartiger Abreden in der Europäischen Union (nachfolgend: EU) anlehnt, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (nachfolgend: EuGH) auch in der Schweiz zu berücksichtigen.¹⁷

41. Gemäss Rechtsprechung des EuGH ist im selektiven Vertrieb eine Beschränkung von Garantieleistungen auf Erzeugnisse, die von zugelassenen Vertragshändlern verkauft werden, mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar.¹⁸ Dies mit der Begründung, dass sich eine derartige Beschränkung der Garantie gleich auswirke wie die Beschränkung des Vertriebs auf zugelassene Händler. Es handle sich in beiden Fällen um „ein Mittel für den Hersteller, um zu verhindern, dass Systemfremde vertriebsgebundene Waren in den Handel bringen.“¹⁹

42. Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich nicht als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG zu werten, wenn ein Hersteller seine Garantieleistungen auf Erzeugnisse beschränkt, die bei Händlern bezogen wurden, welche zum selektiven Vertrieb zugelassen wurden.

Selektives Vertriebssystem von Jura

43. Vorliegend ist aktenkundig, dass Jura in den EU-Ländern Deutschland, Österreich und Holland per Mai 2002 ein selektives Vertriebssystem eingeführt hat. Gemäss den bei Jura beschlagnahmten Dokumenten handelt es sich um eine sog. „Vertriebsbindung“, unter welcher autorisierte Händler nur an ebenfalls autorisierte Händler liefern dürfen. In der Schweiz verfügt Jura seit mehr als zehn Jahren über ein selektives Vertriebssystem (vgl. oben, Rz 33). Es bestehen zur Zeit keine Hinweise dafür, dass Jura das selektive Vertriebssystem missbraucht (hat), um Garantieleistungen zu beschränken oder andere Wettbewerbsbeschränkungen vornehmen zu können.

Jura verweigert Garantieleistungen auf Kaffeemaschinen, die bei nicht autorisierten Händlern bezogen wurden

44. Die Ermittlungen des Sekretariats haben gezeigt, dass Jura Garantieleistungen jeweils dann verweigerte, wenn die Kaffeemaschine bei einem (im Ausland) nicht autorisierten Händler bezogen worden war. Folglich verstösst die von Jura praktizierte Beschränkung der Garantieleistungen nicht gegen Art. 5 Abs. 4 KG. Für den Fall, dass sich nachweisen liesse, dass Jura das selektive Vertriebssystem missbraucht (hat), um Garantieleistungen zu beschränken, wäre das selektive Vertriebssystem nach Art. 5 KG zu prüfen. Würde die WE-

KO in einem solchen Fall zum Ergebnis kommen, dass das selektive Vertriebssystem eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hätte dies zur Folge, dass die Beschränkung der Garantieleistungen auf Kaffeemaschinen, welche bei zugelassenen Händlern bezogen wurden, und ein damit verbundener Verzicht der Vertriebspartner auf Parallelimporte nach Art. 5 Abs. 4 KG zu prüfen wären.

Fazit

45. Aus den dargelegten Gründen lässt sich die von Jura praktizierte Beschränkung von Garantieleistungen nicht als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG werten. Folglich kann die Untersuchung in Bezug auf eine möglicherweise unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG eingestellt werden. Daher braucht die Frage, ob ein mit der Beschränkung von Garantieleistungen verbundener Verzicht der Vertriebspartner von Jura auf Parallelimporte als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, nicht abschliessend geklärt zu werden.

B.3.1.1.3 Abrede über den Verzicht auf Online-Handel

Jura erlaubt Online-Handel erst seit 2013

46. Jura erlaubt ihren Vertriebspartnern den Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen erst seit dem Jahr 2013. In der Einleitung zur [Vereinbarung] mit den [Vertriebspartnern] stand vor dem Jahr 2013 Folgendes:

„Jura empfiehlt den Vertrieb übers Internet nicht weil Transportschäden und durch die fehlende Beratung Missverständnisse zu erwarten sind und damit dem Endkonsumenten gegenüber eine unzureichende Leistung erbracht wird“

Vertriebspartner haben sich dazu verpflichtet, auf Online-Handel zu verzichten

47. Aus verschiedenen bei Jura beschlagnahmten Dokumenten sowie aus Fragebogenantworten von Jura-Händlern geht hervor, dass sich Vertriebspartner von Jura gegenüber Jura dazu verpflichtet haben, keine Jura-Kaffeemaschinen übers Internet zu verkaufen, und Jura interveniert hat, wenn dies trotzdem geschah bzw. die Online-Shops der Vertriebspartner nicht beliefert hat.

48. Namentlich liegen Beweise dafür vor, dass Jura die [...] teilweise erfolgreich zum Verzicht auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen angehalten hat, den Online-Shop [...] nicht beliefert hat und nicht mit der Online-Händlerin [...] zusammenarbeiten wollte.

Fazit

49. Die vorgenannten Vertriebspartner von Jura haben im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens mit Jura auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen verzichtet.

¹⁷ VertBek (Fn 8), Erw. VI.

¹⁸ Urteil des EuGH vom 13. Januar 1994 C-376/92 *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15, Rz 32 f.

¹⁹ *Metro/Cartier* (Fn 18), Rz 32.

B.3.1.1.4 Zwischenergebnis

50. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Jura und ihren Vertriebspartnern konnte nur im Hinblick auf einen Verzicht auf Online-Handel nachgewiesen werden. Daher beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf eine mögliche Abrede über den Verzicht auf Online-Handel.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

51. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“ (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.²⁰ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.²¹

52. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.²² Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung bzw. Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²³

53. Aus bei Jura beschlagnahmten Dokumenten geht hervor, dass Jura den Online-Handel vor dem Jahr 2013 einschränkte, weil dieser die Preise unter Druck brachte. Folglich hat Jura eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt.

54. Wie die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) in der rechtskräftigen Verfügung *Behinderung des Online-Handels*²⁴ ausführlich dargelegt hat, ist ein generelles Verbot von Internetverkäufen von Haushaltsgeräten *objektiv geeignet*, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken, zumal damit das Preisniveau nachhaltig beeinträchtigt werden kann.²⁵ Unter der Annahme, dass der seit 2013 erlaubte Online-Handel die Preise von Jura-Kaffeemaschinen effektiv unter Druck bringt, wofür zur Zeit Anhaltspunkte bestehen, war die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel *objektiv geeignet*, den Wettbewerbsparameter Preis zu beeinträchtigen und damit eine Wettbewerbsbeschränkung zu *bewirken*. Ob sie effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkte, wäre im Rahmen der Auswirkungen der Abrede zu prüfen. Vorliegend kann allerdings aus folgenden Gründen auf eine abschliessende Beurteilung der Auswirkungen verzichtet werden (vgl. unten, Rz 64): Wie sich nachfolgend zeigen wird, ist kein sanktionierbarer Tatbestand erfüllt (vgl. unten, Rz 60 ff.) und hat sich Jura im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung dazu verpflichtet, ihren Vertriebspartnern den Verkauf über das Internet grundsätzlich zu gestatten (vgl. unten, Rz 72).

Fazit

55. Zwischen Jura und den vorgenannten Vertriebspartnern (vgl. oben, Rz 47 f.) lag vor dem Jahr 2013 eine Wettbewerbsabrede über den Verzicht auf Online-

Handel mit Jura-Kaffeemaschinen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte und objektiv geeignet war eine solche zu bewirken.

B.3.1.3 Vertikale Abrede

56. 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.²⁶

57. Vorliegend handelt es sich um eine Abrede zwischen Jura als Herstellerin von Kaffeemaschinen und ihren Vertriebspartnern in der Schweiz und damit um eine vertikale Abrede.

B.3.1.4 Keine Untersuchungseröffnung gegenüber Abredepartnern

58. Auf eine Untersuchungseröffnung gegenüber den Abredepartnern von Jura wurde verzichtet, weil die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel auf Initiative von Jura hin getroffen worden war und im Interesse von Jura, nicht aber in jenem der genannten Vertriebspartner von Jura (vgl. oben, Rz 48) war. Aus dem Beweismaterial wird ersichtlich, dass Jura von den Händlern einen Verzicht auf Online-Handel verlangt hat und jene Händler, die am Online-Handel von Jura-Kaffeemaschinen interessiert waren bzw. diese online angeboten haben, davon abgemahnt hat (vgl. oben, Rz 47 ff.). Vor dem Hintergrund, dass die WEKO bei derartigen Interessensasymmetrien auch in der Vergangenheit bereits die Untersuchung nur gegenüber der Herstellerin eröffnet hat,²⁷ wurde die vorliegende Untersuchung nur gegenüber Jura eröffnet.

B.3.1.5 Zwischenergebnis

59. Zwischen Jura und einzelnen Vertriebspartnern lag vor dem Jahr 2013 eine vertikale Wettbewerbsabrede über den Verzicht auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Nachfolgend wird untersucht, ob es sich bei der Abrede über den Verzicht auf Online-Handel um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG handelte.

B.3.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG

60. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen

²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

²¹ BSK KG-Nydegger/Nadig (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 63.

²² BSK KG-Nydegger/Nadig (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

²³ BSK KG-Nydegger/Nadig (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 71.

²⁴ RPW 2011/3, 372, *Behinderung des Online-Handels*.

²⁵ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 379 Rz 55-63.

²⁶ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 139.

²⁷ Vgl. Verfügung Nikon vom 28. November 2011, Rz 347 (Entscheidung noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (30.04.2014); RPW 2012/3, 551 Rz 108 ff., *BMW* (Entscheidung noch nicht rechtskräftig); RPW 2014/1, 184 Rz 150, *Kosmetikprodukte (Dermalogica)*.

über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner abgeschlossen werden.

61. Die WEKO hat sich in der rechtskräftigen Verfügung *Behinderung des Online-Handels* mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Umständen ein Verbot bzw. die Behinderung von Internetverkäufen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beurteilt werden kann.²⁸ Die WEKO hat festgehalten, dass es fraglich sei, ob ein Verbot von Internetverkäufen bzw. die Beschränkung derselben für sich genommen als Preisbindung zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG qualifiziert werden könne. Die Einführung eines Verbots von Internetverkäufen liesse sich indes als Korrektiv für das (unerwünschte) Preissetzungsverhalten gewisser Wiederverkäufer einstufen. Die WEKO hielt fest, ein Verbot von Internetverkäufen bzw. Beschränkungen derselben seien, solange sie nicht von weiteren, qualifizierenden Umständen begleitet würden, nicht ohne weiteres als Preisbindungen zweiter Hand zu betrachten. Eine Preisbindung zweiter Hand könne aber beispielsweise dann vorliegen, wenn a) neben einem Verbot von Internetverkäufen eine Koppelung an Preisempfehlungen oder an Vereinbarungen vorhanden sei, welche die Rabattpolitik der Wiederverkäufer beeinflusse oder b) 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 bestimmten Preisniveaus ausgesprochen bzw. umgesetzt würden.²⁹ Ob solche qualifizierenden Umstände vorliegen, sei stets anhand des Einzelfalles zu beurteilen.³⁰

62. Im Zusammenhang mit absolutem Gebietsschutz hat die WEKO darauf hingewiesen, dass ein Verbot von Internetverkäufen als Passivverkaufsverbot zu qualifizieren sei, welches bereits für sich genommen als starkes Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu betrachten sei. Sofern ein derartiges Passivverkaufsverbot mit der Zuweisung von Absatzgebieten im Zusammenhang stehe, sei davon auszugehen, dass die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sei.³¹ Die WEKO hielt fest, ein Verbot bzw. die Beschränkung des Online-Handels sei insbesondere dann problematisch, wenn dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden solle, um den Schweizer Markt abzuschotten. Dies könne speziell bei Produkten der Fall sein, deren Preisniveau in der Schweiz dasjenige im europäischen Ausland deutlich übersteige.³² Die WEKO nannte beispielhaft folgende Konstellationen, bei denen „von einer problematischen Beschränkung des passiven Verkaufs auszugehen ist und welche die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG nahe legen“.³³ a) Die Vereinbarung, 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; b) die Vereinbarung, dass der Wiederverkäufer Internet-Transaktionen von Endabnehmern unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)gebiet des Händlers liegt.³⁴ Die WEKO wies allerdings darauf hin,

dass es sich bei diesen Konstellationen lediglich um mögliche Beispiele handle und stets anhand des Einzelfalles zu beurteilen sei, ob eine Abrede den Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes erfülle.³⁵

63. Vorliegend liegen neben der Abrede über den Verzicht auf Online-Handel zwischen Jura und einem Teil ihrer Vertriebspartner keine Beweise für qualifizierende Umstände vor, welche auf eine Preisbindung oder Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten (vgl. oben, Rz 33–38, 39–45). Daher scheiden unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG aus, womit keine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Frage kommt. Folglich ist die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel mit Jura-Kaffeemaschinen nachfolgend nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG zu untersuchen. Für den Fall, dass sich nachweisen liesse, dass Jura das selektive Vertriebssystem missbraucht (hat), um unerwünschte Online-Händler vom Handel mit Jura-Kaffeemaschinen auszuschliessen, wäre das selektive Vertriebssystem nach Art. 5 KG zu prüfen (vgl. oben Rz 44). Würde die WEKO in einem solchen Fall zum Ergebnis kommen, dass das selektive Vertriebssystem eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hätte dies zur Folge, dass die Beschränkung der Garantieleistungen auf Kaffeemaschinen, welche bei zugelassenen Händlern bezogen wurden, und ein damit verbundener Verzicht der Vertriebspartner auf Parallelimporte als qualifizierender Umstand, der auf eine Gebietsabschottung hindeutet, zu werten und nach Art. 5 Abs. 4 KG zu prüfen wären (vgl. oben Rz 44).

B.3.3 Auswirkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

64. 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).

65. Für den Fall, dass kein direkt sanktionierbarer Tatbestand in Frage kommt und sich das von einer Untersuchung betroffene Unternehmen und das Sekretariat in einer einvernehmlichen Regelung über die Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung geeinigt haben oder das Unternehmen das umstrittenen Verhalten bereits eingestellt hat, wird das Verfahren durch das Sekretariat bzw. spätestens mit der Verfügung der WEKO, in welcher sie die einvernehmliche Regelung genehmigt, i.d.R. ohne Folgen eingestellt, sofern kein öffentliches Interesse an dessen Weiterführung besteht. In diesen Fällen kann offen bleiben, ob es sich beim umstrittenen Verhalten um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gehandelt hat.³⁶

²⁸ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 380 Rz 67 ff.

²⁹ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 381 Rz 71.

³⁰ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 382 Rz 76.

³¹ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 381 Rz 72.

³² *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 381 Rz 73.

³³ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 381 Rz 74.

³⁴ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 381 Rz 74.

³⁵ *Behinderung des Online-Handels* (Fn 24), 382 Rz 75.

³⁶ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 29 KG N 23.

66. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt hat. Dies aus folgenden Gründen: Internetverkäufe gelten als passive Verkäufe, ausser wenn sich Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten (Ziff. 3 VertBek). Mit einer Abrede über den Verzicht auf Internetverkäufe werden somit passive Verkäufe an eine bestimmte Kundengruppe – nämlich Online-Kunden – beschränkt. Solche Beschränkungen werden von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek erfasst und gelten unabhängig von einer Zuweisung von Absatzgebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG als qualitativ schwerwiegende Abreden im Sinne aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen von Art. 5 Abs. 1 KG. Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO.³⁷ Folglich ist die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel zwischen Jura und den genannten Vertriebspartnern (vgl. oben, Rz 46 ff.) als *qualitativ schwerwiegend* zu qualifizieren. Ausgehend von einer nicht definitiven Abgrenzung eines nationalen Marktes für Kaffeemaschinen des Heimbedarfs erreicht Jura einen Marktanteil von [16-20]%. Aufgrund der Markstellung von Jura ist davon auszugehen, dass die Beschränkung des Online-Handels mit Jura-Kaffeemaschinen bis Ende 2012 auch *quantitative Auswirkungen* auf den relevanten Produktmarkt zeitigte. Vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis der WEKO zur Behinderung des Online-Handels³⁸ ist weiter davon auszugehen, dass diese quantitativen Auswirkungen ausreichen, um die qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Online-Handels insgesamt als *erhebliche Wettbewerbsbeschränkung* zu qualifizieren.

67. Allerdings kann vorliegend auf eine abschliessende Beurteilung der Auswirkungen der Abrede über den Verzicht auf Online-Handel verzichtet werden. Dies aus folgenden Gründen: Jura hat mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, in der sich das Unternehmen für die Zukunft verpflichtet hat, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Jura-Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet grundsätzlich zu gestatten (vgl. unten, Rz 72). Darüber hinaus hat Jura das umstrittene Verhalten bereits im Jahr 2013 eingestellt. Jura erlaubt den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Vertriebspartnern seit 2013 den Online-Handel (vgl. oben, Rz 46), sofern sie bestimmte Qualitätsanforderungen zum Weiterverkauf über das Internet erfüllen. Beispielsweise setzt Jura voraus, dass Jura-Kaffeemaschinen für den Versand in eine transportsichere Verpackung umverpackt werden, welche bei Jura erworben werden kann.

68. Weil Jura mit den Abreden über den Verzicht auf Online-Handel in der Vergangenheit keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand erfüllt hat (vgl. oben, Rz 63) und mit der einvernehmlichen Regelung sichergestellt wird, dass Jura in Zukunft keine unzulässigen Abreden über den Verzicht auf Online-Handel trifft, erübrigen sich eine Analyse der Auswirkungen dieser Abreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG sowie eine Prüfung allfälliger Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG. Folglich kann die Untersuchung mit Abschluss der einvernehmlichen Regelung auch im Hinblick auf eine möglicher-

weise unzulässige Abrede über den Verzicht auf Online-Handel eingestellt werden.³⁹

B.3.4 Zwischenergebnis

69. Neben den Abreden über den Verzicht auf Online-Handel zwischen Jura und einem Teil ihrer Vertriebspartner liegen keine Beweise für qualifizierende Umstände vor, welche auf eine Preisbindung oder Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten, weshalb keine direkten Sanktionen in Frage kommen. Jura erlaubt den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Vertriebspartnern seit 2013 den Online-Handel grundsätzlich und hat sich im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet, dies auch weiterhin zu tun (vgl. unten, Rz 72). Daher braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob es sich bei der Abrede über den Verzicht auf Online-Handel um eine unzulässige Abrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG gehandelt hat. Vor diesem Hintergrund kann die Untersuchung mit Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung auch im Hinblick auf eine möglicherweise unzulässige Abrede über den Verzicht auf Online-Handel nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG eingestellt werden.

B.4 Einvernehmliche Regelung

70. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.⁴⁰

71. Wie bereits dargelegt, erfüllt die in der Vergangenheit liegende Abrede über den Verzicht auf Online-Handel zwischen Jura und einzelnen Vertriebspartnern

³⁷ Behinderung des Online-Handels (Fn 24), 386 Rz 110.

³⁸ Behinderung des Online-Handels (Fn 24), 387 ff. Rz 113 ff.

³⁹ Vgl. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 36), Art. 29 KG N 23 f.

⁴⁰ Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

keinen direkt sanktionierbaren Tatbestand nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 63). Jura hat das umstrittene Verhalten eingestellt (vgl. oben, Rz 67) und mit dem Sekretariat am 29. April 2014 bzw. 6. Mai 2014 eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 19). Folglich braucht die Frage, ob es sich bei der Abrede über den Verzicht auf Online-Handel um eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG handelte, nicht abschliessend beurteilt zu werden (vgl. oben, Rz 65 ff.).

72. Die mit Jura geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„A. Vorbemerkungen

- a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0416 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung der möglicherweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Abrede über den Verzicht auf Online-Handel gegenüber Jura einvernehmlich und abschliessend geregelt. Vor diesem Hintergrund wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, die Untersuchung 22-0416 bezüglich der vorgenannten Abrede einzustellen.
- d) Sollte die einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- e) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Jura keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Jura fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten von Jura.
- g) Die vorliegende einvernehmliche Regelung orientiert sich an der rechtskräftigen Verfügung der WEKO vom 11. Juli 2011 in Sachen Behinderung des Online-Handels (insb. Rz 189), der Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), der 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. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (Vertikal-GVO) sowie den Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (Vertikal-Leitlinien).

B. Vereinbarung

Jura verpflichtet sich, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Jura-Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten.

Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind

- das Aufstellen von Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Jura-Kaffeemaschinen sowie
- die Anforderung an die Wiederverkäufer von Jura-Kaffeemaschinen, dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen.“

73. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtung, welche Jura eingegangen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung daher im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

74. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁴¹

C. Kosten

75. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁴² ist gebührenpflichtig, wer das administrative Verfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Partei unterzieht. Als Unterziehung gilt auch, wenn das Unternehmen, welches aufgrund seines möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario).⁴³

⁴¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9. Juni 2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3. Oktober 2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

⁴² Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*.

76. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin in Bezug auf die Untersuchung im Zusammenhang mit der möglicherweise im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Abrede über den Verzicht auf Online-Handel, welche infolge einvernehmlicher Regelung eingestellt werden kann, zu bejahen. Dementsprechend wird Jura ein Drittel der Verfahrenskosten auferlegt.⁴⁴

77. Zudem besteht eine teilweise Gebührenpflicht in Bezug auf die Untersuchung im Zusammenhang mit der nicht bewiesenen Preisabrede, die sich wie folgt begründet: Die Anhaltspunkte, wonach Jura in der Vergangenheit auf Wiederverkaufspreise von Vertriebspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG Einfluss zu nehmen versucht hat, haben sich bestätigt. Jura hat zwar eine Abstandserklärung eingereicht, in der sich das Unternehmen ausdrücklich von derartigen Einflussnahmen distanziert (vgl. oben, Rz 37). Das Verfahren wurde aber nur deshalb eingestellt, weil die Untersuchung keine Beweise dafür ergab, dass sich Vertriebspartner von Jura an Preisvorgaben von Jura gehalten haben (vgl. oben, Rz 36). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, Jura im Sinne des Verursacherprinzips die Verfahrenskosten im Zusammenhang mit der Untersuchung einer möglicherweise unzulässigen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Abs. 1 KG zur Hälfte aufzuerlegen. Dementsprechend hat Jura ein weiteres Drittel der Verfahrenskosten zur Hälfte zu tragen. Die andere Hälfte dieses Drittels wird zu Lasten der Staatskasse ausgeschrieben.

78. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird, mit Ausscheidung von Verfahrenskosten zu Lasten der Staatskasse (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG).⁴⁵ Vorliegend entfällt folglich die Gebührenpflicht in Bezug auf die Verfahrenskosten im Zusammenhang mit der Untersuchung einer möglicherweise unzulässigen Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Abs. 1 KG, mit Ausscheidung eines Drittels der Verfahrenskosten zu Lasten der Staatskasse.

79. Im Ergebnis wird Jura für die Abrede über den Verzicht auf Online-Handel ein Drittel der Verfahrenskosten, für die versuchte Einflussnahme auf die Wiederverkaufspreise die Hälfte eines weiteren Drittels und damit insgesamt die Hälfte der Verfahrenskosten auferlegt. Die andere Hälfte der Verfahrenskosten wird zu Lasten der Staatskasse ausgeschrieben.

80. 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).

81. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden.⁴⁶ Bei einem Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–, je nach Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter, resultiert vorliegend eine Gebühr von insgesamt CHF [...].⁴⁷

82. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV⁴⁸ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Vorliegend belief sich der zusätzlich zu den Personalkosten entstandene Aufwand im Zusammenhang mit der Hausdurchsuchung bei Jura auf CHF [...]. Davon hat Jura die Hälfte zu erstatten, die andere Hälfte wird zu Lasten der Staatskasse ausgeschrieben.

83. Die Jura auferlegten Verfahrenskosten betragen folglich die Hälfte von CHF [...], das heisst CHF [...].⁴⁹

D. Ergebnis

84. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

D.1 Keine Beweise für eine Preisabrede

85. Es liegen Beweise vor, dass Jura versucht hat, auf die Wiederverkaufspreise von Vertriebspartnern Einfluss zu nehmen. Die Ermittlungen des Sekretariats haben allerdings keine Beweise dafür ergeben, dass Vertriebspartner von Jura ihre Preissetzung an die Vorstellungen von Jura angepasst haben. Folglich mangelt es für den Nachweis einer Preisabrede bereits am bewussten und gewollten Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 33–38). Daher stellt die WEKO die Untersuchung in Bezug auf eine möglicherweise unzulässige Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG ein. Die darauf entfallenden Verfahrenskosten werden Jura zur Hälfte auferlegt, die andere Hälfte wird zu Lasten der Staatskasse ausgeschrieben.

D.2 Keine unzulässige Gebietsabrede

86. Die Ermittlungen des Sekretariats haben gezeigt, dass Jura Garantieleistungen jeweils dann verweigert hat, wenn die Kaffeemaschine bei einem (im Ausland) nicht autorisierten Händler bezogen worden war. Gemäss Rechtsprechung des EuGH ist eine derartige Beschränkung im selektiven Vertrieb mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar. Weil sich die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalabreden in der Schweiz an jener in der EU orientiert, ist diese Rechtsprechung auch in der Schweiz zu berücksichtigen. Folglich liegt keine unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vor, weshalb die Frage, ob diese Beschränkung der Garantieleistungen und ein damit verbundener Verzicht auf Parallelimporte durch Vertriebspartner von Jura als Gebietsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist, vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden braucht (vgl. oben, Rz 39–45). Aus diesen Gründen stellt die WEKO die Untersuchung auch in Bezug auf eine möglicherweise unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG ein. Die darauf entfallenden Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschrieben.

⁴⁴ Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 16.1.3, *Gaba/WEKO* (Urteil noch nicht rechtskräftig).

⁴⁵ *BKW FMB Energie AG* (Fn 43), E. 6.1 e contrario.

⁴⁶ Stand vom 30. Juni 2014.

⁴⁷ Stand vom 30. Juni 2014.

⁴⁸ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

⁴⁹ Stand vom 30. Juni 2014.

D.3 Abrede über den Verzicht auf Online-Handel

87. Die Vereinbarung über den Verzicht auf Online-Handel zwischen Jura und einem Teil ihrer Vertriebspartner stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 46–59). Es liegen allerdings keine Beweise für qualifizierende Umstände vor, die auf eine Preisbindung oder Gebietsabschottung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten (vgl. oben, Rz 60–63). Folglich kommen keine direkten Sanktionen in Frage. Jura erlaubt den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Vertriebspartnern seit 2013 den Online-Handel grundsätzlich und hat sich im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet, dies auch weiterhin zu tun (vgl. oben, Rz 72). Daher braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob es sich um eine unzulässige Abrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG handelte (vgl. oben, Rz 64–69). Vor diesem Hintergrund kann die Untersuchung mit Abschluss der einvernehmlichen Regelung auch im Hinblick auf eine möglicherweise unzulässige Abrede über den Verzicht auf Online-Handel im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG eingestellt werden. Die darauf entfallenden Verfahrenskosten werden Jura auferlegt.

88. Die WEKO genehmigt die zwischen Jura und dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 29. April 2014 bzw. 6. Mai 2014, in der sich Jura verpflichtet, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Jura-Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten (vgl. oben, Rz 72), im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von Jura mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 29. April 2014 bzw. 6. Mai 2014:

„Jura verpflichtet sich, den zum selektiven Vertrieb zugelassenen Wiederverkäufern von Jura-Kaffeemaschinen den Verkauf über das Internet prinzipiell zu gestatten.

Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind

- *das Aufstellen von Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf von Jura-Kaffeemaschinen sowie*
- *die Anforderung an die Wiederverkäufer von Jura-Kaffeemaschinen, dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen.“*

2. Im Übrigen wird die Untersuchung gegen Jura eingestellt.
3. Die Hälfte der Verfahrenskosten von CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], das heisst CHF [...], werden Jura auferlegt.⁵⁰
4. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat

vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Jura Elektroapparate AG, vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁵⁰ Stand vom 30. Juni 2014.

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Coop/Marché

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 25. Februar 2014

1. Am 31. Januar 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Coop-Gruppe Genossenschaft (nachfolgend: Coop) die alleinige Kontrolle über die Marché Restaurants Schweiz AG (nachfolgend: MRS AG) zu übernehmen.

2. Coop mit Sitz in Basel ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören, darunter – nebst Supermärkten und Warenhäusern – auch Convenience-Shops (Coop Pronto – welche von Franchisenehmern betrieben werden) und Restaurants (Coop Restaurants und weitere Gastronomieformate).

3. Die MRS AG mit Sitz in Lindau ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Mövenpick Holding AG (nachfolgend: MH AG) mit Sitz in Baar und hat Geschäftsaktivitäten im In- und Ausland. Nach gewissen Umstrukturierungen verbleiben bei der MRS AG Gastronomiebetriebe (inkl. Catering-Service) und Shops an 20 Autobahnraststätten in der Schweiz sowie drei Betriebe am Flughafen Zürich zur Übernahme durch Coop.

4. Zur absatzseitigen Marktabgrenzung der Gastronomie liegt noch keine Praxis der WEKO vor. Der Gastronomiemarkt ist zumindest in verschiedene Preissegmente resp. danach, wie formell ein Restaurant ist (z.B. mit oder ohne Bedienung), zu unterscheiden. So dürften insbesondere Konsumenten, die eine günstige Mahlzeit (oft verbunden mit dem Wunsch einer raschen Verpflegung) nachfragen, Restaurants im gehobenen Segment nicht als adäquate Alternative für ihr Bedürfnis erachten. Auch ist es denkbar, dass weitere Charakteristiken der Anbieter von Ausserhaus-Verpflegung für den Entscheid des Konsumenten, welche anderen Ausserhaus-Verpflegungsangebote er bei seiner Entscheidung berücksichtigt, eine Rolle spielen, so beispielsweise die Lage des Restaurants (z.B. Autobahnraststätten).

5. Nachfolgend wird von einem eigenen sachlich relevanten Markt für Schnellverpflegungsgastronomie ausgegangen, der weiter in folgende Kategorien unterteilt werden kann: Schnellverpflegungsrestaurants (Selbst-

bedienung, Selbstwahl), Fast Food-Restaurants, Take-Away/Imbiss-Stände, Regalentnahme/Theke und andere Schnellverpflegung (z.B. Cafebars, Verpflegungsautomaten, Home Delivery).¹ Denkbar ist, dass diese Kategorien jeweils eigene sachlich relevante Märkte darstellen. Denkbar ist auch, den Markt für Schnellverpflegungsgastronomie etwas enger zu fassen und die Kategorie Regalentnahme/Theke davon auszunehmen. Als weiterer möglicher sachlich relevanter Markt im Bereich der Gastronomie wird vorliegend ein Markt für Verkehrsgastronomie abgegrenzt, zu welchem z.B. Drive-Ins und Autobahnraststätten gehören (inkl. gewisse Betriebe der Schnellverpflegungsgastronomie), aber von welchem Gastronomiebetriebe an Flughäfen und Bahnhöfen ausgenommen sind. Schliesslich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich Schnellverpflegungsgastronomie als auch die Frage, ob ein eigener Markt für Verkehrsgastronomie abzugrenzen ist, offen gelassen werden, da das Ergebnis der vorläufigen Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens durch die genaue Abgrenzung dieser beiden Punkte nicht verändert wird.

6. Aus Sicht der Gäste von Gastronomiebetrieben sind die einzelnen Absatzmärkte im Gastronomiebereich lokal. Bei der nachfolgenden Analyse wird der Einfachheit halber von nationalen Gastronomiemärkten ausgegangen, da das Resultat der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch bei enger gefassten lokalen Märkten unverändert bleibt.

7. Im Entscheid Valora AG/cevanova AG² wurde davon ausgegangen, dass Convenience-Shops einen eigenständigen Markt darstellen – also nicht zum Lebensmittelhandel gehören. Es ist nicht auszuschliessen, dass Convenience-Shops an bestimmten Lagen, insbesondere an Autobahnraststätten und Flughäfen, einen oder mehrere gesonderte sachlich relevante Märkte darstellen. Diese Frage sowie die genaue sachliche

¹ Diese Unterkategorien der Schnellverpflegungsgastronomie sind im State-of-the-Art-Bericht „Fast Food und Gesundheit“ (Schweizerische Gesellschaft für Ernährung, Januar 2005, 19, http://www.sge-ssn.ch/media/medialibrary/pdf/100-ernaehrungsthemen/60-ernaehrungsformen_lebensstil/State-of-the-Art-Bericht_Fast_Food.pdf [20.02.2014]) zu finden, welcher für diese Unterkategorien auf folgende Quelle verweist: Marketinggold AG, Münsingen, Schlüssel A – Bezugsquellen, Version 2003, www.marketinggold.ch.

² RPW 2009/1, 78 Rz 19, mit Verweis auf RPW 2005/3, 476 ff., *Migros/Valora*.

Marktabgrenzung bezüglich Convenience-Shops im Allgemeinen soll vorliegend aber offen gelassen werden, da bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse dieses Zusammenschlussvorhabens unverändert bleibt. Ein dem Markt für Convenience-Shops benachbarter Markt ist der Lebensmittel-detailhandel.³

8. Aus Sicht der Konsumenten ist der Markt für Convenience-Shops als auch der Lebensmittel-detailhandel lokal. Gemäss Coop/Carrefour⁴ kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren. Bezüglich Convenience-Shops und den Lebensmittel-detailhandel kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der Analyse nicht beeinflusst.⁵

9. Für die Abgrenzung der Beschaffungsmärkte sind vorliegend die Absatzkanäle relevant, welche den jeweiligen Lieferanten der Gastronomie resp. der Convenience-Shop-Betreiber und der Lebensmittel-detailhändler zur Verfügung stehen. Die Gastronomie bezieht Produkte teilweise direkt beim Hersteller, teilweise auch bei Händlern. Es ist denkbar, dass den Lieferanten gewisser Produkte resp. Produktgruppen, die den Gastronomiekanal beliefern, auch andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen, so beispielsweise die Hotellerie oder der Lebensmittel-detailhandel. Zu vermuten ist, dass viele Gastronomen mehrere Lieferanten berücksichtigen und sich z.B. Getränke von einem auf Getränke spezialisierten Händler oder direkt von einem Getränkehersteller liefern lassen, während sie für Esswaren auf einen oder mehrere andere Lieferanten zurückgreifen. So ist es denkbar, dass der Beschaffungsmarkt nach Produktgruppen zu unterteilen ist, wobei diese Unterteilung nicht mit derjenigen für die Beschaffung im Lebensmittel-detailhandel gemäss Praxis der WEKO übereinstimmen muss.⁶

10. In Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO⁷ wird vorliegend davon ausgegangen, dass zumindest der Detailhandelskanal zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten (nach Produktgruppen) der Convenience-Shops hinzuzurechnen ist.⁸ Letztendlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung der Beschaffung im Gastronomiektor offen gelassen werden, das das Ergebnis der Analyse dieses Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung unverändert bleibt. Auch diejenige der Beschaffung der Convenience-Shops kann offen gelassen werden, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

11. Im vorliegenden Fall wird für die Beschaffungsmärkte der Gastronomie jeweils von einem nationalen Markt ausgegangen, denkbar ist aber auch eine engere oder weitere räumliche Marktabgrenzung. Diese Frage kann aber vorliegend offen gelassen werden. Gemäss der bisherigen Praxis der WEKO sind die Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops als auch die Beschaffungsmärkte des Lebensmittel-detailhandels mindestens schweizweit abzugrenzen.⁹ Vorliegend kann offen gelassen werden, ob die einzelnen Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops und die Beschaffungsmärkte ein-

zelner Produktgruppen des Lebensmittel-detailhandels in räumlicher Sicht weiter abzugrenzen sind, da die nachfolgende Analyse des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht verändert wird.

12. In der Schnellverpflegungsgastronomie¹⁰ erreichten die beiden Zusammenschlussparteien 2012 absatzseitig schweizweit einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %. Auch bei den in Rz 5 erwähnten Unterkategorien der Schnellverpflegungsgastronomie handelt es sich bei keinem der Märkte um einen betroffenen Markt. Der Markt für Schnellverpflegungsrestaurants ist mit einem kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [10–20] % relativ knapp nicht betroffen. Auch bei der Verkehrsgastronomie handelt es sich nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. In diesem Markt ist von den Zusammenschlussparteien lediglich die MRS AG mit einem schweizweiten Marktanteil 2012 von [10–20] % tätig.

13. Sowohl mit als auch ohne Einbezug der Umsätze der Franchise-Nehmer Coops ist der Absatzmarkt für Convenience-Shops kein betroffener Markt.¹¹ Dagegen ist der Absatzmarkt für Convenience-Shops an Tankstellen (inkl. solcher an Autobahnraststätten) sowohl mit als auch ohne Einbezug der Umsätze der Franchise-Nehmer Coops ein betroffener Markt. So beträgt der schweizweite Marktanteil von Coop 2012 ohne Umsätze seiner Franchise-Nehmer [20–30] und mit [20–30] %. Da der Marktanteil der MRS AG aber nur [0–10] % beträgt, ist die Addition gering.

14. Ein weiterer betroffener Absatzmarkt dürfte der Lebensmittel-detailhandel sein. In diesem hat Coop einen vom Sekretariat geschätzten schweizweiten Marktanteil für 2012 von > 30 %, während die MRS AG in diesem Markt nicht tätig ist.¹²

³ Vgl. RPW 2008/4, 598 Rz 55, *Coop/Carrefour*. Zur sachlichen Abgrenzung des Lebensmittel-detailhandels siehe auch RPW 2008/1, 144 ff. Rz 162 ff., *Migros/Denner*.

⁴ RPW 2008/4, 606 Rz 112, *Coop/Carrefour*.

⁵ Vgl. hierzu RPW 2009/1, 83 Rz 27 f., *Migros-Genossenschafts-Bund/cevanova AG*.

⁶ Vgl. z.B. RPW 2009/1, 83 Rz 22, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2008/4, 601 Rz 80–83, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 150 f. Rz 206–209, *Migros/Denner*.

⁷ RPW 2009/1, 79 Rz 21, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2005/3, 478 Rz 25, *Migros/Valora*.

⁸ Im Fall *Migros/Denner* wurde offen gelassen, ob den Lieferanten des Detailhandels weitere gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen. RPW 2008/1, 156 Rz 233 f., *Migros/Denner*.

⁹ Vgl. u.a. RPW 2005/3, 479 Rz 33, *Migros/Valora*; RPW 2009/1, 83 Rz 29, *Migros-Genossenschafts-Bund/cevanova AG*; RPW 2008/4, 607–609 Rz 117 ff., *Coop/Carrefour*.

¹⁰ Ohne Regalentnahme/Theke. Coop gab an, nicht schätzen zu können, welcher Anteil der Regalentnahme in Coop Supermärkten durch den Kunden dem direkten Verzehr diene. Somit konnte für die Unterkategorie Regalentnahme/Theke kein kumulierter Marktanteil geschätzt werden. Marché ist in diesem Bereich nicht tätig.

¹¹ Miteingerechnet ist in beiden Fällen der Umsatz, den Coop mit dem Verkauf von Produkten an die Franchise-Nehmer erzielt.

¹² Gemäss *Migros/Denner* gehören Convenience-Shops nicht zum Lebensmittel-detailhandel. RPW 2008/1, 150 Rz 204, *Migros/Denner*.

15. Beim Verfahren Coop/Carrefour¹³ zeigte sich, dass Coop (inkl. Carrefour) auf verschiedenen Beschaffungsmärkten des Lebensmitteldetailhandels schweizweit einen Marktanteil von > 30 % hatte. Dies dürfte für den einen oder anderen Beschaffungsmarkt auch aktuell resp. für 2012 zutreffen, womit im Bereich der Beschaffung des Lebensmitteldetailhandels betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen dürften. Im Falle von Überschneidungen von Beschaffungsmärkten im Bereich der Gastronomie und von solchen der Convenience-Shops mit solchen des Lebensmitteldetailhandels gibt es zwar Marktanteilsadditionen, allerdings nur in einem sehr geringen Ausmass. So betrug der Warenaufwand der MRS AG 2012 brutto und vor Rückvergütungen rund CHF [...] Mio., was im Vergleich zum Warenaufwand von Coop sehr gering ist. Auch wenn man die Beschaffungsmärkte der Convenience-Shops als vom Lebensmitteldetailhandel unabhängig betrachten würde, wären die Marktanteilsadditionen gering.

16. Geringe Marktanteiladditionen sind auch zu erwarten, wenn die Beschaffungsmärkte der Gastronomie als vom Lebensmitteldetailhandel unabhängig definiert werden. Gemäss Berechnungen der Parteien betrug der Marktanteil von Coop im Bereich der Beschaffung für die Gastronomie 2012 [0–10] %, derjenige der MRS AG [0–10] %.

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

¹³ RPW 2008/4, 649 Tabelle 40, Coop/Carrefour.

B 2.3	2. Aurelius/Publicitas
-------	-------------------------------

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 20. Mai 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Mai 2014

A Sachverhalt

A.1 Vorhaben

1. Am 25. April 2014 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über einen Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Aurelius AG (nachfolgend: Aurelius), von der Publigroupe S.A. (nachfolgend: Publigroupe) deren Aktivitäten im Bereich Media Sales zu übernehmen. Gemäss Meldung werden die Schweizer Beteiligungen bzw. Aktivitäten im Bereich Media Sales in die zu gründende Publicitas Holding S.A. überführt, welche sodann durch die AURELIUS Media Sales Group GmbH (nachfolgend: AMSG) übernommen wird. Die AMSG erwirbt zudem alle europäischen Beteiligungen bzw. Aktivitäten im Bereich Media Sales; die übrigen ausländischen Beteiligungen bzw. Aktivitäten werden von der AURELIUS Media International B.V. (nachfolgend: AMI) übernommen. Gleichzeitig erwirbt die GIP Development Sarl die mit dem Geschäftsbereich Media Sales zusammenhängenden Marken.¹ Gemäss Meldung kontrolliert die Aurelius die AMSG und die AMI nach Abschluss der Transaktion indirekt (über die AURELIUS Beta International GmbH) zu 100 %. Ebenso kontrolliert die Aurelius die GIP Development Sarl indirekt (über die Aurelius Advancement International GmbH) zu 100 %.²

2. Hauptaktionärin der Aurelius ist mit einer Beteiligung von [...] % die Lotus AG. Gemäss Meldung gibt es derzeit ausser der Lotus AG keine weitere Aktionärin mit einem Anteil von über [...] %. [...] davon auszugehen, dass Dr. Dirk Markus die Aurelius faktisch alleine kontrolliert.³ Der Einfachheit halber wird nachfolgend vom Erwerb durch «Aurelius» ausgegangen, gemeint ist jeweils jedoch die Gruppe unter der Kontrolle von Dr. Dirk Markus.

3. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens geht auch eine 49 %-Beteiligung der Publigroupe an der xentive SA (nachfolgend: xentive) an die Aurelius über. Die übrigen 51 % werden von der Mediaspectrum, Inc. (nachfolgend: Mediaspectrum) gehalten.⁴ Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa kam das Sekretariat zum Schluss, dass die Publigroupe und Mediaspectrum die gemeinsame Kontrolle über xentive ausüben.⁵ Aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorha-

bens kommt es folglich auch zu einem Kontrollwechsel bezüglich xentive, indem neu Mediaspectrum und Aurelius die gemeinsame Kontrolle ausüben werden.

4. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Publigroupe/S1TV kam die WEKO zum Schluss, dass die Publigroupe durch [...], durch verschiedene [...] Kontrollrechte sowie durch einen Vertrag zu Gunsten der Publicitas AG (nachfolgend: Publicitas) zur exklusiven Vermarktung des Werberaums auf S1TV eine Mitkontrolle ausüben kann.⁶ Der vorliegende Zusammenschluss sieht diesbezüglich vor, dass [...].⁷ Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Publigroupe/S1TV hatte es die WEKO offen gelassen, ob die einzelnen Elemente für sich alleine zur Erlangung der Kontrolle ausgereicht hätten, da bei der Beurteilung die Gesamtbetrachtung der Umstände massgebend war.⁸ Vorliegend wird [...]. Es kann davon ausgegangen werden, dass [...] nicht genügt, um eine Mitkontrolle der Aurelius via Publicitas über S1TV anzunehmen. [...], kann offen gelassen werden, da in keinem Fall ein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegen würde.

A.2 Involvierte Unternehmen

A.2.1 Gruppe Dr. Markus, insbesondere Aurelius

5. Aus der von Dr. Dirk Markus kontrollierten Konzerngruppe ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens insbesondere die Aurelius Gruppe von Bedeutung. [...]⁹

6. Die Aurelius AG ist eine auf Übernahmen von Unternehmen in Umbruch- und Sondersituationen spezialisierte Beteiligungsgesellschaft mit Sitz in Grünwald bei München, Deutschland. Die Aktien der Aurelius werden an der Frankfurter Börse gehandelt. Die Aurelius umfasst mehrere Konzerngesellschaften u. a. in Deutschland, Grossbritannien, Frankreich, Polen, Ungarn, den Niederlanden und der Schweiz (Aurelius zusammen mit den Gruppengesellschaften nachfolgend: Aurelius Gruppe).

¹ Meldung, Rz 2 ff., Rz 19 f. und Rz 38 f.

² Meldung, Rz 38 f.

³ Meldung, Rz 6 ff.

⁴ Meldung, Rz 19.

⁵ Vgl. RPW 2013/4, 664, Rz 19, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁶ RPW 2013/3, 390 f., Rz 17 ff., *Publigroupe/S1TV*.

⁷ Meldung, Rz 24 f.

⁸ RPW 2013/3, 391, Rz 23., *Publigroupe/S1TV*.

⁹ E-Mail vom 13.05.2014; Meldung, Rz 15.

7. In der Schweiz gehören gemäss Meldung folgende Konzerngesellschaften zur Aurelius Gruppe¹⁰:

- Die connectis AG (nachfolgend: connectis) bietet die Planung, die Realisierung, die Wartung und den Betrieb von Systemlösungen im Bereich Telekommunikation aus einer Hand an. Im Zentrum dieser Lösungen stehen Applikationen in der Sprach-, Daten- und Videokommunikation.
- Die Getronics Swiss Services AG i. L. (nachfolgend: Getronics) erbringt Dienstleistungen im Bereich Telekommunikation. Getronics hat weitgehend überschneidende Aktivitäten mit connectis. Im Jahr 2012 hat Aurelius die beiden früheren Konkurrenten connectis und Getronics zusammengelegt. Nach dem Zusammenschluss liegt der Schwerpunkt der Gesellschaft auf Unified Communication & Collaboration, Connectivity, Rechenzentren, Sicherheit und Managed Services.
- Die Fidelis HR Switzerland AG (nachfolgend: Fidelis) erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Personalwesen sowie Informationstechnologie. Dazu entwickelt und vertreibt die Fidelis auch eigene Softwarelösungen.
- Im Zentrum der International Brand Value Management AG: (nachfolgend: IBVM) steht der Erwerb, die Verwaltung und die Verwertung von Markenrechten und Gebrauchsmustern im In- und Ausland. Daneben erbringt die IBVM Marketingdienstleistungen verschiedener Art.
- Die Softix AG erbringt Dienstleistungen im Bereich der IT Systemintegration. Der Schwerpunkt liegt in Telekommunikationslösungen für Unternehmen in der Schweiz.
- Die brightOne GmbH (nachfolgend: brightONE) bietet hauptsächlich in den Bereichen Customer Relation Management (CRM) und Network Communication Solutions verschiedene Produkte wie massgeschneidertes Software-Development und Web Portal Solutions an.¹²

A.2.2 Bereich Media Sales der Publigroupe (Zielgesellschaften)

8. Die Publigroupe ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Lausanne, Schweiz. Die Geschäftstätigkeit der Publigroupe kann in die Bereiche Search & Find, Digital Marketing Services und Media Sales unterteilt werden.¹³ Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gehen nur die Gesellschaften und Aktivitäten der Publigroupe im Bereich Media Sales (nachfolgend: Zielgesellschaften) an Aurelius über. Folgende Schweizer Beteiligungen bzw. Aktivitäten sind vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffen: Publicitas S.A., Publimedia AG, Publicitas Publimag AG, Publicitas International AG, Instanz AG für Kommunikation, Publicitas Cinecom AG, Adnative S.A., Publicitas Eastern Europe AG und eine Beteiligung von 49 % an xentive. Im Ausland sind die folgenden Beteiligungen bzw. Aktivitäten betroffen: Publicitas GmbH (Wien), Publicitas SAS (Paris), Adnative Sàrl (Paris), Publicitas GmbH (Frankfurt a.M.), Publicitas International SpA (Milano), Publicitas B.V. (Laren), Pub-

licitas Internacional S.A. (Madrid), Publicitas N.V. (Zaventem), Publicitas Europe Limited (London), Publigroupe USA Holding Inc. (Dover), Publicitas Inc. (Toronto), Adnative FZ-LLC (Dubai) und Publicitas Asia Holding Ltd, sowie Minderheitsbeteiligungen von 30 % an der Permedia Athens S.A. (Athen), Publicitas Hellas S.A. (Athen).¹⁴

A.2.3 Mediaspectrum, Inc.

9. Mediaspectrum, Inc. (nachfolgend: Mediaspectrum) ist hier aufzuführen, da deren Tätigkeiten aufgrund der gemeinsamen Kontrolle über xentive in der Analyse zu berücksichtigen sind. Mediaspectrum ist ein in der Software-Entwicklung tätiges Unternehmen in den Bereichen Werbungsproduktion, Werbungsverkauf und Inhalteverwaltung mit Sitz in Boston. Die in der Schweiz vertriebenen Produkte umfassen u. a. Software für Werbungsverkauf (Software zur Verwaltung von Multichannel-Werbung und Inhalten). Mediaspectrum bietet damit eine Umgebung an, welche es Medienunternehmen erlaubt, ihre Verwaltungslösungen in einer einzigen, webbasierten Plattform zusammenzuführen. Die Software zur Inhalteverwaltung von Mediaspectrum ist eine so genannte SAP-Endorsed Business Solution (EBS).

A.3 Ziel des Zusammenschlusses

10. Der Entscheid der Publigroupe, das Kerngeschäft Media Sales zu veräussern, erfolgte gemäss Meldung aus strategischen Gründen. Die Publigroupe möchte sich mit dem Verkauf des Bereichs Media Sales auf die Entwicklung des digitalen Geschäfts sowie auf Wachstumsmärkte konzentrieren.¹⁵ Aurelius möchte gemäss Pressemitteilung die Marke Publicitas zu einem medienübergreifenden Dienstleister in der Werbevermarktung weiterentwickeln.¹⁶

A.4 Verfahren

11. Am 11. April 2014 ging beim Sekretariat die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 17. April 2014 informierte das Sekretariat die Parteien, dass die eingereichte Meldung unvollständig sei und verlangte verschiedene Ergänzungen gemäss Art. 11 VKU sowie zusätzliche Angaben gemäss Art. 15 VKU.

12. Die ergänzte Meldung inklusive der zusätzlich verlangten Angaben erreichte die WEKO am 25. April. Mit Schreiben vom 2. Mail 2014 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und verlangte weitere Angaben gemäss Art. 15 VKU.

¹⁰ Meldung, Rz 16.

¹¹ Vgl. Medienmitteilung der Aurelius vom 22.05.2012.

¹² Schreiben vom 06.05.2014.

¹³ Meldung, Rz 32 ff.

¹⁴ Meldung, Rz 19; bei den Minderheitsbeteiligungen handelt es sich laut E-Mail vom 14.05.2014 jedoch soweit ersichtlich nicht um kontrollierende Beteiligungen.

¹⁵ Meldung, Rz 47.

¹⁶ Vgl. Pressemitteilung der Publigroupe und Pressemitteilung der Aurelius vom 02.04.2014.

13. Am 7. Mai 2014 reichten die Parteien die Antworten auf die vom Sekretariat gestellten Fragen ein. Weitere Fragen beantworten die Parteien mit E-Mails vom 13. und 14. Mai 2014.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

16. Bezüglich Aurelius ist folgendes zu präzisieren: Aurelius wird von Dr. Dirk Markus [...] kontrolliert. Gemäss Praxis der WEKO kommt natürlichen Personen zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu.¹⁷ Präzisierend kann dazu in Anlehnung an die Praxis der Europäischen Union (nachfolgend: EU) ausgeführt werden, dass natürliche Personen dann als Unternehmen erfasst werden, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen.¹⁸ D. h. der Kontrollwerb natürlicher Personen wird nur dann als ein Erwerb angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftliche Tätigkeit auf eigene Rechnung nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.¹⁹ Dies ist vorliegend gegeben. Es ist daher derzeit bezüglich Aurelius von einem Unternehmen unter Kontrolle von Dr. Dirk Markus auszugehen.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

18. Die von Dr. Dirk Markus kontrollierte Aurelius erwirbt indirekt von der Publigroupe per Asset Deal die Beteiligungen der unter Rz 8 aufgeführten Zielgesellschaften wie in Rz 1 beschrieben. Aurelius erwirbt dabei die alleinige Kontrolle über diese Gesellschaften.²⁰ Die Ausnahme bildet xentive, über die Aurelius nach dem Zusammenschluss mit der bereits bisher kontrollierenden Mediaspectrum die gemeinsame Kontrolle ausüben wird.

19. Aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung und der Umstände kann von voneinander abhängigen Transaktionen ausgegangen werden. Es rechtfertigt sich daher

vorliegend, die verschiedenen Transaktionen als einen einzigen Zusammenschlusstatbestand anzusehen.²¹ Auch die Übernahme der Beteiligung an xentive kann vorliegend im gleichen Zusammenschlussverfahren geprüft werden.²²

20. Bei der Übernahme der Zielgesellschaften handelt es sich somit vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

¹⁷ Vgl. RPW 2013/3, 390, Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; RPW 2007/3, 440, *Publicitas AS Venture/Zanox*.

¹⁸ Vgl. die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.02.2009, 15 Rz 12 (im Folgenden: Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen).

¹⁹ Vgl. Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (Fn 18), 15 Rz 12.

²⁰ Bezüglich der Minderheitsbeteiligungen an der Permedia Athens S.A. und der Publicitas Hellas S.A. scheint laut Angaben der E-Mail vom 14.05.2014 bereits vorher keine Kontrolle zu bestehen, womit auch kein Kontrollwechsel stattfindet.

²¹ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, (nachfolgend: BSK-REINERT), Art. 4 Abs. 3 KG N 484 ff. und 489 ff.

²² Vgl. Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (Fn 18), 10 ff. Rz 42; BSK-REINERT (Fn 21), Art. 4 Abs. 3 KG N 484 ff. und 489 ff.

23. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen betragen:

Weltweite Umsätze 2013	
Beteiligtes Unternehmen	in Mio. CHF
Aurelius (Gruppe unter Kontrolle von Dr. Markus)	[...]
Zielgesellschaften	[...] ²³
Total	[...]

Tabelle 1: Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2012²⁴

Umsätze in der Schweiz 2013	
Beteiligtes Unternehmen	in Mio. CHF
Aurelius (Gruppe unter Kontrolle von Dr. Markus)	[...]
Zielgesellschaften	[...]
Total	[...]

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2012 in der Schweiz²⁵

24. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden damit nicht erreicht. Ein Zusammenschlussvorhaben untersteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG jedoch ungeachtet von Art. 9 Abs. 1 – 3 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

25. Die WEKO hat per Verfügung vom 5. März 2007 festgestellt, dass die Publigroupe im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.²⁶ Obwohl das Bundesgericht die Ziffer des Dispositivs, in welchem die marktbeherrschende Stellung der Publigroupe festgestellt wurde, aufgehoben hat²⁷, wird die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Publigroupe dadurch nicht in Frage gestellt.²⁸

26. Die Parteien bringen nun vor, dass sich die Marktbedingungen in den letzten sieben Jahren seit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung signifikant geändert hätten, weshalb an der Einschätzung der WEKO nicht mehr festgehalten werden könne.²⁹ Obwohl die marktbeherrschende Stellung im Jahre 2007 festgestellt wurde, ist diese Feststellung noch immer Auslöser einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG. Die Meldepflicht gilt so lange, bis die entsprechende Feststellung aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung kann nach der herrschenden Lehre von Amtes wegen oder auf Antrag der betreffenden Parteien nur durch eine Feststellungsverfugung nach Art. 25 VwVG geschehen.³⁰

27. Die marktbeherrschende Stellung hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldung zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Vorliegend wird der Bereich Media Sales der Publigroupe von der Aurelius übernommen. Damit wechselt u. a. der Bereich die Eigentümerin, mit dem die Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz tätig ist. Der Zusammenschluss betrifft folglich den relevanten Markt, weshalb die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sind. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist deshalb meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

28. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission,

²³ Für die Umsatzzahlen der Publigroupe im Bereich Media Sales wird in Analogie zur Bestimmung des Basisbetrages im Rahmen der Untersuchung *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* auf den Kommissionsertrag abgestützt; vgl. RPW 2007/2 236, Rz 326, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²⁴ Meldung, Abschnitt 3.1.

²⁵ Meldung, Abschnitt 3.2.

²⁶ RPW 2007/2 239, Dispositiv-Ziff. 1, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, Dispositiv, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

²⁸ Vgl. RPW 2013/3, 393, Rz 33 ff., *Publigroupe/S1TV*.

²⁹ Meldung, Rz 51.

³⁰ BSK-REINERT (Fn 21), Art. 9 KG N 326.

sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

30. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben von Relevanz sind. Gemäss Meldung hat die Aurelius Gruppe in der Schweiz keine Aktivitäten im Bereich Media Sales. Zudem hat keine der übrigen von Dr. Dirk Markus kontrollierten Gesellschaften Aktivitäten, welche den Aktivitäten der übernommenen Unternehmen entsprechen oder diesen vor- oder nachgelagert oder benachbart sind.³¹ Den grössten Umsatz der Aurelius in der Schweiz erzielte zuletzt die connectis AG ([...]), die gemeinsam mit der Getronics Systemlösungen im Bereich IT und Telekommunikation (Kommunikationslösungen, Managed Workspace, Datacenters, IT-Sicherheit) erbringt.³² In diesen Bereichen kommt es allerdings weder zu Marktanteilsadditionen noch weist die connectis AG im Vergleich zu den Wettbewerbern in der Schweiz (u. a. Swisscom, IBM und HP) substantielle Marktanteile auf.³³ Gemäss Meldung verfügen die Konzerngesellschaften der Aurelius in keinem Schweizer Markt über mehr als 30 % Marktanteil, womit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.³⁴

31. Bezüglich der Märkte, auf denen ausschliesslich die Zielgesellschaften aktiv sind, weist die Publigroupe einzig im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz einen Marktanteil von über 30 % auf. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern zudem festgestellt, dass die Publigroupe in diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.³⁵ Obwohl es in diesem Markt ebenfalls zu keiner Marktanteilsaddition kommt, erscheint eine eingehendere Analyse dieses Marktes angebracht, da insbesondere in Plattformmärkten unter gewissen Voraussetzungen auch ohne Marktanteilsaddition eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann.³⁶ Auf die Abgrenzung der übrigen Märkte, auf denen nur die Zielgesellschaften aktiv sind, kann vorliegend allerdings verzichtet werden, da deren Marktanteile gemäss Meldung deutlich unter 30 % liegen.³⁷ Es handelt sich daher bei keinem dieser Märkte um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Zu Marktanteilsadditionen kommt es gemäss Meldung einzig im Markt für Business Management Services (Outsourcing)³⁸, in dem xentive und Fidelis aktiv sind. Gemäss Meldung haben die Parteien in diesem Markt aber vergleichsweise geringe Umsätze: [...] Franken von xentive stehen ca. [...] Franken von Fidelis gegenüber.³⁹ Im Verhältnis zum Umsatz auf dem Gesamtmarkt, der gemäss Schätzungen der WEKO

im Jahr 2012 etwa 1.05 Milliarden Franken betrug, macht der gemeinsame Umsatz von xentive und Fidelis daher keine [...] % aus.⁴⁰ Die WEKO liess es im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa offen, ob der relevante Markt allenfalls branchenspezifisch abzugrenzen ist.⁴¹ Eine solche engere Marktabgrenzung würde allerdings vorliegend dazu führen, dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, da die xentive und die Fidelis in unterschiedlichen Branchen (Telekommunikation und Human Resources) tätig sind. Es liegt folglich weder bei einer weiteren noch bei einer engeren Marktabgrenzung ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

32. Zu gewissen Überschneidungen kommt es gemäss Angaben der Parteien auch zwischen den Aktivitäten der Mediaspectrum und der brightOne. Letztere bietet unter anderem eine einheitliche ERP⁴²-Lösung für die Anzeigenverwaltung in der Medienbranche an, die es erlaubt, alle Werbeformen (traditionelle oder digitale) über eine einheitliche Plattform zu verwalten.⁴³ Aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens könnte es daher in Teilmärkten im Bereich Software⁴⁴ zu Marktanteilsadditionen kommen. Der Umsatz der brightONE in der Schweiz beträgt allerdings insgesamt nur [...] Franken; gleichzeitig sind die Marktanteile von Mediaspectrum in der Schweiz im Softwarebereich sehr gering⁴⁵. Es liegt daher im Bereich Software⁴⁶ kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

33. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird vorliegend auf die Darstellung derjenigen Bereiche verzichtet, in denen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

³¹ Meldung, Rz 9.

³² Meldung, Rz 63 f.; Schreiben vom 6. Mai 2014, Rz 12 ff.

³³ Vgl. RPW 2013/2, 262, Rz 65 ff., *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*; vgl. auch Schreiben vom 6. Mai 2014.

³⁴ Meldung, Rz 65.

³⁵ RPW 2007/2, 201 ff, Rz 80 ff, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

³⁶ Vgl. u. a. RPW 2005/2, 378, Rz 162 ff., *Swisscom – Cinetrade*.

³⁷ Meldung, Rz 82 ff.

³⁸ Vgl. RPW 2013/4, 668, Rz 57 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

³⁹ Meldung, Rz 119.

⁴⁰ Vgl. RPW 2013/4, 671, Rz 77, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁴¹ Vgl. RPW 2013/4, 668, Rz 59, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁴² Enterprise-Resource-Planning.

⁴³ Vgl. Homepage von brightOne, <<http://www.brightone.de/> branchen/medien> (15.5.2014).

⁴⁴ Vgl. RPW 2013/4, 669, Rz 63 ff, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2013/4, 671, Rz 76 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2013/4, 669, Rz 63 ff, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien

35. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern einen sachlich relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien abgegrenzt.⁴⁷ Diese Marktabgrenzung wurde von Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht bestätigt.⁴⁸

36. In der Meldung wird nun vorgebracht, dass die Abgrenzung eines Werbemarktes für Printmedien zu eng sei, da insbesondere in den letzten Jahren die Printwerbung zunehmend durch Werbung in elektronischen Medien, der Aussenwerbung und der Direktwerbung verdrängt werde. Es sei daher ein Gesamtwerbemarkt zu definieren, der auch andere Werbekanäle umfasse.⁴⁹

37. Dazu ist anzumerken, dass vorliegend nicht die Bereitstellung des Werberaums, sondern dessen Vermittlung das nachgefragte Gut darstellt.⁵⁰ Auf die Besonderheiten des Vermittlungsmarktes und dessen Abgrenzung vom Bereitstellungsmarkt wird in der Meldung allerdings nicht eingegangen. Es wird auch kein einziger Vermittler einer anderen Mediengattung genannt, der Wettbewerbsdruck auf die Vermittler von Printwerbung ausüben könnte. Aus den Ausführungen der Parteien ist folglich nicht ersichtlich, weshalb bei der Vermittlung der Werbung die verschiedenen Mediengattungen dem gleichen Markt zugerechnet werden sollten.

38. Ein solcher Gesamtmarkt könnte, wie dies auch in der Meldung vorgebracht wird, aus der Sicht der Marktgegenseite der Werbeauftraggeber bzw. Werbenden bestehen.⁵¹ Die andere Marktgegenseite, die Verlage⁵², fragt nur die Vermittlung der eigenen Mediengattung nach. Zwischen den beiden Marktgegenseiten ist die Vermittlungsplattform, welche die Transaktionen zwischen den beiden Marktgegenseiten ermöglicht. Der Wert eines Anzeigenvermittlers steigt aus Sicht der Verlage mit der Anzahl der erreichten Werbekunden; gleichermassen steigt der Wert des Vermittlers für die Werbenden mit der Anzahl der vermittelten Verlage. Diese indirekten Netzwerkeffekte sind kennzeichnend für zweiseitige Märkte.⁵³ Für die Beschreibung der Werbevermittlungsmärkte ist nun massgeblich, dass bei zweiseitigen Märkten eine Vermittlungsplattform starke Anreize haben kann, eine Marktseite stark zu subventionieren, um zusätzliche Kunden auf der anderen Marktseite zu gewinnen. Unter gewissen Umständen kann es ihr sogar gelingen, eine Marktseite exklusiv zu binden, um Wettbewerber zu verdrängen bzw. potentielle Wettbewerber vom Markteintritt abzuhalten.⁵⁴ Dies ist eine verbreitete Strategie im Schweizer Werbemarkt: Die Werbevermittlungsmärkte in der Schweiz weisen historisch eine starke Trennung der verschiedenen Mediengattungen (Print, Audiovisuell, Aussenwerbung etc.) auf, wobei die grossen Werbevermittler ihr Geschäft häufig auf der Basis exklusiver Vermittlung von Werbefläche bzw. Werbezeit begründen/bzw. begründet haben.

39. Von einem Gesamtvermittlungsmarkt für Werbung könnte angesichts der verbreiteten exklusiven Vermittlung nur ausgegangen werden, wenn die Werbenden auf eine Preiserhöhung bei der Vermittlung einer Mediengat-

tung zum Vermittler einer anderen Mediengattung wechseln könnten.⁵⁵ Die verschiedenen Vermittler können aus Sicht der Werbenden aber nur als Substitut betrachtet werden, wenn für sie auch hinsichtlich der Bereitstellung von Werberaum die verschiedenen Mediengattungen Substitute darstellen. Die Nachfrage auf den Vermittlungsmärkten kann folglich aus der Nachfrage auf den Bereitstellungsmärkten abgeleitet werden

40. Die Parteien bringen nun vor, der Rückgang der Werbeumsätze im Printbereich sei ein Anzeichen für den Wettbewerbsdruck aus den anderen Mediengattungen und insbesondere aus dem Online-Bereich, weshalb zukünftig ein umfassender Gesamtwerbemarkt zu definieren sei.⁵⁶ Dieser Umsatzrückgang kann verschiedene Ursachen haben. Zum einen war seit 2007 ein weitgehend konjunkturell bedingter Rückgang der mit Werbung erzielten Umsätze zu verzeichnen.⁵⁷ Zum anderen gingen die Auflagen der Printmedien in den letzten Jahren deutlich zurück.⁵⁸ Dabei ist zu beachten, dass die Reichweite der Printmedien (d. h. die Anzahl der Kontakte) seit 2007 leicht zunahm, was insbesondere auf ein starkes Wachstum bei den Gratiszeitungen zurückzuführen ist.⁵⁹

⁴⁷ RPW 2007/2, 201 ff, Rz 80 ff, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁴⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007, RPW 2010/2, 336, E 5, *Publigroupe/WEKO* und BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 128, E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

BGer 2C_484/2010 vom 29.06.2012, E 9.2.3, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁴⁹ Meldung, Rz 67 ff.

⁵⁰ RPW 2007/2, 203, Rz 99, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*. Der «Verkauf» bezieht sich nur auf die Tätigkeit der vertikal integrierten Eigenregieverlage, die aber im relevanten Markt ebenfalls durch die Vermittlung des eigenen Werberaums tätig sind.

⁵¹ RPW 2007/2, 202, Rz 85 ff, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵² RPW 2007/2, 202, Rz 89 ff, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵³ Vgl. JEAN-CHALES ROCHET/JEAN TIROLE, Platform Competition in Two-Sided Market, *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1014 ff. In diesem Zusammenhang kann noch darauf hingewiesen werden, dass die WEKO im Online-Bereich zur Beschreibung zweiseitiger Märkte zwei über eine Plattform miteinander verbundene Teilmärkte abgegrenzt hat, einerseits einen Markt, auf dem sich die Vermittler von Online-Werbefläche und die Werbenden gegenüberstehen; andererseits einen Markt, auf dem sich die Vermittler von Online-Werbefläche und die Betreiber von Webseiten gegenüberstehen. Vgl. RPW 2013/2, 354, Rz 33 ff., Tamedia AG/PPN AG.

⁵⁴ Vgl. BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, Chicken & egg: competition among intermediation service providers, *RAND Journal of Economics*, 34/12, 2003, 320 ff.

⁵⁵ Die indirekten Netzwerkeffekte haben auch zur Folge, dass eine Preiserhöhung auf einer Marktseite die Nachfrage auf beiden Marktseiten beeinträchtigt, weshalb eine Preiserhöhung unter Umständen weniger lohnend ist. Dieser Feedback-Effekt kann durch die Subventionierung einer Marktseite bzw. mit Hilfe von exklusiven Verträgen gebremst werden, vgl. u.a. DAF/COMP/WF(2009)69, OECD Roundtable on Two-Sided Markets, Note by the Delegation of the European Commission, 2009, Rz 44 f.

⁵⁶ Meldung, Rz 70 f.

⁵⁷ Werbeaufwand Schweiz 2013, Stiftung Werbestatistik, 3 ff.

⁵⁸ Media Trend Journal, Dezember 2013, 13 ff.

⁵⁹ WEMF AG, MACH Basic 2012-2, 2 ff.

41. Seit 2007 nahm die Nutzung von Online-Medien insgesamt deutlich zu, wodurch neue Nutzungsformen und -verhalten für die Werbung erschlossen werden konnten. Die Beobachtung alleine, dass die Konsumenten ihren Medienkonsum vom Print- in den Onlinebereich verlagerten, lässt allerdings noch keine Rückschlüsse auf allfällige Substitutionsbeziehungen zwischen diesen Mediengattungen zu. Die Werbung wandert mit den Konsumenten, der einzelne Konsument kann aber unter Umständen bezüglich einer bestimmten Werbung bzw. Werbewirkung immer noch nur über ein bestimmtes Medium erreicht werden. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass sich die Werbung in den unterschiedlichen Medientypen aufgrund der Gestaltungsoptionen und des Adressatenkreises wesentlich unterscheidet. Jedes Medium weise hinsichtlich der Werbemöglichkeiten unterschiedliche Eigenschaften und Vorteile auf.⁶⁰ So kann beispielsweise die junge Generation, die in erster Linie Online-Medien konsumiert, vor allem über diese erreicht werden. Andere Konsumenten, die regelmässig verschiedene Medienkanäle nutzen, können aus Sicht der Werbenden zwar über mehrere Kanäle erreicht werden, eine bestimmte Werbewirkung kann aber aufgrund des Nutzungsverhaltens unter Umständen nur über einen bestimmten Kanal erzielt werden.

42. Entscheidend für die Frage, ob hinsichtlich der Bereitstellung von Werberaum die verschiedenen Mediengattungen zum gleichen Markt gehören, ist nun, ob die Nutzer von Printmedien in einem signifikanten Umfang auch über Werbung in einer anderen Werbegattung (insbesondere Online) mit vergleichbarer Werbewirkung erreicht werden können.⁶¹ Das Bundesgericht hat diesbezüglich deutlich gemacht, dass nicht entscheidend sei, ob es Substitutionsangebote gibt, sondern vielmehr bis zu welchem Grad die fraglichen Güter austauschbar seien. Die Frage sei deshalb gradueller Art.⁶² Es gibt allerdings deutliche Hinweise, dass die einzelnen Mediengattungen aus der Sicht der Werber keine hinreichenden Substitute darstellen, um dem gleichen Markt zugerechnet zu werden. So veröffentlicht beispielsweise die Fachpublikation *Media Trend Journal* regelmässig eine Aufstellung über die Unterschiede bezüglich der Werbemöglichkeiten in den verschiedenen Mediengattungen, inklusive unterschiedlicher Charakteristika, Nutzerprofile, Kosten und der Aufgabe der verschiedenen Mediengattungen im Medien-Mix. In dieser Aufstellung werden deutlich Unterschiede hervorgehoben, die nicht auf eine Austauschbarkeit der Mediengattungen schliessen lassen. Die Tages- und Wochenendpresse wird etwa bezüglich der Aufgabe im Medien-Mix als Basismedium im nationalen, lokalen und regionalen Bereich, auch für crossmediale Kampagnen dargestellt. Im Gegensatz dazu wird der Online-Bereich als Vertriebskanal und interaktiver Dialogverstärker beschrieben, der sich insbesondere auch für Wettbewerbe und Gewinnspiele eignet.⁶³ Ein ähnlicher Intermedia-Vergleich wird auch von der *Publisuisse* regelmässig angeboten. Auch dort finden sich keine Hinweise darauf, dass der Online-Bereich als Substitut für Printwerbung betrachtet würde.⁶⁴ Auch eine von Goldbach Media in Auftrag gegebene Studie zu den Werbefenstern im Schweizer Fernsehwerbemarkt aus dem Jahr 2012 kommt zum Schluss, dass es ein Trugschluss sei, dass Werbung einfach zwi-

schen einzelnen Medien und Werbeträgern hin und her geschoben werden könne. Die gewünschte Werbewirkung in einer bestimmten Zielgruppe könne deshalb nicht einfach alternativ bei diesem oder jenem Medium oder Werbeträger eingekauft werden. Vor allem hohe Reichweiten müssten in der Regel über mehrere Medienkanäle hinweg kumuliert werden.⁶⁵

43. Ein weiterer Hinweis auf eine Substitutionsbeziehung zwischen den Mediengattungen könnte sein, wenn die Verlage die Preise für 1000 Kontakte⁶⁶ aufgrund des Wettbewerbsdrucks aus dem Online-Bereich in den letzten Jahren signifikant anpassen mussten. Die erreichten Zahlen⁶⁷ bezüglich der Entwicklung des Tausend-Kontakt-Preises lassen diesen Schluss allerdings nicht zu: in den letzten fünf Jahren sind die Tausend-Kontakt-Preise im Aggregat und bei praktisch allen Einzeltiteln angestiegen. Dies ist gemäss Meldung in erster Linie auf die rückläufigen Leserzahlen zurückzuführen.⁶⁸ Der Wert der bei den Printmedien verbliebenen Lesern hat sich aber offensichtlich nicht verringert bzw. die Nutzer der Printmedien können aus der Sicht der Werbenden immer noch in erster Linie über die Printmedien erreicht werden. Die Printmedien konnten sich bei der Bereitstellung von Werberaum dem Wettbewerbsdruck aus dem Online-Bereich offensichtlich entziehen.

44. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass für die Bereitstellungsmärkte im Grundsatz immer noch gilt, was auch 2007 im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbeagenturen VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern festgestellt wurde, dass nämlich aus der Perspektive der Werbenden die verschiedenen Mediengattungen – entsprechend der ständigen Praxis der WEKO⁶⁹ – nicht austauschbar sind und insbesondere die Online-Medien nicht ein hinreichendes Substitut zu den Printmedien darstellen.⁷⁰ Die verschiedenen Mediengattungen stehen vielmehr mehrheitlich in einer Ergänzungsbeziehung zueinander.⁷¹ Die Mediengattungen können deshalb bei der Bereitstellung von Werberaum nicht dem gleichen Markt zugerechnet werden.

⁶⁰ BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128, E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶¹ Vgl. JAMES D. RATLIFF/DANIEL L. RUNBINFELD, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2010, 672 ff.

⁶² BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶³ *Media Trend Journal*, Dezember 2013, 64.

⁶⁴ *Publisuisse*, *Media Guide 2013*, 120 ff.

⁶⁵ *Mediareports Prognos*, Studie Werbefenster im Schweizer Fernsehwerbemarkt, 2012, 24 und 36 f.

⁶⁶ Der Tausend-Kontakt-Preis gibt an, wie viel der Werbeauftraggeber für 1000 Auslieferungen/Anzeigen (Ad Views) seines Werbebanners zahlen muss.

⁶⁷ Quelle: WEMF AG, MACH Basic; Schreiben vom 06.05.2014, Beilage 1.

⁶⁸ Schreiben vom 06.05.2014.

⁶⁹ Vgl. statt vieler RPW 2009/3, 267, Rz 147, Rz 158, Rz 169 und Rz 172, *Tamedia/PPSR*.

⁷⁰ Vgl. auch BGE 139 I 72, 94 f. E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128, E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷¹ RPW 2007/2, 207, Rz 119, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbeagenturen VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

45. Davon abgeleitet ist auch die Vermittlung eines Werbekanals kein hinreichendes Substitut zur Vermittlung eines anderen Werbekanals, so dass es sich um jeweils einzelne Vermittlungsmärkte handelt. Insbesondere gibt es keine Hinweise darauf, dass die Vermittler von Pressewerbung von den Vermittlern für Online-Medien diszipliniert würden. Dies steht im Einklang mit der Praxis der WEKO bezüglich der Marktabgrenzung im Online-Bereich.⁷²

46. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass in Zukunft ein weiter gefasster Markt für die Vermittlung von Werbung abgegrenzt werden kann, sofern die Werbetenden in einem signifikanten Umfang die Vermittlung von Multichannel-Werbung nachfragen. Es ist denn auch das erklärte Ziel der Aurelius, die Zielgesellschaften zu einem medienübergreifenden Dienstleister in der Werbevermarktung weiterzuentwickeln. Dieses Szenario ist aber nicht mit dem oben beschriebenen Gesamtmarkt zu verwechseln. Bei der Vermittlung von Multichannel-Werbung bestünde das nachgefragte Produkt aus einem Bündel verschiedener Werbekanäle, die sich gegenseitig ergänzen.

47. Solange in der Schweiz die Vermittlung von Werberaum noch verbreitet exklusiv erfolgt, ist allerdings nicht zu erwarten, dass ein einheitlicher Markt für die Vermittlung von Multichannel-Werbung besteht. Ein deutliches Indiz dafür ist auch die im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens geplante Abspaltung des Online-Bereichs vom Print-Bereich der Publigroupe: Offensichtlich erfolgt die Vermittlung der Werbeflächen für die einzelnen Medienformen immer noch weitgehend getrennt.

48. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall weiterhin vom Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien auszugehen ist.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

49. 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).

50. Im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern wurde der Markt in räumlicher Hinsicht national abgegrenzt.⁷³ Für den Rahmen der vorläufigen Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gibt es keinen Grund, von dieser Einschätzung abzuweichen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

51. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern festgestellt, dass die Publigroupe in diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.⁷⁴ Nachfolgend wird deshalb bezüglich der voraussichtlichen Stellung auf dem betroffenen Markt insbesondere geprüft, ob es aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens unter Umständen zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG kommt.

52. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen, da die Aurelius Gruppe keine Aktivitäten im relevanten Markt aufweist. Aurelius hat auch keine ausländischen Aktivitäten in diesem Bereich.⁷⁵ Ausserdem hat Aurelius gemäss Meldung auch keinen Eintritt in den relevanten Markt geplant.⁷⁶ Damit kommt es weder bei der aktuellen noch bei der potentiellen Konkurrenz zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung.

53. Es stellt sich noch die Frage, ob aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses Verbundeffekte resultieren, die dazu geeignet sind, die marktbeherrschende Stellung der Zielgesellschaften zu verstärken. Verbundeffekte könnten vorliegen, falls die Aurelius vorgelagert, nachgelagert oder benachbart in einem Markt tätig wäre, und dies ihr erlauben würde, signifikante Kostenvorteile zu generieren. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte könnten derartige Kostenvorteile, insbesondere bei exklusiven Verträgen, zu einer Verstärkung der Marktstellung führen.⁷⁷ Gemäss Meldung hat die Aurelius keine Aktivitäten in einem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt, weder in der Schweiz noch im Ausland.⁷⁸ Dazu ist allerdings anzumerken, dass die brightONE sehr wohl in einem vorgelagerten Markt tätig ist, nämlich bei der Entwicklung von Software-Lösungen für die Verwaltung von Multichannel-Werbung. Gemäss Angaben der Parteien handelt sich dabei allerdings im umfangreichen CRM-Portfolio der brightONE jedoch um kein zentrales Produkt, das gegenwärtig [...] erbracht wird.⁷⁹ Es ist nicht zu erwarten, dass die Zielgesellschaft aufgrund der Produkte von brightONE irgendwelche signifikanten Kostenvorteile erreichen kann, zumal die mit der Software von Mediaspectrum in diesem Bereich bereits über ein ausgereiftes Produkt verfügt. Das Portfolio der Aurelius enthält daher keine Produkte bzw. Aktivitäten, die dazu geeignet wären, die Marktstellung der Zielgesellschaften zu verstärken. Vorliegend wird vielmehr der Online-Bereich der Zielgesellschaften vom Print-Bereich getrennt und somit auf gewisse Verbundeffekte verzichtet.

54. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

⁷² Die WEKO hat beispielsweise im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Publigroupe / ImproveDigital einen Markt für die Vermittlung von Online Werbeflächen abgegrenzt; vgl. RPW 2013/1, 97, Rz 44 ff., *Publigroupe/ImproveDigital*.

⁷³ RPW 2007/2, 207, Rz 121, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁷⁴ RPW 2007/2, 201 ff., Rz 80 ff., *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁷⁵ Meldung, Rz 77 ff.

⁷⁶ Meldung, Rz 79.

⁷⁷ Vgl. RPW 2005/2, 378, Rz 162 ff., *Swisscom – Cinetrade*.

⁷⁸ Meldung, Rz 62 und Rz 79.

⁷⁹ Schreiben vom 06.05.2014.

B.5 Nebenabreden

55. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren notwendig sind. Abreden, die notwendig sind und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit nicht Nebenabreden in diesem Sinne entsprechen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Diese unterliegen allenfalls einer separaten Prüfung nach Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

56. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Nebenabreden grundsätzlich an der Bekanntmachung⁸⁰ der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, orientiert.

57. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist, ohne für den Zusammenschluss notwendig zu sein. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.

58. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.

59. In der Meldung wird ausgeführt, dass sich die Publigroupe gemäss Aktienkaufvertrag, während [...] nach Vollzug des Zusammenschlusses auf ein Konkurrenzverbot bezüglich der [...] verpflichtet.⁸¹ Dieses umfasst die folgenden Punkte: [...]

60. Zudem verbietet der Aktienkaufvertrag der Publigroupe während [...] nach dem Vollzug des Zusammenschlusses [...]⁸²

61. Bezüglich des Abwerbeverbots [...] kann festgehalten werden, dass sich die in der Meldung vorgebrachten Gründe⁸³ mit der Praxis der Wettbewerbskommission decken.⁸⁴ Es ist einerseits unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden; andererseits ist es aufgrund des drohenden [...] auch für den Zusammenschluss notwendig. Ein selektives Abwerben von [...] würde den Unternehmenswert höchstwahrscheinlich stark beeinträchtigen. In Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission erscheint auch die Dauer von [...] gerechtfertigt.⁸⁵

62. Anders zu beurteilen ist das [...]. Gemäss der Praxis der EU-Kommission muss sich ein Wettbewerbsverbot auf Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Dazu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf dem Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird hingegen als unnötig erachtet.⁸⁶

63. Im Rahmen der Meldung gaben die Parteien an, dass sich die Entwicklung eines Angebotes für [...]. Das Angebot werde voraussichtlich nicht innerhalb [...].⁸⁷ Die fraglichen Vertragsklauseln können somit nicht als Nebenabrede qualifiziert werden.

B.6 Ergebnis

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

⁸⁰ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung Nebenabreden), ABI C 56 vom 05.03.2005, 24 ff.

⁸¹ Meldung, Rz 43.

⁸² Meldung, Rz 44.

⁸³ Meldung, Rz 45.

⁸⁴ Vgl. u.a. RPW 2012/1, 139, Rz 18 ff., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁸⁵ EU-Bekanntmachung Nebenabreden, Rz 20 und Rz 26.

⁸⁶ EU-Bekanntmachung Nebenabreden, Rz 23.

⁸⁷ Meldung, Fn 25.

B 2.3

3. Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Juli 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. Juli 2014

A Sachverhalt

1. Am 13. Juni 2014 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) von

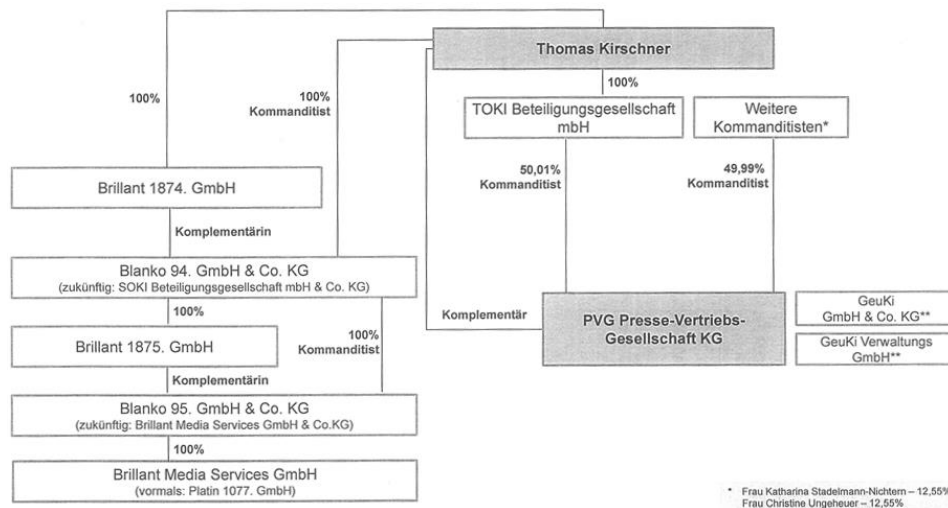


Abbildung 1: Beteiligungsstruktur der TK-Gruppe²

3. Bei den in Abbildung 1 erwähnten TK-Gruppengesellschaften Brilliant, Blanko 95. GmbH & Co. KG (zukünftig: Brilliant Media Services GmbH & Co. KG), Brilliant 1875. GmbH, Blanko 94. GmbH & Co. KG (zukünftig: SOKI Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG), Brilliant 1874. GmbH und TOKI Beteiligungsgesellschaft mbH, handelt es sich um Beteiligungsgesellschaften, die keiner eigenen operativen Geschäftstätigkeit nachgehen. Die einzige operativ tätige Gruppengesellschaft ist die PVG Presse-Vertriebs-Gesellschaft KG (nachfolgend: PVG). Die Geuki GmbH & Co. KG und die Geuki Verwaltungs GmbH sind inaktiv.³

4. PVG ist in Deutschland als Pressegrossistin tätig. Eine Pressegrossistin ist das Bindeglied zwischen den Verlagen und den Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen. Die Tätigkeit einer Pressegrossistin beinhaltet im Wesentlichen die Sortimentierung, Kommissionierung und Distribution sowie Abholung und Rückführung von Presseerzeugnissen (insb. Zeitungen und Zeitschriften) für den Einzelverkauf. Laut Meldung liefert PVG in den Gebieten Mittelhessen, Rhein-Main sowie Rheinland-Pfalz Süd aufgrund von Vereinbarungen mit den Verla-

gen sämtliche Presserzeugnisse an den stationären Einzelhandel.⁴ Auf die Tätigkeit von Pressegrossisten wird nachfolgend im Rahmen der Marktabgrenzung noch näher eingegangen (vgl. Rz 33 ff.).

A.1 Involvierte Unternehmen**A.1.1 Thomas Kirschner**

2. Brilliant ist Teil einer Gruppe von Gesellschaften mit Sitz in Frankfurt am Main, die von Thomas Kirschner kontrolliert wird (nachfolgend: TK-Gruppe). Die Beteiligungsstruktur der TK-Gruppe sieht wie folgt aus:

¹ Meldung vom 13.6.2014 (nachfolgend: Meldung).

² Meldung, Beilage 2.

³ Vgl. Meldung, Rz 6 ff.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 10.

5. Neben dem Pressegrosshandel ist PVG über mehrere Tochtergesellschaften sowie einem Gemeinschaftsunternehmen mit der Axel Springer AG (nachfolgend:

ASAG) in weiteren Bereichen, insbesondere in der Logistik, tätig. Die Beteiligungsstruktur der PVG sieht wie folgt aus:

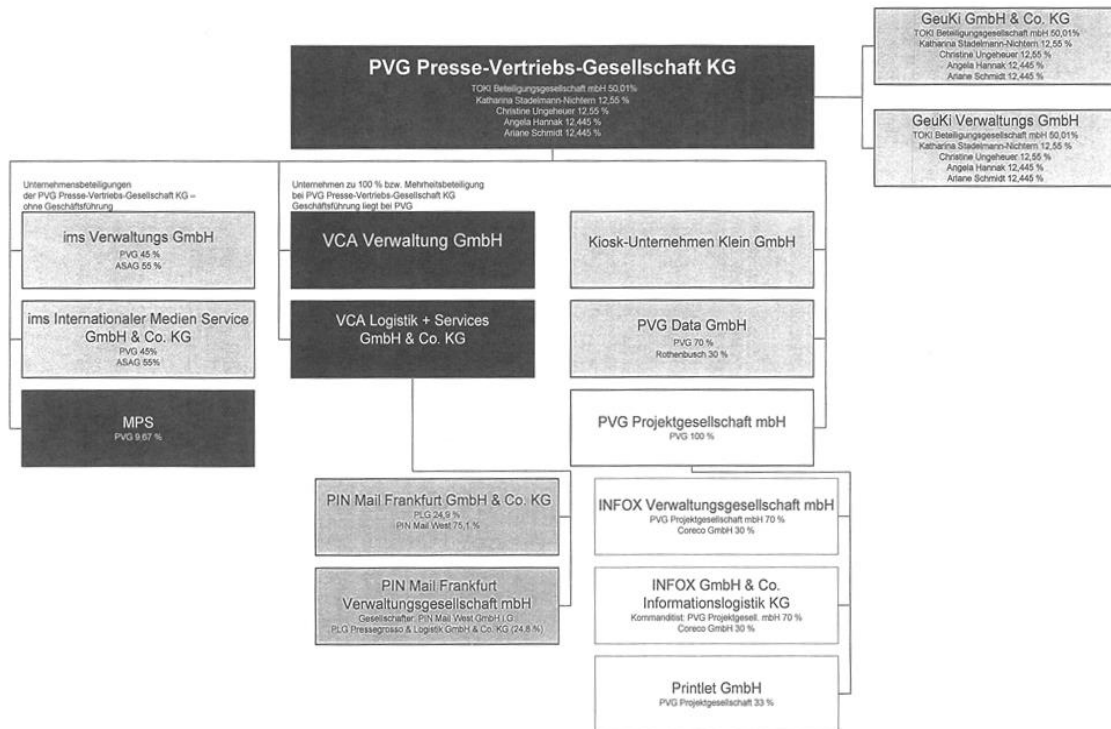


Abbildung 2: Beteiligungen PVG⁵

6. Mit Blick auf die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens interessieren vorab die folgenden in Abbildung 2 erwähnten Gesellschaften: VCA Logistik + Services GmbH & Co. KG (nachfolgend: VCA), PVG Data GmbH (nachfolgend: PVG Data) sowie ims Internationaler Medien Service GmbH & Co. KG (nachfolgend: IMS).

7. VCA erbringt logistische Dienstleistungen überwiegend im Printmedienbereich. Gemäss Meldung beinhalten diese Dienstleistungen namentlich die Belieferung von Zeitungszustellern im Rhein-Main-Gebiet mit den regionalen Tageszeitungen „Frankfurter Allgemeine Zeitung“, „Frankfurter Rundschau“ und „Frankfurter Neue Presse“, die Belieferung von Zustellern und Einzelhändlern mit Sonntagszeitungen in Teilen der Bundesländer Hessen und Rheinland-Pfalz, das Betreiben von Warenlagern und die auftragsweise Kommissionierung sowie den Warenversand für Dritte (z. B. für Lotto Hessen und Thomas Cook), logistische Dienstleistungen für IMS im Rhein-Main-Gebiet, Remissionsverarbeitung für Bahnhofsbuchhändler in Deutschland sowie Dienstleistungen im Bereich der Getränkelogistik.⁶

8. PVG Data verkauft Softwarelizenzen für die von ihr entwickelte „PVG Warenwirtschaftssoftware“ und erbringt Schulungs-, Wartungs- und IT-Beratungsdienstleistungen für die Softwareanwender.⁷

9. IMS betreibt eine bundesweite Zeitungs- und Zeitschriftenabonnements-Verwaltung und -Zustellung für Grosskunden. Sie beliefert namentlich Ministerien, Versicherungen, Grossbanken, Automobilkonzerne und

Krankenkassen mit Fachpublikationen, aber auch Publikumszeitschriften, Kommentaren, Fachbüchern, Gesetzestexten sowie Fortsetzungslieferungen u. a. in gedruckter und digitaler Form.⁸

10. Die genannten Gesellschaften der TK-Gruppe sind vorab in Deutschland tätig. In der Schweiz ist die TK-Gruppe nur insofern aktiv, als PVG bzw. PVG Data der VMS bestimmte Softwarelizenzen zum Betrieb ihres Pressegross-Geschäfts verkauft und dieser auch Software-Wartungsdienstleistungen, IT-Beratungsdienstleistungen sowie kaufmännische Dienstleistungen (Service-Center, Disposition, Rechnungsprüfung) erbringt.⁹

A.1.2 VMS

11. VMS mit Sitz in Muttenz ist eine Tochtergesellschaft der Valora Holding AG (nachfolgend: Valora) und in erster Linie als Pressegrossistin für den deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz tätig. Daneben erbringt VMS auch Logistikdienstleistungen für Dritte. Dabei stellt sie die Abholung, Grob- und Feinkommissionierung, Feinverteilung sowie Rückführung, Aufbereitung und Entsorgung von Waren im Paket-Bereich im Auftrag von Drittkunden sicher und erbringt Dienstleistungen in

⁵ Meldung, Beilage 4 sowie Schreiben vom 23.6.2014.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 12a.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 12d.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 12f.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 2 und 14.

der Presse-, Prospektversand- und Zusteller-Logistik sowie im Bereich der Nachtlogistik.¹⁰ Auf die Tätigkeit von VMS als Pressegrossistin wird im Rahmen der Marktabgrenzung noch ausführlicher eingegangen (vgl. Rz 36 ff.).

A.2 Vorhaben

12. Gemäss Meldung erwirbt Thomas Kirschner via Brillant mit Aktienkaufvertrag vom 6. Mai 2014 von Valora die vollständige Kontrolle über VMS (Kauf sämtlicher Aktien). Valora veräussert mit dieser Transaktion ihre Division „Services“ (unter Ausschluss der Valora-internen Warenlogistik) und damit ihre gesamte Geschäftstätigkeit im Bereich des Pressegrosshandels sowie der Drittkundenlogistik in der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz. Die Transaktion soll – abgestimmt auf die Valora-interne Ausgliederung der Geschäftsbereiche der „Division Services“ an VMS (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Rz 29) – wirtschaftlich rückwirkend per 1. Januar 2014 vollzogen werden.¹¹

A.3 Ziel des Zusammenschlusses

13. Valora ist eine europaweit agierende und unabhängige Unternehmensgruppe im Konsumgüterbereich. Der Konzern ist bisher in den drei Geschäftsfeldern Retail, Services und Trade aktiv, die ausnahmslos im Bereich der Versorgung von Konsumentenmärkten mit hohen Absatzpotenzialen tätig sind.¹² Gemäss Meldung setzt Valora mit der Veräusserung von VMS ihre neue strategische Ausrichtung auf den Bereich Retail und die Fokussierung auf den Einzelhandel an Hochfrequenzlagen weiter um.¹³

14. Mit dem Kauf von VMS setzt Thomas Kirschner bzw. die TK-Gruppe ihre Expansionsstrategie über PVG grenzüberschreitend fort. Laut Meldung wird PVG ihre Leistungen im Bereich des Pressegrosshandels sowie der Drittkundenlogistik, mit denen sie bereits in Deutschland tätig ist, in der Schweiz weiterentwickeln.¹⁴

A.4 Verfahren

15. Am 27. Mai 2014 wurde dem Sekretariat die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben überbracht.

16. Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 informierte das Sekretariat Thomas Kirschner, dass die eingereichte Meldung unvollständig sei und verlangte verschiedene Ergänzungen gemäss Art. 11 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) sowie zusätzliche Angaben gemäss Art. 15 VKU.

17. Am 13. Juni 2014 wurde dem Sekretariat die ergänzte Meldung inklusive der zusätzlich verlangten Angaben überbracht. Mit Schreiben vom 18. Juni 2014 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und verlangte weitere Angaben gemäss Art. 15 VKU, die mit Schreiben vom 23. Juni 2014 eingereicht wurden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

18. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und

öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

19. 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). Das KG geht von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von 2 Abs. 1^{bis} KG sind. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹⁵

20. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) kann auch natürlichen Personen, zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zukommen.¹⁶ In Anlehnung an die Praxis der EU werden natürliche Personen namentlich dann als Unternehmen erfasst, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen. D. h. ein Kontrollerwerb durch natürliche Personen wird dann als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.¹⁷

21. Thomas Kirschner und VMS sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

22. Betreffend Thomas Kirschner ist Folgendes anzumerken: Auch wenn Thomas Kirschner als natürliche Person den obligationenrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllt¹⁸, sind die bei Thomas Kirschner vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von ihm kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt. Diese stellt eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter Thomas Kirschner jeweils die TK-Gruppe als Ganzes verstanden.¹⁹

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 18.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 37.

¹² Vgl. Meldung, Rz 38.

¹³ Vgl. Meldung, Rz 40.

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 41.

¹⁵ Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGER 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 118 f. E.3, *Publigroupe SA et. al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E.4.1, *Publigroupe SA* und Mitbeteiligte/WEKO.

¹⁶ Vgl. RPW 2013/3, 390 Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; RPW 2014/2, 421 Rz 16, *Aurelius/Publicitas*.

¹⁷ Vgl. die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Br. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.2.2009, S. 15 Rz 12.

¹⁸ Vgl. Art. 963 des Bundesgesetzes vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁹ Vgl. RPW 2012/3, 681 Rz 23, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

24. Wie in Rz 12 beschrieben, erwirbt Thomas Kirschner sämtliche Aktien von VMS und erlangt dadurch die alleinige Kontrolle über die Zielgesellschaft VMS. Bei der Übernahme von VMS durch Thomas Kirschner handelt es sich somit um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

25. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von der meldenden Partei auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

26. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 5 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

27. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen betragen gemäss Meldung:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2013 (in Mio. CHF*)²⁰

	Thomas Kirschner	VMS
Weltweit	[...]	[...]
Schweiz	[...]	[...]

Wechselkurs: 1 EUR = 1,2308 CHF (durchschnittlicher Wechselkurs 2013)

28. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend nicht erfüllt. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG untersteht ein Zusammenschlussvorhaben jedoch ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG einer 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 oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

29. Mit Verfügung vom 5. Juli 1999 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Kiosk AG im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.²¹ Die Kiosk AG wurde 2007 im Rahmen einer internen Reorganisation der Valora-Gruppe mit Valora fusioniert.²² Laut Meldung sind die Dienstleistungen der Bereiche „Pressegrosso“ und „Presselogistik“ über mehrere Jahrzehnte, und seit einigen Jahren auch der Bereich „Drittkundenlogistik“, konzernintern innerhalb der Valora-Gruppe durch die Division Services erbracht worden, die gesellschaftsrechtlich ein Teil der Valora Schweiz AG (nachfolgend: Valora Schweiz) war. Das Unternehmen VMS ist – aufgrund einer konzerninternen Restrukturierung – auf dem Wege der Ausgliederung aus Valora Schweiz entstanden. Dies, indem Valora Schweiz gewisse zu den Geschäftsbereichen „Pressegrosso“, „Presselogistik“ und „Drittkundenlogistik“ zugehörige Aktiven und Passiven per

1. Januar 2014 auf die bis zu diesem Zeitpunkt ohne Geschäftstätigkeit bestehende Gruppengesellschaft VMS übertragen hat.²³

30. Damit kann festgestellt werden, dass die Dienstleistungen der ehemaligen Kiosk AG im Bereich des Pressevertriebs, mit Bezug auf welche das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung rechtskräftig festgestellt wurde, derzeit von der VMS erbracht werden. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt, womit das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

31. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

²⁰ Vgl. Meldung, Rz 13 und 101 ff.; Schreiben vom 23.6.2014.

²¹ RPW 1999/3 414, Rz 83, *Bahnhofkioske*.

²² RPW 2009/1, 78 Rz 12, *Valora AG/cenanova AG*.

²³ Vgl. Meldung, Rz 36.

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

B.4.1 Relevante Märkte

33. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben von Relevanz sind. Thomas Kirschner erbringt zwar ähnliche Dienstleistungen in den Bereichen Pressegrosshandel, Presselogistik und Drittkundenlogistik wie die Zielgesellschaft VMS, dies jedoch in Deutschland. In der Schweiz ist Thomas Kirschner bisher nur insofern aktiv, als er der VMS spezifische Softwarelizenzen für deren Tätigkeit als Pressegrossistin verkauft und damit verbundene Wartungs- und Beratungsdienstleistungen erbringt (vgl. Rz 10). Nebst diesen, den Aktivitäten der VMS als Pressegrossistin vorgelagerten Tätigkeiten, verfügt Thomas Kirschner über keine für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevanten Tätigkeiten in der Schweiz. Es kann deshalb ausgeschlossen werden, dass der zu prüfende Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen führt. Ein „betroffener Markt“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegt deshalb namentlich dort vor, wo der Marktanteil von VMS in der Schweiz mindestens 30 % beträgt. Gemäss Meldung ist dies ausschliesslich im Bereich Pressegrosshandel der Fall.²⁴

34. Betreffend die Tätigkeiten von VMS im Logistikbereich (namentlich im Bereich Drittkundenlogistik sowie im Bereich Presselogistik ausserhalb des nachfolgend beschriebenen Pressegrosshandels) ist anzumerken, dass in der Meldung plausibel dargelegt wurde, dass der Marktanteil von VMS unabhängig von der genauen Marktangrenzung deutlich unter der Schwelle von 30 % liegt, da in der Schweiz grosse nationale und internationale Wettbewerber wie namentlich DHL/Deutsche Post oder die Schweizerische Post tätig sind.²⁵

35. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird vorliegend auf die Darstellung derjenigen Bereiche verzichtet, in denen keine „betroffenen Märkte“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Nachfolgend wird deshalb einzig eine Marktangrenzung betreffend den Pressegrosshandel in der Schweiz vorgenommen.

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

Pressegrosshandel

37. In der Schweiz sind zwei Pressegrossistinnen tätig: In der deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz wird der Pressevertrieb an den Einzelhandel durch VMS organisiert. In der französischsprachigen Schweiz ist das Unternehmen Naville als Pressegrossistin tätig. Gemäss Meldung kann davon ausgegangen werden, dass der Pressegrosshandel über Naville in den Grundzügen ähnlich abläuft wie jener über VMS.²⁶ Für

die Marktangrenzung im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens erscheint es deshalb sachgerecht, die Dienstleistungen von VMS im Bereich des Pressegrosshandels als Ausgangspunkt für die Marktangrenzung heranzuziehen.

38. VMS beliefert Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen mit in- und ausländischen Zeitungen und Zeitschriften in verschiedenen Sprachen und retourniert die nicht verkauften Exemplare an die Verlage (Remission). Damit nimmt die VMS eine Mittlerfunktion zwischen den (in- und ausländischen) Herstellern von Presseerzeugnissen (nachfolgend: Verlage) und den Presseverkaufsstellen im deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz ein. Folglich sieht sie sich zwei verschiedenen Marktgegenseiten gegenüber.²⁷

39. Gemäss Meldung basiert der Pressevertrieb via VMS über Presseverkaufsstellen auf Kommissionsgeschäften mit Remissionsmöglichkeit. Die Zeitungen und Zeitschriften verbleiben im Eigentum der Verlage bis sie vom Einzelhändler einem Endkunden verkauft werden. Sowohl den Verkaufsstellen als auch VMS steht ein volles Remissionsrecht zu (d.h. im Falle des Nichtverkaufs können diese ohne Kostenfolge zurückgegeben werden). Der Verkaufspreis eines Pressetitels wird durch den jeweiligen Verlag einheitlich festgelegt. Für ihre Dienstleistungen erhalten die VMS und die Presseverkaufsstellen von den Verlagen eine Verkaufskommission.²⁸

40. Neben der Distribution und Rückführung umfasst die Dienstleistung der Pressegrossistin VMS auch die Disposition der Presseerzeugnisse. Darunter ist die Steuerung des Pressesortiments und der Liefermenge für die verschiedenen Verkaufsstellen anhand von individuellen Verkaufsergebnissen zu verstehen. Das Sortiment der Presseverkaufsstellen im deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz wird damit grundsätzlich durch die VMS bestimmt. Darüber hinaus übernimmt die VMS für die Verlage auch die Kommissionierung der einzelnen Presseverkaufsstellen.²⁹

41. Auf einen kurzen Nenner gebracht, besteht die Dienstleistung der Pressegrossistin VMS gegenüber den Verlagen im Wesentlichen darin, dass sie die jeweiligen Verlagstitel zeitgerecht an die für den Verkauf dieser Titel relevanten Presseverkaufsstellen in der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz liefert. Demgegenüber besteht die Dienstleistung der VMS gegenüber den Presseverkaufsstellen im Wesentlichen in der zeitgerechten Belieferung mit einem Pressesortiment, welches auf die Lesegewohnheit der jeweiligen Kundschaft abgestimmt ist.

42. Gestützt auf die obigen Ausführungen kann in Anlehnung an die bisherige Praxis der WEKO³⁰ für das

²⁴ Vgl. Meldung, Rz 59.

²⁵ Vgl. Meldung, Rz 55 und 71 ff.

²⁶ Vgl. Meldung, Rz 111.

²⁷ Vgl. auch RPW 1999/3, 470 Rz 14, *Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

²⁸ Vgl. Meldung, Rz 75.

²⁹ Vgl. auch Meldung, Rz 20.

³⁰ Vgl. RPW 1999/3, 406 Rz 37 ff., *Bahnhofskioske*; RPW 1999/3, 470 Rz 13 ff., *Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

vorliegende Zusammenschlussvorhaben von folgenden sachlich relevanten Märkten ausgegangen werden:

- Aus Sicht der der Marktgegenseite „Verlage“: *Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen*;
- Aus Sicht der der Marktgegenseite „Presseverkaufsstellen“: *Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf*.

43. Hinsichtlich des Marktes für den zeitgerechten Vertrieb von *Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen* ist Folgendes anzumerken: Eine aus Sicht der Verlage andere wichtige Vertriebsform für Presseerzeugnisse ist das sogenannte *Abonnementsgeschäft*. Mit dieser Vertriebsform wird letztlich dasselbe Ziel wie beim Vertrieb über Presseverkaufsstellen verfolgt, nämlich der Verkauf von Verlagstiteln an Endkunden. Allerdings werden mit dem Abonnementsgeschäft die regelmässigen Leser eines Titels anvisiert, während der Einzelverkauf über Presseverkaufsstellen vorwiegend Spontankäufer ansprechen soll. Der Vertrieb im Abonnement bedarf zudem einer anderen Verteilstruktur als der Einzelverkauf: Während beim Abonnementsgeschäft viele Abnehmer mit geringer Menge (sprich einem Zeitungs- bzw. Zeitschriftenexemplar) bedient werden, sind beim Einzelverkaufsgeschäft vergleichsweise wenige Abnehmer mit einer grossen Menge zu bedienen. Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass das Abonnementsgeschäft vom Einzelverkaufsgeschäft zu trennen und daher nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen ist.³¹

44. Hinsichtlich des *Marktes für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf* ist anzumerken, dass im Vertriebsgebiet der VMS gemäss Meldung in geringem Umfang auch eine Direktbelieferung von Presseverkaufsstellen durch einzelne Verlage stattfindet.³² Von diesen Verlagen wird den Verkaufsstellen jedoch nicht ein gleich breites Pressesortiment geliefert wie von VMS, sondern nur ein auf die jeweiligen Verlagstitel beschränktes Sortiment. Insofern dürfte die Dienstleistung einer Pressegrossistin für die einzelne Verkaufsstelle nur bedingt mit Direktbelieferungen durch die verschiedenen Verlage substituierbar sein. Dies gilt umso mehr dann, wenn nicht alle wichtigen Verlage eine solche Direktbelieferung anbieten. Damit ist es fraglich, ob die Direktbelieferung von Presseverkaufsstellen durch die Verlage ebenfalls dem Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf zuzuordnen ist. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses kann diese Frage offen gelassen werden, da gemäss Meldung der Anteil am Marktvolumen vernachlässigt werden kann.³³

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen

46. Für den Vertrieb ihrer Titel im Einzelverkauf über Presseverkaufsstellen benötigen die Verlage in räumlicher Hinsicht je nach Streuung des entsprechenden Titels die Vertriebsdienste auf eine bestimmte Region begrenzt, landesweit oder grenzüberschreitend. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Nachfragegebiet für die Vertriebsdienste bei den meisten Presseerzeugnissen auch von den Sprachgrenzen mitbestimmt wird.³⁴ So dürften betreffend das Gebiet der Schweiz inwie ausländische Verlage ihre deutsch-, französisch- oder italienischsprachigen Titel vorwiegend über Presseverkaufsstellen in der deutsch-, französisch- bzw. italienischsprachigen Schweiz verkaufen.

47. In Anlehnung an die bisherige Praxis der WEKO³⁵ erscheint es für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens deshalb als sachgerecht, betreffend den sachlichen *Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen* separate räumlich relevante Märkte je Sprachregion (deutschsprachige Schweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz) abzugrenzen.

Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf

48. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf in räumlicher Hinsicht stark abhängig von den Sprachregionen ist, da die Presseverkaufsstellen in der deutsch-, französisch- und italienischsprachigen Schweiz unterschiedliche Pressesortimente nachfragen: In der deutsch- und französischsprachigen Schweiz dürften die Presseverkaufsstellen hauptsächlich deutsch- bzw. französischsprachige Presseerzeugnisse benötigen. In der italienischsprachigen Schweiz dürften die Presseverkaufsstellen hingegen aufgrund des wichtigen Tourismussektors neben der Belieferung mit überwiegend italienischsprachigen auch stark an einer Belieferung mit nicht-italienischsprachigen Presseerzeugnissen (insb. deutschsprachige) interessiert sein.³⁶

49. In Anlehnung an die bisherige Praxis der WEKO³⁷ erscheint es im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens sachgerecht, für den *Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem abgestimmten Pressesortiment für den Einzelverkauf* separate räumliche relevante Märkte je Sprachregion (deutschsprachige Schweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz) abzugrenzen.

³¹ Vgl. RPW 1999/3, 471 Rz 18, Valora Holding AG – *Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

³² Vgl. Meldung, Rz 62.

³³ Vgl. auch Meldung, Rz 62.

³⁴ Vgl. RPW 1999/3, 472 Rz 25, Valora Holding AG – *Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

³⁵ Vgl. RPW 1999/3, 471 Rz 22, Valora Holding AG – *Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

³⁶ Vgl. Vgl. RPW 1999/3, 471 Rz 21 ff., Valora Holding AG – *Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

³⁷ Vgl. RPW 1999/3, 411 Rz 68 ff., *Bahnhofskioske*; RPW 1999/3, 471 Rz 21 ff., Valora Holding AG – *Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

B.4.1.3 Zwischenergebnis

50. Wie in Rz 37 ausgeführt, wird der Pressevertrieb an den Einzelhandel im deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz durch VMS organisiert. In der französischsprachigen Schweiz ist das Unternehmen Naville als Pressegrossistin tätig. Für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind damit die folgenden Märkte relevant:

- Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen in der deutschsprachigen Schweiz;
- Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen in der italienischsprachigen Schweiz;
- Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf in der deutschsprachigen Schweiz;
- Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf in der italienischsprachigen Schweiz.

51. Da VMS gemäss Meldung die derzeit einzige Vertriebspartnerin für Presseerzeugnisse aller Verlagshäuser für den Einzelverkauf in der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz ist und entsprechend in den von ihr bearbeiteten Märkten über einen Marktanteil von gegen 100 % verfügt³⁸, handelt es sich bei den genannten relevanten Märkte um „betroffene Märkte“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

52. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung *Bahnhofkioske* festgestellt, dass die Kiosk AG – bzw. wie

unter Rz 29 f. aufgezeigt derzeit die VMS – im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.³⁹ Vor diesem Hintergrund sowie gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass VMS auf den betroffenen Märkten bereits heute über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Nachfolgend wird deshalb bezüglich der voraussichtlichen Stellung auf den betroffenen Märkten insbesondere geprüft, ob es aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens unter Umständen zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG kommt. Da sich aus wettbewerblicher Sicht für die betroffenen Märkte grundsätzlich dieselben Effekte ergeben, werden die Wettbewerbsverhältnisse nachfolgend zusammen betrachtet.

Aktueller Wettbewerb

53. Thomas Kirschner ist bislang nur in Deutschland im Pressegrosshandel tätig, nicht aber in der Schweiz (vgl. Rz 4). Thomas Kirschner und VMS sind nicht auf denselben räumlich relevanten Märkten tätig und stehen somit auch nicht im aktuellen Wettbewerb zueinander. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt demnach zu keinen Marktanteilsadditionen. Damit kommt es auf den betroffenen Märkten nicht zu einer Verminderung der aktuellen Konkurrenz und somit mit Bezug auf die aktuelle Konkurrenz auch nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von VMS.

Potenzieller Wettbewerb

54. Thomas Kirschner ist derzeit in Deutschland in den Gebieten Mittelhessen, Rhein-Main sowie Rheinland-Pfalz Süd im Pressegrosshandel tätig (vgl. Rz 4). Wie aus der nachfolgenden Abbildung 3 hervorgeht, grenzt das Vertriebsgebiet von Thomas Kirschner nicht unmittelbar an dasjenige von VMS:

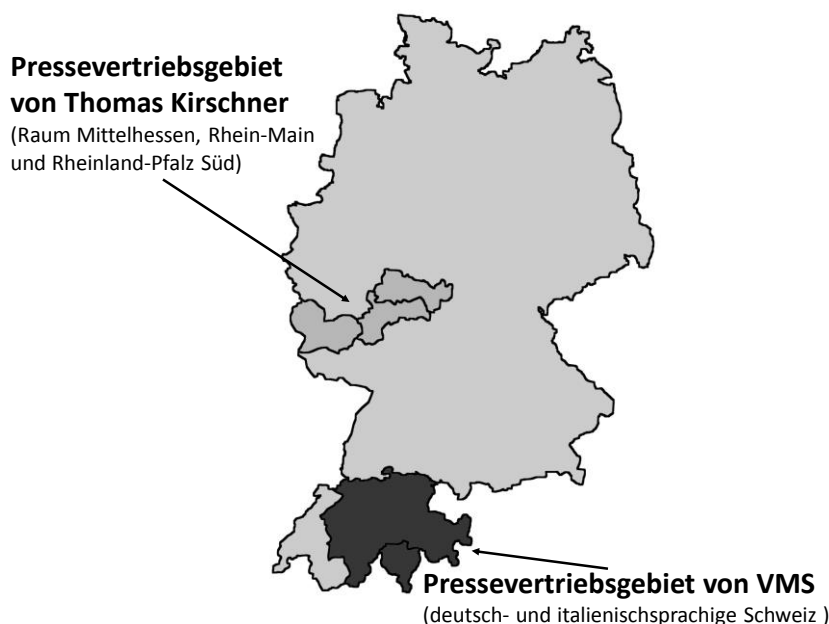


Abbildung 3: Pressevertriebsgebiete der beteiligten Unternehmen⁴⁰

³⁸ Vgl. Meldung, Rz 61 und 68.

³⁹ RPW 1999/3, 414, Rz 83, *Bahnhofkioske*.

⁴⁰ Vgl. auch Meldung, Rz 109.

55. Die Abbildung der Pressvertriebsgebiete von Thomas Kirschner und VMS macht deutlich, dass Thomas Kirschner nicht auf die bestehende logistische Infrastruktur in den Gebieten Mittelhessen, Rhein-Main sowie Rheinland-Pfalz Süd Rückgriff nehmen kann, um auch in der Schweiz im Pressegrosshandel tätig zu werden. Wie in der Meldung geltend gemacht, müsste Thomas Kirschner hierfür eine neue logistische Infrastruktur in der Schweiz aufbauen.⁴¹ Der Markteintritt eines Pressegrosshändlers ohne vorbestehende Logistikinfrastruktur in der Schweiz erscheint als eher unwahrscheinlich, weshalb Thomas Kirschner wohl bereits aus diesem Grund nicht als potenzieller Konkurrent von VMS anzusehen ist.

56. Die WEKO hat zudem im Rahmen der Untersuchung *Bahnhofkioske* festgestellt, dass der Vertrieb von Presseerzeugnissen spezielle ökonomische Eigenschaften aufweise. Die Versorgung der unterschiedlichen Presseverkaufsstellen im gesamten räumlich relevanten Markt werde kostenmässig dadurch optimiert, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen werde (Bündelungsvorteile). Belieferungssysteme pro Zeitung bzw. Zeitschrift oder pro Verlag würden in aller Regel höhere Kosten verursachen. Wie die physische Belieferung weise auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierung, Rücknahme nicht verkaufter Exemplare) Eigenschaften auf, die die Annahme zulassen würden, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt werden. Die Leistungen im relevanten Markt würden somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.⁴²

57. Aufgrund dieser von der WEKO festgestellten Charakteristika des Vertriebs von Presseerzeugnissen ist davon auszugehen, dass Thomas Kirschner nicht als eigentlicher Wettbewerber, sondern nur anstelle von VMS als Pressegrossist in den Markt eintreten könnte. Da gemäss Meldung zwischen den Verlagen und VMS gute Vertragsbeziehungen bestehen, wäre es für Thomas Kirschner wohl selbst bei Aufbau einer eigenen logistischen Infrastruktur in der Schweiz kaum möglich, innert der für eine effektive potenzielle Konkurrenz erforderlichen Frist im Pressegrosshandel in der deutsch- und/oder italienischsprachigen Schweiz tätig zu werden.⁴³

58. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Verminderung der potenziellen Konkurrenz auf den betroffenen Märkten führt. Entsprechend kommt es auch hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von VMS.

Verbundeffekte

59. Es stellt sich schliesslich noch die Frage, ob aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses Verbundeffekte resultieren, die dazu geeignet sind, die marktbeherrschende Stellung der VMS zu verstärken. Verbundeffekte könnten vorliegen, falls Thomas Kirschner vorgelegt, nachgelagert oder benachbart in einem Markt tätig wäre, und dies es ihm erlauben würde, signifikante Kostenvorteile zu generieren.

60. Wie in Rz 10 erwähnt, verkauft Thomas Kirschner der VMS Softwarelizenzen für deren Tätigkeit als Pressegrossistin und erbringt auch damit verbundene Wartungs- und Beratungsdienstleistungen. Thomas Kirschner erbringt somit Dienstleistungen, die VMS für ihre Tätigkeit als Pressegrossistin in der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz benötigt. Es kann davon ausgegangen werden, dass diese Dienstleistungen Märkten zuzuordnen sind, die den betroffenen Märkten im Bereich Pressegrosshandel vorgelagert sind (vgl. Rz 33). Durch die Übernahme der VMS durch Thomas Kirschner fallen die Kosten weg, die VMS derzeit für die genannten Dienstleistungen entrichtet.

61. Unabhängig von der Prüfung einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen, ist vorliegend allerdings davon auszugehen, dass auch andere Unternehmen über entsprechende Logistiksoftware für den Pressegrosshandel verfügen und ähnliche Kosteneffekte realisieren könnten. Entsprechend führen die vorliegenden Verbundeffekte nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von VMS.

Mögliche Verbesserung der Wettbewerbssituation auf der Stufe Presseeinzelhandel

62. Durch die Änderung der Kontrolle an der Zielgesellschaft VMS wird die bisherige Valora-interne Vertikalbeziehung zwischen dem Pressegrosshandel und dem Presseeinzelhandel beendet. Der Bereich Pressegrosshandel wird an einen unabhängigen Dritten verkauft, der – anders als Valora – keine eigenen Presseverkaufsstellen in der Schweiz betreibt.⁴⁴

B.4.3 Ergebnis

63. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von VMS auf den betroffenen Märkten verstärken würde. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁴¹ Vgl. Meldung, Rz 110.

⁴² Vgl. RPW 1999/3, 412 Rz 71, *Bahnhofkioske*.

⁴³ Vgl. Meldung, Rz 110.

⁴⁴ Vgl. auch Meldung, Rz 3.

B 2.3

4. Carlyle/PAI/CST

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 18. Juni 2014

1. Am 23. Mai 2014 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den beabsichtigten Erwerb der gemeinsamen Kontrolle – indirekt mittels mehrerer Investitionsvehikeln – durch die The Carlyle Group L.P. (nachfolgend: Carlyle) und die PAI partners S.A.S. (nachfolgend: PAI partners) über die Geschäftseinheit Custom Sensors and Technologies (nachfolgend: CST) der Schneider Electric SA und deren verbundenen Unternehmen.

2. Carlyle ist ein global tätiger Alternative Asset Manager und verwaltet Fonds, die weltweit in vier Investmentkategorien in elf Industrien investieren: Corporate Private Equity, Real Assets, globale Marktstrategien sowie Solutions.¹ Drei der Portfolio-Gesellschaften, die von mit Carlyle verbundenen Unternehmen verwalteten Fonds kontrolliert werden, haben ihren Hauptsitz in der Schweiz: AMEOS, ein Krankenhausbetreiber in Deutschland und Österreich mit Hauptsitz in Zürich, KCS.net, ein Anbieter von Unternehmenssoftware mit Hauptsitz in St. Gallen, und Varo Energy Holding S.A.,² ein von Carlyle und der Vitol Holding B.V. gemeinsam kontrolliertes Unternehmen mit Sitz in Genf, das hauptsächlich im Bereich der Erdölraffination und des Verkaufs von Erdölfertigungsprodukten tätig ist.

3. PAI partners ist eine unabhängige Gesellschaft mit Sitz in Paris, die zu 100 % ihren Partnern gehört und Private Equity Fonds verwaltet und berät. Sie investiert in fünf Kernbereiche, nämlich in Business Services, Lebensmittel und Konsumgüter, allgemeine Industrie, Gesundheitswesen und Einzelhandelsvertrieb.³ Zwei der Portfolio-Gesellschaften, die durch von PAI partners verwaltete und/oder beratene Fonds kontrolliert werden, haben ihren Hauptsitz in der Schweiz: Swissport, die Bodenabfertigungsdienste an Flughäfen anbietet, und die Nuance Group AG, die im Reiseeinzelhandel und im Duty-Free-Einkauf tätig ist.

4. CST ist eine Geschäftseinheit, die elektrische und elektronische Komponenten, nämlich Sensoren, Schalter, Automations- und Kontrollgeräte sowie Gleichstrom-Kleinmotoren (Direct Current (DC)-Kleinmotoren) produziert und verkauft. CST gehört zurzeit zu 100 % Schneider und umfasst zwei seiner Tochterunternehmen: Custom Sensors & Technologies, Inc. und Crouzet Automatismes S.A.S. (nachfolgend: CA). CA verfügt u.a. über eine 100-prozentige Tochtergesellschaft in der Schweiz, die Crouzet AG, welche in sämtlichen obengenannten Geschäftsbereichen von CST tätig ist.

5. Sensoren sind Geräte, welche Informationen innerhalb eines elektronischen Systems liefern, indem sie eine physikalische Grösse messen und diese in ein optisches oder elektronisches Signal umwandeln. Sie werden in unterschiedlichen Industrien eingesetzt, um z.B. Temperatur, Position, Druck, Nähe, Verschiebung, Stand/Pegel, Geschwindigkeit, Masse sowie andere Gegebenheiten zu messen.⁴ CST produziert und verkauft Inertialsensoren, Positionssensoren, Drucksensoren, lineare (LVDT) sowie rotierende (RVDT) variable Differentialtransformatoren (eine Art von Positionssensor) und Encoder, die eine Winkelposition oder -bewegung in einen analogen oder digitalen Code konvertieren.

6. Schalter werden in den unterschiedlichsten Industrien eingesetzt. Ihre Hauptfunktion besteht darin, Teile eines elektrischen Kreislaufs mit der Stromversorgung zu verbinden oder abzutrennen. Je nach Aufgabestellung erfolgt dies mittels eines mechanischen Schalters, eines Transistors oder eines Relais. CST produziert und verkauft elektronische und elektrisch betriebene Schalter, wie z.B. elektro-mechanische Schalter, Stromkreisunterbrecher, Mikroschalter und andere Kontrollschalter sowie Schalträder, Kontrollgriffe und Schaltknöpfe, die in der Luftfahrtindustrie und einem breiten Spektrum industrieller Anwendungen eingesetzt werden.⁵

7. CST produziert und verkauft ebenfalls Smart Relais, Zähler, Timer sowie Festkörper-Relais (Solid State Relais), welche für den Bau von Automations- und Kontrollsystemen verwendet werden. Solche Systeme stellen Lösungen bereit für die Überwachung, Beaufsichtigung, Kontrolle und Automation von Objekten, Maschinen, industriellen Prozessen oder Systemen sowie Infrastrukturen.⁶

8. Ein Motor ist ein Gerät, das Energie in Bewegung umwandelt. Motoren haben einen breiten Anwendungsbereich und umfassen kleine elektrische Motoren bis hin zu grossen Verbrennungsmotoren. Sie können auf Basis der Energieart, die sie umwandeln (d.h. elektrische Motoren, Hydraulikmotoren, Pneumatikmotoren usw.), der Grösse und der Funktionalität kategorisiert werden. CST produziert und verkauft eine Reihe von Gleichstrom-Kleinmotoren mit einer Ausgangsleistung von unter 750W.

¹ Vgl. dazu auch <<http://www.carlyle.com/our-business>> (17.6.2014).

² Vgl. dazu auch RPW 2014/1, 305, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*.

³ Vgl. dazu auch <<http://www.paipartners.com/Our-Sectors.htm>> (17.6.2014).

⁴ Vgl. dazu z.B. Fall Nr. IV/M.1053 (1998), Rz 9, *Mannesmann/Philips*.

⁵ Vgl. dazu z.B. Case No COMP/M.5755 (2010), Rz 13, *Schneider Electric/Areva T&D*.

⁶ Vgl. Case No COMP/M.7005 (2013), Rz 7, *Schneider Electric/Invensys*.

9. In der Schweiz gibt es zur Abgrenzung der relevanten Märkte in den Bereichen Sensoren, Schalter, Automations- und Kontrollgeräte sowie Gleichstrom-Kleinmotoren bisher keine Fallpraxis. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat sich mit der Marktabgrenzung im Bereich von Sensoren in der Automobilelektronik auseinandergesetzt. Gemäss Praxis der EU-Kommission stellen Sensoren je nach ihrer Zweckbestimmung eigene sachlich relevante Märkte dar.⁷ Die EU-Kommission identifizierte eigene Produktmärkte für Temperatursensoren, Drucksensoren, Pegelsensoren, Geschwindigkeitssensoren und Beschleunigungssensoren.⁸ In ihrem Entscheid *Valeo/Labinal* betrachtete die EU-Kommission im Bereich von Schaltern in der Automobilindustrie eine Unterscheidung zwischen fahrer-bedienten und versteckten Schaltern⁹, liess die genaue sachliche Marktabgrenzung aber mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.¹⁰ Im Bereich Automations- und Kontrollgeräte zog die EU-Kommission verschiedene mögliche sachliche Marktabgrenzungen in Betracht¹¹, liess im konkreten Fall die genaue Abgrenzung aber mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.¹² Bisher hat sich kein Entscheid der EU-Kommission mit der Marktabgrenzung im Bereich Gleichstrom-Kleinmotoren auseinandergesetzt.

10. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die genaue sachliche Marktabgrenzung betreffend Sensoren, Schaltern, Automations- und Kontrollgeräte sowie Gleichstrom-Kleinmotoren offengelassen werden, da sich die Aktivitäten der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen nicht überschneiden, es demnach zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, und keine vertikalen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen in der Schweiz bestehen.

11. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen umfasst der räumlich relevante Markt für die erwähnten Produkte zumindest Kontinentaleuropa (inkl. der EFTA und der Schweiz) und dürfte sogar noch weiter sein. Da sich bei einer allfälligen engeren nationalen Abgrenzung das Ergebnis der vorläufigen Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht ändert, sowie aus obengenannten Gründen (vgl. oben, Rz 10) kann die genaue räumliche Marktabgrenzung vorliegend offengelassen werden.

12. Die Marktanteile von CST in der Schweiz liegen in allen vier Bereichen unter [0-10] %. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt somit bei den von den Parteien ausgewiesenen Bereichen zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Den Parteien sind weiter keine zu diesen vier Bereichen verwandten Märkte bekannt, in denen ihr Marktanteil in der Schweiz für sich alleine 30 % übersteigen könnte.

13. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sind daher nicht gegeben.

⁷ Vgl. Fall Nr. IV/M.1053 (1998), Rz 9, *Mannesmann/Philips*; Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 16, *Valeo/Labinal*; Case No COMP/M.5244 (2008), Rz 10, *ZF/Cherry*.

⁸ Vgl. Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 16, *Valeo/Labinal*; Case No COMP/M.5244 (2008), Rz 10, *ZF/Cherry*.

⁹ Vgl. Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 8 ff., *Valeo/Labinal*.

¹⁰ Vgl. Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 15, *Valeo/Labinal*.

¹¹ Segmentierung nach Industrien, in welchen Automations- und Kontrollgeräte verwendet werden (z.B. Pharmazie, Automobil, Öl, Gas etc.), nach Industriotyp (prozessual oder diskret) oder nach Software und Hardware. Vgl. Case COMP/M.7005 (2013), Rz 8 ff., *Schneider Electric/Invensys*.

¹² Vgl. Case COMP/M.7005 (2013), Rz 15, *Schneider Electric/Invensys*.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. Juni 2014

1. Am 14. Mai 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Permira Holdings Limited (nachfolgend: PHL) – via die indirekt kontrollierte Kallisto Einhunderste Vermögensverwaltungs-GmbH (nachfolgend: Kallisto) – sämtliche Anteile sowie die alleinige Kontrolle über die CABB International GmbH (nachfolgend: CABB) und deren Gruppengesellschaften zu erwerben.

2. Kallisto ist eine Gesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in München, Deutschland. Sie soll als sog. Special Purpose Vehicle (SPV) alle Anteile an der bzw. die alleinige Kontrolle über CABB erwerben. Kallisto steht unter der alleinigen, indirekten Kontrolle mehrerer Investmentfonds, welche ihrerseits indirekt von PHL (nachfolgend gemeinsam: Permira kontrolliert werden.

3. Permira¹ ist eine europäische, global tätige Private Equity Gesellschaft. Ihre Kapitalmittel werden von Pensionsfonds und anderen institutionellen Investoren bereitgestellt. Die von PHL kontrollierten Investmentfonds kontrollieren ihrerseits 26² Unternehmen (nachfolgend: Permira Portfoliounternehmen), welche in folgenden Branchen tätig sind: Konsumgüterindustrie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Chemie und Industrie sowie Medien und Telekommunikation.³

4. CABB steht unter der alleinigen Kontrolle der European Chemical Services S.à.r.l. (nachstehend: ECS), Luxemburg, welche CABB an Kallisto veräussert. Die Anteile von ECS werden indirekt gehalten von Bridgepoint Funds, welche unter der Kontrolle der Bridgepoint Capital Group⁴ stehen. CABB ist in der Herstellung und im Vertrieb von Feinchemikalien und chemischen Zwischenprodukten tätig und entwickelt kundenspezifische Lösungen (nachfolgend: customisation services) für die Herstellung neuer Produktion in diesem Bereich. CABB stellt eine Vielzahl von Reagenzien und Zwischenprodukten her, wobei der Fokus auf der Herstellung von Monochloressigsäure („monochloroacetic acid“; nachfolgend: MCAA) liegt. Die Produkte von CABB werden von der verarbeitenden chemischen Industrie für die Herstellung einer breiten Palette von Produkten nachgefragt, darunter agrochemische sowie pharmazeutische und kosmetische Produkte.⁵ CABB ist weltweit tätig und verfügt unter anderem über Produktionsstandorte in Deutschland, Finnland, Indien und in der Schweiz.⁶

5. In der Schweiz gibt es zur Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte im Bereich MCAA bisher keine Fall-

praxis. MCAA ist ein chemisches Zwischenprodukt, das für die Synthese anderer chemischer Produkte verwendet und aus Chlor und Essigsäure hergestellt wird. Weil sich MCAA im Bereich der Kernanwendungen (z.B. der Herstellung gewisser Getreideschutzprodukte oder von Carboximethylcellulose) nicht durch andere Substanzen ersetzen lässt, bildet MCAA gemäss Praxis der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) einen eigenen sachlich relevanten Markt.⁷ In Fällen betreffend die Produktion anderer Chemikalein ist die EU-Kommission davon ausgegangen, dass es wahrscheinlich sei, dass jede Chemikalie einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, v.a., weil dies angebots- und nachfrageseitig nicht substituierbar sei.⁸ Zum Teil liess die EU-Kommission die sachliche Marktabgrenzung auch offen.⁹ Mit der Marktabgrenzung im Bereich von customisation services haben sich bisher keine Entscheide der EU-Kommission oder der WEKO auseinandergesetzt; diese können allenfalls als eigene sachlich relevante Märkte abgegrenzt werden.

6. Gemäss den Parteien bestehen keine Überschneidungen in den Geschäftsbereichen von CABB und Kallisto, Permira oder der Permira Portfoliounternehmen. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt demnach zu keinen Marktanteilsadditionen. Laut Parteien stehen CABB und die Permira Portfoliounternehmen ausserdem nicht in einer Kunden- oder Lieferantenbeziehung. CABB fokussiere ihre Geschäftstätigkeit auf forschungsorientierte Agrochemieunternehmen. Dagegen ist der Meldung zufolge keines der Permira Portfoliounternehmen auf diesem Gebiet tätig. Aus diesen Gründen kann die genaue sachliche Marktabgrenzung in den Bereichen MCAA, andere Chemikalien und customisation services vorliegend offengelassen werden.

7. Im Bereich MCAA kann zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund der weltweit homogenen Handelsbedingungen, beträchtlichen Importen und Exporten, fehlenden Handelshemmnissen und tiefen Transportkosten hilfeweise von einem weltweiten Markt ausgegangen werden. In anderen Fällen, in welchen chemische Rohstoffe zu beurteilen waren, ist

¹ Vgl. RPW 2007/4, 630, *Kontrollerwerb über die Jet Aviation Handling AG durch DNata*; RPW 2005/4, 619, *Permira Holding Limited/Hirschman Industrial Holding Ltd. bzw. Jet Aviation*.

² Gemäss Meldung Stand am 23. April 2014; vgl. dazu auch <http://www.permira.com/investments#> (6.6.2014).

³ Vgl. <http://www.permira.de/> unter Branchen (6.6.2014).

⁴ Vgl. RPW 2011/4, 651, *Bridgepoint/Infront*.

⁵ Vgl. <http://www.cabb-chemicals.com/de/about-us.html> (6.6.2014).

⁶ Vgl. <http://www.cabb-chemicals.com/de/locations.html> (6.6.2014).

⁷ Vgl. Entscheid KOMM, ABl. 1994 C 19/7, Rz. 12, *Akzo/Nobel Industrier*.

⁸ Vgl. etwa die Entscheide KOMM, ABl. 2012 C 96/03, Rz 11, *CD&R / CVC / Univar*; ABl. 2006 C 197/06, Rz 14, *Huntsman / Ciba TE Business*; ABl. 2003 C 294/06, Rz 10 ff., *Huntsman / Maltinpaterson / Vantico*; ABl. 2002 L 132/45, Rz 18, *BASF / Eurodiol / Pantochim*.

⁹ Vgl. etwa Entscheid KOMM, ABl. 2007 C 255/32, Rz 12 f., *CVC / Univar*.

die WEKO hilfsweise von einem weltweiten Markt ausgegangen.¹⁰ Die EU-Kommission ging in Fällen im Bereich anderer Chemikalien entweder von einem EU-weiten Markt aus¹¹ oder liess die räumliche Marktabgrenzung offen.¹² Auch für customisation services, welche weltweit und insbesondere unabhängig vom Sitz der Anbieterin nachgefragt werden, kann hilfsweise von einem weltweiten Markt ausgegangen werden. Letztlich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung für MCAA, die anderen Chemikalien von CABB und customisation services aus oben genannten Gründen (vgl. oben, Rz 6 f.) jedoch offengelassen werden.

8. Gemäss Angaben der Parteien beträgt der Marktanteil von CABB im Markt für MCAA ca. [10-20] %, im Bereich der Herstellung anderer Chemikalien ist CABB kein bedeutender Anbieter, da es sich hierbei lediglich um Nebenprodukte der beiden Hauptaktivitäten handelt, und im Markt für customisation services beträgt der Marktanteil von CABB ca. [0-10] %. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

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

¹⁰ Vgl. z.B. RPW 2000/2, 225 f., *VEBA / VIAG*.

¹¹ Vgl. Entscheide KOMM, ABI. 2003 C 294/06, Rz 15, *Huntsman / Maltinpatterson / Vantico*; ABI. 2002 L 132/45, Rz 39 ff., *BASF / Eurodiol / Pantochim*.

¹² Vgl. Entscheide KOMM, ABI. 2012 C 96/03, Rz 25, *CD&R / CVC / Univar*, ABI. 2007 C 255/32, Rz 18, *CVC / Univar*, ABI. 2006 C 197/06, Rz 44, *Huntsman / Ciba TE Business*.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)

Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM)

A Ausgangslage

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat überwachen die Einhaltung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann zu diesem Zweck Untersuchungen durchführen, Empfehlungen abgeben, Gutachten erstatten und Beschwerde führen.¹ Das Binnenmarktrecht sieht in Art. 5 BGBM vor, dass Kantone, Gemeinden sowie Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben umfangreiche öffentliche Beschaffungen ausschreiben müssen.

2. Das Sekretariat der WEKO wurde im Februar 2014 mittels Anzeige darauf aufmerksam gemacht, dass die Verwaltungsrechenzentrum AG St. Gallen (VRSG) einen Auftrag vergeben hat, ohne diesen öffentlich auszuschreiben. Der Anzeige beim Sekretariat waren verschiedene Medienberichte zu diesem Thema vorausgegangen.² Die VRSG wurde im Jahr 1973 durch den Kanton St. Gallen und einige politischen Gemeinden gegründet und befindet sich nach wie vor vollständig im staatlichen Eigentum. Ihre heutige Tätigkeit besteht darin, Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen sowie Unternehmen mit öffentlicher Zweckbestimmung zu entwickeln und diese zu unterhalten.

3. Es stellt sich in rechtlicher Hinsicht somit die Frage, ob Aufträge der Gemeinden und von anderen öffentlichen Auftraggebern an die VRSG oder allenfalls Aufträge der VRSG an Dritte in den Anwendungsbereich von Art. 5 BGBM fallen. In der Eigenschaft als für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes zuständige Behörde ist der WEKO an der Klärung dieser Rechtsfragen gelegen, weshalb sie zuhanden der VRSG und ihrer öffentlichen Aktionäre die vorliegende Empfehlung abgibt (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Die WEKO befasst sich dabei einzig mit der von der Anzeige und den Medienberichten aufgeworfene Frage, ob die VRSG den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen im Binnenmarktgesetz (Art. 5 BGBM) untersteht. Zur grundsätzlichen Frage, inwiefern eine unternehmerische Betätigung des Staats im Bereich der Entwicklung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen angezeigt ist und einem öffentlichen Interesse entspricht, nimmt die WEKO vorliegend keine Stellung.

B Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Absatzmarkt

4. Die VRSG befindet sich vollumfänglich in staatlichem Eigentum und hat derzeit 130 Aktionäre bei einem Aktienkapital von Fr. 6.85 Mio. Die meisten Aktionäre haben eine Beteiligungsquote von unter 1 %, einige haben eine Quote im unteren einstelligen %-Bereich. Hauptaktionärin ist historisch bedingt die Stadt St. Gallen mit 16.1 %. Die VRSG erbringt ihre Leistungen ausschliesslich an die öffentliche Hand. Dabei erzielt sie gemäss eigenen Angaben rund [... %] ihres Umsatzes mit öffentlichen Kunden, die gleichzeitig ihre Aktionäre sind. Rund [... %] des Umsatzes erzielt sie mit öffentlichen Kunden, die nicht Aktionäre sind. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Aufträge der öffentlichen Hand an die VRSG nach den Verfahren des Beschaffungsrechts vergeben werden müssen, oder ob die 130 Eigentümer der VRSG gestützt auf das In-house-Privileg öffentliche Aufträge direkt an die VRSG erteilen dürfen.

5. Eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Leistungserbringer ein Vertrag über die Beschaffung von Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen gegen einen vom Staat zu bezahlenden Preis geschlossen wird.³ Es braucht somit zwei voneinander rechtlich unabhängige und autonome Einheiten. Keine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn der Staat eine Leistung durch eine eigene Dienststelle (In-house-Vergabe) oder einen Leistungserbringer, der in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat steht (Quasi-in-house-Vergabe), erbringen lässt. In diesen Fällen ist beschaffungsrechtlich von einer einzigen Einheit auszugehen (sog. In-house-Privileg), sodass kein beschaffungsrechtliches Verfahren ausgelöst wird. In der Schweiz besteht keine gesetzliche Regel und bis anhin auch keine höchstrichterliche Gerichtspraxis zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das In-house-Privileg greift. Zur Anwendung des In-house-Privilegs sind deshalb in erster Linie die reichhal-

¹ NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., 182 f.

² Siehe z.B. „HSG-Professor: VRSG operiert im Graubereich“, Tagblatt Online vom 14.02.2014, abrufbar unter: <http://www.tagblatt.ch/ostschweiz/ostschweiz/tb-os/HSG-Professor-VRSG-operiert-im-Graubereich;art120094,3703066>.

³ EVELYNE CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds), CR Concurrence, 2013, LMI 5 N56 m.w.H.

tige Praxis des Europäischen Gerichtshofs⁴ sowie die schweizerische Verwaltungspraxis und Literatur heranzuziehen. Ein Näheverhältnis im Sinne des In-house-Privilegs kann demnach vorliegen, wenn (i) die Vergabestelle über die fragliche Einheit eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, (ii) die kontrollierte Einheit keine private Beteiligung aufweist und (iii) die kontrollierte Einheit im Wesentlichen für Vergabestellen tätig ist, die Aktionäre sind.⁵

6. Im vorliegenden Fall spricht eher gegen die Anwendung des In-house-Privilegs, dass die VRSG ihre Dienstleistungen nicht nur gegenüber ihren eigenen Aktionären erbringt, sondern auch in erheblichem Ausmass gegenüber Kunden, die nicht Aktionäre sind und keinerlei Kontrolle über die VRSG ausüben.⁶ Weiter ist festzustellen, dass die VRSG regelmässig an öffentlichen Submissionsverfahren teilnimmt, und zwar auch an Submissionsverfahren ihrer eigenen Aktionäre. Ferner ist auch fraglich, ob die Eigentümer je einzeln oder gemeinsam eine ausreichende Kontrolle über die VRSG ausüben, so dass die Anwendung des In-house-Privilegs gerechtfertigt wäre.

7. Die VRSG hat in ihrer Antwort zuhanden des Sekretariats denn auch ausgeführt, dass die Eigentümer der VRSG ihre Informatikbeschaffungen nicht gestützt auf das In-house-Privileg an die VRSG erteilen, sondern nach den beschaffungsrechtlich vorgesehenen Verfahren tätigen. Dies bedeutet konkret, dass die Eigentümer der VRSG Informatikdienstleistungen ab einem Auftragswert von Fr. 150'000 im Einladungsverfahren vergeben und ab einem Auftragswert von Fr. 250'000 öffentlich ausschreiben. Die Beschaffung von Informatikgütern muss ab einem Auftragswert von Fr. 100'000 im Einladungsverfahren und ab Fr. 250'000 im Ausschreibungsverfahren vergeben werden. Direktvergaben von Aufträgen an die VRSG über diesen Schwellenwerten sind nur zulässig, wenn ein Ausnahmegrund gemäss § 9 VRöB⁷ (i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BGBM) vorliegt und die Zuschlagsverfügung (Art. 9 Abs. 1 BGBM) publiziert wird. Gegen den Zuschlag muss ein Rechtsmittel eingelegt werden können (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

8. Gemäss den Angaben der VRSG haben ihre Aktionäre in der Vergangenheit darauf verzichtet, sich auf das In-house-Privileg zu berufen. Entsprechend konnte die VRSG von ihren Aktionären nur Aufträge erhalten, wenn sie sich im Submissionswettbewerb gegen andere Anbieter durchsetzte; dies gilt zumindest für Aufträge ab den Schwellenwerten für das Einladungsverfahren. Durch den Verzicht der öffentlichen Aktionäre und der VRSG, sich auf das In-house-Privileg zu berufen, erübrigt sich eine nähere Prüfung, ob die Voraussetzungen vorliegend überhaupt erfüllt wären.

C Beschaffungsrechtliche Stellung der VRSG im Beschaffungsmarkt

9. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunaler Aufgaben dafür, dass Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten öffentlich ausgeschrieben werden. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die VRSG als „Träger kantonalen bzw. kommunaler Aufgaben“ gilt und in subjektiver Hinsicht dem Beschaffungsrecht untersteht. Zur Beantwortung

dieser Frage ist in einem ersten Schritt die Begrifflichkeit „Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben“ auszulegen und mithin der subjektive Geltungsbereich von Art. 5 Abs. 2 BGBM zu bestimmen. Gestützt darauf kann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die VRSG in den Geltungsbereich von Art. 5 BGBM fällt.

C.1 Auslegung des subjektiven Geltungsbereichs von Art. 5 Abs. 2 BGBM

10. Die Bestimmungen in Art. 5 BGBM sind im Kontext mit dem internationalen und interkantonalen Beschaffungsrecht auszulegen und anzuwenden. Die Schweiz hat sich im Rahmen der Welthandelsorganisation WTO verpflichtet (sog. Staatsvertragsbereich), dass „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ auf kantonaler Ebene sowie „öffentliche Einrichtungen auf Gemeindeebene“ („organismes publics du niveau des communes“) ihre Beschaffungen öffentlich ausschreiben (GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3⁸). Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB⁹ nimmt diese staatsvertragliche Verpflichtung auf, indem sie in Art. 8 Abs. 1 Bst. a festhält, dass „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ auf kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit“, der IVöB unterstehen. Die Begrifflichkeit „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 ist in Anlehnung an die Definition der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in GPA Annex 3, Fn. 1¹⁰ auszulegen. Demnach gilt als Einrichtung des öffentlichen Rechts jeder rechtlich selbständige Organismus, der (i) staatsgebunden ist und (ii) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, ohne (iii) eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten.¹¹ Diese dem Staatsvertragsbereich unterstehende Gruppe umfasst somit Subjekte, die eine gewisse *Staatsgebundenheit* aufweisen.

⁴ Diese Praxis wurde weitgehend kodifiziert in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

⁵ WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345, Rz 36 ff.; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353, Rz 17 ff.; MARTIN BEYLER, In-house-Vergaben, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, 2010, 53 ff., N83 ff.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N68, N70; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, N252 ff.; EuGH, Rs. C-84/03, *Kommission/Spain*, Rn 38.

⁶ VGer AG WBE.2012.159 vom 1.07.2013 = BR 1/2014, 28.

⁷ Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25.11.1994/15.3.2001, abrufbar unter: www.bpuk.ch >Konkordate >IVöB >Vergaberichtlinien (VRöB).

⁸ Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics du 15.04.1994, SR 0.632.231.422; Anhang I Annex 2 ist abrufbar unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che2.doc.

⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.03.2001 (IVöB; in der systematischen Sammlung des St. Gallischen Rechts Syst. Nr. 841.32).

¹⁰ GPA Anhang I Annex 3 ist abrufbar unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che3.doc.

¹¹ Siehe dazu MARTIN BEYLER, Der Geltungsanspruch des Vergaberichts, 2012, N166 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N133; CLERC (Fn 3), LMI 5 N93 ff.

11. Die Schweiz unterstellt auch ausserhalb ihrer staatsvertraglichen Verpflichtungen bestimmte Subjekte dem Beschaffungsrecht. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterstehen der IVöB insbesondere andere „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit (Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB). Diese Gruppe umfasst über den Staatsvertragsbereich hinaus auch *nicht staatsgebundene Subjekte*, die Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sind.

12. Das BGBM sieht in Art. 5 Abs. 2 vor, dass öffentliche Beschaffungen durch Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Diese Bestimmung umfasst sowohl den staatsvertraglichen (Einrichtungen des öffentlichen Rechts) als auch den nicht-staatsvertraglichen (Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben) Bereich, also staatsgebundene als auch nicht staatsgebundene Subjekte.¹² Folglich liegt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BGBM vor, wenn ein innerhalb oder ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterstelltes Subjekt Beschaffungen ohne Einhaltung der beschaffungsrechtlichen Vergabeverfahren durchführt.

13. Indessen zeigt diese Übersicht über die relevanten Rechtsgrundlagen, dass Art. 5 BGBM den subjektiven Geltungsbereich einzig am Kriterium „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgabe“ anknüpft. Demgegenüber sehen sowohl GPA Anhang I Annex 2 wie auch Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB vor, dass staatsgebundene Einrichtungen des öffentlichen Rechts nur insofern dem Beschaffungsrecht unterstehen, *als sie keine kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten ausüben*. Gleiches gilt nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, indem (nicht staatsgebundene) Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nur dem Beschaffungsrecht unterstehen, *insofern sie keine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit ausüben*.

14. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Art. 5 BGBM – der die Einschränkung zur kommerziellen oder industriellen Tätigkeit nicht enthält – über die Regelung des GPA Anhang I Annex 2 und der IVöB hinaus sämtliche Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben der Ausschreibungspflicht unterstellt, also auch diejenigen Träger, die industriell oder kommerziell tätig sind. Im Kern geht es dabei um die Abgrenzung zwischen staatlichem und privatwirtschaftlichem Handeln und die Frage, welche Folgerungen aus dieser Abgrenzung hinsichtlich der Bedeutung des Beschaffungsrechts abzuleitend sind.

C.2 Bedeutung des Wettbewerbs für den subjektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM

15. Die Bedeutung des Wettbewerbs für den subjektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM ergibt sich aus einer vereinfachten Gegenüberstellung von privatwirtschaftlichem und staatlichem Einkaufsverhalten. Privatwirtschaftliche Unternehmen, die sich in der freien Marktwirtschaft bewegen und behaupten müssen, verhalten sich aufgrund des in ihren Absatzmärkten herrschenden Wettbewerbsdrucks auch auf dem Beschaffungsmarkt wirtschaftlich und kostensparend, sofern sie nicht von staatlichen Kostenvorteilen profitieren wie z.B. Subventionen, Steuerprivilegien usw. Aufgrund dieses ausrei-

chenden Wettbewerbsdrucks, des Gewinnstrebens sowie der unternehmensinternen Kontrollmechanismen, ist davon auszugehen, dass Einkaufs- und Investitionsentscheide im Wesentlichen nach wirtschaftlichen und unternehmerischen Kriterien getroffen werden. Sämtliche Investitionen und Kosten müssen durch die unternehmerische Tätigkeit im Absatzmarkt amortisiert werden, andernfalls dem Unternehmen in letzter Konsequenz ein Konkurs droht. Privatwirtschaftliche Unternehmen sind daher von sich aus bestrebt, im Markt das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu berücksichtigen.

16. Im Unterschied zu privatwirtschaftlichen Unternehmen kann der Staat die Wahl der Vertragspartner bei Investitionsentscheiden in der Regel losgelöst vom genannten Wettbewerbsdruck treffen. Die primäre Aufgabe des Staats liegt auch nicht in der Erzielung von Gewinnen, sondern in der Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben. Die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Einkäufe und Investitionen finanziert der Staat durch Steuereinnahmen. Aufgrund des nicht ausreichenden Wettbewerbsdrucks besteht im Unterschied zu einem privatwirtschaftlichen Unternehmen das Risiko, dass der Staat die Wahl der Vertragspartner bei Einkaufs- und Investitionsentscheiden nicht nur nach wirtschaftlichen Kriterien trifft, sondern dass er sich von politischen Überlegungen leiten lässt.¹³ Solche können darin bestehen, dass Aufträge an das lokale Gewerbe oder immer an die gleichen Anbieter vergeben werden, oder dass steuer-, umwelt-, oder sozialpolitische Interessen gegenüber der Wirtschaftlichkeit überwiegen.

17. Das Beschaffungsrecht soll gewährleisten, dass die Wahl der Vertragspartner bei Investitionsentscheiden der öffentlichen Vergabestellen primär nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien getroffen wird. Das Beschaffungsrecht zwingt den Staat, seine Einkäufe und Investitionen im Wettbewerbsumfeld zu tätigen, unter Einhaltung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Nichtdiskriminierung. Dieses Ziel erreicht das Beschaffungsrecht, indem es den Staat insbesondere verpflichtet, öffentliche Aufträge ab einem gewissen Auftragsvolumen öffentlich auszuschreiben. So ist gewährleistet, dass sich alle interessierten Anbieter für den Auftrag bewerben können und gestützt auf die vordefinierten Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält.

18. Vor diesem Hintergrund gelangt die WEKO zur Auffassung, dass es Sinn und Zweck von Art. 5 BGBM entgegenlaufen würde, wenn Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben, die einen gewerblichen Charakter haben, dem Beschaffungsrecht unterstellt würden.¹⁴ Dieser Schluss steht im Einklang mit der Praxis der Kantone, wonach gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB andere

¹² BEYELER (Fn 11), N423; CLERC (Fn 3), LMI 5 N89; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allg. Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 2007, 399 ff., N118 f.

¹³ DIEBOLD (Fn 1), 177 f.

¹⁴ So auch CLERC (Fn 3), LMI 5 N92; a.M. wohl ZWALD (Fn 12), N121.

Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben nur insofern dem Beschaffungsrecht unterstehen, als sie nicht kommerziell oder industriell tätig sind. Zur Auslegung der Begrifflichkeit „kommerzielle oder industrielle Tätigkeit“ kann die EU-Praxis zur „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ herangezogen werden, wie sie in der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 in Rz 10 der Präambel definiert ist. Demnach ist eine Einrichtung, die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ anzusehen.¹⁵

19. Ein Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben ist somit nur dann Art. 5 BGBM unterstellt, wenn er seine Tätigkeit ohne ausreichenden Wettbewerbsdruck im Absatzmarkt ausübt, sei es weil die gewachsenen Marktstrukturen oder die regulatorischen Rahmenbedingungen einen ausreichenden Wettbewerb verhindern, oder weil der Träger kantonalen bzw. kommunaler Aufgaben aufgrund seiner Staatsnähe von Wettbewerbsvorteilen profitiert, die privaten Konkurrenten nicht zustehen.

20. Staatliche Wettbewerbsverzerrungen, die eine Anwendung des Beschaffungsrechts rechtfertigen können, bestehen beispielsweise, wenn der Staat die öffentliche Einrichtung oder den Träger über die einfache Kapitalisierung in der Aktionärsrolle hinaus finanziell unterstützt (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB), sei es in Form von Subventionen oder in Form von Darlehen, die nicht den Marktkonditionen entsprechen. Von der Anwendung des Beschaffungsrechts ist zudem auszugehen, wenn die Beschaffungen nicht mit den erwirtschafteten Erträgen, sondern mit öffentlichen Steuergeldern finanziert werden.¹⁶ Von einem nicht ausreichenden Wettbewerb und damit der Anwendung des Beschaffungsrechts ist auch dann auszugehen, wenn der Staat die öffentliche Einrichtung oder den Träger vor dem Eintritt neuer Konkurrenten schützt, indem er ein Monopol bildet oder die Anbieterzahl anderweitig beschränkt. Gleiches gilt, wenn die öffentliche Einrichtung oder der Träger von Steuerprivilegien profitiert, zu denen ihre privaten Konkurrenten keinen Zugang haben.¹⁷ Letztlich können auch eine staatliche Verlustgarantie oder die Übernahme des Inkassorisikos wie auch ein fehlendes Gewinnstreben gegen einen ausreichenden Wettbewerb und für die Anwendung des Beschaffungsrechts sprechen.

21. Solche öffentliche Wettbewerbsbeschränkungen oder -verzerrungen können dazu führen, dass die öffentliche Einrichtung oder der Träger öffentlicher Aufgaben einem nicht ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, um davon ausgehen zu können, dass sie sich im Beschaffungsmarkt wirtschaftlich verhält und nicht politisch gesteuert bleibt. Bei der Prüfung des subjektiven Geltungsbereichs von Art. 5 BGBM ist deshalb nicht leichthin von einem ausreichenden Wettbewerbsdruck auszugehen.

C.3 Analogie zum Ausklinkverfahren für sektorunterstellte Unternehmen

22. Die vorstehend geschilderte Ausgangslage weist starke Parallelen mit dem Ausklinkverfahren für sog. sektorunterstellte Unternehmen auf.¹⁸ Mit dem Abschluss des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffent-

lichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen, SR 0.172.052.68) wurde der Anwendungsbereich des GPA auf bestimmte Auftraggeber ausgedehnt. So wurden private Unternehmen in den Sektoren Schienenverkehr, Energie und Telekommunikation als Auftraggeber dem Beschaffungsrecht unterstellt.¹⁹ Solche Unternehmen gelten gemäss dem Bilateralen Abkommen als „private Vergabestellen, die eine öffentliche Dienstleistung erbringen“.

23. Zwecks innerstaatlicher Umsetzung dieser wirtschaftsvölkerrechtlichen Verpflichtungen wurde der Geltungsbereich des kantonalen Beschaffungsrechts (Art. 8 Abs. 1 Bst. c IVöB) sowie des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen auf private Unternehmen in den entsprechenden Sektoren ausgedehnt.

24. Das Bilaterale Abkommen sieht jedoch in Art. 3 Abs. 5 für die dem Beschaffungsrecht unterstellten Sektorunternehmen eine Nichtunterstellungsklausel (sog. Ausklinkklausel) vor. Diese Nichtunterstellungsklausel haben Bund und Kantone innerstaatlich umgesetzt (Art. 2b VöB; Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB). Entsprechend ist es der Schweiz erlaubt, einen Bereich oder Teilbereich von der Unterstellung zu befreien, wenn auf dem Markt zwischen den Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Das Nichtunterstellungsverfahren ist in der Verordnung des UVEK vom 18. Juli 2002 über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen (Verordnung UVEK, SR 172.056.111) geregelt. Im Rahmen eines Nichtunterstellungsverfahrens konsultiert das UVEK die WEKO, die Kantone und die betroffenen Wirtschaftskreise (Art. 2^{bis} Abs. 2 VöB). Die Verordnung UVEK über die Nichtunterstellung sieht in Art. 3 Abs. 2 vor, dass die Stellungnahme der WEKO in der Form eines Gutachtens erfolgt, welches sich darüber äussert, ob in einem Bereich oder Teilbereich unter den Auftraggebern Wettbewerb herrscht. Da weder die IVöB, die VöB noch die Verordnung UVEK über die Nichtunterstellung den materiellen Gehalt der Nichtunterstellungsprüfung näher definieren, ist dieser durch Auslegung zu ermitteln.

25. Ausgangspunkt bildet die Ausklinkklausel gemäss Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens (vgl. vorne, Rz 24). Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens erfolgt die Nichtunterstellung unter den Voraussetzungen, dass andere Unternehmen die Möglichkeit haben, die Dienstleistung oder Ware in demselben geographischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. Weiter setzt Art. 3 Abs. 5 in fine des Bilateralen Abkommens voraus, dass der in Frage stehende Sektor liberalisiert ist. Bei Vorliegen einer solchen für die Nichtunterstellung verlangten Wettbewerbssituation ist aus Sicht der Vertragsparteien hinreichend gewährleistet, dass Beschaffungen

¹⁵ Vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbsdrucks BEYELER (Fn 11), N276 ff., N278; HUBERT STÖCKLI, Der Subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, 2008, 41 ff., 54.

¹⁶ NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219 ff., 229 f.

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang VGer VD MPU.2014.0010 vom 19. Juni 2014 E. 6.

¹⁸ Vgl. WEKO-Gutachten, Clause d'exemption et loi sur le marché Intérieur (LMI), RPW 2001/3 618 ff., Rz 13.

¹⁹ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 IV 6201 ff.

nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen und somit kein Bedarf mehr nach staatlicher Regulierung im Sinne des Beschaffungsrechts besteht.²⁰ Daraus ergibt sich, dass die vorzunehmende Prüfung nicht die Wettbewerbssituation auf dem Beschaffungsmarkt, sondern den Wettbewerb auf dem Absatzmarkt zum Gegenstand hat.

26. Weiter ist die Ausklinkklausel im Lichte ihres Zusammenhangs sowie ihres Zieles und Zweckes auszuwerten. Ein wesentliches finanzpolitisches Ziel des Beschaffungswesens besteht darin, dass mit der Zuschlagserteilung an den effizientesten Anbieter ein wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel sichergestellt werden soll.²¹ Darüber hinaus verfolgt das Beschaffungswesen auch wettbewerbsspolitische Ziele, indem durch ein transparentes und diskriminierungsfreies Submissionsverfahren ein funktionierender Wettbewerb zwischen Anbietern gewährleistet werden soll.²²

27. Ferner ist der materielle Gehalt der Ausklinkklausel gemäss der rechtsvergleichenden und europakompatiblen Auslegung auch unter Berücksichtigung des EU Rechts zu ermitteln. In der EU richtet sich die Nichtunterstellungsprüfung neu nach Art. 34 der Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.²³ Da das Instrument der Nichtunterstellung direkt dem Art. 3 Abs. 5 des Bilateralen Abkommens entspringt, ist es im Sinne einer europakompatiblen Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB und Art. 2b Abs. 1 VöB angebracht, das EU Nichtunterstellungsverfahren gemäss Art. 34 der Richtlinie 2014/25/EU sowie die darauf ergangene Praxis der Europäischen Kommission zu berücksichtigen. Gemäss Art. 34 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU wird eine Nichtunterstellung gewährt, sofern (i) freier Zugang zum relevanten Markt besteht und (ii) die Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Die Prüfung des unmittelbaren Wettbewerbs erfolgt nach Kriterien, die mit den Wettbewerbsbestimmungen des AEUV²⁴ in Einklang stehen. Zu berücksichtigen sind insbesondere Kriterien wie die Merkmale der betreffenden Waren und Dienstleistungen, das Vorhandensein alternativer Waren und Dienstleistungen, den Preisen und dem tatsächlichen oder möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter der betreffenden Waren und Dienstleistungen (Art. 34 Abs. 2 Richtlinie 2014/25/EU).

28. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl beim Ausklinkverfahren von sektorunterstellten Unternehmen als auch bei der Frage der subjektiven Unterstellung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts bzw. von Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben von zentraler Bedeutung ist, ob der herrschende Wettbewerbsdruck ausreicht, damit die entsprechende Beschaffungsstelle ihre Einkäufe vorwiegend nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien tätigt.

C.4 Beurteilung der subjektiven Unterstellung der VRSG unter Art. 5 BGBM

29. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist damit im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die VRSG als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ bzw. als „öffentliche Einrichtung auf Gemeindeebene“ im Sinne von GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB zu qualifizieren ist und so in subjektiver Hinsicht

dem Beschaffungsrecht untersteht. Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt, wie unter Rz 10 ausgeführt, jeder rechtlich selbständige Organismus, der (i) staatsgebunden ist und (ii) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, ohne (iii) eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten.²⁵ Vorab ist zu betonen, dass als „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ ohne weiteres auch zivilrechtlich konstituierte Subjekte gelten, also etwa auch Aktiengesellschaften.²⁶ Die Rechtsnatur der VRSG ist für die Frage der beschaffungsrechtlichen Unterstellung daher nicht weiter von Bedeutung.

30. Sollte die VRSG aufgrund fehlender Staatsgebundenheit nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifizieren, bliebe zu prüfen, ob sie als „anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeit“, dem Beschaffungsrecht unterstellt ist (Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB).

31. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 5 BGBM sowohl die „öffentlichen Einrichtungen“ (staatsgebundenen Subjekte im Staatsvertragsbereich, Rz 29) wie auch die „anderen Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ (nicht staatsgebundene Subjekte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, Rz 30) umfasst (vgl. vorne, Rz 12).

C.4.1 Staatsgebundenheit

32. Als staatsgebunden gilt ein Subjekt, wenn seine Tätigkeit mehrheitlich öffentlich finanziert ist, seine Geschäftsführung öffentlich beeinflusst wird oder seine Organe öffentlich bestimmt werden (vgl. GPA Anhang I Annex 3, Fn. 1). Die VRSG weist eine enge Verbindung mit dem Staat auf und gilt als staatsgebunden im Sinne des GPA. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass ausschliesslich öffentliche Körperschaften Aktionäre der VRSG sind. Damit ist die VRSG mit öffentlichen Geldern kapitalisiert und sie wird durch die Generalversammlung

²⁰ Botschaft Bilaterale I (Fn 19), 6205.

²¹ Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB; Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950, 1150: „Es kann davon ausgegangen werden, dass die Öffnung der Märkte namentlich zu Kosteneinsparungen für die öffentlichen Auftraggeberinnen führen wird.“; siehe auch Sekretariat WEKO, Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, RPW 2006/2, 392 ff., 395.

²² Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b und Art. 1 Abs. 2 BöB; Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950, 1150: „Neben der erhöhten Effizienz beim Einsatz von öffentlichen Mitteln und damit verbunden einer merklichen Entlastung des öffentlichen Haushalts bewirkt ein konsequenter Wettbewerb für die sich um öffentliche Aufträge bemühenden Unternehmen einen erhöhten Leistungsdruck, welcher längerfristig deren Wettbewerbsfähigkeit stärkt.“

²³ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243 ff.

²⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 ff.

²⁵ Siehe dazu BEYELER (Fn 11), N166 f.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N94.

²⁶ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N134; CLERC (Fn 3), LMI 5 N89, N100.

öffentlich kontrolliert. Auch der Verwaltungsrat ist durch Vertreter der politischen Gemeinden besetzt. Damit ist auch der öffentliche Einfluss auf die Geschäftsleitung gegeben. Die Voraussetzung der Staatsgebundenheit ist vorliegend ohne weiteres erfüllt.

C.4.2 Allgemeininteresse

33. Sodann stellt sich die Frage, ob die VRSG zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem sachlichen Geltungsbereich des Beschaffungsrechts festgehalten, dass der gegenüber dem „Allgemeininteresse“ bereits engere Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ weit auszulegen sei.²⁷ In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass der öffentlichen Aufgabe mit Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich des Beschaffungsrechts ohnehin nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen sollte.²⁸

34. Bei staatlich kontrollierten „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ sind keine hohen Anforderungen an die Voraussetzung der „Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben“ zu stellen.²⁹ Das „Tätigwerden im Allgemeininteresse“ ist wesentlich weiter zu verstehen als der Begriff der „kantonalen oder kommunalen Aufgabe“ und umfasst auch die staatlichen Eigeninteressen.³⁰ Bereits die Tatsache, dass der Staat ein Unternehmen zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit begründet, sich daran beteiligt und die Geschäftsführung beeinflusst, deutet darauf hin, dass die staatlich veranlasste Tätigkeit dem Allgemeininteresse dient.

35. Die VRSG erfüllt gemäss Handelsregistereintrag den Zweck, für „öffentliche Gemeinwesen, andere Personen des öffentlichen Rechts und Organisationen mit öffentlicher Zweckbestimmung Informatikdienstleistungen aller Art, welche insbesondere zur rationellen Ausübung der Verwaltungstätigkeit beitragen, zu möglichst günstigen Bedingungen zu erbringen“. Im Allgemeininteresse liegt insbesondere jede Tätigkeit, die dem „institutionellen Funktionieren des Staates“ dient, also auch die Bereitstellung der Infrastruktur und Sachmittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Gemeinwesen.³¹ Dazu gehört auch die Bereitstellung von Informatiklösungen, auf die die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben angewiesen ist.

36. Entsprechend ist das Beschaffungsrecht in sachlicher Hinsicht ohne Zweifel anwendbar, wenn der Staat selber Informatikleistungen bei Dritten beschafft. Ein öffentlicher Auftrag zur Beschaffung von Informatikleistungen dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im beschaffungsrechtlichen Sinne. Folglich trägt der staatlich beauftragte, private Leistungserbringer allein mit der Erfüllung des öffentlichen Auftrags auch zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bei.

37. Indem vorliegend der Staat die Informatikleistungen nicht direkt beschafft, sondern in eine staatseigene Unternehmung ausgliedert, ändert sich nichts an der Natur der zu erbringenden Tätigkeit. Die VRSG wurde vom Staat mit dem Zweck gegründet, ausschliesslich an staatliche Subjekte Informatikleistungen zu erbringen und so einen Beitrag an das institutionelle Funktionieren des Staates zu leisten. Allein der Umstand, dass private Unternehmen dieselbe Tätigkeit erbringen, steht der

Qualifikation der Tätigkeit als im Allgemeininteresse liegend nicht entgegen.³² Entsprechend erfüllt die VRSG nach Auffassung der WEKO das Kriterium der „Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben“ im beschaffungsrechtlichen Sinne.

C.4.3 Wettbewerb

38. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die staatsgebundene VRSG die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt, „ohne eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit zu entfalten“. Dabei ist wie unter Rz 15 ff. ausgeführt entscheidend, ob die VRSG einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, sodass sie die Wahl der Vertragspartner bei Beschaffungs- und Investitionsentscheiden nach wirtschaftlichen und nicht nach politischen Kriterien trifft.³³ Ob ein staatsgebundenes Subjekt aufgrund von ausreichendem Wettbewerbsdruck nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifiziert wird, ist anhand einer Einzelfallprüfung zu bestimmen. In diesem Zusammenhang ist erster Linie zu prüfen, ob aus Nachfragesicht überhaupt Substitute bestehen und ob die gegebenen Marktstrukturen und die regulatorischen Rahmenbedingungen ein Ausweichen auf Substitute zulassen.³⁴

39. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass der Wettbewerb im Markt für Entwicklung und Unterhaltung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen grundsätzlich gestört wäre. Die von der VRSG angebotenen Leistungen und Produkte werden auch von privaten Konkurrenten im Markt angeboten. Entscheidend ist somit, ob die VRSG als staatsgebundene Unternehmung allenfalls von staatlich veranlassten Wettbewerbsvorteilen (wie z.B. Steuererleichterungen, Subventionen usw.) profitiert, ob sie nicht unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, nicht gewinnorientiert ist oder Verluste nicht selber trägt und ob sie aufgrund solcher Bevorteilungen nicht einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt wäre (vgl. vorne, Rz 18-21).

²⁷ BGE 135 II 49 E. 5.2.2: „la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques proprement parler“.

²⁸ BEYELER (Fn 11), N630, N684; DIEBOLD (Fn 16), 230 f.

²⁹ Vgl. auch STÖCKLI (Fn 15), 53: „Aus vergaberechtlicher Sicht kommt dem Erfordernis des Allgemeininteresses also wohl keine wesentliche Bedeutung zu“; so auch HANS RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, 2012, N61 f.

³⁰ BEYELER (Fn 11), N250; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N135, 143; Entscheidend ist vielmehr, ob die Einrichtung mit Bezug auf ihre Tätigkeit im Wettbewerb steht oder nicht (dazu nachfolgend, Rz 38 ff.).

³¹ BEYELER (Fn 11), N252.

³² BEYELER (Fn 11), N253 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N135.

³³ Vgl. BEYELER (Fn 11), N272 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 5), N136; STÖCKLI (Fn 15), 53 ff.; CLERC (Fn 3), LMI 5 N95.

³⁴ Vgl. WEKO-Empfehlung vom 1. Februar 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), RPW 2000/2 270 ff., Rz 43.

40. In diesem Zusammenhang ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die öffentlichen Eigentümer der VRSG ihre Informatikbeschaffungen im Tätigkeitsgebiet der VRSG gemäss Auskunft der VRSG nach den Regeln des Beschaffungsrecht tätigen. Die öffentlichen Eigentümer und die VRSG berufen sich explizit nicht auf das In-house-Privileg (dazu vorne, Rz 7 f.). Darauf sind sie zu behaften, weshalb die WEKO davon ausgehen darf, dass auch keine Direktvergaben gestützt auf das In-house-Privileg an die VRSG erfolgen. Die VRSG hat ihrer Antwort eine exemplarische Liste über Teilnahmen an öffentlichen Ausschreibungen und Einladungsverfahren beigelegt, welche zeigt, dass sie bei Beschaffungsstellen, die sowohl Aktionäre als auch nicht Aktionäre sind, an Vergabeverfahren teilnimmt (Antwort VRSG, Beilage 6). Daraus ergibt sich zudem, dass die VRSG in der Vergangenheit mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen von Aktionären teilnahm und in der Folge den Zuschlag nicht erhielt. Somit hat die VRSG gegenüber ihren Mitbewerbern bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen keine Wettbewerbsvorteile. Die Einhaltung des Beschaffungsrechts durch die Eigentümer der VRSG gewährleistet, dass sich die VRSG im Wettbewerb um öffentliche Aufträge bewerben muss. Um Ausschreibungen zu gewinnen, muss die VRSG möglichst günstig offerieren, was sie veranlasst, ihre Vorleistungen möglichst günstig zu beschaffen. Die VRSG hat damit einen Anreiz, ihre Einkäufe nach denselben Kriterien zu tätigen wie ein rein privates Unternehmen.

41. Die Beurteilung könnte unter Umständen anders ausfallen, wenn die Eigentümer der VRSG öffentliche Aufträge in Umgehung oder im Verstoß gegen das Beschaffungsrecht direkt an die VRSG erteilen würden, oder wenn sich einzelne Kundenaktionäre entgegen den Ausführungen der VRSG trotzdem auf das In-house-Privileg berufen sollten. Eine Untersuchung der vergangenen Informatikbeschaffungen aller Eigentümer der VRSG obliegt indessen nicht der WEKO und würde den Rahmen dieser Empfehlung sprengen. Gegenstand und Ziel der vorliegenden Empfehlung der WEKO sind nicht eine vergangenheitsbezogene Aufarbeitung der Informatikbeschaffungen der Eigentümer der VRSG, sondern die Schaffung klarer Rechtsverhältnisse für die Zukunft. Sollten Mitbewerber der VRSG der Auffassung sein, die Vergabe von Aufträgen an die VRSG erfolge nicht im Einklang mit dem Beschaffungsrecht, so ist es in erster Linie an den Mitbewerbern, gegen die Auftragsvergabe vorzugehen und innert Frist beschaffungsrechtliche Beschwerde einzulegen. Eine solche Beschwerdemöglichkeit steht auch der WEKO zu (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Sollte sich herausstellen, dass Kundenaktionäre der VRSG zukünftig öffentliche Aufträge über den Schwellenwerten direkt an die VRSG vergeben sollten, könnte auch die WEKO den Einsatz ihres Beschwerderechts prüfen.

42. In diesem Zusammenhang gilt ferner zu beachten, dass das Beschaffungsrecht unterhalb der Schwellenwerte zum Einladungsverfahren den Wettbewerbsdruck nicht beeinflusst. Eine staatsgebundene Einrichtung des öffentlichen Rechts geniesst einen möglichen Vorteil mit Bezug auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, die ihre Eigentümer freihändig vergeben dürfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schwellenwerte für freihändige

Vergaben von Dienstleistungen mit Fr. 150'000 bzw. für Güter mit Fr. 100'000 relativ tief angesetzt sind. Gerade bei Informatikdienstleistungen sowie auch angesichts des gemäss Erfolgsrechnung 2012 von VRSG ausgewiesenen Ertrags von Fr. 52,47 Mio. dürften die unterschwelligen Aufträge keinen derartigen Anteil ausmachen, der eine subjektive Unterstellung der VRSG unter das Beschaffungsrecht rechtfertigen würde. Grundsätzlich ist es den Kundenaktionären auch nicht verwehrt, öffentliche Aufträge im Bereich der zulässigen freihändigen Vergabe freiwillig nach einem höherstufigen Einladungsverfahren oder gar offenen Verfahren zu vergeben. Um allfällige Bevorteilungen bei der Auftragsvergabe im unterschwelligen Bereich zu vermeiden, wäre in der vorliegenden Konstellation wünschenswert, wenn die Kundenaktionäre der VRSG auch unterhalb der Schwellenwerte Konkurrenzofferten einholen, um den Auftrag nach wirtschaftlichen Kriterien zu vergeben.

43. Ferner profitiert die VRSG abgesehen von ihrer Kapitalisierung durch öffentliche Gelder nicht von staatlicher Unterstützung finanzieller Natur. Die VRSG finanziert sich selbst aus ihren erwirtschafteten Erträgen (Antwort VRSG, Rz 18). Auch sonst bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass der Staat das Wettbewerbsumfeld zugunsten der VRSG beeinflussen würde.

44. Sodann ist gemäss Art. 13 Abs. 3 der VRSG-Statuten vorgesehen, dass den Aktionären eine jährliche Dividende von maximal 5 % ausgeschüttet werden kann. Auch wenn die VRSG gemäss ihrem statutarischen Zweck der öffentlichen Hand ihre Informatikdienstleistungen „zu möglichst günstigen Bedingungen“ erbringen soll (Art. 1 Abs. 2 VRSG-Statuten), zeigt die Bestimmung zur Ausschüttung von Dividenden, dass die VRSG grundsätzlich gewinnorientiert arbeitet bzw. dass die Erzielung von Gewinnen zumindest nicht ausgeschlossen ist.

45. Schliesslich kann in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass der diesem Verfahren anlassgebende Vertrag zwischen der VRSG und IT&T und insbesondere die Auswahl der Vertragspartnerin durch die VRSG soweit ersichtlich nach rein wirtschaftlichen und unternehmerischen Kriterien erfolgt ist. Die von der VRSG ausgeführten Kriterien und Gründe, die für die Wahl von IT&T gesprochen haben, sind plausibel. Darüber hinaus bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hindeuten würden, dass die VRSG die Auswahl ihrer Vertragspartner im Einkaufsmarkt generell nach politischen und nicht nach wirtschaftlichen Kriterien treffen würde.

E Zusammenfassung und Empfehlung

46. Die vorangehenden Ausführungen veranlassen die WEKO, eine Empfehlung zuhanden der VRSG und ihrer öffentlichen Aktionäre abzugeben. Diese Empfehlung betrifft indessen einzig die binnenmarktrechtliche Frage der Unterstellung der VRSG unter Art. 5 BGBM bzw. das Beschaffungsrecht. Die WEKO macht mit dieser Empfehlung keine Aussage zur grundsätzlichen Frage, inwiefern eine unternehmerische Betätigung des Staats im Bereich der Entwicklung von Informatikanwendungen für öffentliche Verwaltungen angezeigt ist und einem öffentlichen Interesse entspricht.

47. Die WEKO gelangt zum Schluss, dass Art. 5 BGBM nicht auf „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ anwendbar ist, die von keinen staatlichen Wettbewerbsvorteilen profitieren, unter marktüblichen Bedingungen und gewinnorientiert arbeiten, Verluste selber tragen und so einem ausreichenden Wettbewerb ausgesetzt sind.

48. Zusammenfassend gelangt die WEKO gestützt auf die Ausführungen der VRSG weiter zum Schluss, dass die VRSG als staatsgebundene Unternehmung eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt (GPA Anhang I Annex 2 Ziff. 2 und 3 sowie Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB). Indessen qualifiziert die VRSG nicht als „Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB, da sie keine öffentliche Aufgabe im engen Sinn ausübt.

49. Mit Bezug auf die beschaffungsrechtliche Unterstellung der VRSG ist folglich entscheidend, ob sie im Rahmen ihrer Tätigkeit im Absatzmarkt einem ausreichenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und von keinen staatlich veranlassten Wettbewerbsvorteilen profitiert. Gemäss den der WEKO vorliegenden Informationen ist ein solcher Wettbewerbsdruck zurzeit vorhanden, wobei die WEKO wie erwähnt keine Untersuchung der Informatikbeschaffungen aller Kundenaktionäre über die letzten Jahre hinweg vorgenommen hat. Ziel der vorliegenden Empfehlung ist auch nicht eine vergangenheitsbezogene Aufarbeitung, sondern die Schaffung klarer Rechtsver-

hältnisse für die Zukunft. Damit die VRSG auch in Zukunft nicht dem Beschaffungsrecht untersteht und auch nicht als Einkaufsgemeinschaft ihrer Eigentümer wahrgenommen wird, gibt die WEKO folgende Empfehlungen zuhanden der VRSG und ihrer Aktionäre ab:

1. Die WEKO empfiehlt, dass sich die öffentlichen Aktionäre gegenüber der VRSG wettbewerbsneutral verhalten, so dass die VRSG gegenüber ihren Konkurrenten von keinerlei staatlichen Wettbewerbsvorteilen wie Subventionen, Steuerprivilegien, Defizitgarantien usw. (vgl. Rz 18-21) profitiert.
2. Zur Gewährleistung der staatlichen Wettbewerbsneutralität empfiehlt die WEKO insbesondere, dass die öffentlichen Aktionäre ihre Aufträge im Tätigkeitsbereich der VRSG ohne Anwendung des In-house-Privilegs konsequent nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben und dass die VRSG als gewinnstrebende Unternehmung geführt wird.

50. Abschliessend ist zu betonen, dass die vorliegende Beurteilung der WEKO keinerlei rechtsverbindliche Wirkung entfaltet und insbesondere die Gerichte in keiner Weise bindet. Die rechtliche Beurteilung bezüglich der beschaffungsrechtlichen Stellung liegt letztlich in der Eigenverantwortung der VRSG sowie im Beschwerdefall bei den zuständigen Gerichten.

B 2	9. Diverses Divers Diversi
B 2.9	1. Commission rogatoire du 17 décembre 2013 au sens des articles 1 et 3 de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (Convention de la Haye du 18 mars 1970) dans l'enquête LIBOR/TIBOR/EURIBOR

Commission rogatoire du 7 décembre 2013 au sens des articles 1 et 3 de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (Convention de la Haye du 18 mars 1970) dans l'enquête n° 22-0413 LIBOR/TIBOR/EURIBOR concernant l'obtention de preuves de trois banques françaises.

Le 9 juillet 2014, le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du Ministère de la justice française (autorité requise) a donné une suite favorable à la requête de la COMCO et a transmis celle-ci pour exécution aux juridictions françaises compétentes.

Après sollicitation du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et consultation des travaux de cette organisation internationale ainsi que de la jurisprudence tant communautaire qu'euro-péenne, l'autorité requise a considéré la COMCO comme une autorité judiciaire au sens de cet instrument conventionnel.

Cette autorité est parvenue à la conclusion que, d'une part, lors de la Commission spéciale de mai 1985, les Etats contractants avait convenu que la dénomination de l'autorité n'était pas déterminante et qu'il convenait de s'attacher plutôt à la fonction exercée dans l'affaire en cause. Ainsi, à l'instar des nombreux experts nationaux qui s'étaient exprimés à cette occasion en ce sens, il lui est apparu opportun de conférer aux termes « autorité judiciaire » une interprétation large.

D'autre part, il résulte de son analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme que des critères communs à une autorité judiciaire – comme l'indépendance de l'organe, l'application de règles de droit et l'existence d'une procédure organisée et contradictoire – paraissent ne pas faire défaut à la COMCO dans les fonctions qu'elle est amenée à exercer suite à l'enquête ouverte en 2012 contre plusieurs banques sur la base d'indices de manipulations de plusieurs taux de référence.

[...]

En conformité de l'article 3 de la Convention de la Haye du 18 mars 1970 (ci-après: « Convention »), l'autorité suisse de la concurrence a l'honneur de vous présenter la requête de commission rogatoire suivante:

I Autorité requérante (art. 3 let. a de la Convention)

Commission suisse de la concurrence, [...]

S'agissant de la qualification de la Commission suisse de la concurrence en qualité d'autorité judiciaire, il est fait référence aux considérations développées au point VI ci-dessous.

II Autorité requise (art. 3 let. a de la Convention)

Autorité centrale française en vue d'une saisine de l'autorité judiciaire française compétente

III Identité et adresse des parties et, le cas échéant, de leurs représentants (art. 3 let. b de la Convention)

X., France

Représentant: [...], France

Y., France

Z., France

IV Nature, objet de l'instance et exposé sommaire des faits (art. 3 let. c de la Convention)

Le 2 février 2012, la Commission suisse de la concurrence (ci-après: « COMCO ») a ouvert l'enquête n° 22-0413 au sens de l'article 27 LCart¹ contre plusieurs banques et intermédiaires financiers concernant de possibles accords et autres restrictions à la concurrence dans le but d'influencer les taux d'intérêts LIBOR (London Interbank Offered Rate) pour les monnaies yen et franc suisse et TIBOR (Tokyo Interbank Offered Rate) pour le yen et l'Euroyen.² La COMCO étudie également

¹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (loi sur les cartels, LCart; RS 251; « www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950278/index.html »).

² Copie de la Communication de la Commission de la concurrence du 03.02.2012, publiée dans la feuille fédérale du 14.02.2012 (FF 2012 1009); annexe 1.

si des accords sur les spreads (différence entre la vente et le prix d'achat) ont été conclus entre les banques opérant sur le marché des dérivés de taux d'intérêt à court terme. Cette enquête examine si de telles restrictions illicites ont affecté la concurrence conformément à l'article 5 LCart.

Au cours de la présente enquête, la COMCO a trouvé des indices d'accords entre plusieurs banques dans le but d'influencer le taux d'intérêt EURIBOR et les prix d'achat et de vente des produits dérivés basés sur ce taux de référence. Afin de clarifier ces états de fait, la COMCO a demandé des informations à différentes banques du panel EURIBOR dont trois banques françaises (X., Y. et Z.) qui ont refusé de lui répondre en invoquant la Loi française n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (dite « loi de blocage »; JO du 17 juillet 1980, p. 1799 modifiant la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968) ainsi que le Décret n°81-550 du 12 mai 1981 portant application de l'article 2 de la loi de blocage. [...].

Dès lors, nous faisons parvenir à l'autorité judiciaire compétente une copie de la correspondance échangée par la COMCO avec ces banques françaises (en ce qui concerne la Y. par l'intermédiaire de [...]) afin qu'elle puisse prendre connaissance des informations demandées.^{3; 4; 5} En résumé, la COMCO exige de ces trois banques la transmission de toutes les informations concernant l'EURIBOR pour les années 2005 à 2010 qu'elles ont fournies à la Commission européenne dans le cadre de l'enquête cartellaire que cette dernière mène également contre ces banques.

[...].⁶ À cette occasion, la COMCO a invité ces dernières à répondre à un questionnaire incluant des demandes de renseignements concernant les taux d'intérêts Yen Libor, Yen TIBOR et Euroyen TIBOR, CHF Libor et EURIBOR ainsi que, par courrier séparé du même jour, à d'autres questions concernant l'établissement de faits.^{7; 8} [...], une autre demande de renseignements concernant, entre autres, l'EURIBOR a aussi été envoyée [...].⁹ Par la suite, la COMCO a été informée, par l'intermédiaire de leurs filiales suisse ou représentant suisse, que X., Y. et Z. n'étaient pas en mesure de donner suite aux courriers mentionnés ci-dessus.^{10; 11; 12}

En résumé, les trois banques françaises ont déjà reçu plusieurs demandes de renseignements par deux envois, l'une datée du 14 décembre 2012 et l'autre datée du 22 avril 2013.

V Actes d'instruction ou autres actes judiciaires à accomplir (art. 3 let. d de la Convention)

Comme l'autorité judiciaire compétente peut le constater à la lecture de la correspondance annexée, les trois parties concernées sont prêtes à collaborer avec la COMCO, mais se disent être dans l'impossibilité de donner suite aux requêtes de la COMCO en raison de la teneur des dispositions de la loi de blocage française. Une requête fondée sur un instrument international a donc été formalisée.

Dans le cadre de cette requête de commission rogatoire internationale, il est requis de l'autorité judiciaire compétente de bien vouloir solliciter des trois parties la production des documents et informations visés dans les courriers de la COMCO et de les entendre sur lesdites demandes de renseignement.

VI Qualification de la COMCO en qualité d'autorité judiciaire

La COMCO est une autorité « indépendante des autorités administratives » selon l'article 19 LCart. Plus précisément, « elle est une commission extraparlamentaire du suivi du marché dont les travaux influencent l'ensemble de l'économie » (VINCENT MARTENET, dans: Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2e éd., 2013, art. 19 LCart N° 13). La COMCO ne mène pas d'action civile mais ses enquêtes appartiennent au domaine du droit économique, ce qui correspond aux termes « matière commerciale » selon l'article 1 de la Convention. La COMCO a donc une fonction analogue à celle d'un tribunal, raison pour laquelle elle peut invoquer l'article 1 de la Convention.

S'il est vrai que les recours contre les décisions de la COMCO sont portés devant le Tribunal administratif fédéral suisse (TAF) – ce qui pourrait faire croire, au regard des voies de recours prévues par le droit français dans les affaires de concurrence, qu'il ne s'agit pas d'affaires commerciales au sens de la Convention –, il est important de préciser qu'il n'existe aucun Tribunal civil (et commercial) fédéral en Suisse. Cela signifie qu'il n'y a aucun Tribunal civil fédéral auprès duquel les décisions de la COMCO puissent faire l'objet d'un recours. Au niveau suisse, il n'y a que le TAF et le Tribunal pénal fédéral. Par conséquent, le TAF traite par exemple aussi des questions de sécurité sociale, domaine qui est qualifié, aussi bien selon la conception suisse que française, de « civile ou commerciale » selon la Convention (cf. p. 28 du résumé des réponses au questionnaire de mai 2008 portant sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale [Convention Preuves], avec commentaires analytiques). La voie de droit pour les décisions de la COMCO n'est donc pas déterminante dans la qualification de la COMCO comme une autorité judiciaire.

[...]

³ Copies du courrier à [...] du 14 décembre 2012 [...] et de la réponse de [...] du 25 janvier 2013 [...]; annexe 2.

⁴ Copies du courrier à [...] du 14 décembre 2012 [...] et des réponses de [...] du 25 janvier 2013 [...] et du 19 mars 2013 [...]; annexe 3.

⁵ Copies du courrier à [...] du 14 décembre 2012 [...], de la réponse de [...] du 9 janvier 2013 [...], du courrier à [...] du 21 février 2013 [...] et de la réponse de [...] du 11 mars 2013 [...]; annexe 4.

⁶ [...]; annexe 5.

⁷ Copies des courriers à [...] et [...]; annexe 6.

⁸ Copies des courriers à [...] et [...]; annexe 7.

⁹ Copie du courrier à [...]; annexe 8.

¹⁰ Copie du courrier de [...] du 17 mai 2013 [...]; annexe 9.

¹¹ Copie du courrier de [...] du 21 mai 2013 [...]; annexe 10.

¹² Copie du courrier de [...] du 22 mai 2013 [...]; annexe 11.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Urteil vom 9. Juli 2014 upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG – Gegenstand: Verfügung vom 8. Juli 2013 in Sachen vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung Cinetrade AG der WEKO

Urteil B-4637/2013 vom 9. Juli 2014 1. upc cablecom GmbH in Zürich, 2. Quickline AG in Nidau, 3. sasag Kabelkommunikation AG in Schaffhausen, alle vertreten durch RA [...] (Beschwerdeführerinnen) gegen 1. CT Cinetrade AG in Zürich, 3. Teleclub AG in Zürich, 4. Swisscom (Schweiz) AG in Bern, alle vertreten durch RA [...] (Beschwerdegegnerinnen), Wettbewerbskommission WEKO in Bern (Vorinstanz). Gegenstand: Verfügung vom 8. Juli 2013 in Sachen vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32-0243.

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) im Einvernehmen mit der Vorinstanz (handelnd durch ein Mitglied des Präsidiums [Art. 1 Abs. 1 Bst. d des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996]) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, 251) gegen die Beschwerdegegnerinnen. Die Untersuchung soll zeigen, ob der Beschwerdegegnerin 1 alleine oder den Beschwerdegegnerinnen 1 und 4 gemeinsam im Bereich der Übertragung von Sportinhalten im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung zukommt und ob sie diese gegebenenfalls missbrauchen, indem sie Geschäftsbeziehungen verweigern, Handelspartner diskriminieren, unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingen oder Angebote unzulässigerweise koppeln (SHAB, 16. April 2013, Nr. 72/131; angefochtene Verfügung, Rz. 1).

B.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2013 stellten die Beschwerdeführerinnen ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Beschwerdegegnerinnen (ohne Beschwerdegegnerin 4), wobei es um den Zugang zum Live-Sport-Angebot der Beschwerdegegnerin 3 ging, namentlich zu den Kanälen „Teleclub Sport 4-29“. Mit Verfügung vom 8. Juli 2013 wies die Vorinstanz dieses Gesuch mit folgendem Dispositiv ab:

- „1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Eröffnung]
4. [Zustellung z.K. an Beschwerdegegnerin 4]“

Die Vorinstanz begründete die Abweisung im Wesentlichen damit, dass kein nicht wieder gutzumachender Nachteil zu erkennen sei. Die Beschwerdeführerinnen

könnten zwar aufgrund des Fehlens gewisser Programminhalten und Bezugsmöglichkeiten im Wettbewerb benachteiligt werden und deshalb Kunden verlieren bzw. weniger Kunden gewinnen. Jedoch sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht völlig ohne Live-Sport-Angebot auskommen müssten. Zudem würden die vorliegenden Beweismittel keinen möglicherweise existenzbedrohenden Kundenverlust belegen (angefochtene Verfügung, Rz. 21). Es erscheine unwahrscheinlich, dass Swisscom TV während des Untersuchungsverfahrens alle TV-Plattformen vom Markt verdrängen würde. Demnach dürfte es den Beschwerdeführerinnen möglich sein, verlorene Kunden nach Abschluss des Hauptverfahrens mit guten Angeboten und guten Dienstleistungen wieder zurück zu gewinnen (angefochtene Verfügung, Rz. 22).

C.

Gegen die Verfügung vom 8. Juli 2013 erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 16. August 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellten folgende Rechtsbegehren:

- „1. Es seien Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben;
2. es seien CT Cinetrade AG, [Beschwerdegegner 2] und die Teleclub AG anzuweisen, per sofort die Kanäle „Teleclub Sport 4-29“ sowie das Angebot „Teleclub Sport Live“ der Teleclub AG über das Kabelnetz von upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG und der sasag Kabelkommunikation AG zu kommerziell marktüblichen Bedingungen zu verbreiten;
3. es seien die CT Cinetrade AG, [Beschwerdegegner 2] und die Teleclub AG anzuweisen, der upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG sowie der sasag Kabelkommunikation AG per sofort im gleichen Umfang wie der Swisscom (Schweiz) AG den diskriminierungsfreien Zugang zum Live-Sport-Angebot der Teleclub AG zu gewähren, namentlich zu den Kanälen „Teleclub Sport 4-29“, sowie zum Angebot „Teleclub Sport Live“.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner und der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Ausserdem wurden folgende Verfahrensanträge gestellt:

1. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen seien die CT Cinetrade AG, [Beschwerdegegner 2] und

die Teleclub AG zu verpflichten, per sofort die Kanäle „Teleclub Sport 4-29“ sowie das Angebot „Teleclub Sport Live“ der Teleclub AG über das Kabelnetz von upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG und der sasag Kabelkommunikation AG zu kommerziell marktüblichen Bedingungen zu verbreiten;

2. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen seien die CT Cinetrade AG, [Beschwerdegegner 2] und die Teleclub AG zu verpflichten, der upc cablecom GmbH, der Finecom Telecommunications AG sowie der sasag Kabelkommunikation AG per sofort im gleichen Umfang wie der Swisscom (Schweiz) AG den diskriminierungsfreien Zugang zum Live-Sport-Angebot der Teleclub AG zu gewähren, namentlich zu den Kanälen „Teleclub Sport 4-29“, sowie zum Angebot „Teleclub Sport Live“.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner und der Schweizerischen Eidgenossenschaft.“

Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe vorliegend die Eingriffsschwelle hinsichtlich des Nachteils zu hoch angesetzt. Sie hält die Anforderung, wonach ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb drohen müsse, als sachgerechter. Würde demgegenüber darauf abgestellt, dass ein Wettbewerber in seiner Existenz bedroht sei, könnte der wirksame Wettbewerb nur noch in extremsten Fällen während der Dauer eines Verfahrens behördlich sichergestellt werden (Beschwerde, S. 22 f.). Dies laufe auch dem ergänzenden Individualrechtsschutz des KG zuwider (Beschwerde, S. 26).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz drohe dem wirksamen Wettbewerb ein schwerer Nachteil. Dies zeige sich exemplarisch an den Teleclub Teilnehmerzahlen der Beschwerdeführerin 1. Die Mehrheit der Kunden von Pay TV-Angeboten bei der Beschwerdeführerin 1 würde zum Basisangebot („Cinema“) zusätzlich ein Sportpaket abonnieren. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei zu befürchten, dass alternative Anbieter ohne gleichwertiges Sportangebot einen Grossteil ihrer Kunden an Swisscom TV verlieren würden. Dies sei auch durch aktuelle Kundenumfragen belegt, wonach ein erheblicher Teil der Kunden es für wahrscheinlich hält, innerhalb der nächsten zwölf Monaten zu Swisscom TV zu wechseln (Beschwerde, S. 23 ff.). Folglich würde der heute vorhandene geringfügige Restwettbewerb in den Pay TV-Märkten beseitigt, was unweigerlich zu einer irreversiblen Veränderung der Marktstrukturen führen würde (Beschwerde, S. 50).

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen die Verletzung der Untersuchungsmaxime und des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe keine Sachverhaltsermittlungen vorgenommen, welche für die summarische Prüfung des Gesuchs auf vorsorgliche Massnahmen erforderlich gewesen wären (Beschwerde, S. 12 ff.). Ausserdem habe sich die Vorinstanz mit wesentlichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht auseinander gesetzt und sei auch ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen (Beschwerde, S. 16 ff.).

D.

Die Vorinstanz liess sich mit Schreiben vom 16. September 2013 vernehmen und beantragt:

- „1. Es sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.“

Im Wesentlichen begründet die Vorinstanz ihre Anträge damit, die Nachteilsprognose korrekt vorgenommen zu haben. Es sei diesbezüglich in Erinnerung zu rufen, dass das Bundesgericht im Fall „Cablecom/Teleclub“ zur Zurückhaltung beim Erlass vorsorglicher Massnahmen aufgefordert habe: Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand solle durch die vorsorgliche Massnahme weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Ausserdem schienen die Beschwerdeführerinnen als Plattformanbieterinnen durchaus wirtschaftlich erfolgreich zu sein, obschon die im Hauptverfahren untersuchten Verhaltensweisen teilweise bereits seit längerer Zeit andauern würden (Vernehmlassung, S. 11 f.).

Zum Vorwurf der mangelnden Sachverhaltsermittlung bringt die Vorinstanz vor, eine vollständige Abklärung sei im summarischen Verfahren nicht verlangt. Sie habe sich zudem auf die Erkenntnisse aus der Vorabklärung und dem Hauptverfahren abstützen können, weshalb nicht davon die Rede sein könne, der Sachverhalt sei überhaupt nicht abgeklärt worden (Vernehmlassung, S. 3 f.). In die Begründung der angefochtenen Verfügung sei nur eingeflossen, was relevant für den Entscheid gewesen sei. Weil die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen bereits an der Nachteilsprognose scheiterte, seien weitere Voraussetzungen nicht zu prüfen gewesen (Vernehmlassung, S. 5 f.).

E.

Mit Verfügung vom 18. November 2013 stellte die Vorinstanz das Hauptverfahren in Bezug auf den Beschwerdegegner 2 ein, da dieser als natürliche Person nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert werden könne.

F.

Die Beschwerdegegnerinnen 1, 3 und 4 reichten ihre Antwort mit Schreiben vom 20. November 2013 ein und stellen folgende Anträge:

- „1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter: Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Subeventualiter: Es seien vorsorgliche Massnahmen nur anzuordnen, nachdem die Beschwerdeführerinnen eine Sicherheit hinterlegt haben. Zur Bezifferung der Höhe der Sicherheit sei den Beschwerdegegnerinnen vorab eine angemessene Nachfrist anzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen.“

Diese Anträge wurden im Wesentlichen damit begründet, dass den Beschwerdeführerinnen keine Beschwerdelegitimation zukommen würde und kein Nachteil der Beschwerdeführerinnen ersichtlich sei. Die Beschwerdeführerinnen würden kein schutzwürdiges Interesse an

der Aufhebung der angefochtenen Verfügung nachweisen. Zudem würden die Beschwerdeanträge nicht im öffentlichen Interesse, sondern ausschliesslich im privaten Interesse der Beschwerdeführerinnen liegen. Dies gehe bereits aus der Formulierung der Anträge hervor (Beschwerdeantwort, S. 30 ff.).

In Bezug auf die befürchtete Abwanderung von Kunden wird ausgeführt, die Kabelplattform habe branchenweit lediglich eine kleine Zahl von Kunden verloren. Wohin und warum die Kunden jedoch abgewandert seien, sei nicht aufgezeigt worden. Von den insgesamt 3 Mio. TV-Kunden würde nur ein sehr geringer Anteil die Leistungen von Teleclub abonnieren, weshalb mit dem Teleclub-Programm nur ein marginales Abwanderungspotential gegeben sei. Demgegenüber würden die Beschwerdeführerinnen verschweigen, dass sie selbst ein umfangreiches TV-Angebot bereithalten und neben Teleclub ihren Kunden „Premium Content“ bieten würden. Insofern komme eine irreversible Veränderung der Marktstruktur vorliegend nicht in Frage (Beschwerdeantwort, S. 43 ff.). Um die Rechte an den relevanten Pay-TV-Inhalten würde starker Bieterwettbewerb bestehen. Die Beschwerdeführerinnen, insbesondere die Beschwerdeführerin 1, die mit ihren internationalen Verbindungen über ihre Muttergesellschaft über erhebliche Ressourcen verfüge, und der Verband Swisscable, aber vor allem die SRG hätten sich wie die Beschwerdegegnerin 1 um die Übertragungsrechte am Schweizer Fussball und Eishockey beworben. Diese Übertragungsrechte würden jeweils für eine beschränkte Periode und ausserdem nur (...) ausgeschrieben. Wichtige Spiele würden von der SRG oder weiteren Stationen gesendet. Die Beschwerdegegnerin 3 übertrage zudem über die auch auf Kabel verfügbaren Sportprogramme Teleclub Sport 1 bis 3 beispielsweise nahezu alle Fussballspiele der Super League (Beschwerdeantwort, S. 14 ff.).

Schliesslich würde der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich mangelnder Sachverhaltsabklärung auf sie selbst zurückfallen, da es ihnen aufgrund der Mitwirkungspflicht obliegen hätte, der Behörde die notwendigen Beweise anzubieten (Beschwerdeantwort, S. 74 f.).

Der Beschwerdegegner 2 nahm mit Schreiben vom 29. November 2013 zur Beschwerde und zur Einstellungsverfügung der Vorinstanz vom 18. November 2013 Stellung, worin die gegenstandslose Abschreibung in Bezug auf den Beschwerdegegner 2 verlangt wurde.

G.

Mit Verfügung vom 9. Dezember 2013 wurde den Beschwerdeführerinnen die Vernehmlassung und die Beschwerdeantworten zur freigestellten Stellungnahme zugestellt. Ausserdem wurde ihnen die (nunmehr geschäftsgeheimnisbereinigte) Einstellungsverfügung vom 18. November 2013 zugestellt, da diese nur den Beschwerdegegnerinnen eröffnet wurde.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Replik ein und hielten an ihren gestellten Anträgen fest. Die Beschwerdeführerin 1 verfüge zwar zurzeit mit rund 1.4 Mio. TV Kunden noch über mehr Kunden als die Beschwerdegegnerin 4. Doch gelte es zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin 4 im Bereich Fernsehen enorme Zuwachsraten verzeichnen konnte. Demgegenüber sei das Wachstum der Be-

schwerdeführerin 1 sehr gering ausgefallen. Diese Entwicklung sei nicht zuletzt auf das attraktivere Teleclub Sportangebot zurück zu führen, wobei auch die Bündelung von Angeboten eine grosse Rolle spiele (Replik, S. 7). Entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerinnen werde auf „Teleclub Sport 1-3“ nicht ein umfassendes Angebot an Liveübertragungen ausgestrahlt, sondern es werde lediglich eine Best-of-Auswahl gezeigt. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, dass sich ein

Pay-TV Angebot nur vermarkten lasse, wenn es sich ausreichend vom Free-TV Angebot unterscheide (Replik, S. 8 und 24). Für einen erheblichen Teil der Kunden sei das Programmangebot an Liveübertragungen im Fussball entscheidend für die Attraktivität des Fernsehangebots (Replik, S. 26 f.). Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Beschwerdegegnerin 1 sei im Bieterwettbewerb um Sportübertragungsrechte bevorzugt worden (Replik, S. 9).

H.

Am 12. Februar 2014 wurde das Verfahren in Bezug auf den Beschwerdegegner 2 infolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen. Dem Beschwerdegegner 2 wurde eine Parteientschädigung von Fr. 16'863.80 (inkl. MwSt) zugesprochen und der Vorinstanz auferlegt. Diesbezüglich wurde zunächst festgestellt, dass gegen die Einstellungsverfügung vom 18. November 2013 keine Beschwerde erhoben worden sei und diese somit rechtskräftig geworden sei. Die Einstellungsverfügung wurde materiell als Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung mit Bezug auf den Beschwerdegegner 2 angesehen, weshalb diese im Ergebnis die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens in Bezug auf den Beschwerdegegner 2 bewirkte. Der Teilabschreibungsentscheid vom 12. Februar 2014 ist in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdegegnerinnen 1, 3 und 4 werden im Folgenden zusammen als die „Beschwerdegegnerinnen“ bezeichnet.

I.

Mit Schreiben vom 24. Februar 2014 liess sich die Vorinstanz erneut vernehmen und hielt an ihren gestellten Anträgen fest. Sie erläuterte insbesondere den Unterschied zwischen sichernden und gestaltenden vorsorglichen Massnahmen.

Am 9. April 2014 reichten die Beschwerdegegnerinnen ihre Duplik ein und hielten ebenfalls an ihren gestellten Anträgen fest. Die Beschwerdeführerinnen hätten in ihrer Replik keine wesentlichen, neuen Argumente vorgebracht. Insbesondere hätten die Beschwerdeführerinnen nicht aufzeigen können, wie das erweiterte Sportangebot in einem Zusammenhang mit der Kundenentwicklung stehen würde (Duplik, S. 25). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen fehle es an einem raschen Wandel der Marktverhältnisse, zumal die Beschwerdeführerin 1 im Geschäftsjahr 2013 ihren Gesamtkundenstamm um 3 % auf 2.538 Mio. Kunden erhöhen konnte und nach wie vor mehr TV-Kunden als Swisscom habe (Duplik, S. 23 f.).

J.

Mit Verfügung vom 11. April 2014 wurde die zweite Vernehmlassung der Vorinstanz vom 24. Februar 2014 und die Duplik der Beschwerdegegnerinnen vom 9. April

2014 an die übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gestellt, wobei kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet wurde. Die Verfahrensbeteiligten wurden darauf aufmerksam gemacht, allfällige Bemerkungen bis spätestens zum 12. Mai 2014 einzureichen.

Mit Schreiben vom 12. Mai 2014 reichten die Beschwerdeführerinnen Bemerkungen zur Duplik ein, worin sie an ihren bisherigen Anträgen bzw. Begründung festhielten. Dazu nahmen die Beschwerdegegnerinnen mit Schreiben vom 3. Juni 2014 letztmals Stellung. Mit Schreiben vom 11. Juni 2014 reichten die Beschwerdegegnerinnen eine Kostennote ein, welche mit Verfügung vom 4. Juli 2014 an die übrigen Verfahrensbeteiligten zugestellt wurde. Die Beschwerdeführerinnen reichten mit Schreiben vom 8. Juli 2014 ihrerseits eine Kostennote ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 6180/2013 vom 29. April 2014, E. 1; vgl. auch BVGE 2007/6, E. 1, m.w.H.).

1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (BVGE 2011/32, E. 1.1, auch publiziert in RPW 2010/2, S. 242 ff.). Der angefochtene Entscheid vom 8. Juli 2013, welcher das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abweist, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG (Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-86/2014 vom 3. Juni 2014, E. 2.2.1 mit Hinweisen). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2

Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Zwischenverfügung, die - wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken vermag - angefochten werden kann. Unter den gleichen Voraussetzungen können auch Dritte Beschwerde erheben, wenn sie im Rahmen einer Untersuchung einen Antrag auf Erlass solcher Massnahmen gestellt haben und die Wettbewerbskommission diesen Antrag abgewiesen hat (BGE 130 II 521, E. 2.1). Die Qualifikation der angefochtenen Zwischenverfügung als eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist vorliegend unbestritten (Replik, S. 15, Duplik, S. 18).

Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde zu-

lässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Ist die Beschwerde nach diesem Absatz 1 nicht zulässig oder wurde von ihr kein Gebrauch gemacht, so sind die betreffenden Zwischenverfügungen durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung auswirken (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

1.3

Für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils genügt ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 130 II 149, E. 1.1). Es ist kein rechtlicher Nachteil erforderlich. Ausserdem wird nicht verlangt, dass ein wirtschaftlicher Nachteil nie wiedergutmacht werden kann. Vielmehr genügt bereits ein schutzwürdiges Interesse daran, eine vorsorgliche Massnahme unverzüglich zu erlassen, ohne auf den Endentscheid warten zu müssen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4363/2013 vom 2. September 2013, E.1.4.1.1, auch publiziert in RPW 2013/4, S. 697 ff.; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, N 7 zu Art. 46; MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, N 10 ff. zu Art. 67).

1.4

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, sie würden gegenüber den Beschwerdegegnerinnen in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Deren missbräuchliche Geschäftspolitik in Bezug auf das Teleclub Sportprogramm beeinträchtigt die Beschwerdeführerinnen in ihrer jeweiligen Wettbewerbsstellung und führe zu Marktanteilsverlusten. Dies würden etwa die Anschlusszahlen von Swisscom, die im letzten Jahr einen Zuwachs an 200'000 TV Kunden ausweisen könne und im Jahr 2014 über 1 Mio. Kunden verfüge, verdeutlichen (Replik, S. 15).

Die Beschwerdegegnerinnen sind dagegen der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen hätten laufend Kundenzuwachs. Ihre Umsätze würden sich hervorragend entwickeln. So habe die Beschwerdeführerin 1 ihren Umsatz im Jahr 2013 um CHF 52.2 Mio. bzw. 4.4 % im Vergleich zum Vorjahr gesteigert. Allfällige Marktanteilsverluste, nota bene im Gesamtfernsehmarkt, würden alleine daraus resultieren, dass das über Jahrzehnte bestehende Gebietsmonopol der Beschwerdeführerinnen aufgebrochen worden sei. Diese Verluste seien somit Zeichen wirksamen Wettbewerbs (Duplik, S. 18).

1.5

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen durch das Fehlen von gewissen Programminhalten im Wettbewerb benachteiligt sein könnten und Kunden verlieren bzw. weniger Kunden gewinnen könnten (angefochtene Verfügung, Rz. 21). Auch von den Beschwerdegegnerinnen wird die Existenz bzw. die Gefahr von Marktanteilsverlusten nicht grundsätzlich bestritten. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, wie es um die wirtschaftliche Gesamtsituation

der Beschwerdeführerinnen steht. Ob allfällige Marktanteilsverluste nach Abschluss des Hauptverfahrens wieder zurückgewonnen werden können, ist für die Eintretensfrage von untergeordnetem Interesse. Vielmehr haben die Beschwerdeführerinnen ein wirtschaftliches Interesse daran, einen einstweiligen Schutz bereits während des Untersuchungsverfahrens zu erstreiten. Dementsprechend ist vorliegend ein schutzwürdiges Interesse zu bejahen.

1.6

Die Beschwerdegegnerinnen bringen weiter vor, bereits die Vorinstanz hätte nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführerinnen eintreten dürfen, da kein öffentliches Interesse ersichtlich sei. Es sei nur der Zivilrichter, nicht aber die Vorinstanz für das Begehren um vorsorgliche Massnahmen zuständig. Deshalb würden die Beschwerdeführerinnen über keine Beschwerdelegitimation verfügen (Beschwerdeantwort, S. 30 ff.).

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann von Amtes wegen oder auf Anstoss von Dritten erfolgen (STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK KG, Basel 2010, N 100 zu Art. 39; BGE 130 II 521, E. 2.1). Das Einreichen eines Gesuchs begründet für sich alleine noch keine Parteistellung im Hauptverfahren (BGE 139 II 279, E. 2.3). Vorliegend ist jedoch nicht die Parteistellung der Beschwerdeführerinnen im Hauptverfahren zu prüfen, sondern lediglich, ob die Beschwerdelegitimation gegen die angefochtene Zwischenverfügung gegeben ist.

Selbst wenn die Vorinstanz für die vorsorgliche Massnahme nicht zuständig gewesen wäre, würde dies dem Eintreten auf die vorliegende Beschwerde nicht entgegenstehen. Die Frage, ob ein öffentliches und nicht lediglich ein privates Interesse an einer vorsorglichen Massnahme besteht, ist in der materiellen Prüfung zu würdigen (STEFAN BILGER, a.a.O., N 96 zu Art. 39).

1.7

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilen neu geregelt. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gut zu machen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag

für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. 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 (BGE 130 II 149, E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

2.1

Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung. 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. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme (BGE 130 II 149, E. 2.3, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch VINCENT MARTENET, in: derselbe/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, N 105 ff. zu Art. 39; THOMAS MERKLI, ZBI 109/2008, S. 423).

2.2

In der angefochtenen Verfügung wurden nicht sämtliche dargestellte Voraussetzungen geprüft. Vielmehr kam die Vorinstanz zu Schluss, es fehle bereits am nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb.

Vorliegend ist zu prüfen, ob an den Nachteil nicht übermässige Anforderungen gestellt und die entsprechenden Beweise korrekt gewürdigt wurden.

3.

Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, der Erlass vorsorglicher Massnahmen bedinge, dass dem wirksamen Wettbewerb ein schwerer Nachteil drohe (Beschwerde, S. 23 und 49). Dies deckt sich im Wesentlichen mit den Ausführungen der Vorinstanz in Rz. 18 der angefochtenen Verfügung. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen setzt die Vorinstanz vorliegend keine höhere Schwelle für das Erfordernis des Nachteils. Vielmehr erläuterte sie zunächst, dass durch die beantragten Massnahmen die Marktstellung von Teleclub allenfalls gestärkt würde, da anschliessend an die erzwungene Lizenzierung „die TV-Plattformanbieter kaum noch Anreize haben, selbst in den Märkten tätig zu sein“ (angefochtenen Verfügung, Rz. 20). Anschliessend erklärte die Vorinstanz, dass ein existenzbedrohender Kundenverlust nicht belegt sei

(angefochtenen Verfügung, Rz. 21). Schliesslich wurde erwogen, dass die Beschwerdeführerinnen unter Umständen bis zum Abschluss des Hauptverfahrens Kunden verlieren könnten. Diese dürften jedoch anschliessend „mit guten Angeboten und guten Dienstleistungen wieder zurück zu gewinnen“ sein. Eine vollständige Verdrängung anderer TV-Plattformen durch Swisscom TV während des Untersuchungsverfahrens wurde als unwahrscheinlich eingeschätzt (angefochtene Verfügung, Rz. 22).

Folglich ist unstrittig, dass auf den objektiven Nachteil des wirksamen Wettbewerbs abgestellt werden muss. Ein allfälliger subjektiver Nachteil der Beschwerdeführerinnen ist für sich alleine nicht entscheidend. Ausserdem wurde nicht einzig auf die Bedrohung der Existenz der Beschwerdeführerinnen abgestellt, sondern vor allem mit der Möglichkeit der Rückgewinnung von Kunden argumentiert.

Die Vorinstanz hat zu Recht betont, die Anforderungen an gestaltende Massnahmen seien grundsätzlich höher als bei sichernden Massnahmen (vgl. oben E. 2). Zuzustimmen ist der Vorinstanz ausserdem insofern, als sie einen eher hohen Beweisgrad fordert, „wenn gleich aufgrund des summarischen Charakters kein Vollbeweis zu verlangen ist“ (Vernehmlassung, S. 8; vgl. auch PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 107 f.). Je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahme desto höhere Anforderungen sind an die Beweise zu stellen (vgl. URS SCHENKER, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, S. 88 ff.; Stefan Bilger, a.a.O., N 99 zu Art. 39). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen eine Mitwirkungspflicht zur Erstellung des Sachverhalts trifft.

4.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die überhöhten Anforderungen der Vorinstanz an den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil würden der Funktion des ergänzenden Individualrechtsschutzes des KG entgegen stehen. Die herrschende Lehre und das Bundesgericht würden dem KG einen ergänzenden Individualschutz attestieren. Dementsprechend habe der Staat sicherzustellen, dass die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch private Wettbewerbsbeschränkungen nicht übermässig erschwert werde (Beschwerde, S. 26). Die Vorinstanz erklärte diesbezüglich, es sei der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, wenn in erster Linie private Interessen zur Diskussion stünden (Vernehmlassung, S. 12).

Zunächst ist festzuhalten, dass der Individualschutz im KG in der Lehre umstritten ist (vgl. Literaturhinweise bei MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011, Rz. 195, Fn 48). Das Bundesgericht berücksichtigt neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution auch den Individualschutz, wobei es dabei keinen Widerspruch zum Begriff des wirksamen Wettbewerbs sieht (BGE 139 I 72, E. 10.1.2). Insbesondere im Kartellzivilrecht ist der Individualschutz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von Bedeutung (vgl. Urteil des Bun-

desgericht 4A.449/2012 vom 23. Mai 2013). Das Bundesverwaltungsgericht erwog kürzlich, dass Wettbewerb als ein Mittel der Gemeinwohlverwirklichung und nicht als Selbstzweck zu betrachten ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-362/2010 vom 3. Dezember 2013, E. 8.3.5.2, mit Hinweisen). Insofern sollen nicht die Wettbewerber, sondern der Wettbewerb geschützt werden.

Ausserdem darf auch mitberücksichtigt werden, dass einem Gesuchsteller noch andere, parallele Verfahren zur Wahrung seiner Interessen offen stehen (THOMAS MERKLI, a.a.O., S. 423 mit Hinweis auf BGE 130 II 149, E. 2.4). Demzufolge ist der Vorinstanz kein Vorwurf im Hinblick darauf zu machen, dass sie die Beschwerdeführerinnen darauf hinwies, der zivilrechtliche Weg sei für sie offen. Daher können die Beschwerdeführerinnen vorliegend aus dem Argument des Individualschutzes nichts gegen die angefochtene Verfügung ableiten.

5.

Den schweren Nachteil für den Wettbewerb sehen die Beschwerdeführerinnen unter folgendem Blickwinkel: (i) Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei namentlich das Sportangebot für einen Pay TV-Anbieter essentiell, um am Markt bestehen zu können; (ii) aufgrund der kartellrechtswidrigen Geschäftspolitik der Beschwerdegegnerinnen leide die Kundenzufriedenheit der Beschwerdeführerinnen; (iii) falls die Beschwerdeführerinnen nicht ein ähnlich attraktives Angebot wie Swisscom TV anbieten könnten, sei zu erwarten, dass sich das Pay TV-Angebot in der Schweiz verteuern und in qualitativer Hinsicht verschlechtern würde (Beschwerde, S. 23 ff. und 50).

5.1

Die Bedeutung des Sportangebots zeige sich nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen exemplarisch an den Teleclub Teilnehmerzahlen von den Kunden der Beschwerdeführerin 1. Die Mehrheit der Kunden von Pay TV-Angeboten bei der Beschwerdeführerin 1 würde zum Basisangebot („Cinema“) zusätzlich ein Sportpaket abonnieren. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei zu befürchten, dass alternative Anbieter ohne gleichwertiges Sportangebot einen Grossteil ihrer Kunden an Swisscom TV verlieren würden. Dies sei auch durch aktuelle Kundenumfragen belegt, wonach ein erheblicher Teil der Kunden es für wahrscheinlich hält, innerhalb der nächsten zwölf Monate zu Swisscom TV zu wechseln (Beschwerde, S. 23 ff.).

5.2

Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, dass grundsätzlich zwischen der Tätigkeit eines TV-Plattformanbieters und derjenigen eines Programmveranstalters für Pay-TV zu unterscheiden sei. Die Beschwerdeführerinnen seien in erster Linie Plattformanbieterinnen. Ob sie auch als Programmveranstalterinnen für Pay-TV angesehen werden könnten, hänge nicht zuletzt von der Definition des Begriffs „Pay-TV“ ab, welche entsprechend den bisherigen Ermittlungen des Sekretariats in der Branche sehr unterschiedlich ausfallen würde und worüber somit noch kein abschliessendes Urteil möglich sei. Als Plattformanbieterinnen schienen die Beschwerdeführerinnen aber durchaus wirtschaftlich erfolgreich zu sein, obschon die im Hauptverfahren untersuchten Verhaltensweisen teil-

weise schon seit längerer Zeit andauern würden (Vernehmlassung, S. 11 f.).

5.3

Die Beschwerdegegnerinnen bestreiten eine Abwanderung von Kunden. Zum einen würden die Beschwerdeführerinnen zusammen mit den übrigen Kabelnetzbetreibern rund 2.7 Mio. TV-Kunden in der Schweiz bedienen und seien deshalb sehr erfolgreich. Zum anderen habe Teleclub in den letzten Jahren das Sportangebot plattformübergreifend kontinuierlich ausgebaut und verbessert (Beschwerdeantwort, S. 43).

Ausserdem spiele der Wettbewerb zwischen Swisscom und den Kabelnetzbetreibern vor allem über Bündelangebote und nicht über das Teleclub-Angebot. Die Kunden würden TV, Internet und Telefonie zunehmend als kombinierte Dienstleistung beziehen. Sie würden damit nicht nur TV Kanäle, sondern auch die Bandbreiten der Datenverbindungen, die Dienstleistungen für Telefonie, die Gebühren und viele Zusatz-Dienstleistungen mit einander vergleichen. Bei der Auswahl unter den Plattformen spielten somit vielfältige Faktoren eine Rolle (Beschwerdeantwort, S. 44 f.).

Von den insgesamt rund 3 bis 4 Mio. TV-Kunden würden nur (< 150'000) Teleclub abonnieren. Das gesamte Teleclub-Programm stelle deshalb nur ein marginales Abwanderungspotential dar. Es könne völlig ausgeschlossen werden, dass das Sportprogramm alleine für einen spürbaren oder nennenswerten Nachteil verantwortlich wäre. Das zusätzliche Sportangebot „Teleclub Sport 4-29“ und „Teleclub Sport Live“ gebe es bereits seit 2006. Dennoch würde dieses nur für einen kleinen Teil der Neukunden (neben vielen anderen Faktoren) eine Rolle spielen (Beschwerdeantwort, S. 45 f.; Duplik, S. 25 f.).

6.

Die Beschwerdeführerinnen untermauern ihre Argumente mit verschiedenen Beweismitteln, wie etwa Meinungsumfragen. Die Resultate dieser Umfragen lassen jedoch unterschiedliche Schlüsse zu. Zum Beispiel wurden Kunden danach gefragt, welche Kriterien die Entscheidung beeinflusst hätten, zu Swisscom TV zu wechseln. Zwar wurden die Anzahl TV Programme, das Live-Fussball und Live-Eishockey Angebot von einem erheblichem Teil der Kunden als solche Kriterien genannt. Für noch mehr Kunden war jedoch beispielsweise das Kombiangebot Casa Trio entscheidend. Ausserdem zeigt die Umfrage auf, dass es beim Entscheid die TV-Plattform zu wechseln auf viele und unterschiedliche Kriterien ankommt, was eher die Argumentation der Beschwerdegegnerinnen stützt (vgl. Beschwerdebeilage 14, S. 23; zum Umsatzanstieg von Swisscom durch Bündelverträge vgl. Beschwerdebeilage 17, S. 2).

Weiter ist unklar, welchen Effekt das Zusatzsportangebot von Teleclub auf das Konsumentenverhalten hat. Selbst wenn beispielsweise Live-Fussball für einen erheblichen Teil der TV-Kunden besonders wichtig wäre, ist vorliegend nicht ersichtlich, welche Bedeutung das hier strittige Zusatz-Sportangebot neben den Kanälen Teleclub Sport 1-3 hat, die den Beschwerdeführerinnen unbestritten offen stehen. Dementsprechend ist nicht glaubhaft gemacht, dass diese Differenzierung des Angebots einen schweren Nachteil für den Wettbewerb bewirken vermag. Ein schwerer Nachteil ist auch des-

halb nicht erkennbar, da die Beschwerdeführerinnen im Moment als relativ erfolgreich erscheinen. Zudem geht auch ein von den Beschwerdeführerinnen eingereichtes ökonomisches Gutachten insbesondere von einem kurzfristigen Schaden für die Beschwerdeführerin 1 aus, wobei die langfristigen Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb aufgrund der aktuellen Erkenntnisse schwer abzuschätzen seien (Replikbeilage 11, S. 20 f. und 38). Deshalb ist nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerinnen als starke Wettbewerber durch allfällige Benachteiligungen hinsichtlich der zusätzlichen Sport-Kanäle dermassen geschwächt würden, dass der wirksame Wettbewerb durch gestaltende vorsorgliche Massnahmen behördlich geschützt werden müsste.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Pay-TV massgeblich von der Marktabgrenzung abhängt. Nach der Vorinstanz ist diese Marktabgrenzung jedoch noch nicht klar und bedarf weiterer Untersuchung. Auch die Beschwerdeführerinnen wollen sich diesbezüglich nicht festlegen und bezeichnen ihren Vorschlag der Marktabgrenzung nachvollziehbarerweise als Arbeitshypothese (Beschwerde, S. 33). Dementsprechend sind für die Prognose des Nachteils für den wirksamen Wettbewerb Elemente entscheidend, die im Hauptverfahren erst noch genauer zu untersuchen sind.

Demnach ist die Prognose des Nachteils für den wirksamen Wettbewerb noch zu unklar, um die hohen Anforderungen an eine gestaltende Massnahme zu erfüllen. Die Vorinstanz hat deshalb in einem frühen Stadium des Verfahrens und ohne die erforderlichen Grundlagen zu Recht vorsichtig agiert, indem sie das Gesuch um gestaltende vorsorgliche Massnahmen der Beschwerdeführerinnen abwies.

7.

Die Beschwerdeführerinnen machen als formelle Rechtsmängel im Wesentlichen eine Verletzung der Untersuchungsmaxime und des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend.

7.1

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hätte die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig eruiieren müssen. Zumindest hätte sie die Beschwerdeführerinnen orientieren müssen, falls der Meinung der Vorinstanz nach zusätzliche Informationen oder Beweismittel benötigt gewesen wären. Insbesondere die Verflechtung der Beschwerdegegnerinnen untereinander hätte abgeklärt werden müssen, da dies ein mitentscheidender Faktor sei, warum eine marktbeherrschende Stellung vorliegt und diese in Form von Diskriminierungen missbraucht worden sei. Ausserdem habe die Vorinstanz keine Abklärungen zum relevanten Markt getroffen, was auch eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage verunmöglicht habe. Schliesslich habe die Vorinstanz auch keinerlei Ermittlungen zur Frage des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils angestellt. Insbesondere das Argument, wonach allenfalls verlorene Kunden nach Abschluss des Verfahrens wieder zurückgewonnen werden könnten, basiere auf blossen Mutmassungen (Beschwerde, S. 13 ff.; Replik, S. 17 f.).

Diesbezüglich ist zunächst anzumerken, dass die Vorinstanz lediglich das Element des Nachteils für den wirksamen Wettbewerb prüfte (zum Untersuchungsgrundsatz vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 5). Da die Vorinstanz das Vorliegen dieses Elements zu Recht verneinte, musste sie sich nicht näher mit anderen Fragen, wie die der Marktbeherrschung, auseinandersetzen. Zudem ist der Vorinstanz kein Vorwurf hinsichtlich der Marktabgrenzung zu machen. Wie bereits dargelegt, muss diese Frage während des laufenden Untersuchungsverfahrens erst noch vertieft abgeklärt werden (vgl. E. 6). Mit Blick auf die erforderliche Dringlichkeit einer vorsorglichen Massnahme rechtfertigte es sich vorliegend, aufgrund derjenigen Erkenntnisse zu entscheiden, die der Vorinstanz zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung vorlagen. Auch die Würdigung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils der Vorinstanz erscheint einer summarischen Prüfung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen als angemessen. Dies gilt auch deshalb, weil vorliegend die angeblich ausserordentliche Bedeutung der zusätzlichen Teleclub-Sportkanäle nicht glaubhaft gemacht werden konnte (vgl. E. 6). Somit ist auch diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ersichtlich.

7.2

Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Zugang bzw. der Beschaffung zu TV-Inhalten auseinander gesetzt. Ausserdem habe sie die Verflechtungen der Beschwerdegegnerinnen nicht geprüft. Schliesslich gehe aus der Begründung der angefochtenen Verfügung nicht klar hervor, welche Marktabgrenzung ihrem Entscheid zu Grunde gelegen habe. Schliesslich begründe sie nicht, warum aufgrund der Teleclub-Teilnehmerzahlen keinesfalls mit einem Marktaustritt der Beschwerdeführerin 1 zu rechnen sei (Beschwerde, S. 18 ff.).

Wie betreffend Untersuchungsgrundsatz ausgeführt, sind nicht alle Vorbringen der Beschwerdeführerinnen für den abschlägigen Entscheid der Vorinstanz relevant, da bereits der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil verneint wurde. Dementsprechend ist die Vorinstanz auch nicht verpflichtet, solche Argumente in ihrem Entscheid ausführlich zu würdigen (zum rechtlichen Gehör vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 4). Dass sich die Vorinstanz in Bezug auf die Marktabgrenzung noch nicht festlegen will, ist angesichts der laufenden Untersuchung verständlich. So kann sie nicht durch ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu allenfalls präjudiziellen Erörterungen gezwungen werden, die erst im Endentscheid detailliert geprüft werden können. Ferner kann in einem summarischen Verfahren die Begründung je nach den Umständen des Einzelfalls kürzer ausfallen als in einem Hauptentscheid. Deshalb vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum rechtlichen Gehör keine formellen Rechtsmängel zu begründen.

Auch mit dem Argument, ihr Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung sei aufgrund höherer Anforderungen an den Nachteil verletzt, dringen die Beschwerdeführerinnen nicht durch. Eine Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich, weil die Vorinstanz nicht einzig auf die Bedrohung der Existenz der Beschwerde-

führerinnen abgestellt, sondern vor allem mit der Möglichkeit der Rückgewinnung von Kunden argumentierte (vgl. E. 3).

8.

Somit dringen die Beschwerdeführerinnen weder mit ihren materiellen noch formellen Rügen gegen die angefochtene Verfügung durch. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

Mit ihren Verfahrensanträgen verlangen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen das Gleiche wie in ihren Beschwerdeanträgen. Vorliegend rechtfertigte es sich nicht während des Beschwerdeverfahrens betreffend vorsorglicher Massnahmen, solche Massnahmen bereits gestützt auf Art. 56 VwVG zu treffen. Mit dem vorliegenden Sachentscheid werden die Verfahrensanträge gegenstandslos (THOMAS MERKLI, ZBI 109/2008, S. 422).

9.

Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4 bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE).

Unter Berücksichtigung aller Umstände werden die Verfahrenskosten auf Fr. 7'500.- festgesetzt (vgl. Verfügung vom 22. August 2013) und den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen auferlegt. Der von ihnen einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

10.

Die unterliegenden Beschwerdeführerinnen haben den obsiegenden Beschwerdegegnerinnen für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu erstatten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Gemäss Art. 10 VGKE wird insbesondere das Anwalts-honorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltschaftliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

Die Beschwerdegegnerinnen haben am 11. Juni 2014 für ihre Rechtsvertretung eine detailliert begründete Kostennote eingereicht. Ausgehend von rund 183 aufgewendeten Stunden und Stundenansätzen zwischen Fr. 300.-/h und Fr. 400.-/h machen sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 66'910.85 (inkl. Auslagen und MwSt.) geltend. Der Aufwand im Zusammenhang mit dem Teilabschreibungsentscheid vom 12. Februar 2014 und mit dem Untersuchungsverfahren vor der Vorinstanz sei dabei nicht berücksichtigt worden.

Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht 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 (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011 E. 8.3.1 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte Erwägung]). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010 E. 8.3.4, a.a.O.).

Der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdegegnerinnen von insgesamt Fr. 66'910.85, welcher auch Auslagen und MwSt. beinhaltet, wird nachvollziehbar aufgelistet. Obwohl es sich vorliegend lediglich um eine Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid handelt, ist die Streitsache aufgrund von vielfältigen Sach- und Rechtsfragen trotzdem komplex. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand für drei Beschwerdegegnerinnen zusammen betrieben werden musste. Vor diesem Hintergrund lässt sich der geltend gemachte Aufwand nicht beanstanden. Den Beschwerdegegnerinnen ist somit zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung im beantragten Umfang, d.h. insgesamt Fr. 66'910.85 (inkl. MwSt.), zuzusprechen. Diese Parteientschädigung haben die Beschwerdeführerinnen den Beschwerdegegnerinnen nach Rechtskraft dieses Urteils zu gleichen Teilen zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

- 1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.**
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 7'500.- werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen auferlegt; der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.
- 3.**
Den Beschwerdegegnerinnen werden je zu gleichen Teilen zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 66'910.85 (inkl. MwSt.) zugesprochen.
- 4.**
Dieses Urteil geht an:
 - die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
 - die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
 - die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0243; Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Urteil vom 1. Juli 2014 Parteistellung in der Untersuchung der WEKO Online-Buchungsplattformen für Hotels
-----	---

Urteil B-3985/2013 vom 1. Juli 2014 A., vertreten durch [...] gegen B., vertreten durch [...] und C, vertreten durch [...]. Wettbewerbskommission, WEKO (Vorinstanz). Gegenstand: Parteistellung in der Untersuchung 32-0241 (Online-Buchungsplattformen für Hotels)

Sachverhalt:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz am 11. Dezember 2012 eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, 251) gegen die Online-Buchungsplattformen B., C. und D. Veröffentlicht wurde diese Untersuchung am (...) im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB vom [...]) und im Bundesblatt (BBl [...]).

B.

Mit Schreiben vom 23. Januar 2013 meldete der Beschwerdeführer innert Frist seine Beteiligung an der Untersuchung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG an. Mit Eingabe vom 3. Mai 2013 stellte er das Gesuch um Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG. Mit Schreiben vom 14. Mai 2013 lehnte das Sekretariat dieses Gesuch ab, woraufhin der Beschwerdeführer um Erlass einer anfechtbaren Verfügung in dieser Sache ersuchte.

C.

Am 11. Juni 2013 erliess die Vorinstanz, handelnd durch ein Mitglied des Präsidiums (Art. 1 Abs. 1 Bst. d des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996), auf Antrag des Sekretariats die angefochtene Zwischenverfügung mit folgendem Dispositiv:

- „1. Das Gesuch um Zulassung als Partei im Verfahren (...) wird abgewiesen.
2. Die Gesuchstellerin wird jedoch als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG im Verfahren (...) zugelassen.
3. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 1'100.- werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. [Eröffnung / Zustellung zur Kenntnisnahme an die Untersuchungsadressaten B., C und D.]“

Die Vorinstanz verneinte die Parteistellung des Beschwerdeführers im Wesentlichen mit der Begründung, als Verband fehle ihm die eine Parteieigenschaft begründende Legitimation zur Führung der egoistischen Verbandsbeschwerde. Die parteimässige Beteiligung von Dritten beurteile sich nach den Kriterien für die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG. Ein Dritter müsse daher durch das anstehende kartellrechtliche Verwaltungsverfahren stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten und nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Parteistellung komme demjenigen zu, der durch eine erhebliche Behinderung der Wettbewerbsstellung

einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide. Die Verbandsbeschwerde setze unter anderem die Vertretung der Interessen der Mehrzahl oder zumindest einer grossen Anzahl der Verbandsmitglieder, welche ihrerseits zur Beschwerde legitimiert wären, voraus. Indem der Beschwerdeführer lediglich vorgetragen habe, seine Mitglieder seien darauf angewiesen, über Buchungsplattformen Kunden zu akquirieren, habe er den Nachweis einer spezifischen, individuellen Betroffenheit seiner Mitglieder nicht erbracht. In diesem Zusammenhang seien weder die beträchtlichen Marktanteile der Plattformen B., C. und D. erheblich noch der Umstand, dass zwischen einer Vielzahl von Verbandsmitgliedern und den besagten Buchungsplattformen Vertragsverhältnisse bestehen würden. Selbst wenn einzelnen Mitgliedern Parteistellung zukäme, sei nicht erstellt, dass dies auf die Mehrzahl der rund 2020 Mitglieder-Hotels zutreffe. Aus diesen Gründen komme dem Beschwerdeführer keine Parteistellung zu. Hingegen werde er als beteiligter Dritter ohne Parteistellung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG im vorinstanzlichen Verfahren zugelassen.

D.

Gegen diese Zwischenverfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 12. Juli 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellt folgende Rechtsbegehren:

- „1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Juni 2013 sei aufzuheben und es sei gerichtlich festzustellen, dass der Beschwerdeführerin in der Untersuchung (...) Online-Buchungsplattformen Parteistellung zukommt.
2. Es seien keine Verfahrenskosten zu erheben und der Beschwerdeführerin sei der von ihr geleistete Vorschuss zu erstatten.
3. Die Wettbewerbskommission sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin deren Parteikosten auf gerichtliche Bestimmung hin zu erstatten.“

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer vor, er würde durch die Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden, da er die Interessen seiner Mitglieder-Hotels im Sinne seines statutarischen Auftrages nicht umfassend wahren könne, wenn ihm keine Parteistellung samt Antrags- und Akteneinsichtsrecht zukomme.

Der Beschwerdeführer führt aus, er erfülle als Branchenverband der Schweizer Hotellerie die Voraussetzungen zur Legitimation als Partei. Mit der Vorinstanz stimmt er überein, dass einem Wirtschaftsverband - mangels spezialgesetzlicher Grundlage - grundsätzlich dann Parteistellung zukomme, wenn er zur egoistischen Verbandsbeschwerde berechtigt sei. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Nach Auffassung des Beschwerdeführers sind seine Mitglieder-Hotels durch die in Frage stehende Vertragspolitik der grossen Bu-

chungsplattformen erheblich in ihrer wirtschaftlichen Position behindert, zumal sich die strittigen Klauseln unmittelbar wettbewerbsbeschränkend auswirken würden. Da die Hotels auf Verträge mit Buchungsplattformen angewiesen seien, könnten sie den missbräuchlichen Forderungen der grossen Buchungsplattformen faktisch nicht ausweichen. Daher seien die Hotels durch die Vertragspolitik der Buchungsplattformen in ihrer Marketingstrategie direkt behindert. So könnten die Mitglieder-Hotels beispielsweise zwecks Optimierung der Zimmerauslastung keine kurzfristigen Buchungen über die hoteleigene Buchungsplattform zu Sonderkonditionen anbieten. Im Übrigen hätten kleinere Plattformen Mühe, am Markt teilzunehmen. Schliesslich könne, wer über Buchungsplattformen Hoteldienstleistungen anbiete, den Kunden bei Direktbuchungen über die eigene Hotelpattform weder Rabatte gewähren noch die eingesparte Kommission weitergeben. Die Hotels würden dadurch spürbare wirtschaftliche Nachteile erleiden.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 brachte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 12. Juli 2013 der Vorinstanz zur Kenntnis und ersuchte sie, eine Vernehmlassung unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichts 2C_1054/2012 vom 5. Juni 2013 (i.S. Ticketcorner) einzureichen.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 14. August 2013 teilte das Bundesverwaltungsgericht B., C. und D., denen die angefochtene Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 zur Kenntnis zugestellt worden war, die Aufnahme der Instruktion im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit und räumte ihnen Gelegenheit ein, bis zum 27. August 2013 allfällige Parteirechte mit eingehender Begründung geltend zu machen.

G.

Mit Vernehmlassung vom 26. August 2013 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde unter Kostenfolgen abzuweisen.

Einleitend weist die Vorinstanz erstens darauf hin, dass dem Urteil des Bundesgerichts 2C_1054/2012 vom 5. Juni 2013 (Ticketcorner) ein anderer Sachverhalt als der vorliegende zugrunde liege. Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid sei die bundesrechtswidrige Aberkennung der Beschwerdebefugnis dreier voneinander unabhängiger Parteien durch das Bundesverwaltungsgericht gerügt worden. Demgegenüber richte sich die vorliegende Beschwerde gegen die in einer Zwischenverfügung nicht erteilte Parteistellung eines Verbands im vorinstanzlichen Verfahren, welcher für seine Mitglieder Beschwerde führen will. Die Auswirkungen der Parteistellung in den beiden Fällen würden sich denn auch unterscheiden. Räume die Vorinstanz einer Person unberechtigt Parteistellung ein, ergäben sich daraus gewichtige Nachteile. Insbesondere würde sie damit unberechtigterweise Akteneinsicht erhalten. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz zu Beginn der Untersuchung und gemäss den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Informationen rasch über die Parteistellung zu entscheiden. Zweitens erblickt die Vorinstanz einen weiteren wichtigen Unterschied im Verhältnis der Untersuchungsadressaten B., C. und D. zu den Mitglieder-Hotels des

Beschwerdeführers. Während erstere Dienstleistungen, insbesondere die Vermittlung von Hotelzimmern, anbieten würden, nähmen Letztere diese Vermittlungsleistungen in Anspruch. Folglich bestünde kein unmittelbares Konkurrenzverhältnis. Das Bundesgericht habe im erwähnten Entscheid offen gelassen, inwiefern neben Konkurrenten auch andere Marktteilnehmer (insb. Abnehmer und Lieferanten) von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung direkt und unmittelbar betroffen seien und an deren Beseitigung ein praktisches und schutzwürdiges Interesse hätten. Drittens habe das Bundesgericht in seinem Urteil auch festgehalten, die in Art. 43 KG angelegte Unterscheidung zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung habe bei der Auslegung der VwVG-Normen, namentlich von Art. 6 und 48 VwVG, einzufließen. Einem Konkurrenten seien ungeachtet der Beteiligung am Untersuchungsverfahren nach Art. 43 KG nicht ohne weiteres die Parteistellung und die Beschwerdebefugnis einzuräumen, sondern nur dann, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide.

Zur strittigen Frage der Parteistellung des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren führt die Vorinstanz aus, es sei entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht nur strittig, ob die Mitglieder-Hotels in ihrer wirtschaftlichen Position erheblich behindert seien. Ebenso und insbesondere stelle sich die Frage, ob die Voraussetzungen zur Führung der egoistischen Verbandsbeschwerde insbesondere die dritte der kumulativ zu erfüllenden Bedingungen, wonach die Mehrheit oder eine Grosszahl der Mitglieder des Verbands derart in ihren Interessen betroffen sein müssen, dass sie ihrerseits zur Beschwerde legitimiert wären, erfüllt seien. Im Rahmen seiner Mitwirkungs- und Begründungspflicht habe der Beschwerdeführer nicht hinreichend aufgezeigt, dass einzelne Mitglieder einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil respektive eine Umsatzeinbusse erleiden würden. Ihre Ausführungen hinsichtlich der Notwendigkeit einer Geschäftsbeziehung mit zumindest einem der bisherigen Untersuchungsadressaten sowie der daraus entstehenden Wettbewerbsbeschränkung bezüglich Marketingstrategien und Auslastungsoptimierung seien von allgemeiner Natur. Eine tatsächliche wirtschaftliche Abhängigkeit einzelner Mitglieder-Hotels sei nicht nachgewiesen. Gemäss derzeitigen Erkenntnissen im Untersuchungsverfahren gebe es durchaus einzelne Hotels, die keine Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen der Untersuchungsadressaten in Anspruch nehmen würden.

Inwiefern die Hotels auf Verträge mit den Buchungsplattformen angewiesen seien, sei zudem Gegenstand der laufenden Untersuchung. Diesbezüglich hält die Vorinstanz fest, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Untersuchungsadressaten und deren Vertragspolitik gegenüber allen Vertragspartnern identisch seien, so dass die einzelnen Mitglieder-Hotels des Beschwerdeführers vertragsseitig nicht in anderer Weise als jedes andere Hotel behandelt würden. Je nach Einzelfall könnten die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Verträge bei einzelnen Hotels unterschiedlich ausfallen. Der Beschwerdeführer habe aber eben gerade nicht substantiiert dargelegt, inwiefern eine grosse Anzahl seiner Mitglieder-Hotels betroffen seien und inwiefern diese ihrer-

seits zur Beschwerde legitimiert seien. Aus diesen Gründen könne ihm auch keine Parteistellung im Untersuchungsverfahren zugesprochen werden.

H.

In der Folge reichten B., C. und D. ihre Stellungnahmen betreffend Geltendmachung von Parteirechten im vorliegenden Beschwerdeverfahren ein.

H.a Mit Eingabe vom 26. August 2013 stellt B. den Antrag, es sei ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren Parteistellung einzuräumen. Zur Begründung bringt B. im Wesentlichen vor, als materielle Verfügungsadressatin im Untersuchungsverfahren sei sie formell wie materiell vom Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens stärker als jedermann betroffen und stünde in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache, weshalb ihr Parteistellung zukäme.

H.b Mit Schreiben vom 27. August 2013 teilte D. dem Bundesverwaltungsgericht mit, sie verzichte einstweilen auf die Geltendmachung von Parteirechten. Falls sich jedoch der Ausgang des vorliegenden Verfahrens auf allfällige Rechte oder Pflichten von D. auswirken sollte, sei ihr erneut Gelegenheit zur Geltendmachung von Parteirechten einzuräumen.

H.c Mit Stellungnahme vom 13. September 2013 beantragt C., sie sei gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG in das vorliegende Beschwerdeverfahren miteinzubeziehen und es seien ihr Kopien aller relevanten Verfahrensakten zuzustellen. Zudem sei ihr eine angemessene Frist zur Einreichung einer Beschwerdeantwort in der Sache anzusetzen. In formeller Hinsicht macht C. eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, da ihr als materielle Verfügungsadressatin nicht vorgängig die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesuch um Zulassung als Partei eingeräumt worden sei.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 24. September 2013 wurden die vorinstanzliche Vernehmlassung dem Beschwerdeführer sowie die Eingaben der B., C. und D. dem Beschwerdeführer sowie der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht.

J.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2013 äusserte sich die Vorinstanz zur Eingabe der C., jedoch nur hinsichtlich der Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, dass für die Frage der Einholung von Stellungnahmen der bereits am Verfahren beteiligten Parteien entscheidend sei, ob im konkreten Fall dem Gesuchsteller die Parteistellung gewährt werden soll oder nicht. Inwiefern vorliegend die Nichtgewährung der Parteistellung des Beschwerdeführers die schutzwürdigen Interessen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren, insb. der C., berührten, sei nicht ersichtlich.

Im Übrigen verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Vernehmlassung zu den Eingaben der B., C. und D.

K.

Mit Stellungnahme vom 25. November 2013 begründete der Beschwerdeführer seine Legitimation zur Führung der egoistischen Verbandsbeschwerde eingehender. An

die Voraussetzung, dass die Mehrheit oder eine Grosszahl der Mitglieder des Verbands derart in ihren Interessen betroffen seien, dass sie ihrerseits zu Beschwerde legitimiert wären, dürfen nach Ansicht des Beschwerdeführers keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdelegitimation an den stringenten Nachweis der wirtschaftlichen Betroffenheit geknüpft werden soll, wenn die Schädlichkeit der strittigen Vertragspolitik gerade Gegenstand der laufenden Untersuchung sei. Aus diesem Grund müsse vorliegend ein substantiiertes Behaupten der erheblichen wirtschaftlichen Betroffenheit genügen, um die Legitimation zu bejahen. Hierzu habe er eine Online-Umfrage bei seinen Mitgliedern durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Untersuchung würden aufzeigen, dass die Hotelbetriebe durch die Vertragspolitik der Buchungsplattformen wirtschaftlich relevant betroffen seien. Als weiteren Nachweis der Betroffenheit der Hotels reichte der Beschwerdeführer Mahnschreiben der Online-Buchungsplattformen betreffend die Einhaltung von Vertragsklauseln ein.

L.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zur Eingabe des Beschwerdeführers vom 25. November 2013 und verwies auf die bestehenden Akten, insbesondere auf ihre Vernehmlassung vom 26. August 2013.

M.

Mit Zwischenentscheid vom 18. Dezember 2013 hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass B., C. und D. grundsätzlich die Voraussetzungen nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG erfüllen, um als Parteien im Beschwerdeverfahren zugelassen zu werden. Daher wurden die Anträge von B. und C. auf Einräumung der Parteistellung im Beschwerdeverfahren gutgeheissen. Im Übrigen erhielt D. antragsgemäss erneut Gelegenheit, mitzuteilen, ob sie Parteistellung beanspruche.

N.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2014 teilte D. mit, sie verzichte auf die Ausübung von Parteirechten.

O.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Februar 2014 wurden B. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1) und C. (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 2) formell als Gegenparteien in das Beschwerdeverfahren aufgenommen und es wurde ihnen Gelegenheit gegeben, bis zum 10. März 2013 eine Beschwerdeantwort einzureichen.

P.

Mit Beschwerdeantwort vom 10. März 2014 beantragt die Beschwerdegegnerin 1, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, die Vorinstanz habe den Beschwerdeführer zu Recht als Beteiligten im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG am vorinstanzlichen Verfahren zugelassen, da eine weitere Beteiligung im Sinne einer Parteistellung gesetzlich nicht vorgesehen sei. Der Beschwerdeführer gehe von einer falschen Grundlage des vorliegenden Falles aus, wenn er für die Legitimation die Voraussetzungen der Konkurrentenbeschwerde prüfe. Es bestünde gerade kein unmittelbares, horizontales Konkurrenzverhältnis, sondern vielmehr ein vertikales Geschäftsverhältnis zwischen

den Online-Buchungsplattformen und den Mitglieder-Hotels. Selbst wenn dem Beschwerdeführer grundsätzlich Parteistellung zukommen könnte, würde er jedoch die diesbezüglichen Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde nicht erfüllen. Denn der Beschwerdeführer habe diesbezüglich nicht nachgewiesen, dass eine grosse Anzahl seiner Mitglieder-Hotels besonders betroffen sei. Aus diesem Grund müsse eine Parteistellung mangels Substantiierung abgelehnt werden. Auch die von dem Beschwerdeführer nachträglich durchgeführte Online-Umfrage vermöge das besondere Berührtsein einer grossen Zahl der Mitglieder des Beschwerdeführers nicht darzulegen. Schliesslich hätten die einzelnen Fragen der Online-Umfrage Suggestivcharakter und seien darauf angelegt, eine negative Einschätzung der Online-Buchungsplattformen zu erzielen. Auch hätte die Umfrage von einer neutralen Stelle durchgeführt werden müssen, wie dies bei Marktforschungs- und Meinungsumfragen üblich sei. Die Online-Umfrage sei daher ungeeignet, die Betroffenheit einer Mehrzahl der Mitglieder des Beschwerdeführers aufzuzeigen.

Q.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. April 2014 beantragt auch die Beschwerdegegnerin 2, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, der Beschwerdeführer erfülle die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde nicht. Einerseits fehle es dem Beschwerdeführer am Erfordernis der statutarischen Berechtigung zu einer Beteiligung am vorinstanzlichen Verfahren als Partei. Gemäss Statuten verfolge er allgemeine öffentliche Interessen der Gesamtbranche und könne daher nicht die Partikularinteressen gewisser Mitglieder in einem Kartellverfahren wahrnehmen. Andererseits habe er nicht hinreichend substantiiert, dass eine Mehrheit oder grosse Anzahl von Mitgliedern zur Beschwerde legitimiert sei. Insbesondere gelinge der Nachweis, dass die Mehrheit von Mitgliedern ein gemeinsames Interesse an einer Beteiligung habe, mit der von ihm durchgeführten Online-Umfrage nicht. Die Beschwerdegegnerin 2 beanstandet im Besonderen die einseitige Ausrichtung der Befragung, weil sich diese von vornherein nur an jene Hotels gerichtet habe, welche über einen Vertrag mit einem Online-Buchungsportal verfügten. Des Weiteren habe der Beschwerdeführer den Nachweis eines konkreten, individuellen wirtschaftlichen Nachteils - und damit einer Umsatzeinbusse der Mitglieder - nicht erbracht. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bestünde auch keine Abhängigkeit der Mitglieder-Hotels von den Online-Buchungsplattformen. Direkte Buchungskanäle (online und offline über Telefon, E-Mail, Formulare oder Buchungssysteme auf der eigenen Webseite usw.) seien nach wie vor die wichtigsten Vertriebskanäle für Hotelzimmer in der Schweiz. Ferner macht die Beschwerdegegnerin 2 geltend, die Gewährung einer Parteistellung wäre unverhältnismässig und widerspräche dem Zweck des Kartellgesetzes.

R.

Mit Verfügung vom 16. April 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensbeteiligten die Be-

schwerdeantworten der Beschwerdegegnerinnen zuge stellt.

S.

Auf weitere Einzelheiten der Darlegungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das vorliegende Urteil erheblich sind, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. ,1 S. 45, mit Hinweisen).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die angefochtene Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) vom 11. Juni 2013, mit welcher der Beschwerdeführer nicht als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG, aber als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG im vorinstanzlichen Verfahren zugelassen wurde, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG (vgl. SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, N 793; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 21 zu Art. 44 VwVG). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2 Mit der selbständig eröffneten und angefochtenen Zwischenverfügung wird die Parteistellung des Beschwerdeführers in der Untersuchung gegen Online-Buchungsplattformen für Hotels gemäss Art. 27 ff. KG verneint. Nach Art. 46 Abs. 1 VwVG ist gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung, welche nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand betrifft (Art. 45 VwVG), die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beschwerdeverfahren ersparen würde (Bst. b).

1.2.1 Da es vorliegend einzig um die Frage der Einräumung der Parteistellung des Beschwerdeführers im laufenden Hauptverfahren vor der Vorinstanz geht, wäre eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Untersuchungsverfahren der Vorinstanz bzw. deren Sekretariat herbeizuführen. Die zu beurteilende Zwischenverfügung regelt somit einen einzelnen prozessualen Aspekt eines Verfahrens, ohne dieses zu einem Abschluss zu bringen (vgl. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich 2012, N 371).

1.2.2 Der geltend gemachte, nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; eine Be-

einrächtigung der schutzwürdigen tatsächlichen - namentlich wirtschaftlichen Interessen - genügt, sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2390/2008 vom 6. November 2008 E. 2.1.2, mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts; MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, N 10 f. zu Art. 46 VwVG; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N 2.47).

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass bei Entscheiden, welche sich auf die Parteistellung auswirken, stets von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil auszugehen sei. Werde dem Beschwerdeführer im Verfahren vor der Vorinstanz die Parteistellung verweigert und ihm damit die Möglichkeit genommen, aktiv am Hauptverfahren teilzunehmen, könne er die Interessen seiner Mitglieder in der Untersuchung gegen die Online-Buchungsplattformen für Hotels nicht umfassend wahren.

Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, sind die Rechte Dritter ohne Parteistellung im Sinne von Art. 43 KG eingeschränkt, da ihnen nur ein schriftliches Äusserungsrecht sowie das Recht zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats zukommen. Im Übrigen steht es im Ermessen des Sekretariats, die Verfahrensbeteiligung auszugestalten (vgl. STEFAN BILGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz [BSK-KG], Basel 2010, N 24 zu Art. 43 KG; JOST, a.a.O., N 675, 684). Wenn der Dritte, welcher um Einräumung der Parteistellung ersucht, nur als Dritter ohne Parteistellung zugelassen wird, kann dieser einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden, weil ihm anstelle der vollumfänglichen Parteirechte nur eingeschränkte Rechte verbleiben (vgl. KAYSER, a.a.O., N 12 zu Art. 46 VwVG; Jost, a.a.O., N 675, 793). Der Beschwerdeführer hat somit dargetan, dass die Voraussetzungen für die selbständige Anfechtbarkeit der vorliegenden Zwischenverfügung erfüllt sind.

1.3 Der Beschwerdeführer ist mit seinem Antrag auf Anerkennung der Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Er ist Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese in seinen Rechten und Pflichten direkt betroffen, zumal im Streit um die Parteistellung das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der strittigen Zulassung zum Verfahren grundsätzlich ohne Weiteres gegeben ist (vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 17 zu Art. 48 VwVG). Er ist damit im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerdeführung legitimiert.

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ausschliesslich die Aberkennung der Parteistel-

lung des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren gegen die Hotel-Online-Buchungsplattformen B., C. und D.

Hingegen sind die materiellen Streitpunkte im Hauptverfahren nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens.

Nicht strittig ist sodann die Zulassung des Beschwerdeführers als beteiligter Dritter ohne Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG.

Vor diesem Hintergrund ist auf den Antrag der Beschwerdegegnerin 2, es sei der Beschwerdeführer als beteiligter Dritter ohne Parteistellung im Sinne von Art. 43 KG am vorinstanzlichen Verfahren zu beteiligen, unter Einschränkung der Beteiligung nach Art. 43 Abs. 2 Satz auf eine Anhörung, nicht weiter einzugehen.

3.

Die Parteistellung Dritter im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich - mangels spezialgesetzlicher Regelung im Kartellgesetz - nach den Art. 6 und 48 VwVG (vgl. Art. 39 KG; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, N 786; PETER HÄNNI, BSK-KG, a.a.O., N 23 zu Nach Art. 43 KG; JOST, a.a.O., N 586).

3.1 Nach Art. 6 VwVG gelten als Parteien in einem Verwaltungsverfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten eine Verfügung berühren soll, sowie Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die entsprechende Verfügung zusteht. Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Mit den beiden Kriterien des besonderen Berührtseins und des schutzwürdigen Interesses sollen in erster Linie der grundsätzlich weite Parteibegriff von Art. 6 VwVG eingeschränkt und die Popularbeschwerde ausgeschlossen werden: Die Quantität und Qualität des Rechtsschutzinteresses macht vor allem diese Schwelle aus, welche verhindern soll, dass das Drittbeschwerderecht sich zur Popularbeschwerde ausweitet (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 149, mit Hinweisen; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 11 zu Art. 48 VwVG, mit Hinweisen). Nach Art. 48 Abs. 2 VwVG sind ferner jene Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt.

Das Kartellrecht kennt keine Regelung im Sinne von Art. 48 Abs. 2 VwVG, somit richtet sich die Beschwerdebefugnis im vorliegenden Verfahren allein nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren samt den damit verbundenen Parteipflichten und -rechten (Art. 13, 18, 26 ff. VwVG), insbesondere auch dem Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG). Zu den Parteien zählen damit neben den materiellen Verfügungsadressaten auch Dritte, die in einem besonders engen, spezifischen Verhältnis zum Verfü-

gungsgegenstand stehen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden kann (vgl. BGE 139 II 328 E. 4.1, 139 II 279 E. 2.2; Urteile des Bundesgerichts 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 2.2, 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1).

3.2 Der Beschwerdeführer ist als Verein organisiert. Er macht seine Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren jedoch nicht aufgrund seiner eigenen Betroffenheit geltend und behauptet nicht, selber in den Bereichen der Zurverfügungstellung von Buchungsdienstleistungen an Hotels tätig zu sein. Die Geltendmachung der Parteistellung erfolgt ausdrücklich im Interesse seiner Mitglieder.

Gemäss Lehre und konstanter Rechtsprechung steht die Beschwerdeberechtigung auch einem Verband zu, der in eigenem Namen, aber im Interesse seiner Mitglieder Beschwerde führen will. Vereinigungen und Organisationen sind zur sogenannten egoistischen Verbandsbeschwerde zuzulassen, wenn der Verband als juristische Person konstituiert ist (1), die Wahrung der in Frage stehenden Interessen zu seinen statutarischen Aufgaben gehört (2), er ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt (3) und diese selber zur Beschwerde berechtigt wären (4). Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Wer keine eigenen, sondern nur allgemeine oder öffentliche Interessen geltend machen kann, ist nicht befugt, Beschwerde zu führen (vgl. BGE 136 II 539 E. 1.1, 131 I 198 E. 2.1, 130 I 26 E. 1.2.1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 216 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010, N 1786 ff.).

Aufgrund der Ausstrahlung des Beschwerderechts auf die Parteistellung, kann sich ein Verband, sofern er die Kriterien der sogenannten egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt, bereits im erstinstanzlichen Verfahren beteiligen (vgl. BILGER, BSK-KG, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 43 KG; JOST, a.a.O., N 617). Das Teilnahmerecht des Verbandes leitet sich demgemäss von jenem seiner Mitglieder ab. Im Ergebnis wird verlangt, dass die Mitglieder die erhöhten Anforderungen an die spezifische Betroffenheit erfüllen, mithin eine deutlich spürbare Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Position gegeben ist (vgl. BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 216 f.). In Fällen, wo die Abgrenzung der besonderen von der allgemeinen Betroffenheit nicht klar gezogen werden kann, trifft den Beschwerdeführer eine erhöhte Mitwirkungspflicht. Ihm obliegt demnach, die besondere Betroffenheit der Mitglieder nachzuweisen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1C_437/2007 vom 3. März 2009 E. 2.5, 1C_76/2007 vom 20. Juni 2007 E. 2.2; BGE 134 II 45 E. 2.2.3, 133 II 249 E. 1.1 S. 251; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-320/2010 vom 3. Dezember 2013 E. 1.2.2, B-77/2009 vom 29. Juni 2009 E. 1; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar VwVG, a.a.O., N 2 zu Art. 48 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht prüft deshalb nicht von Amtes wegen, ob allenfalls weitere, über die Vorbringen des Beschwerdeführers hinausgehende Gründe vorhanden sein könnten, die auf eine besondere Betroffenheit bzw. ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse hinweisen.

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Voraussetzungen für eine egoistische Verbandsbeschwerde seien im vorinstanzlichen Verfahren erfüllt. Er sei als Verein mit juristischer Persönlichkeit statutarisch zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder nach aussen befugt und seine Mitglieder seien durch die strittige Vertragspolitik der grossen Online-Buchungsplattformen besonders betroffen, weshalb ihm Parteistellung zukomme.

Die Vorinstanz hat die Parteistellung des Beschwerdeführers mit der Begründung verneint, dass er den für die Zulässigkeit der egoistischen Verbandsbeschwerde erforderlichen Nachweis der Betroffenheit der Mehrheit bzw. einer Grosszahl der Verbandsmitglieder nicht erbracht habe. Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation sei zudem nicht hinreichend dargelegt, dass einzelne Mitglieder des Beschwerdeführers einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden.

Die Beschwerdegegnerinnen führen in ihren Beschwerdeantworten ebenfalls aus, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelinge, die für eine Zulassung als Partei im Rahmen einer egoistischen Verbandsbeschwerde erforderlichen Voraussetzungen nachzuweisen. Insbesondere könne der Beschwerdeführer auch mit der von ihm durchgeführten Online-Umfrage nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die vier Voraussetzungen zur Führung der egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt.

5.1 Der Beschwerdeführer ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ZGB (Art. 1 der Vereinsstatuten und Webseite des Handelsregisteramts des Kantons Bern, www.hrabe.ch, abgerufen am 6. Mai 2014) und besitzt juristische Persönlichkeit, womit er die erste Voraussetzung erfüllt.

5.2 Der Beschwerdeführer ist gemäss Vereinsstatuten (in der Fassung vom 25. November 2010; Art. 3, erster Absatz) der Branchenverband der Schweizer Hotellerie und setzt sich für die Verbesserung der Marktchancen aller Betriebe ein, welche Beherbergungs-, Restaurations- oder weitere Tourismusleistungen erbringen. Der Beschwerdeführer unterstützt und fördert seine Mitglieder in ihren unternehmerischen, beruflichen sowie ideellen Belangen. Er vertritt ihre Interessen in jeder Hinsicht (insbesondere politisch und juristisch) und fördert das Ansehen von Hotellerie, Gastronomie und weiteren Tourismusangebietern. Zur Erfüllung dieses Zweckes ist der Beschwerdeführer berechtigt, alle zweckmässig erscheinenden Massnahmen und Beschlüsse zu treffen. Mitglieder des Beschwerdeführers sind Regionalverbände, Hotels, Restaurants, Unternehmen, Persönliche Mitglieder und Gönner (Art. 5.2 der Vereinsstatuten).

Gegenstand der Untersuchung vor der Vorinstanz sind unter anderem die Verträge der Anbieter von Online-Buchungsplattformen mit ihren Partnerhotels. Es kann unstreitig davon ausgegangen werden, dass einige der Partnerhotels der Online-Buchungsplattformen zugleich auch Mitglieder des Beschwerdeführers sind, weshalb dieser auch zur Wahrung der durch die strittige Vertragspolitik in Frage stehenden Interessen dieser be-

troffenen Mitglieder grundsätzlich berufen ist. Der Beschwerdeführer erfüllt somit auch die zweite Voraussetzung.

5.3 In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob der Beschwerdeführer das Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt und damit die dritte Legitimationsvoraussetzung der egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt ist.

5.3.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, er vertrete als Branchenverband der Schweizer Hotellerie die Interessen der Hotelbetriebe auf nationaler und internationaler Ebene und alle seine Hotelmitglieder seien durch die Untersuchung direkt betroffen. Nach Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerinnen hat der Beschwerdeführer den erforderlichen Nachweis der Betroffenheit der Mehrheit seiner Mitglieder - welche selbst zur Beschwerdeerhebung befugt wären - nicht erbracht.

5.3.2 Gemäss Geschäftsbericht 2012 von A. (S. 14) zählt der Beschwerdeführer 3'120 Mitglieder, davon sind 2'020 Hotels (65 %). Neben diesen Hotelmitgliedern setzt sich der Verband auch aus Mitgliedern der Kategorien Restaurants (14 %), Unternehmen (7 %), Persönliche Mitglieder sowie Gönner (14 %) zusammen. Die Mitgliedschaft steht demnach auch Personen offen, welche nicht direkt in der Hotellerie tätig sind, sondern sich allgemein für die Anliegen und Interessen der Schweizer Hotel-, Gastro- und Tourismuswirtschaft einsetzen (vgl. [...], abgerufen am 6. Mai 2014).

Wie viele von den rund 2'020 Hotelmitgliedern des Beschwerdeführers zugleich Partnerhotels der Online-Buchungsplattformen B., C. und D. sind und damit von der vorinstanzlichen Untersuchung betroffen sein könnten, ist nicht erstellt. Allein der Umstand, dass gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers ein überwiegender Anteil der Hotelmitglieder mindestens auf einer der Buchungsplattformen präsent ist, reicht nicht aus, um die Betroffenheit einer grossen Anzahl der Mitglieder anzunehmen. Im Bereich des Kartellrechts ist vielmehr erforderlich, dass die Mehrheit der Hotelmitglieder durch die strittige Vertragspolitik einen konkreten wirtschaftlichen Nachteil erfährt (vgl. oben E. 3.2).

Aus diesem Grund hat der Beschwerdeführer bei seinen aktuellen 2'042 Hotelmitgliedern eine Online-Umfrage zur Frage der wirtschaftlichen Betroffenheit durchgeführt. An dieser Online-Umfrage haben von den angeschriebenen aktuellen 2'042 Hotelmitgliedern 541 teilgenommen. Dies sind rund 26,5 % der Hotelmitglieder bzw. 17,3 % aller 3'120 Mitglieder des Beschwerdeführers. Die Umfrage zeigt, dass von den teilnehmenden Hotelbetrieben 97,4 % ein Vertragsverhältnis mit B., 57,7 % ein solches mit D. und 48,8 % eines mit C. haben. Zwei Drittel der antwortenden Hotels erachten es als ganz klar oder zumindest wahrscheinlich, dass sie durch die strittige Vertragspolitik finanzielle Einbussen erleiden. Hingegen schätzen 14,6 % der 541 Umfrageteilnehmer die finanziellen Einbussen als vergleichsweise unbedeutend ein.

Folglich haben von den rund 2'042 Hotelmitgliedern 26,5 % eine unmittelbare, eigene und wirtschaftliche Betroffenheit geltend gemacht, wobei diese von 14,6 % der Teilnehmer als "vergleichsweise unbedeutend" ein-

gestuft wurde. Auch wenn der Beschwerdeführer - unter Berücksichtigung des allgemeinen Unmuts über Befragungen jeglicher Art sowie aufgrund des von den Buchungsplattformen ausgeübten Drucks auf ihre Vertragspartner - von einer beachtlichen Rücklaufquote seiner Hotelmitglieder ausgeht, stellen die 541 antwortenden Hotelbetriebe nur 17,3 % der rund 3'120 Mitglieder aller Kategorien des Beschwerdeführers dar. Inwiefern der Beschwerdeführer aufgrund der Umfragewerte die Interessen einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt, hat er denn aber nicht weiter begründet. Unter den verschiedenen Mitgliederkategorien des Beschwerdeführers dürften zudem höchstens die Hotelmitglieder von der Nichtgewährung der Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren besonders betroffen sein. Davon scheint auch der Beschwerdeführer auszugehen, hat er die Online-Umfrage doch nur an die Hotelmitglieder gerichtet.

5.3.3 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer - insbesondere mit seiner Online-Umfrage - nicht ausreichend darlegen können, dass eine grosse Anzahl seiner Hotelmitglieder in ihren Interessen betroffen ist. Der Beschwerdeführer erfüllt somit die dritte Voraussetzung der egoistischen Verbandsbeschwerde nicht.

Die Frage, ob die einzelnen Verbandsmitglieder selbst beschwerdelegitimiert wären und damit die vierte Voraussetzung der egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt wäre, kann aus diesem Grunde offen bleiben.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen zur Führung der egoistischen Verbandsbeschwerde nicht erfüllt, da es ihm in der vorliegenden Sache nicht gelungen ist, substantiiert darzulegen, dass er ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt. Die Vorinstanz hat die Parteistellung des Beschwerdeführers in ihrer laufenden Untersuchung somit zu Recht verneint.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

7.1 Da der Beschwerdeführer mit seinem Antrag unterliegt, sind ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese werden vorliegend auf Fr. 4'000.- festgelegt (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Der am 23. Juli 2013 einbezahlte Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 4'000.- wird zur Bezahlung dieser Verfahrenskosten verwendet.

7.2 Die Beschwerdegegnerinnen haben im vorliegenden Verfahren Parteistellung, da sie als Adressaten der vorinstanzlichen Untersuchung von einer Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung in ihren Rechten und Pflichten direkt betroffen wären. Da sie sich dem Antrag des Beschwerdeführers auf Einräumung der Parteistellung im vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren erfolgreich widersetzt haben, haben sie als obsiegende

Gegenpartei im Beschwerdeverfahren Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Das Gericht setzt diese grundsätzlich aufgrund der eingereichten Kostennote fest. Ist wie im vorliegenden Fall keine Kostennote eingereicht worden, setzt das Gericht die Entschädigung für die tatsächlich notwendigen Kosten aufgrund der vorliegenden Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Würdigung der massgeblichen Faktoren ist der obsiegenden Beschwerdegegnerin 1 eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. MWST) und der überwiegend obsiegenden Beschwerdegegnerin 2, insoweit als auf ihren Antrag, die Beteiligung des Beschwerdeführers auf eine Anhörung einzuschränken, nicht einzugehen ist (vgl. E. 2), eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.- (inkl. MWST) zulasten des Beschwerdeführers zuzusprechen. Diese Parteientschädigungen hat der Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvor-

schuss von Fr. 4'000.- wird zur Bezahlung dieser Verfahrenskosten verwendet.

3.
Der Beschwerdegegnerin 1 wird zulasten des Beschwerdeführers eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. MWST) zugesprochen.

4.
Der Beschwerdegegnerin 2 wird zulasten des Beschwerdeführers eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.- (inkl. MWST) zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
- die B., vertreten durch [...] (Gerichtsurkunde);
- die C., vertreten durch [...] (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]) (Gerichtsurkunde).

Zur Kenntnis an:

- die D., vertreten durch [...],

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	3. Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 in der Beschwerdesache [...] gegen WEKO - Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren [...] betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG
-----	--

Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 in der Beschwerdesache [...], vertreten durch A. gegen Wettbewerbskommission WEKO in Bern. Gegenstand: Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren [...] betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG

Stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Die Vorinstanz eröffnete der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 ihre Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Mit dieser Verfügung wurde der Beschwerdeführerin eine Sanktion von Fr. 35'913.- auferlegt. Die zu bezahlenden Verfahrenskosten beliefen sich auf Fr. 36'257.-. Die Wettbewerbsbehörden informierten die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 ausserdem über ihre Absicht, die eröffnete Verfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (RPW) zu publizieren. Dementsprechend wurde die Beschwerdeführerin zur Bezeichnung von allfälligen Geschäftsgeheimnissen eingeladen.

B.

Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 1. November 2013 gegen die Verfügung der Vorinstanz Beschwerde ein. Neben weiteren Anträgen stellte die Beschwerdeführerin folgenden Verfahrensantrag:

„2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren.“

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, der angefochtene Entscheid suggeriere fälschlicherweise, dass die B. im Verfügungszeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügen würde. Dies könne zu einer Irreführung der Öffentlichkeit führen, die für die Beschwerdeführerin unabsehbare Folgen habe. Insbesondere sieht die Beschwerdeführerin darin eine Gefahr, dass Dritte aufgrund des angefochtenen Entscheides zivilrechtlich oder verwaltungsrechtlich gegenüber der Beschwerdeführerin vorgehen könnten. Ein Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung bestehe demgegenüber nicht.

C.

Mit Verfügung vom 6. November 2013 wurde die Vorinstanz ersucht, (vor der Vernehmlassung zu den übrigen Anträgen) bis zum 28. November 2013 eine separate Vernehmlassung zum genannten Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung einzureichen.

D.

Mit Schreiben vom 22. November 2013 reichte die Beschwerdeführerin den Schriftenverkehr der Verfahrensbeteiligten (bis zum 18. November 2013) ein. Im Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 18. November 2013 brachte sie nebst den bisher vorgebrachten Gründen gegen eine Publikation der angefochtenen Verfügung auch Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) vor. Diese Bestimmungen zum Persönlichkeitsrecht würden eine überhastete Publikation fehlerhafter Urteile verbieten.

E.

Mit Schreiben vom 25. November 2013 liess sich die Vorinstanz zum zweiten Verfahrensantrag vernehmen. Die Vorinstanz ist der Ansicht, die Publikation der angefochtenen Verfügung könne gestützt auf Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG vorgenommen werden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin gegen eine Publikation hält sie für nicht nachvollziehbar.

F.

Mit Verfügung vom 27. November 2013 wurden die beiden Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten wechselseitig zur Kenntnis zugestellt, wobei auf die Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels verzichtet wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Beschwerdeführerin verlangt im Rahmen eines Verfahrensantrages den Aufschub der Publikation der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts. Während des Beschwerdeverfahrens würde eine Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung nach Meinung der Beschwerdeführerin Dritte irreführen, die deshalb zu Unrecht zivil- und verwaltungsrechtlich gegen die Beschwerdeführerin vorgehen könnten. Dies wiederum hätte für sie Kostennachteile zur Folge.

2.

Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei (neben der Regelung über die aufschiebende Wirkung) andere vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 56 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die vorsorgliche Massnahmen können somit entweder der Erhaltung des bestehenden Zustands oder der Sicherung bedrohter Interessen dienen (HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe

Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, N 30 zu Art. 56; REGINA KIENER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich 2008, N 9 zu Art. 56).

Die Kriterien für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen entsprechen grundsätzlich denjenigen für den Entzug oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (HANSJÖRG SEILER, a.a.O., N 25 zu Art. 56; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 564). Insbesondere muss der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt (BGE 130 II 149, E. 2.2, mit Hinweisen; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-4416/2013 vom 4. September 2013, E. 2.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, a.a.O., Rz. 56 f.). Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme (BGE 130 II 149, E. 2.3, mit Hinweisen).

3.

Mit ihrem Verfahrensantrag wehrt sich die Beschwerdeführerin nicht im Grundsatz gegen die Publikation, sondern verlangt einen Aufschub, da sie ihre Interessen während des Beschwerdeverfahrens als bedroht ansieht. Dieses Anliegen hat somit den Charakter einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 56 VwVG, die mit dem Entscheid in der Hauptsache ihre Geltung verliert. Für die Qualifikation als Antrag auf eine vorsorgliche Massnahme spricht ausserdem, dass die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die vorübergehende Erhaltung des bestehenden tatsächlichen Zustandes verlangt, was als Antrag auf eine Sicherungsmassnahme interpretiert werden kann.

Obwohl die Publikation in der angefochtenen Verfügung nicht angeordnet wurde, steht sie mit der Belastung der Beschwerdeführerin durch die Sanktion in engem Zusammenhang. Zum einen publiziert die Vorinstanz Sanktionsverfügungen in der Regel (vgl. Art. 21 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996; nachfolgend "GR WEKO"). Zum anderen kann sich die Öffentlichkeitswirksamkeit von kartellrechtlichen Verstössen negativ auf die Reputation des betroffenen Unternehmens auswirken, was im Einzelfall den Nachteil durch die finanzielle Belastung gar übersteigen kann. Das Bundesverwaltungsgericht ist demgemäss als Beschwerdeinstanz grundsätzlich für solche Sicherungsmassnahmen während des Verfahrens zuständig.

Demgegenüber ist das Schreiben der Vorinstanz vom 1. Oktober 2013 richtigerweise nicht Gegenstand der Beschwerde. Es ist nicht als selbständig anfechtbare Verfügung zu erachten, weil darin nur eine Frist für die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen gesetzt wird. In dieser Weise wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör in Bezug auf die geplante Publikation gewährt. Dem Schreiben ist jedoch kein definitiver Entscheid über die Publikation zu entnehmen.

4.

Zu prüfen ist, inwiefern die Publikation der angefochtenen Verfügung für die Beschwerdeführerin einen nicht

wieder gutzumachenden Nachteil darstellt bzw. einen solchen zur Folge hätte. Nach einleitenden Erörterungen zum rechtlichen Rahmen der Information der Öffentlichkeit durch die Vorinstanz, werden die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Nachteile beurteilt. Schliesslich ist zu untersuchen, ob durch die Publikation während des laufenden Beschwerdeverfahrens allenfalls die Unschuldsvermutung verletzt werden könnte oder Persönlichkeitsrechte eingeschränkt werden könnten.

4.1.

Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen (Art. 48 Abs. 1 KG). Die Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden ist auch in Art. 21 ff. GR WEKO geregelt. Danach legt die Wettbewerbskommission die Grundsätze ihrer Informationspolitik fest. Verfügungen werden in der Regel publiziert (Art. 21 GR WEKO). Gemäss Art. 49 Abs. 1 KG orientieren das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit.

Die Wettbewerbsbehörden bemühen sich, ihre Praxis möglichst umfassend zu veröffentlichen, was grundsätzlich als im Sinne einer transparenten und bürgernahen Verwaltung erscheint. Unabhängig von einem allfälligen Rechtsmittelverfahren veröffentlicht die Vorinstanz ihre Entscheide unter Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse in der Reihe RPW (THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK KG, Basel 2010, N 8 zu Art. 48). Ausserdem werden einzelne Entscheide jeweils bereits vor der Publikation in der Reihe RPW auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden aufgeschaltet (vgl. www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide). Die Wettbewerbsbehörden weisen in ihren Publikationen von angefochtenen Verfügungen regelmässig nicht auf die fehlende Rechtskraft hin.

4.2.

Die Beschwerdeführerin fürchtet als Folge der Publikation der angefochtenen Verfügung insbesondere zivilrechtliche Klagen und verwaltungsrechtliche Anzeigen von Dritten, weil diese durch den Inhalt der angefochtenen Verfügung in die Irre geführt würden. Dies begründet die Beschwerdeführerin damit, dass mit Bejahung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG der unzutreffende Eindruck erweckt werden könnte, B. verfüge noch immer über eine marktbeherrschende Stellung.

Zunächst ist festzustellen, dass die Vorinstanz auf die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung der B. in ihrer Verfügung vom [...] abstellt (angefochtene Verfügung, Rz. 42 ff.; Verfügung vom [...] publiziert in: RPW [...]). Die Stellung der B. bzw. der Beschwerdeführerin wurde nicht erneut geprüft. Demzufolge wurde in der angefochtenen Verfügung auch nicht festgehalten, dass die B. aktuell noch über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Das Risiko einer Irreführung von Dritten ist deshalb als eher gering einzustufen.

Ein allfälliges Missverständnis würde kaum zu einer zivilrechtlichen Klage führen, weil davon auszugehen ist, dass zivilrechtliche Klagen (auch infolge des Kostenrisikos) sorgfältig vorbereitet werden. Weiter ist gerichtsnotorisch, dass sich kartellrechtliche Verfügungen erst als Grundlage für einen Zivilprozess eignen, sobald diese rechtskräftig sind. Während eines laufenden verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens würde ein Zivil-

richter das Verfahren betreffend eine gleiche oder ähnliche Sach- oder Rechtsfrage wohl sistieren. Demzufolge erscheint das Risiko von Zivilklagen im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung als vernachlässigbar.

Schliesslich ist unklar, inwiefern verwaltungsrechtliche Anzeigen Kostennachteile für die Beschwerdeführerin nach sich ziehen sollen. Richtig ist, dass solche Anzeigen der Vorinstanz bzw. deren Sekretariat Kosten verursachen könnten. Der Beschwerdeführerin würde diesbezüglich erst dann ein relevanter Nachteil erwachsen, wenn eine entsprechende Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet würde.

4.3.

Die Unschuldsvermutung findet im vorliegenden Sanktionsverfahren Anwendung. Das Bundesgericht hat unlängst der Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einen strafrechtlichen Charakter im Sinne von Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101] attestiert (139 I 72, E. 2.2.2). Dies gilt konsequenterweise auch für die anderen Sanktionstatbestände, die unter demselben Titel wie Art. 49a KG „6. Abschnitt: Verwaltungssanktionen“ aufgeführt sind. Zumal Art. 50 und Art. 51 Abs. 2 KG einen ähnlichen Sanktionsrahmen enthalten (vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK KG, Basel 2010, N 2 zu Art. 51) und der im vorliegenden Beschwerdeverfahren in Frage stehende Art. 51 Abs. 1 KG mit einem Sanktionsrahmen von 1 Mio. Franken offenbar ebenfalls repressiv wirken soll.

Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Es ist das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (BGE 137 I 31, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 2C.866/2012 vom 18. Dezember 2012, E. 3.2.1).

In diesem Zusammenhang stellt die Publikation der angefochtenen Verfügung grundsätzlich keine Vorverurteilung dar. Vielmehr dient die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen durch die Wettbewerbsbehörden der Förderung der Transparenz hinsichtlich der behördlichen Arbeit. Zumal vor dem Erlass von kartellrechtlichen Sanktionsverfügungen durch die Vorinstanz - anderes als beispielsweise vor einem erstinstanzlichen Strafgericht - keine öffentliche Hauptverhandlung durchgeführt wird. Trotzdem müssen sich die Wettbewerbsbehörden generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, wenn sie sich in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren äussern. Sie dürfen das Verfahren insbesondere nicht als bereits entschieden erscheinen lassen, obwohl die Verfügung angefochten wurde (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 7483/2010 vom 9. Juni 2011, E. 4.2.4). Dies gilt auch bei der Publikation von Sanktionsverfügungen. Werden derartige Verfügungen ohne Kommentar auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden oder in der Reihe RPW veröffentlicht, wird der Leser

darüber im Unklaren gelassen, ob diese Verfügungen rechtskräftig sind oder nicht. Entsprechend würde in einem solchen Fall die Verletzung der Unschuldsvermutung in Betracht fallen.

4.4.

Die Beschwerdeführerin hält ihre Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ff. ZGB durch die „überhastete Publikation“ der angefochtenen Verfügung als verletzt. Sie begründet indessen insbesondere nicht, inwiefern mit der Publikation widerrechtlich in ihre Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dementsprechend kann für die Frage der Widerrechtlichkeit bzw. Zulässigkeit auf die oben dargelegten Ausführungen verwiesen werden.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass mit Rücksicht auf die Persönlichkeitsrechte grundsätzlich die Anonymisierung natürlicher und juristischer Personen bei der Publikation von verwaltungsrechtlichen Verfügungen bzw. Entscheidungen zu prüfen ist. Vorliegend wäre jedoch eine Anonymisierung der involvierten Firmen kaum tauglich, um einer allfälligen Rufschädigung entgegenzuwirken, weil Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin aufgrund der betroffenen Märkte kaum zu vermeiden wären (vgl. auch Art. 28 Abs. 2 KG).

5.

Der zweite verfahrensrechtliche Antrag der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz anzuweisen sei, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren, ist als Antrag um Erlass einer vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 56 VwVG entgegen zu nehmen. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden, da die Beschwerdeführerin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in genügender Weise substantiiert und ein solcher - insbesondere unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung - auch nicht ersichtlich ist.

Dementsprechend ist der zweite verfahrensrechtliche Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen. Der von der Vorinstanz geplanten Publikation vor Eintritt der Rechtskraft stehen somit keine grundsätzliche Erwägungen entgegen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsgeheimnisse und allfällige Persönlichkeitsrechte zu wahren sind. Ausserdem sollte eine Publikation vor Eintritt der Rechtskraft über die mangelnde Rechtskraft bzw. allenfalls über die bereits bekannte Einlegung einer Beschwerde Aufschluss geben.

6.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Hauptsachenentscheid entschieden. Eine Parteientschädigung fällt mit Blick auf das Ergebnis der vorliegenden Zwischenverfügung ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der zweite Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts wird abgewiesen.

2.
Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im
Hauptsachenentscheid entschieden.

- die Beschwerdeführerin

- die Vorinstanz

[Rechtsmittelbelehrung]

3.
Diese Verfügung geht an:

B 3

4. Urteil vom 29. April 2014 The Swatch Group AG gegen WEKO – Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG

Urteil B-6180/2013 vom 29. April 2014 The Swatch Group AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art. 51 KG

Sachverhalt:

A.

Im Juli 2002 erklärte ETA SA Manufacture Horlogère Suisse („ETA“) ihren Kunden, die Lieferungen von sogenannten Ebauches (Bestandteil eines Uhrwerks) ab Januar 2003 zu reduzieren und ab Januar 2006 einzustellen und stattdessen nur noch fertig montierte Uhrwerke zu liefern. Die vollständige Einstellung der Lieferung von Ebauches wurde von der Vorinstanz als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und damit als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) qualifiziert. Im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtete sich ETA, bis Ende 2008 im bisherigem Umfang und anschliessend bis Ende 2010 in reduziertem Umfang Ebauches für mechanische Uhrwerke an ihre Kunden zu liefern. Das Dispositiv enthält folgende Feststellung der Marktbeherrschung von ETA (Verfügung vom 8. November 2004, RPW 2005/1, S. 128):

„1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- eine marktbeherrschende Stellung innehat. Als nachgelagerter Markt gilt der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements).“

Im Anschluss meldete ETA bzw. die Beschwerdeführerin (Muttergesellschaft der ETA) verschiedene Unternehmenstransaktionen gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG (Meldepflicht aufgrund einer rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung). Die Vorinstanz beurteilte die Meldungen jeweils im Rahmen einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG als zulässig. Es waren jeweils keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Zusammenschlüsse eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (vgl. RPW 2008/4, S. 662; RPW 2010/3, S. 565; RPW 2011/1, S. 201; Vernehmlassungsbeilagen 1-5).

B.

Mit Vertrag vom 30. März 2012 kaufte die Beschwerdeführerin sämtliche Aktien der Simon et Membrez S.A. („S&M“) und eine Beteiligung über 60 % der Termiboîtes S.A. Diese Transaktion wurde am 11. April 2012 vollzogen. Die S&M stellt qualitativ hochstehende Uhrengehäuse aus edlen Materialien wie Gold, Platin, Palladium oder hochwertigem Stahl für das oberste Preissegment her. Zu ihren Kunden gehören neben der Beschwerdeführerin auch andere Hersteller von Luxusuhren. Der Umsatz von S&M betrug im Geschäftsjahr 2011 rund (Fr. 60 Mio.) (angefochtene Verfügung, Rz. 2-4). Termiboîtes bietet ausschliesslich die sogenannte Polissage

von qualitativ hochstehenden Uhrengehäusen an. (...). Der Umsatz für das Jahr 2011 betrug rund (Fr. 10 Mio.) (angefochtene Verfügung, Rz. 7).

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) erfuhr am 12. April 2012 über die Tagespresse von dieser Transaktion. Anders als bei früheren Zusammenschlüssen der Beschwerdeführerin wurde es nicht vorgängig informiert (angefochtene Verfügung, Rz. 1). Auf Nachfrage des Sekretariats erklärte die Beschwerdeführerin die Sachlage hinsichtlich der Transaktion. Aufgrund dieser Informationen kam das Sekretariat zur Ansicht, es handle sich um einen gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtigen Zusammenschluss, weshalb die Beschwerdeführerin zu einer vollständigen Meldung gemäss Art. 11 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) aufgefordert wurde (Beschwerdebeilage 8). Mit Schreiben vom 13. August 2012 informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin darüber, dass sie die nunmehr gemeldete Transaktion für unbedenklich hält (Beschwerdebeilage 16). Weil allerdings Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen die Meldepflicht gemäss Art. 9 KG vorgelegen haben, eröffnete die Vorinstanz bereits am 16. Juli 2012 ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen die Beschwerdeführerin (Beschwerdebeilage 13).

C.

Am 23. September 2013 erliess die Vorinstanz in der Untersuchung 440-0011 betreffend die oben beschriebene Transaktion wegen Verstosses gegen Art. 9 Abs. 4 KG die angefochtene Verfügung.

Deren Dispositiv lautet wie folgt:

- „1. Die The Swatch Group AG wird wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 KG verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von (< CHF 50'000.-) zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 36'257.- werden der The Swatch Group AG auferlegt.
3. [Eröffnung]“

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass für Zusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet der Umsatzschwellen in Art. 9 Abs. 1 KG eine Meldepflicht bestehe, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt sei, für welches eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt rechtskräftig festgestellt worden sei, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart sei. Betreffend ETA sei eine solche (zeitlich unlimitierte) Feststellung ergangen, weshalb auch für die Beschwerdeführerin als Muttergesellschaft die erste Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sei (angefochtene Verfügung, Rz. 55).

Für die Frage, ob ein hinsichtlich dieser Meldepflicht betroffener Markt vorliegt, wurde zunächst der relevante Markt betreffend die übernommenen Unternehmen als Markt für die Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. Fr. 1'500.- verwendet werden, abgegrenzt (angefochtene Verfügung, Rz. 77). Weiter wurde der Produktionsweg einer mechanischen Uhr beschrieben: Für die Produktion einer mechanischen Uhr werde grundsätzlich ein Ebauche (Zusammensetzung der rohen Bestandteile eines Uhrwerks) mit einem Assortiment (bestehend aus Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker) zu einem Rohuhrwerk (Mouvement) zusammengesetzt. Dieses Rohuhrwerk werde in einem nächsten Schritt mit weiteren Komponenten wie Zeiger, Zifferblatt usw. zu einem fertigen Uhrwerk verarbeitet. Dieses wiederum werde in eine Uhrenschale eingesetzt (angefochtene Verfügung, Rz. 40 und 79).

Vor dem Hintergrund des Produktionswegs und der Analyse der Kundenliste von S&M ging die Vorinstanz davon aus, dass Ebauches von ETA in Uhrenschalen von S&M eingebaut werden. Somit würde das Produkt, für welches die Marktbeherrschung festgestellt worden sei, in das von dem zu beurteilenden Unternehmenszusammenschluss betroffene Produkt eingebaut. Deshalb sei von einem nachgelagerten Markt auszugehen, womit auch die zweite Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt sei (angefochtene Verfügung, Rz. 99-106).

Doch selbst wenn kein nachgelagerter Markt betroffen wäre, müsse von benachbarten Marktverhältnissen ausgegangen werden. Unter benachbarten Märkten dürften nach Ansicht der Vorinstanz Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar seien und deren Nachfrage parallel verlaufe. Eine Benachbarkeit könne demnach insbesondere auch im Falle komplementärer Beziehungen vorliegen. Das Ebauche und die Uhrenschale würden sich im Hinblick auf die Fertigung einer mechanischen Uhr als notwendige Komponenten gegenseitig bedingen, weshalb sie als komplementäre Güter anzusehen seien (angefochtene Verfügung, Rz. 96-112).

D.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 1. November 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- „1. Es seien Dispositiv Ziffern 1 & 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 23. September 2013 vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Untersuchung 440-0011 gegen die Beschwerdeführerin sei ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen.
3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Untersuchung 440-0011 gegen die Beschwerdeführerin ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.“

Gleichzeitig werden folgende Verfahrensanhänge gestellt:

- „1. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
2. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu sistieren.
3. Es sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerde und ihren Beilagen diejenigen Informationen zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.
4. Soweit das Gericht andere Aktenstücke als die Beschwerdeschrift und ihre Beilagen gegenüber Dritten und/oder im Fall einer Entscheidpublikation offen legen will, sei der Beschwerdeführerin vorgängig Gelegenheit zu geben, diejenigen Aktenstücke zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.
5. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.
6. Es sei nach Abschluss der beiden Schriftenwechsel ein nicht-öffentliches Hearing anzuordnen.“

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die Sanktionierung, weil keine Meldepflicht bestanden habe. Die Feststellung der Marktbeherrschung aus dem Jahr 2004 sei zeitlich limitiert gewesen, weil die Lieferpflicht per Ende 2010 vollständig auslief. Ab diesem Zeitpunkt habe der Marktanteil der ETA null Prozent betragen, weil keine Kunden ausserhalb des Konzerns beliefert worden seien. Ausserdem könne die Feststellung der Marktbeherrschung zeitlich nicht unlimitiert sein, da die Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG nicht ewige fortauern könne. Die Vorinstanz hätte ihren Entscheid aufgrund der Officialmaxime auch ohne Antrag der Beschwerdeführerin von Amtes wegen in Wiedererwägung ziehen sollen. Diese Pflicht treffe auch die Rechtsmittelinstanz, weshalb sie die Beurteilung der angefochtenen Verfügung auf die neue tatsächliche Sachlage abstellen müsse (Beschwerde, Rz. 48 ff.).

Es liege auch kein nachgelagerter oder benachbarter Markt vor. Ausgehend vom Markt für mechanische Ebauches gelte die Zusammensetzung von Uhrenwerkkomponenten zum Rohuhrwerk als nachgelagerter Markt. Als nachgelagerter Markt sei der unmittelbar nächste Produktionsschritt zu betrachten. Die Argumentation der Vorinstanz zum nachgelagerten Markt würde dazu führen, dass Produkte aus der gesamten Wertschöpfungskette im Uhrenmarkt als nachgelagerte Märkte angesehen werden könnten (Beschwerde, Rz. 98-100).

Um auf einen benachbarten Markt zu schliessen, werde eine minimale Substitutionsbeziehung zwischen den betroffenen Produkten verlangt. Das Sekretariat habe in einer Beratung folgende Kriterien zum Vorliegen eines benachbarten Marktes angegeben: (i) gemeinsame Rohstoffbasis, (ii) Vorliegen einer Kuppelproduktion so-

wie (iii) die Bedeutung eines umfassenden Produktions-sortiments. In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz neue Kriterien zur Anwendung gebracht. Diese Praxisänderung erfolge ohne Begründung oder Erläuterung. Nach den vom Sekretariat angewandten Kriterien liege dagegen kein benachbarter Markt vor (Beschwerde, Rz. 106-112).

E.

Mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht den zweiten Verfahrens-antrag der Beschwerdeführerin betreffend Sistierung der Publikation der angefochtenen Verfügung bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts ab, weil die Beschwerdeführerin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in genügender Weise substantiiert hat und ein solcher - insbesondere unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung - auch nicht ersichtlich ist.

F.

Die Vorinstanz reichte ihre Vernehmlassung zu den materiellen Rechtsbegehren mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 ein. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2013 erklärte der Instruktionsrichter, dass sich aufgrund der Aktenlage zurzeit weder ein „nicht-öffentliches Hearing“ noch ein zweiter Schriftenwechsel aufdränge. Aufgrund des Replikrechts der Beschwerdeführerin wurde ihr eine Frist bis zum 17. Januar 2014 angesetzt, um eine Fristansetzung zur Stellungnahme zu verlangen.

G.

Auf entsprechendes Gesuch hin, wurde der Beschwerdeführerin bis zum 17. Februar 2014 Gelegenheit gegeben, hinsichtlich der Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Diese Replik wurde der Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Februar 2014 zugestellt, wobei auf eine Fristansetzung zur Duplik verzichtet wurde. Mit Schreiben vom 24. Februar 2014 verzichtete die Vorinstanz explizit auf eine weitere Stellungnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B 506/2010 vom 19. Dezember 2013, E. 1.1; vgl. auch BVGE 2007/6, E. 1, m.w.H.).

1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (BVGE 2011/32, E. 1.1, auch publiziert in RPW 2010/2, S. 242 ff.).

Der angefochtene Entscheid vom 23. September 2013, welcher die Beschwerdeführerin mit einer finanziellen Sanktion belastet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG. Somit ist das Bundesverwaltungs-

gericht nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Die Beschwerdeführerin erfüllt somit die Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die Sanktionierung besonders berührt (Bst. b) und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.

1.4

Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, die Einstellung der Untersuchung 440-0011 ohne Folgen für sie bzw. eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz mit der Anweisung, die Untersuchung einzustellen.

Mit diesen Begehren wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Fortführung des Untersuchungsverfahrens. Auf diese Anträge kann jedoch nicht eingetreten werden. Nach feststehender Rechtsprechung stellt die Eröffnung einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbare Verfügung dar, weil sie kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis nach Art. 5 VwVG begründet. Gleiches gilt auch bezüglich der Fortführung der Untersuchung. Mangels eines Anfechtungsobjekts ist folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Einstellung der Untersuchung 440-0011 bzw. eine entsprechende Anweisung verlangt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 1.2.3, m.w.H.).

2.

Art. 96 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) folgend, bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1 1. Teilsatz KG; BVGE 2011/32, E. 3.1, auch publiziert in RPW 2010/2, S. 242 ff.). Unter dem Titel „Materielle Bestimmungen“ enthält das Kartellgesetz Regeln betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) und hinsichtlich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Als dritter Pfeiler des Kartellgesetzes enthalten die Art. 9 bis Art. 11 KG Regeln zur Fusionskontrolle. Art. 9 KG bestimmt, wann ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet werden muss. Art. 9 Abs. 1 KG knüpft am Umsatz der beteiligten Unternehmen an (vgl. auch Art. 9 Abs. 3 KG bei Versicherungen und Banken). Ungeachtet dieser umsatzbasierten Kriterien besteht die Meldepflicht ge-

mäss Art. 9 Abs. 4 auch dann, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Nach der Botschaft soll dadurch ermöglicht werden, dass der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinen Volumen entgegengetreten werden kann. Zudem könne gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden, welche versuchten, unter Ausnutzung der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen (Botschaft KG 1995, BBI 1995, 581; SILVIO VENTURI/PASCAL FAVRE, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence* [CR Concurrence], 2. Aufl., Basel 2013, N 105 zu Art. 9; PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], *Handkommentar zum Kartellgesetz*, Bern 2007, N 25 zu Art. 9). Vertikale oder konglomerale Zusammenschlüsse mit Beteiligung des marktbeherrschenden Unternehmens sollen also auch erfasst werden, sofern ein Nahverhältnis der Märkte vorliegt (BOTSCHAFT KG 1995, BBI 1995, 580 f.; PIERRE MERCIER ET AL., *Grands principes du droit de la concurrence*, Basel 1999, S. 663; JÜRIG BORER, *Kommentar Wettbewerbsrecht I*, 3. Aufl., Zürich 2011, N 19 zu Art. 9).

Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG verlangt somit zwei kumulative Voraussetzungen: Erstens eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und zweitens ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt.

2.1

Bei der Auslegung der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG ist zu berücksichtigen, dass für die betroffenen Unternehmen die Meldepflicht voraussehbar sein muss. So enthält Art. 9 Abs. 4 KG im Unterschied zum Vorentwurf kein subsidiäres Marktanteilkriterium mehr. Stattdessen wird auf das eindeutig bestimmbare Kriterium der rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung abgestellt (Botschaft KG 95, BBI 1995, 581). Demnach soll die Feststellung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG eine hohe Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen gewährleisten (vgl. PATRIK DUCREY/JENS DROLSHAMMER, in: Eric Homburger et al. [Hrsg.], *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Erste Lieferung Zürich 1996, N 65 zu Art. 9). Zudem werden in der Lehre Bedenken zur Rechtssicherheit geäussert, indem die Praxis der Vorinstanz als uferlose Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 4 KG kritisiert wird (MANI REINERT, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], *BSK-KG*, Basel 2010, N 316 zu Art. 9; SILVIO VENTURI/PASCAL FAVRE, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], *CR Concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, N 119 ff. zu Art. 9).

Angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe der vor-, nachgelagerten und insbesondere benachbarten Märkten kann tatsächlich ein Problem mit der Voraussehbar-

keit bestehen. Dies macht sinngemäss auch die Beschwerdeführerin geltend, indem sie die Auslegung in der angefochtenen Verfügung als unerwartete Praxisänderung auffasst (Beschwerde, Rz. 94). Deshalb ist Art. 9 Abs. 4 KG in Bezug auf die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte restriktive auszulegen (Karl Hofstetter/Reto Schildknecht, *Fusions- und Marktmachkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz*, SJZ 1997, S. 125; vgl. DANIEL ZIMMERLI, *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht*, Bern 2007, S. 459 f.). Dies gilt insbesondere dann, wenn aufgrund dieser Auslegung eine Sanktion ausgesprochen wird (vgl. zum Bestimmtheitsgebot BGE 139 I 72, E. 8.2).

2.2

Zunächst ist fraglich, ob der Zusammenschluss einen dem Markt für in der Schweiz hergestellte mechanische Ebauches bis zu einem Stückpreis von Fr. 300.- nachgelagerten Markt betrifft.

Die nachfolgende Prüfung setzt voraus, dass die Markt- abgrenzung der Vorinstanz (Herstellung von Uhrenschalen, welche für Schweizer Armbanduhren mit einem Handelspreis ab ca. Fr. 1'500.- verwendet werden) korrekt ist. Eine gerichtliche Würdigung diesbezüglich erscheint vorliegend als entbehrlich, da auch wenn auf die Abgrenzung der Vorinstanz abgestellt wird, die Beschwerde gutzuheissen ist. Hinzuweisen bleibt, dass die Beschwerdeführerin die Markt- abgrenzung nicht bestreitet.

2.2.1

Die Vorinstanz erachtet den Markt für Uhrenschalen als dem Markt für Ebauches nachgelagert. Sie führt aus, ein Markt sei nachgelagert, wenn dieser bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produkts nachher komme. Dementsprechend seien Produkte und Leistungen gemeint, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer die Marktbeherrschung bestehe, einflüsse (angefochtene Verfügung, Rz. 96). Dabei seien innerhalb einer Wertschöpfungskette mehrere Produktionsstufen relevant, wenn das „beherrschte“ Produkt in das vom zu beurteilenden Unternehmenszusammenschluss betroffene Produkt einflüsse (angefochtene Verfügung, Rz. 98 f.). Die Vorinstanz hält es vorliegend für angezeigt, für die Zwecke der Beurteilung der Meldepflicht die Produktionskette von der Stufe der Herstellung der einzelnen Komponenten bis hin zur fertigen mechanischen Uhr heranzuziehen. Diese Beurteilung dränge sich auf, weil es sich sowohl bei Ebauches wie auch Uhrenschalen um Komponenten handle, welche für die Produktion einer mechanischen Armbanduhr bestimmt seien. Weder ein Ebauche noch eine Uhrenschale hätten für sich genommen einen eigenen Verwendungszweck (angefochtene Verfügung, Rz. 100).

2.2.2

Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Meinung, dass nachgelagerte Märkte lediglich Produkte und Dienstleistungen umfassen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer Marktbeherrschung feststehe, unmittelbar einflüsse. Sie bezweifelt, dass es auf den Verwendungszweck ankomme. Aufgrund dieses Kriteriums müsste jedes fertige Produkt (z.B. eine mechanische Uhr), unabhängig vom Produktionsschritt, zum

nachgelagerten Markt eines früher in der Wertschöpfungskette produzierten Einzelteils (z.B. Kleinteile für Ebauches) gezählt werden (Beschwerde, Rz. 93 f.). Jedoch dürften verschiedene Verarbeitungsstufen nicht einfach übersprungen werden. Der unmittelbar nächste Markt in Bezug auf Ebauches sei der Markt für die Zusammensetzung von Uhrwerkkomponenten zum Rohuhrwerk (Beschwerde, Rz. 98). Der übernächste Produktionsschritt, in welchem die Uhrenschalen eingesetzt würden (Einschalung von fertigen Uhrwerken inklusive Montage von Zifferblatt, Drücker und Krone sowie von Uhrengläsern), beinhaltet zudem nicht die Produktion von Uhrenschalen. Diese würden vielmehr separat hergestellt. Sinngemäss erklärte sie, Ebauches seien Komponenten einer mechanischen Uhr, jedoch nicht einer Uhrenschale (Beschwerde, Rz. 99). Die Argumentation der Vorinstanz würde zu der ausufernden Meldepflicht für die gesamte Wertschöpfungskette im Uhrenmarkt führen (Beschwerde, Rz. 100).

2.2.3

Die Verfahrensbeteiligten sind sich im Wesentlichen hinsichtlich zweier Punkte zum Begriff des nachgelagerter Markt uneinig. Erstens ist unklar, ob ein nachgelagerter Markt lediglich einen unmittelbar folgenden Markt oder weitere Stufen eines Produktionsprozesses umfasst. Zweitens ist fraglich, ob Komponenten einer folgenden Produktionsstufe auch als nachgelagert angesehen werden können. Insbesondere dann, wenn die Komponente nur für ein Endprodukt verwendet werden kann, was den Zusammenhang zwischen Komponenten naturgemäss stärkt.

2.2.4

Nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG umfassen Produkte und Leistungen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, einfließt (MANI REINERT, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], BSK-KG, Basel 2010, N 308 zu Art. 9; FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 340 f.). Somit ist vorausgesetzt, dass ein „beherrschtes“ Produkt für die Produktion oder den Vertrieb eines anderen Marktes benötigt wird (ROLF WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, S. 283).

Demnach ist zu prüfen, ob Ebauches für den Markt für die Herstellung von Uhrenschalen benötigt werden. In einer vertikalen Betrachtungsweise sind für die Produktion von Uhrenschalen lediglich diejenigen Inputfaktoren erforderlich, welche auch in die Produktion einer Uhrenschalen einfließen. Ein Ebauche ist klarerweise keine Komponente einer Uhrenschalen, sondern eine Komponente einer mechanischen Uhr. Von der hier interessierenden Transaktion sind mechanische Uhren jedoch nicht direkt betroffen.

Die Argumentation der Vorinstanz scheint auf eine globale Sichtweise zurückzugreifen: Da Ebauches und Uhrenschalen sich hinsichtlich der Fertigstellung einer mechanischen Uhr gegenseitig bedingen, ist für den Vertrieb von Uhrenschalen entscheidend, dass auch Ebauches erhältlich sind. Dieses Argument liesse sich jedoch bei vielen Produktionsprozessen vorbringen, weshalb die Interpretation der Vorinstanz wohl zu einer ausufernden

Meldepflicht führen würde. Zumindest würde die weite Auslegung des Begriffs des nachgelagerten Marktes der vom Gesetzgeber gewollte Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Insbesondere bei komplexen Produkten mit vielen Komponenten (z.B. Fahrzeuge) würde die Meldepflicht unübersichtlich. Auch die Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung das Vorliegen eines nachgelagerten Marktes bejahte, ging in der Vernehmlassung einen Schritt zurück: Nach ihrer Meinung könne die Frage des nachgelagerten Marktes offengelassen werden, weil auf jeden Fall von benachbarten Marktverhältnissen auszugehen sei (Vernehmlassung, Rz. 49).

2.2.5

Somit erscheint der Markt für Uhrenschalen nicht als ein dem Markt für Ebauches nachgelagerten Markt. Dementsprechend kann offen bleiben, ob mehrere Stufen innerhalb einer Produktionskette für das Vorliegen eines benachbarten Marktes relevant sein können.

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn eine Meldepflicht aufgrund eines nachgelagerter Marktes in Frage kommen würde, der Beschwerdeführerin kein Vorwurf wegen einer Missachtung gemacht werden könnte. Die Vorinstanz hielt in der gleichen Dispositivziffer der Verfügung, in welcher auch die marktbeherrschende Stellung von ETA festgestellt wurde, fest, dass als nachgelagerter Markt für Ebauches (mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- und in der Schweiz hergestellt) der Markt der montierten Uhrwerke (Mouvements) gilt (Verfügung vom 8. November 2004, RPW 2005/1, S. 128). Die Beschwerdeführerin durfte demnach in guten Treuen davon ausgehen, keine Meldepflicht aufgrund des Kriteriums „nachgelagerter Markt“ auszulösen, wenn sie ein Unternehmen aus einem anderen Markt als dem Markt für Mouvements übernimmt.

2.3

Weiter ist ein Nahverhältnis aufgrund eines benachbarten Marktes zu prüfen. Die Vorinstanz versteht unter benachbarten Märkten solche Märkte von Gütern, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft. Ein benachbarter Markt könne insbesondere im Falle von komplementären Gütern vorliegen (angefochtene Verfügung, Rz. 107). Diese Ansicht lehnt sich an Scherrer an, der unter benachbarten Märkten solche Märkte von Gütern versteht, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind oder deren Nachfrage parallel verläuft (FRANK SCHERRER, a.a.O., S. 341). Demnach ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint etwa ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich. Dies leuchtet insbesondere deshalb ein, da ein Marktbeherrscher mit Hilfe von gezielten Akquisitionen von potentiellen Wettbewerbern disziplinierende Markteintritte verhindern könnte. Dementsprechend sind Produkte von potentiellen Wettbewerbern noch bis zu einem gewissen Grad substituierbar im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. dazu auch MANI REINERT, a.a.O., N 310 ff. zu Art. 9).

2.3.1

Andererseits sind Produkte mit paralleler Nachfrage von Art. 9 Abs. 4 KG abgedeckt. Damit sind - wie die Vo-

rinstanz zu Recht vorbringt - auch komplementäre Produkte gemeint. Jedoch sind durch das Erfordernis der parallelen Nachfrage nur solche Märkte betroffen, deren Produkte zusammen mit denjenigen des Marktbeherrschers bezogen oder verkauft werden (MANI REINERT, a.a.O., N 315 zu Art. 9; vgl. auch MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, BSK-KG, N 38 zu Art. 10). Die Parallelität muss insofern gegeben sein, als eine missbräuchliche Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG als denkbar erscheint (vgl. dazu SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 3. Aufl. London 2010, S. 452; GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, S. 363; vgl. auch Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 2008/C 265/07, Rz. 93).

2.3.1.1

Die Vorinstanz prüft in der angefochtenen Verfügung lediglich, ob die betroffenen Märkte komplementäre Produkte beinhalten. Sie geht von komplementären Produkten aus, wenn sich diese im Hinblick auf die Fertigung eines Produkts oder die Zusammenstellung einer Leistung gegenseitig bedingen (angefochtene Verfügung, Rz. 111). Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, dass aufgrund der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden eine minimale Substitutionsbeziehung bestehen muss. Komplementäre Güter seien bisher nie als Kriterium für die strittige Meldepflicht zu Anwendung gekommen. Diese Praxisänderung sei ohne Begründung oder Erläuterung erfolgt (Beschwerde, Rz. 107). Im Rahmen der Vernehmlassung bringt die Vorinstanz vor, eine Anwendung des Kriteriums der Komplementarität sei auch in der Fusionskontrolle der EU zu finden, auf welches auch die Vorinstanz in ihrer Mitteilung „Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren der Wettbewerbskommission“ vom 25. März 2009 abstellen würde. Produkte und Dienstleistungen seien in diesem Zusammenhang als komplementär aufzufassen, wenn sie zusammen verwendet oder verbraucht für den Abnehmer wertvoller seien als einzeln. Als Beispiele würden Autoreifen und Autotüren, Bolzenschussgeräte und Bolzen, Triebwerke und Luftfahrtelektronik genannt (Vernehmlassung, Rz. 65, Vernehmlassungsbeilage 7).

2.3.1.2

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin selbst auf die Bedeutung eines umfassenden Produktsortiments als (bisher von den Wettbewerbsbehörden verwendetes) Kriterium hinweist. Ein Produktsortiment besteht selten nur aus Substituten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Produktsortiment dann eine gewisse wettbewerbliche Bedeutung haben könnte, wenn verschiedene Produkte zusammen ver- bzw. gekauft werden. Insofern geht der Vorwurf fehl, die Wettbewerbsbehörden hätten bisher nie komplementäre Güter berücksichtigt.

Trotzdem erscheint die Ansicht der Vorinstanz, wonach allein eine komplementäre Beziehung zwischen den zu prüfenden Märkten massgebend sein soll, als zu weitgehend. Folgte man in diesem Punkt der Vorinstanz, würden sämtliche Komponenten beispielsweise einer Produktionsmaschine oder eines Fahrzeugs gegenseitig als benachbarte Produkte erscheinen. Daran ändert auch

die von der Vorinstanz angerufene Mitteilung bzw. eine Anlehnung an die Fusionskontrolle des EU nichts, weil diese lediglich die Frage betreffen, welche Informationen - nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden - Teil einer Meldung im Sinne von Art. 11 VKU sein müssen. Sobald die Meldepflicht unstrittig ist, kann es sich rechtfertigen, relativ umfassende Informationen zu verlangen. Wenn die Frage der Meldepflicht jedoch wie vorliegend umstritten ist, lassen sich aus einem Meldeformular keine Rückschlüsse auf die Aufgreifkriterien der Meldepflicht ziehen. Die von der Vorinstanz verwendete Definition von benachbarten Märkten würde zu einer zu weiten Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG führen. Zumal mit dem Erfordernis der rechtskräftigen Feststellung der marktbeherrschenden Stellung höchstmögliche Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen bezweckt wurde (vgl. oben E. 2.1). Mit einer extensiven Auslegung des benachbarten Marktes würde dieser Anspruch an die Rechtssicherheit wieder aufgegeben.

Demnach fallen vorliegend solche Märkte von Gütern oder Dienstleistungen als benachbarte Märkte in Betracht, deren Nachfrage derart parallel verläuft, als die Güter oder Dienstleistungen im Bündel ver- oder gekauft werden.

2.3.2

Vorliegend ist unstrittig, dass der vom Zusammenschluss betroffene Markt keine hinsichtlich des beherrschten Marktes substituierbaren Produkte beinhaltet. Die Vorinstanz bringt diesbezüglich weder eine Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrage noch eine Angebotsumstellungsflexibilität vor. Somit kann die Prüfung, inwieweit die übernommenen Unternehmen als potentielle Konkurrenz in Bezug auf Ebauches erscheinen, unterbleiben.

Dagegen ist fraglich, ob die Produkte der beiden Märkte zusammen ver- oder gekauft werden bzw. ob eine parallele Nachfrage nach diesen Produkten besteht.

2.3.2.1

Da für ein Mouvement je ein Ebauche und ein Assortiment benötigt wird, könnten diese beiden Komponenten zusammen als komplementäre Produkte in Bezug auf Uhrenschalen erachtet werden. Die drei Bestandteile bedingen sich dergestalt, dass ohne eine der Komponenten keine mechanische Uhr gefertigt werden kann. Insofern wäre es theoretisch möglich, dass beispielsweise ein Unternehmen alle drei Komponenten nachfragt, um dieses zusammenzusetzen und das Uhrwerk mit dem Schutzglas und dem Armband zu ergänzen.

Da die hier zur Diskussion stehenden Märkte nicht jeweils sämtliche Ebauches bzw. sämtliche Uhrenschalen beinhalten, prüfte die Vorinstanz, ob von ETA produzierte Ebauches auch tatsächlich in Uhrenschalen eingebaut werden, welche von S&M hergestellt werden. Diesbezüglich kam die Vorinstanz zum Ergebnis, nach der Kundenliste von S&M und Termiboîtes seien von den umsatzstärksten Kunden von S&M (> 60 %) ausserhalb der Swatch-Gruppe angesiedelt. Von diesen Unternehmen würden (verschiedene namentlich genannte Kunden) Ebauches bzw. Mouvements von ETA beziehen. Sämtliche der genannten Uhrenmarken würden Uhren über einem Handelspreis von ca. Fr. 1'500.- verkaufen (angefochtene Verfügung, Rz. 104). Daraus folge ers-

tens, dass Uhrenschalen, welche von S&M produziert worden seien, (auch) an Uhrenmarken verkauft würden, welche nicht ausschliesslich Uhren im höchsten Luxussegment produzieren würden. Zweitens würde aufgrund der Lieferbeziehung der umsatzstärksten Kunden von S&M zu ETA der Schluss nahe liegen, dass von ETA produzierte Ebauches, wenn auch indirekt, in Uhrenschalen von S&M eingebaut würden (angefochtene Verfügung, Rz. 105).

2.3.2.2

Zunächst ist festzuhalten, dass kein Nachweis für eine parallele Nachfrage erbracht wurde. Die Vorinstanz bringt diesbezüglich nicht etwa vor, Kunden von S&M würden Ebauches von ETA in ähnlichem Umfang beziehen. Aus der Feststellung, wonach es Uhren mit Ebauches von ETA und zugleich Uhrenschalen von S&M gibt, lässt sich nicht ableiten, dass dies der Regelfall ist (vgl. diesbezüglich angefochtene Verfügung, Rz. 105 und Verfügung der Vorinstanz vom 21. Oktober 2013 i.S. Swatch Group Lieferstopp, elektronisch erhältlich unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide, Rz. 98). Falls es sich dagegen um einen Ausnahmefall handeln sollte, verhält sich die Nachfrage insofern nicht parallel, als keine Bündelung des Verkaufs von Ebauches mit demjenigen von Uhrenschalen plausibel erscheint.

Ausserdem wurde nicht geprüft, ob Ebauches von ETA effektiv zusammen mit Uhrenschalen von S&M ge- oder verkauft werden. Die Vorinstanz selbst erwog, Ebauches von ETA würden indirekt in Uhrenschalen von S&M eingebaut werden (angefochtene Verfügung, Rz. 105). Die Tatsache alleine, wonach sich die hier interessierenden Komponenten in der selben Uhr wiederfinden, ist für die Frage des Nachfrageverhalten nicht aussagekräftig. Inwieweit eine Koppelung der verschiedenen komplementären Produkte möglich erscheint, wurde nicht erörtert.

Vor dem Hintergrund des Lieferstopps von ETA ist im vorliegenden Fall schliesslich allfälligen Bedenken einer Koppelung die Grundlage entzogen. Eine Koppelung wäre nur dann möglich, wenn ETA bzw. die Beschwerdeführerin Ebauches mit einem Stückpreis von bis zu Fr. 300.- zusammen mit Uhrenschalen der übernommenen S&M verkaufen würde. Dies erscheint aber ausgeschlossen, da die ETA keine Kunden ausserhalb des Konzerns der Beschwerdeführerin mehr mit Ebauches beliefert.

2.3.2.3

Aus den dargelegten Überlegungen folgt, dass kein Nachweis darüber besteht, ob die Produkte der beiden relevanten Märkte zusammen ver- oder gekauft werden bzw. ob eine parallele Nachfrage nach diesen Produkten besteht. Auch wenn - ohne Prüfung der effektiven Marktverhältnisse - eine Nachfrage hinsichtlich eines Produktbündels grundsätzlich denkbar wäre, erscheint eine Bündelung - wenn überhaupt - eher zwischen dem Markt für Mouvements und Uhrenschalen einleuchtend. Dies nicht zu Letzt deshalb, weil ETA die Belieferung von Kunden ausserhalb des Konzerns der Beschwerdeführerin eingestellt hat.

Wenn Ebauches vor allem indirekt mittels Einbau in Mouvements von ETA in solche mechanische Uhren mit

einer Uhrenschale von S&M gelangen, müsste eine Koppelung zwischen Mouvements und Ebauches geprüft werden. Eine solche Koppelung kann für die vorliegend strittige Meldepflicht jedoch nicht berücksichtigt werden, da zum Zeitpunkt des Vollzugs einzig für den Markt für Ebauches - und noch nicht für den Markt für Mouvements - rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde. Die Argumentation der Vorinstanz scheint vor diesem Hintergrund das Element „nachgelagert“ hinsichtlich der Beziehung zwischen Ebauches und Mouvements mit dem Element „benachbart“ mit Blick auf die denkbare Beziehung zwischen Mouvements und Uhrenschalen in unzulässiger Weise zu kombinieren.

Demnach konnte kein genügendes Nahverhältnis zwischen demjenigen Markt, für welchen die Marktbeherrschung festgestellt wurde, und dem vom Zusammenschluss betroffenen Markt nachgewiesen werden, um die restriktive auszulegende Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 auszulösen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob eine rechtskräftige Feststellung gegeben ist (vgl. diesbezüglich BGE 137 II 199, E. 6.5.1, 6.5.2; BGE 139 I 72; CHRISTOPH TAGMANN, in: AJP 2013/3, S. 467). Somit hat die Beschwerdeführerin hinsichtlich der hier relevanten Transaktion keine Meldepflichten verletzt.

3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nicht verletzte. Folglich ist die Sanktionierung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz wegen der Verletzung einer Meldepflicht unzulässig.

Demnach ist die angefochtene Verfügung aufzuheben. Somit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Rechtsbegehren auf Aufhebung der Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung durch. Auf das zweite und dritte Rechtsbegehren (Einstellung der Untersuchung bzw. entsprechende Anweisung an die Vorinstanz) wird nicht eingetreten.

4.

Dem ersten Verfahrens Antrag (Beizug der Vorakten) wurde entsprochen. Der zweite Verfahrens Antrag (Sistierung der Publikation) wurde mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 bereits rechtskräftig abgewiesen.

Der dritte und vierte Verfahrens Antrag (Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen) ist gegenstandslos, da die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. März 2014 Geschäftsgeheimnisse bezeichnete.

Der fünfte Verfahrens Antrag (zweiter Schriftenwechsel) wurde abgewiesen, wobei der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Replikrechts die Möglichkeit gegeben wurde, eine Replik zur Vernehmlassung der Vorinstanz einzureichen. Der sechste Verfahrens Antrag (nicht-öffentliches Hearing) ist abzuweisen, da eine Instruktionsverhandlung aufgrund der Akten und dem Ausgang des Verfahrens nicht erforderlich erscheint.

5.

Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor

dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.- bis Fr. 5'000.- (Art. 3 Bst. b VGKE; ausser bei einzelrichterlicher Streitbeilegung). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion im Streit lagen. Trotzdem ist der Aufwand hinsichtlich der abschlägigen Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2013 und des Nichteintretens (E. 1.4) angemessen zu berücksichtigen. Deshalb sind der Beschwerdeführerin in stark ermässigtem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen. Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanter Umstände auf Fr. 500.- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- abgerechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

6.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

6.1

Gemäss Art. 10 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) werden insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Abs. 1). Der Stundenansatz beträgt für Anwälte und Anwältinnen mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-. In diesen Ansätzen ist die Mehrwertsteuer nicht enthalten (Abs. 2). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Abs. 3).

6.2

Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung - in dieser relativ komplexen Streitsache - ist der Beschwerdeführerin, da sie obsiegt, eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdeführerin hat am 14. März 2014 für ihre Rechtsvertretung zwei Kostennoten je für die Beschwerde und die Replik eingereicht. Ausgehend vom Stundenansatz von Fr. 600.- macht sie für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht - ausgehend von 28

aufgewendeten Stunden - Parteikosten in der Höhe von insgesamt Fr. 18'144.- (inkl. Auslagen und MwSt) geltend.

Bei der Bemessung der Parteientschädigung innerhalb des gesetzlichen Rahmens steht dem Bundesverwaltungsgericht 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 (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E. 8.3.1 [in BGE 137 II 199 nicht publizierte Erwägung]). Indessen umfasst die Parteientschädigung nur die notwendigen Kosten (Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010, 2C_344/2010, E. 8.3.4, a.a.O.).

6.3

Der geltend gemachte Aufwand der Beschwerdeführerin von insgesamt 28 Stunden lässt sich angesichts der Komplexität der Streitsache nicht beanstanden. Der Stundenansatz ist allerdings auf Fr. 400.- zu reduzieren (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Da die Beschwerdeführerin überwiegend obsiegende Partei ist (vgl. E. 5) ist ihr zuzulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von Fr. 10'886.40 (inkl. MwSt), zuzusprechen (28 h mal Fr. 400.- plus MwSt minus 10 % hinsichtlich Unterliegens beim Antrag auf Sistierung der Publikation und Nichteintreten auf das Einstellungsbegehren). Diese Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung vom 23. September 2013 im Untersuchungsverfahren 440-0011 betreffend Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses gemäss Art 51 KG wird aufgehoben.

2.

Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 500.- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'886.40 (inkl. MwSt) zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Vorinstanz

[Rechtsmittelbelehrung]

B 6	Preisüberwacher Surveillant des prix Sorvegliante dei prezzi
B 6	1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 in Sachen Tarife der Schweizerischen Post

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 im Sinne von Art. 5 Abs. 4 Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20) zuhanden des Preisüberwachers in Sachen Tarife der Schweizerischen Post betreffend Marktstellung und wirksamer Wettbewerb (Art. 2 und 12 PüG)

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Beratung

1. Die Preisüberwachung (PUE) hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) mit Schreiben vom 5. Juni 2013 aufgefordert, zur Frage der Marktmacht (Art. 2 des Preisüberwachungsgesetzes, PüG, SR 942.20) der Schweizerischen Post AG (nachfolgend: Post) und zur Wirksamkeit des Wettbewerbs (Art. 12 PüG) in Bezug auf die Beförderung von Brief- und Paketpost Stellung zu nehmen.

2. Gemäss Einschätzung der PUE ist die Post auf den Briefmärkten für die Beförderung von Sendungen über 50 g im Inland für Geschäftskunden, für die Beförderung von Sendungen über 50 g im Inland für Privatkunden und für die Beförderung von Massensendungen über 50 g im Inland für Geschäftskunden marktmächtig. Hierbei nimmt die PUE eine Gewichtsobergrenze für Briefe von 2 kg an. In den Paketmärkten ist die Post gemäss Einschätzung der PUE ebenfalls auf den Märkten für Beförderung von (prioritären und nicht-prioritären) Sendungen unter 20 kg von Geschäftskunden (B2B [Business to Business] und B2C [Business to Consumer]) marktmächtig.

3. Zudem kommt die PUE in ihrem Bericht zu dem Schluss, dass die Preise der Post von Briefen (Einzel- und Massensendungen) über 50 g und die Preise bei allen Paketen bis 20 kg nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.

4. Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme werden diese Gesichtspunkte aufgrund der von der PUE gemachten Angaben in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht analysiert.

A.2 Fragestellung

5. Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme geht die WEKO auf die beiden zur Stellungnahme unterbreiteten Fragen ein:

- a. Ist die Post ein marktmächtiges Unternehmen auf den inländischen Brief- und Paketpostmärkten im Sinne von Art. 2 PüG?
- b. Sind die Tarife der Post das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 12 PüG?

6. Da sich die Abklärungen der PUE in dem der WEKO zur Stellungnahme unterbreiteten Fall lediglich auf die Preissetzung bei Brief- und Paketpost im nichtreservierten Dienst bezieht, kann die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf die nichtreservierten Dienste beschränkt werden.

A.3 Verfahren

7. Mit Schreiben vom 5. Juni 2013 hat die PUE die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG eingeladen und der WEKO ein „Befundpapier des Preisüberwachers vom 4. Juni 2013 zur Zuständigkeit bei den Tarifen von Inlandbriefen und –paketen der Schweizerischen Post“ inklusive eines Schriftenwechsels zwischen PUE und der Post zugestellt.¹

8. Am 14. Juni 2013 hat die WEKO den Eingang des Schreibens bestätigt und um Zustellung der Verfahrensakten gebeten.²

9. Mit Schreiben vom 21. Juni 2013 reichte die PUE ergänzende Unterlagen ein. Diese umfassen einen Schriftenwechsel mit der Schweizerischen Post sowie mit dem Verband des Schweizerischen Versandhandels (nachfolgend: VSV) sowie zwei Präsentationen der Unternehmensberatung ATKearney vom Juli 2012 und August 2012 und eine Präsentation des VSV aus dem Jahr 2010.³

B Beurteilung

10. Nachfolgend werden gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG die Fragen des persönlichen Geltungsbereichs (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) aus Sicht der WEKO beurteilt.

B.1 Geltungsbereich und Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz

11. Gemäss Art. 2 PüG gilt das Preisüberwachungsgesetz für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes⁴ und für marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts. Der Begriff der Marktmacht wird im PüG nicht definiert. Er findet sich aber in Art. 2 Abs. 1 KG wieder, wobei auch im Kartellgesetz keine Legaldefinition von Marktmacht verankert ist. Zudem stellt sich die Frage, ob dem Marktmachtbegriff in beiden Gesetzen die gleiche Bedeutung zukommt.

¹ Schreiben der PUE vom 5. Juni 2013.

² Schreiben WEKO vom 14. Juni 2013.

³ Schreiben PuE vom 24. Juni 2013.

⁴ Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, Kartellgesetz, SR 251).

12. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKOWEF) hat in ihrem Entscheid gegen ACTV SA festgehalten, dass die Begriffe Marktmacht im Preisüberwachungsgesetz und im Kartellgesetz grundsätzlich gleichzusetzen sind „*Les entreprises puissantes sur le marché qui relèvent un droit public ou du droit privé ont donc le même sens que dans la LCart, partant, elles doivent être interprétées de la même manière que dans cette loi*“.⁵ Die REKOWEF verweist hierbei allerdings nicht auf Art. 2 KG, sondern auf Art. 4 KG und somit auf die Umschreibung des Begriffs der Marktbeherrschung. Gleichzeitig äussert sich die REKOWEF aber dahingehend, dass das Preisüberwachungsgesetz auch auf Unternehmen, deren Marktstellung unterhalb der Marktbeherrschung (im Sinne von Art. 4 KG) anzusiedeln ist, Anwendung findet „*La LSPR s'applique aux entreprises puissantes sur le marché, soit aux entreprises qui ont une position de force se situant en deçà de la position dominante définie à l'article 4 alinéa 2 LCart*“.⁶

13. Auch die Botschaft zum KG 1995⁷ unterscheidet zwischen marktbeherrschender und marktmächtiger Stellung, indem sie festhält, dass es für die materielle Beurteilung eines unternehmerischen Verhaltens nicht ausreichend ist, dass dieses seine Grundlage in einer marktmächtigen Stellung des Unternehmens hat.⁸ Damit macht der Gesetzgeber klar, dass an die Marktmacht weniger hohe Anforderungen zu stellen sind als an die Marktbeherrschung und dass diese in keinem Fall gleichgesetzt werden können. In jedem Fall beinhaltet allerdings die Marktbeherrschung die Marktmacht.⁹ Dieser Praxis folgt auch die WEKO, indem sie feststellt, dass die marktbeherrschende Stellung eine qualifizierte Form von Marktmacht darstellt.¹⁰ So übt Marktmacht aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt. Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, aber noch nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG beherrscht.¹¹ Sind diese Einflussmöglichkeiten wesentlich, so müsste von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

14. Bezugnehmend auf das industrieökonomische Verständnis der Marktbeherrschung sehen REINERT/BLOCH in einer ergebnisorientierten Betrachtungsweise Marktbeherrschung als die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Preise durch Senkung des Absatzes gewinnmaximierend über das kompetitive Niveau zu heben und zu halten.¹²

15. Der Übergang zwischen Marktmacht und Marktbeherrschung, welche vorliegt, wenn einzelne oder mehrere Unternehmen 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, ist fließend.

16. Zur Prüfung, ob im vorliegend zu beurteilenden Fall die Post marktmächtig im Sinne von Art. 2 PÜG ist, werden nachfolgend die für die Post- und Paketbeförderung notwendigen Märkte abgegrenzt, um basierend hierauf zu ermitteln, welches die Einflussmöglichkeiten der Post auf den einzelnen Märkten sind.

B.2 Relevanter Markt

17. Im Hinblick auf die Marktabgrenzung hat die PUE im Bereich der Briefpost über 50 g die folgenden drei Märkte abgegrenzt: Briefmarkt für die Beförderung von Einzelsendungen >50 g im Inland für Geschäftskunden, Briefmarkt für die Beförderung von Einzelsendungen >50 g im Inland für Privatkunden und einen Briefmarkt für die Beförderung von Massensendungen >50 g im Inland für Geschäftskunden.¹³ Die PUE begründet die Unterteilung in einen Markt für Massensendungen und Einzelsendungen damit, dass Geschäftskunden, welche Massensendungen nutzen, eine andere Dienstleistung in Anspruch nehmen als Kunden, welche einen einzelnen Brief durch die Post versenden lassen. Die Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden bei der Marktabgrenzung begründet die PUE damit, dass beide Kundenkategorien unterschiedliche Prozesse und Dienstleistungen beanspruchen. Die Abgrenzung der Märkte im Hinblick auf die Gewichtsklasse von über 50 g begründet die PUE mit den rechtlichen Rahmenbedingungen, da die Post im Bereich der Briefpost bis 50 g über eine rechtliche Monopolstellung verfügt.

18. Die Märkte für die Paketbeförderung grenzt die PUE von den Märkten für die Briefbeförderung mit der Begründung ab, dass es für die Marktgegenseite keine Alternativangebote zur Versendung eines Pakets gibt. Im Bereich der Paketbeförderung unterscheidet die PUE einen Paketmarkt für die Beförderung von (prioritären und nicht-prioritären) Sendungen <20 kg von Geschäftskunden (B2B [Business to Business] und B2C [Business to Consumer]) und einen Paketmarkt für die Beförderung von (prioritären und nicht-prioritären) Sendungen <20 kg von Privatkunden (C2C [Consumer to Consumer] und C2B [Consumer to Business]). Die PUE begründet diese Unterscheidung damit, dass Privatkunden und Geschäftskunden unterschiedliche Prozesse und Dienstleistungen beanspruchen und Sendungen bis 20 kg grundsätzlich in den Grundversorgungsbereich fallen.

19. Das Postgesetz (PG, SR 783) definiert hingegen Pakete als Postsendungen von mehr als 2 cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30 kg.

20. In räumlicher Hinsicht grenzt die PUE einen schweizweiten Markt ab, da es in ihrem Verfahren um die Beförderung von Inlandbriefen und Inlandpaketen geht.

⁵ RPW 2005/4 719 Rz 13, *Swisscom Broadcast AG*.

⁶ RPW 2005/4 719 Rz 13, *Swisscom Broadcast AG*.

⁷ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994; BBl 1995 I 468, 547.

⁸ BBl 1995 I 468, 547.

⁹ Vgl. BGE 130 II 449, E. 5.8.

¹⁰ RPW 2008, 548 Rz 37, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

¹¹ RPW 2001, 98 Rz 20, *Intensiv SA*.

¹² MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, *Basler Kommentar zum Kartellrecht*, Amstutz/Reiner (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG Rz 72.

¹³ Befundpapier des Preisüberwachers vom 4. Juni 2013 zur Zuständigkeit bei den Tarifen von Inlandbriefen und -paketen der Schweizerischen Post, S. 2 f.

B.2.1 Sachlich relevante Märkte

21. In Anlehnung an die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

22. Gemäss PUE betrifft das Verfahren verschiedene Tarife der Post bei verschiedenen Brief- und Paketkategorien, welche die PUE als überhöht erachtet. Im Rahmen des von der PUE übermittelten Dossiers finden sich allerdings keine Hinweise, um welche Tarife der Post es sich handelt. Daher werden nachfolgend die sachlich relevanten Märkte ohne speziellen Bezug auf bestimmte Dienstleistungen und Produkte der Post abgegrenzt.

23. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Schweizerische Post/La Poste hat die WEKO die Wettbewerbsverhältnisse im Hinblick auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zur Abwicklung von grenzüberschreitenden adressierten physischen Briefpostsendungen bis zu einem Gewicht von 2 kg und anderen internationalen adressierten Briefpostsendungen untersucht.¹⁴ Die hierbei verwendeten Marktangaben¹⁵ beziehen sich allerdings vorwiegend auf internationale Sendungen. Das von der PUE angestrebte Verfahren bezieht sich allerdings vorwiegend auf inländische Post- und Paketsendungen, weshalb nicht weiter auf die Märkte für internationale Sendungen eingegangen wird. Die letzte Stellungnahme der WEKO im Hinblick auf eine Marktangabe im Post- und Paketbereich ist aus dem Jahr 1999 und wurde betreffend das Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG vorgenommen. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens wurden die nachfolgenden sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Internationale Express-Sendungen, Nationale Express-Sendungen, Internationale Express-Fracht, Nationale Express-Fracht, internationale Briefpostdienste, nationale Briefpostdienste, internationale Paketdienste, nationale Paketdienste, internationale Fracht und nationale Fracht.¹⁶

24. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die nachfolgenden Abgrenzungen zwischen Briefpost, Paketpost und Fracht vorgenommen: unter Briefpost wurden alle Postsendungen verstanden, mit einem Gewicht von bis zu zwei Kilogramm.¹⁷ Als Paketpost wurden alle Postsendungen mit einem Gewicht zwischen zwei Kilogramm und 50 Kilogramm verstanden.¹⁸ Für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme wird allerdings auf die Unterscheidung des Postgesetzes zurückgegriffen, welche eher den derzeitigen Marktverhältnissen entspricht. So unterscheidet auch die Post ihre Angebote im Rahmen der Regulierungsvorgaben (vgl. Rz 19) in Briefpost und Paketpost.

25. Ausgehend von der Definition von Paketsendungen im Postgesetz (vgl. Rz 19) werden vorliegend Sendungen mit einem Gewicht von über 30 Kilogramm als Fracht verstanden und sind nicht Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme. Hieraus ergibt sich für die vorliegende Stellungnahme die Unterteilung in Briefpost und Paketpost.

B.2.1.1 Märkte für Briefpost

26. Im Zusammenschlussvorhaben Posten AB/Post Danmark A/S hat die Kommission der Europäischen Union (nachfolgend: EU-Kommission) grundsätzlich zwischen Briefpost, Paketpost und Fracht unterschieden.¹⁹ Zudem hat die EU-Kommission mit Verweis auf ihre Praxis grundsätzlich zwischen inländischer und internationaler Post unterschieden.²⁰ Zudem wurden weitere Abgrenzungsmöglichkeiten in Betracht gezogen. So wurde insbesondere die Unterscheidung zwischen normaler Beförderung und Expressbeförderung sowie die Unterscheidung zwischen Geschäftskunden und Privatkunden in Erwägung gezogen.²¹ Zudem kann beispielsweise bei den Briefsendungen zwischen adressierten und nicht adressierten Sendungen, Einzelsendungen und Massensendungen und innerhalb der Massensendungen zwischen Geschäftssendungen (z.B. Kontoauszüge etc.), Zeitungs- und Zeitschriftensendungen sowie Marketingsendungen unterschieden werden.²²

27. In den letzten zwanzig Jahren hat sich das schriftliche Kommunikationsverhalten der Bevölkerung durch das Aufkommen elektronischer Kommunikationsmedien in weiten Teilen geändert. Insbesondere sind durch das Aufkommen von E-Mail, sozialen Netzwerken und Online-Anwendungen verschiedene schriftliche Kommunikationsmöglichkeiten entstanden. So ist es heutzutage beispielsweise möglich, Rechnungen und Kontoauszüge online abzurufen anstatt in Briefform zu verschicken. Dies hat wohl dazu geführt, dass sich insgesamt ein Teil der Kommunikation auf die elektronische Schiene verlagert hat. Dennoch weist die Kommunikation per Briefpost spezifische Eigenschaften auf, die nicht durch elektronische Informationsdienste abgebildet werden können. So erfährt die Briefpost auch heute noch eine bedeutend grössere Akzeptanz als der elektronische Informationsverkehr. Auf der anderen Seite verursachen elektronische Kommunikationsmittel pro Versand nur einen kleinen Bruchteil der Kosten eines Briefversands. Dies hat dazu geführt, dass insgesamt die Kommunikation über den elektronischen Kanal zugenommen hat. Obwohl mit Aufkommen der elektronischen Kommunikationsmittel die Kommunikation per Brief allenfalls zurückgegangen ist,²³ rechtfertigt es sich nicht, die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation mit in die Märkte für

¹⁴ RPW 2012/4, 864 Rz 2, *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁵ Im Bereich Briefpost wurden abgegrenzt: Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz, Markt für eingehende Briefpostsendungen und Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen.

¹⁶ RPW 1999/1, 128 Rz 18 f., *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

¹⁷ RPW 2012/4, 871 Rz 70, *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁸ RPW 2012/4, 871 Rz 65, *Schweizerische Post/La Poste*.

¹⁹ Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz. 11.

²⁰ Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz. 14.

²¹ Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz. 15.

²² Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz. 18.

²³ ALEX DIEKE, PETRA JUNK, ANTONIA NIEDERPRÜM: WIK-Consult Schlussbericht, Der Schweizerische Postmarkt im europäischen Vergleich, S. IX; www.postcom.admin.ch/de/publikationen/WIK-Studie%20neu.pdf [05.08.2013].

Briefpost zu integrieren. Die beobachtbare Substitution und der damit verbundene stetige Mengenrückgang bei Briefsendungen durch elektronische Kommunikation²⁴ ist eher in einem Strukturwandel begründet, als dass von einem kurzfristigen Substitutionseffekt gesprochen werden könnte. Wurden die Investitionen in eine entsprechende elektronische Infrastruktur erst einmal getätigt, wechseln die Versender meist nicht mehr zum postalischen Versand. Insbesondere treffen sie nicht bei dem erneuten Versand eine Entscheidung, ob dieser elektronisch oder postalisch erfolgen soll. Daher muss eine klassische, für die Marktabgrenzung relevante, Substitutionsbeziehung abgelehnt werden. Wenn sich ein Versender entscheidet einen Brief zu versenden, so tut er dies, weil er die Spezifika des Briefversands nutzen möchte. Hierbei hängt die Akzeptanz elektronischer Kommunikation beim Empfänger von Faktoren wie Zugangsmöglichkeiten, Vertrauen, Bequemlichkeit usw. ab.²⁵ Daher muss davon ausgegangen werden, dass der Briefversand kurzfristig nicht durch einen elektronischen Versand substituierbar ist.

28. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens, mittels welchem zur Frage Stellung genommen werden soll, ob die Schweizerische Post auf den inländischen Briefmärkten marktmächtig ist, werden die nachfolgenden Märkte abgegrenzt: Markt für die Beförderung von Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von Einzelsendungen von Privatkunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g, Markt für die Beförderung von adressierten Massensendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g.

B.2.1.1.1. Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g

29. Gemäss Art. 18 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG, SR 783.0) hat die Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 g zu befördern (reservierter Dienst). Damit ist die Post die einzige Anbieterin von Beförderungsdienstleistungen von Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g in der Schweiz. Nachfrager dieser Dienstleistung sind sämtliche Privatpersonen und Unternehmen, die Briefpost bis 50 g befördern lassen wollen.

30. Aufgrund der gesetzlichen Grundlage von Art. 18 PG stehen Nachfragern nach Zustelldienstleistungen für Briefe bis 50 g keine alternativen Anbieter zur Verfügung. Zwar wäre es theoretisch denkbar, dass die jeweiligen Nachfrager die von ihnen verschickten Briefe entsprechend beschweren, so dass sie die 50 g Schwelle überschreiten. Dennoch dürfte dies aufgrund des Aufwandes und der zusätzlichen Kosten in der Regel keine Ausweichmöglichkeit darstellen. Daher rechtfertigt es sich, einen eigenständigen Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g abzugrenzen.

B.2.1.1.2. Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g

31. Im Bereich der Einzelbriefsendungen, die von Privatkunden verschickt werden, stehen auf der Nachfrageseite Privatkunden, die einzelne Briefe bis zu einem Gewicht von 2 kg versenden möchten, und auf der Anbieterseite Unternehmen, welche entsprechende Beförderungsdienstleistungen anbieten.

32. Grundsätzlich ist das Briefaufkommen von Privatkunden relativ gering, so dass jeder einzelne Brief vom Kunden in der Regel einzeln und individuell erstellt und verschickt wird. Eine grössere Automatisierung des Briefversands ist für den Privatkunden normalerweise nicht notwendig. Massensendungen von Privatkunden stellen grundsätzlich die Ausnahme dar (z.B. Verschicken von Einladungen etc.) und selbst wenn ein Privatkunde Massensendungen verschickt, wird er, wenn er die Voraussetzungen hierfür erfüllt, für diesen Versand von der Post als Geschäftskunde angesehen. Zudem ist die Frequenz, mit der Privatkunden ihre Briefe verschicken, recht unregelmässig und folgt für gewöhnlich keinem speziellen Muster.

33. Dies hat auch für das transportierende Unternehmen sowohl im Hinblick auf die mit den jeweiligen Privatkunden erzielten Umsätze als auch im Hinblick auf die Standardisierung des Versands und damit auf die Kosten der Beförderung von Einzelsendungen Auswirkungen, so dass sich eine separate Abgrenzung der Märkte in solche für Privatkunden und Geschäftskunden sowie für Massensendungen rechtfertigt. So wird ein Privatkunde, der nur einzelne Briefe versendet, die zusätzlichen Dienstleistungen zum Versand von Massensendungen nicht in Anspruch nehmen, weshalb diese kein Substitut darstellen. Zudem wird der Privatkunde wohl keinen entsprechenden Umsatz bei der Post erzielen, so dass er in den Genuss von entsprechenden Rabatten kommen würde.

B.2.1.1.3. Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

34. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden im Inland mit einem Gewicht von über 50 g stehen sich auf der Anbieterseite Transportunternehmen von Briefpost und auf der Nachfrageseite geschäftliche Nachfrager dieser Dienstleistungen gegenüber. Hierbei unterscheiden sich Geschäftskunden von Privatkunden in der Regel dadurch, dass auf der einen Seite das Briefaufkommen von Geschäftskunden grösser ist als bei Privatkunden und Geschäftskunden in der Regel zusätzlich weitere Dienstleistungen bei Brieftransportunternehmen (z. B. Massensendungen) nachfragen. Da Geschäftskunden

²⁴ Vgl. ALEX DIEKE, PETRA JUNK, ANTONIA NIEDERPRÜM: WIK-Consult Schlussbericht, Der Schweizerische Postmarkt im europäischen Vergleich, S. IX; www.postcom.admin.ch/de/publikationen/WIK-Studie%20neu.pdf [05.08.2013].

²⁵ Vgl. ALEX DIEKE, PETRA JUNK, ANTONIA NIEDERPRÜM: WIK-Consult Schlussbericht, Der Schweizerische Postmarkt im europäischen Vergleich, S. IX; www.postcom.admin.ch/de/publikationen/WIK-Studie%20neu.pdf [05.08.2013].

oft Rabatte zur Verfügung stehen, ist es für sie wichtig, dass der Gesamtumsatz von ihnen registriert wird. Ein Versand von Einzelsendungen als Privatperson stellt daher grundsätzlich kein Substitut dar.

35. Für den Entscheid, ob ein Brief in Form einer Einzelsendung verschickt wird oder im Rahmen einer Massensendung beigelegt werden kann, sind auf der einen Seite der Preis sowie die Zustelldauer von Bedeutung. Neben Massensendungen, die normalerweise an speziellen Terminen verschickt werden, fallen bei Geschäftskunden zusätzlich immer wieder Einzelsendungen für spezifische geschäftliche Vorfälle an. Da diese oft zeitlich nicht bis zum nächsten Massenversand aufgeschoben werden können oder andere Merkmale aufweisen als der nächste anstehende Massenversand, stellt auch der Massenversand in der Regel kein Substitut zum Einzelversand dar. Es rechtfertigt sich daher eine separate sachliche Marktabgrenzung.

B.2.1.1.4. Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

36. Adressierte Massensendungen unterscheiden sich im Hinblick auf Einzelsendungen insbesondere darin, dass Massensendungen bedeutend strukturierter ablaufen und eine bestimmte Anzahl gleichartiger Briefe auf einmal an verschiedene Empfänger verschickt werden. Dementsprechend stehen sich auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g Anbieter solcher Dienstleistungen und Nachfrager nach Massensendungen gegenüber. Da in der Regel Privatkunden keine Massensendungen verschicken, rechtfertigt sich eine auf Geschäftskunden beschränkte Marktabgrenzung.

37. Massensendungen sind vereinheitlichte Versandformen, in deren Rahmen eine grössere Anzahl gleichartiger Briefe zu einem Zeitpunkt verschickt werden. Daher kann der Versand zu einem gewissen Grad automatisiert werden. Für diese Zwecke bieten die Zustelldienste zusätzliche Dienstleistungen wie eine Datentransferschnittstelle zur kostengünstigeren und effizienteren Abwicklung des Briefverkehrs an. Solche Zusatzdienstleistungen stehen bei Einzelsendungen grundsätzlich nicht offen, da hier die entsprechenden Effizienzgewinne weniger ins Gewicht fallen. Zudem sind die Zustellfristen für einen Massenversand länger, so dass auch in zeitlicher Hinsicht ein Massenversand nicht direkt mit einem Einzelversand vergleichbar ist.

B.2.1.2 Märkte für Paketpost

38. Bei den Paketpostmärkten unterscheidet die Europäische Union zwischen Express- und Standardsendungen²⁶ Da für Expresssendungen eine andere Infrastruktur benötigt wird und dieser Bereich somit eine andere Geschäftstätigkeit darstellt, rechtfertigt sich auch eine separate Marktabgrenzung. Auch im Hinblick auf die Zustellgeschwindigkeit sind Expresssendungen für die Marktgegenseite nicht mit normalen Paketsendungen austauschbar. Dafür sind Endkunden bereit für Expresssendungen einen bedeutend höheren Preis zu bezahlen. Aufgrund der durch die PUE zur Verfügung gestellten

Unterlagen scheinen aber Expresssendungen nicht Gegenstand des Verfahrens zu sein, weshalb auf eine nähere Betrachtung dieser Märkte verzichtet wird. Der internationale Versand von Paketen ist ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens, weshalb auf eine nähere Betrachtung dieser Märkte auch verzichtet wird.

39. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens werden daher die Märkte für reguläre nationale Paketpost im Privatkundenbereich (C2C und C2B) und für reguläre nationale Paketpost im Geschäftskundenbereich (B2B und B2C) unterteilt.

B.2.1.2.1. Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden

40. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatpersonen stehen sich auf der Nachfrageseite Privatkunden, die eine Paketsendung von mehr als 2 kg im Inland versenden wollen, und auf der Angebotsseite Pakettransportunternehmen, die solche Pakettransporte anbieten, gegenüber.

41. Im Privatkundengeschäft ist es notwendig, über ein weit verzweigtes System von Paketannahmestellen zu verfügen. Da Privatkunden in der Regel nur einzelne Pakete versenden, sind ihnen weitere Wege zu einer Paketannahmestelle meist nicht zuzumuten. Hierbei scheint insbesondere die Nähe zum Kunden ein ausschlaggebendes Kriterium für die Wahl des Pakettransportunternehmens zu sein.²⁷

B.2.1.2.2. Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden

42. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden stehen sich auf der Nachfrageseite Geschäftskunden, die Paketsendungen von mehr als 2 kg im Inland versenden wollen, und auf der Angebotsseite entsprechende Pakettransportunternehmen gegenüber.

43. Da im Geschäftskundenbereich (z.B. Versandhandelsunternehmen) oft eine Vielzahl von Paketsendungen verschickt werden und Geschäftskunden nicht so weit verstreut sind wie Privathaushalte, ist für die Bereitstellung einer Dienstleistung für Paketsendungen eine bedeutend geringere Anzahl an Paketannahmestellen notwendig.²⁸ Zudem befinden sich Geschäftskunden wie Versandhandelsunternehmen und Pakettransportunternehmen meist in dicht besiedelten Industriezentren, so dass die Transportwege zwischen den Geschäftskunden und den Paketannahmestellen ohnehin gering sind.²⁹ Insbesondere wenn eine grössere Anzahl Pakete gleichzeitig verschickt wird, kann sich auch eine direkte Abholung beim Versender lohnen.

²⁶ Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz. 59.

²⁷ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz 60.

²⁸ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz 61.

²⁹ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz 61.

44. Im Hinblick auf die Auslieferung stellt sich die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen der Auslieferung an Privatkunden und der Auslieferung an Geschäftskunden zu treffen ist. Ein Transportunternehmen, welches Auslieferungen an Privatkunden vornimmt, muss im Durchschnitt viel weitere Transportwege zurücklegen und eine grössere Anzahl an Transportrouten bedienen als ein Transportunternehmen, welches nur an Geschäftskunden ausliefert.³⁰ In jedem Fall kann ein Transportunternehmen, das über eine Infrastruktur verfügt, um an Privatkunden auszuliefern, auch zumindest in einem gewissen Umfang an Geschäftskunden auszuliefern. Umgekehrt ist das nicht zwingend der Fall.

45. Im Geschäftskundenbereich unterscheidet die PUE nicht zwischen der Auslieferung an Geschäftskunden (B2B) und an Privatkunden (B2C). Für die Zwecke der vorliegenden Stellungnahme, kann ebenfalls auf eine weitergehende Marktabgrenzung verzichtet werden.

B.2.2 Räumlich relevanter Markt

46. In räumlicher Hinsicht beschränkt sich das vorliegende Verfahren auf die inländische Brief- und Paketpost. Diese wird von den Transportunternehmen grundsätzlich schweizweit angeboten, weshalb sich für sämtliche sachlichen Märkte eine schweizweite Marktabgrenzung rechtfertigt.³¹

B.3 Marktstellung

47. Im Hinblick auf die Wettbewerbssituation in der Schweiz bestehen im Bereich der Briefzustellung substantiell andere Wettbewerbsverhältnisse als im Bereich der Paketzustellung. Diese beiden Bereiche werden daher getrennt voneinander beurteilt.

48. Nachfolgend wird in den Bereichen Briefzustellung und Paketzustellung der aktuelle Wettbewerb auf den einzelnen abgegrenzten Märkten (B.2.1.1.1 bis B.2.1.1.4 sowie B.2.1.2.1 und B.2.1.2.2) betrachtet. Für die anderen als relevant erachteten Kategorien, wie potenzieller Wettbewerb, Stellung der Marktgegenseite, indirekte Effekte und spezifische Marktcharakteristika wird je eine Gesamtbetrachtung für die Bereiche Briefzustellung und Paketzustellung durchgeführt. In diesen Bereichen können die einzelnen Märkte insbesondere deshalb zusammen betrachtet werden, da die Einflüsse auf die Marktstellung in den jeweiligen Bereichen vergleichbar sind.

B.3.1 Märkte für adressierte Briefpost

49. In der Schweiz ist neben der Post lediglich die Quickmail AG (nachfolgend: Quickmail) als Transportunternehmen für nationale Briefpost tätig.

B.3.1.1 Aktueller Wettbewerb

B.3.1.1.1. Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g

50. Im Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g verfügt die Post über ein rechtliches Monopol. Versender von inländischer Briefpost mit einem Gewicht von bis zu 50 g haben daher keine Ausweichmöglichkeiten. Die Post verfügt somit über einen Marktanteil von 100 %.

51. Gemäss Art. 18 Abs. 3 PG hat die Post die Pflicht, die Preise für Briefe des reservierten Dienstes im Inland distanzunabhängig, kostendeckend, angemessen und nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen. Hierbei kann der Bundesrat Preisobergrenzen festlegen, wobei er sich nach den Entwicklungen des Marktes richtet. Nach Aussagen der Post hat der Bundesrat noch nicht über Preisobergrenzen im Sinne von Art. 18 Abs. 3 PG entschieden.³² Für die Beurteilung einer allfälligen marktmächtigen Stellung wäre allerdings eine solche Preisobergrenze ohnehin unbeachtlich, da sich eine solche rechtliche Beschränkung nicht auf die Tatsache auswirkt, ob eine marktmächtige Stellung eines Unternehmens vorhanden ist, sondern lediglich darauf, ob ein marktmächtiges Unternehmen seine Stellung dazu gebrauchen kann, hohe Preise festzulegen.

52. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g kein aktueller Wettbewerb herrscht und die Post marktmächtig ist.

B.3.1.1.2. Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g

53. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden verfügt die Post gemäss eigenen Angaben über einen Marktanteil von über [80-100] Prozent. In der Schweiz existiert soweit bekannt kein alternativer Anbieter von Transportdienstleistungen für Einzelbriefsendungen.

54. Wie bereits in der Marktabgrenzung (vgl. Rz 33) festgehalten, bestehen für Privatkunden im Bereich des Versands von Einzelbriefsendungen keine Ausweichmöglichkeiten. Wenn daher ein Privatkunde einen Brief verschickt, so ist das – alleine schon aufgrund der viel höheren Kosten und des viel höheren Aufwands bei der Erstellung und dem Verschicken gegenüber der elektronischen Kommunikation – in der Regel ein bewusster Entscheid. Hierfür stehen dem Privatkunden grundsätzlich keine alternativen Anbieter zur Verfügung.

55. Aufgrund der Angaben der PUE geht die WEKO davon aus, dass keine alternativen Anbieter auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g tätig sind. Daher geht die WEKO gestützt auf die Angaben der PUE davon aus, dass die Post auf diesem Markt marktmächtig ist und derzeit auf diesem Markt kein aktueller Wettbewerb herrscht.

³⁰ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz 61.

³¹ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – Posten AB / Post Danmark A/S Rz 64 ff.

³² Schreiben der Post vom 16. Mai 2013, S. 1.

B.3.1.1.3. Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

56. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden verfügt die Post gemäss eigenen Angaben über einen Marktanteil von über [80-100] Prozent. In der Schweiz existiert praktisch kein alternativer Anbieter von Transportdienstleistungen für Einzelbriefsendungen. Daher geht die WEKO gestützt auf die Angaben der PUE davon aus, dass die Post auf diesem Markt marktmächtig ist und derzeit auf diesem Markt kein aktueller Wettbewerb herrscht.

B.3.1.1.4. Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

57. Auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen ist neben der Post auch die Quickmail tätig, die gemäss Angaben der Post rund [...] Sendungen pro Jahr befördert.³³ Dies mache gemäss Aussagen der Post ca. [0-20] % der jährlichen Gesamtbeförderungsmenge von Massensendungen aus.³⁴ Die Post befördert nach eigenen Angaben ca. [...] Mio. adressierte Massenbriefsendungen (wobei hierin die adressierten Massenbriefsendungen im reservierten Bereich enthalten sind).³⁵

58. Für den Versand von inländischen Massensendungen verlangt die Post die nachfolgenden Preise:

Format	Dicke	Gewicht	Post		Quickmail	
			Grundpreis	Zuschlag	Grundpreis	Zuschlag
B-Post-Postkarte (bis Format B5; 250 x 176 mm)	5mm	20 g	0.47 CHF	-	N/A	N/A
B-Post-Standardbrief / Quickmail Standard (bis Format B5; 250 x 176 mm)	20mm	100 g	0.53 CHF	0.01 CHF pro 20 g	0.44 CHF	0.50 CHF pro 1kg
B-Post-Midibrief/ Quickmail Standard (bis Format B5; 250 x 176 mm)	20mm	250 g	0.78 CHF	Ab 100 g 0.01 CHF pro 20 g	0.50 CHF	0.50 CHF pro 1kg
B-Post-Grossbrief bis Format B4 (353 x 250 mm)	20mm	100 g	0.95 CHF	0.01 CHF pro 20 g	N/A	N/A
B-Post-Grossbrief/ Quickmail Gross (bis Format B4; 353 x 250 mm)	20mm	500 g	1.08 CHF	Ab 100 g 0.01 CHF pro 20 g	0.70 CHF	0.50 CHF pro 1kg
B-Post-Grossbrief/ Quickmail Gross (bis Format B4; 353 x 250 mm)	20mm	1kg	1.45 CHF	Ab 500 g 0.01 CHF pro 20 g	0.70 CHF	0.80 CHF pro 1kg
Quickflyer (bis Format B4; 353 x 250 mm)	20mm	1'000 g	N/A	N/A	0.38 CHF	1.00 CHF pro 1kg

Tabelle 1: Preise für Massensendungen im Vergleich³⁶

³³ Schreiben der Post an den Preisüberwacher vom 11. März 2013.

³⁴ Schreiben der Post an den Preisüberwacher vom 11. März 2013.

³⁵ Die wichtigsten Kennzahlen 2012: www.post.ch/post-startseite/post-berichterstattung/post-berichterstattung-downloads.htm [18.07.2013].

³⁶ Für Post siehe unter: www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen/post-briefe-b-postmassensendungen-preise.htm, zuletzt besucht am 9. Juli 2013.

Für Quickmail siehe unter: <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1>, zuletzt besucht am 9. Juli 2013

59. Je nach Gewicht der verschickten Sendung ist Quickmail im Bereich der Massensendungen insgesamt zwischen ca. 11.5 % und 28.5 % günstiger als die Post (siehe Beispielrechnungen in Anhang 1).

60. Während die Post Sendungsaufgaben von Montag bis Samstag grundsätzlich an allen Poststellen anbietet, können die Sendungen bei Quickmail lediglich an einem der drei Annahmedepots (Egerkingen bei Olten, Schlieren bei Zürich und St. Gallen) aufgegeben werden. Die beschränkte Anzahl an Annahmestellen kann die Möglichkeiten von Quickmail, auf die Post Wettbewerbsdruck auszuüben, einschränken. Es ist daher ungewiss, inwieweit Quickmail im Bereich Massensendungen für Kunden, die beim Briefversand einen geringeren Jahresumsatz als CHF 100'000 erzielen, Wettbewerbsdruck auf die Post ausüben kann.³⁷ Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme wird allerdings nicht weiter auf die Wettbewerbsverhältnisse bei Kunden mit einem Jahresumsatz von über 100'000 Franken eingegangen, da zu diesem Bereich keine Angaben von Seiten der PUE gemacht wurden.

61. Immerhin ist anzumerken, dass sich die Geschäftstätigkeit von Quickmail derzeit im Aufbau befindet und wahrscheinlich mit einer Kapazitätsausweitung in den nächsten Jahren zu rechnen ist.

62. Die Post bietet für Geschäftskunden mit einem Gesamtjahresumsatz von CHF 100'000 spezielle Tarife an.³⁸ Insbesondere ist aufgrund der Unterlagen und der frei verfügbaren Informationen nicht ersichtlich, ob und wenn ja in welchem Ausmass ein möglicher Wettbewerbsdruck von Quickmail ausgeht. Daher kann die WEKO zu den Wettbewerbsverhältnissen in diesem Bereich keine Aussagen machen. Es ist allerdings durchaus denkbar, dass von Quickmail ein gewisser aktueller Wettbewerb ausgehen kann und der Marktanteil von Quickmail (je nachdem wie gross die Anzahl der im nichtreservierten Dienst verschickten Massenbriefsendung ist) über den errechneten [0-20] % liegt.

63. Aufgrund der Angaben der PUE und des oben Genannten kann daher davon ausgegangen werden, dass der Wettbewerbsdruck von Quickmail im Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefbeförderungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g klein ist. Dennoch kann in diesem Markt ein gewisses Ausmass an aktuellem Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden.

B.3.1.2 Potenzieller Wettbewerb

64. Die Beförderung von Briefpost erfordert den Aufbau eines Zustellsystems, mittels welchem eine grosse Anzahl Briefe in regelmässigen Abständen (in der Regel an mehreren Tagen innerhalb einer Woche) ausgeliefert werden können. Für eine schweizweite Abdeckung erfordert dies den Aufbau kritischer Infrastrukturen, wie Annahmезentren, Sortierzentren und eines Koordinationsystems für die Auslieferung. Zudem sind für einen erfolgreichen Markteintritt ausländische Erfahrungen, Reputation und genaue Kenntnis der Regulierung notwendig. Insgesamt können daher die Markteintrittsbarrieren als recht hoch eingestuft werden.

65. Derzeit sind der WEKO neben Quickmail keine potenziellen Konkurrenten bekannt, von denen anzuneh-

men ist, dass sie in den nächsten Jahren in die Märkte für Briefpost eintreten. Da hohe Markteintrittsbarrieren bestehen, erscheint es unwahrscheinlich, dass auf den Märkten für Briefpost durch weitere potenzielle Konkurrenten Wettbewerbsdruck auf die beiden im Markt bestehenden Unternehmen Post und Quickmail ausgeübt wird.

B.3.1.3 Stellung der Marktgegenseite

66. Heute bietet nur die Post gegenüber Privatkunden Briefbeförderungsdienstleistungen an. Daher ist die Stellung der Privatkunden gegenüber der Post äusserst schwach.

67. Im Geschäftskundenbereich stehen beschränkt auf den Bereich der Massensendungen mit der Post und Quickmail zwei alternative Anbieter zur Auswahl. Bei der Post erhalten Geschäftskunden mit einem Jahresumsatz von über 100'000 Franken spezielle Tarife. Es wäre daher zumindest theoretisch denkbar, dass diese eine etwas stärkere Verhandlungsposition im Bereich der Massensendungen gegenüber der Post haben. Da in den Unterlagen der PUE hierzu keine Angaben vorhanden und auch keine derartigen Angaben öffentlich zugänglich sind, können für diesen Bereich grundsätzlich keine Aussagen getroffen werden. Insbesondere ist aufgrund der Unterlagen und der frei verfügbaren Informationen nicht ersichtlich, ob und wenn ja in welcher Größenordnung ein möglicher Wettbewerbsdruck von Quickmail ausgeht. Im Rahmen der Stellungnahme wird daher nicht weiter auf diesen Bereich eingegangen.

68. Im Bereich der Einzelsendungen stehen Geschäftskunden keine Alternativen zur Post zur Verfügung. Daher ist ihre Marktposition in diesem Bereich als schwach einzustufen. Zudem erhält jeder Einwohner in der Schweiz im Durchschnitt 490 adressierte Sendungen im Jahr.³⁹ Dies bedeutet aber im Umkehrschluss auch, dass das Sendungsaufkommen eines einzelnen Versenders im Verhältnis gesehen zur gesamten durchschnittlich in der Schweiz pro Einwohner verschickten Sendungsaufkommen entsprechend klein sein muss.

69. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass aufgrund der schwachen Stellung der Marktgegenseite im Bereich der Einzelbriefsendungen von den Privat- und Geschäftskunden keine ausreichende disziplinierende Wirkung ausgeht. Da die Post zudem lediglich ab einem Jahresumsatz von über 100'000 Franken gegenüber Geschäftskunden Sonderkonditionen gewährt und gemäss Angaben der Preisüberwachung dennoch einen Marktanteil von ca. [80-100] % (wobei hierin auch der

³⁷ Ab einem Jahresumsatz mit der Post bietet diese ihren Geschäftskunden spezielle Rabatte an. Vgl. hierzu www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen/post-briefe-b-postmassensendungen-preise.htm.

³⁸ Siehe unter: www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen/post-briefe-b-postmassensendungen-preise.htm, zuletzt besucht am 9. Juli 2013.

³⁹ Vgl. POSTCOM, Tätigkeitsbericht 2012, S. 25; www.postcom.admin.ch/de/publikationen/Taetigkeitsbericht_2012_DE.pdf [05.08.2013].

reservierte Dienste enthalten ist) hält, kann davon ausgegangen werden, dass in dem Bereich mit einem Jahresumsatz pro Kunde unter 100'000 Franken durch die Marktgegenseite auf die Post und auf Quickmail keine ausreichende disziplinierende Wirkung ausgeht.

70. Im Hinblick auf die Wettbewerbsverhältnisse bei Geschäftskunden mit einem Jahresumsatz von über 100'000 Franken kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens keine Aussage gemacht werden, da hierzu von Seiten der PUE keine Angaben vorliegen. Es dürfte sich allerdings um eine relativ hohe Zahl an Unternehmen handeln, die den beiden Anbietern gegenüberstehen, daher ist deren Verhandlungsmacht gegenüber der Post ebenfalls als eher gering einzustufen.

B.3.1.4 Indirekte Effekte und spezifische Marktcharakteristika

71. Die Beförderung von Briefsendungen charakterisiert sich durch hohe Fixkosten für die Verteilung, Sortierung und Beförderung an die Endkunden. Folglich hat dasjenige Unternehmen mit dem grössten Marktanteil gegenüber seinen Mitbewerbern einen Kostenvorteil. In Nischenbereichen kann aber ein solcher Kostenvorteil unter gewissen Umständen durch einen spezialisierten Wettbewerber kompensiert werden.

72. Da die Post einen Marktanteil von über [80-100] % im Bereich der Einzelsendungen und im Bereich der Massensendungen von ca. [80-100] % (wobei hierin auch der reservierte Dienst enthalten ist) verfügt, ist davon auszugehen, dass sie gegenüber aktuellen und potenziellen Konkurrenten über weitreichende Kostenvorteile verfügt.

B.3.1.5 Ergebnis

73. Gestützt auf die vorliegenden Informationen, kann davon ausgegangen werden, dass die Post aufgrund ihrer Marktstellung und der Kostenstrukturen für die Briefpostbeförderung über einen Handlungsspielraum im Markt verfügt, kraft dessen sie im Markt in einer erheblichen Masse beeinflussen kann. Aufgrund des oben gesagten und gestützt auf den Angaben der PUE ist sie daher in den abgegrenzten Märkten für Briefpost als marktmächtig zu qualifizieren.

B.3.2 Märkte für Paketpost

74. Im Bereich der Paketbeförderung existieren neben der Post weitere Dienstleister für Paketsendungen wie DPD (Schweiz) AG (nachfolgend: DPD), DHL Express (Schweiz) AG (nachfolgend: DHL), Federal Express Europe, Inc., Wilmington (Delaware USA) Branch Office Meyrin (Airport) (nachfolgend: Fedex) und UPS United Parcel Service (Schweiz) AG (nachfolgend: UPS).

B.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

B.3.2.1.1. Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden

75. In der Schweiz verfügt lediglich die Post über ein eigenes weit verzweigtes Netz von Annahmestellen für den Paketversand von Privatkunden. DPD hat mit verschiedenen Einzelhandelsunternehmen in der gesamten Schweiz Kooperationen geschlossen. Diese Einzelhandelsunternehmen fungieren als Paketannahmestellen,

von welchen aus die Pakete verschickt werden können. DHL, Fedex und UPS haben vergleichsweise wenige Kunden-Center in der Schweiz, bei welchen Pakete abgegeben werden können. Aus diesem Grund bieten diese die Möglichkeiten einer elektronischen Registrierung des Sendeauftrags inklusive der Abholung der Sendung beim Absender.

76. Der Versand von Paketen über Anbieter, die in der Schweiz über keine grosse Anzahl an Annahmestellen verfügen (DHL, Fedex und UPS) ist verglichen mit den Angeboten der Post und DPD teurer. Ein Grund dafür ist, dass diese Sendungen ähnlich wie Expresssendungen abgewickelt werden. Daher üben diese Anbieter auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden kaum Wettbewerbsdruck aus, obwohl sie grundsätzlich entsprechende Dienstleistungen anbieten. DPD verlangt je nach Paketklasse, die sich am Volumen orientiert, aber unabhängig vom Gewicht ist, für eine Sendung zwischen CHF 7.80 und CHF 10.90.⁴⁰ Die Post verlangt, je nach Format und Gewicht des zu versendenden Pakets, zwischen CHF 7.00 und CHF 30.00 für den Versand, wobei die Post im Hinblick auf das Volumen grössere Sendungen zulässt als DPD.⁴¹

77. Gemäss Marktanteilsberechnungen des Preisüberwachers hat die Post im Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden [über 95 %].⁴² Die Post schätzt ihren Marktanteil auf 76 %.⁴³

78. Insgesamt bestehen daher in der Schweiz in begrenztem Masse alternative Anbieter von Dienstleistungen für die Beförderung von inländischen Paketsendungen. Daher kann aufgrund der Angaben der PUE und den öffentlich zugänglichen Informationen in diesem Bereich von einer gewissen aktuellen Konkurrenz ausgegangen werden.

B.3.2.1.2. Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden

79. Im Bereich der Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden bieten sowohl die Post als auch DPD einen schweizweiten Service an. Über Dienstleistungen in diesem Bereich von Seiten DHL, Fedex und UPS sind aus den von der PUE gelieferten Unterlagen keine Angaben ersichtlich. Daher geht das Sekretariat der WEKO davon aus, dass [mindestens]⁴⁴ sowohl die Post als auch DPD auf diesem Markt tätig sind.

⁴⁰ Siehe unter: www.dpd.com/ch/home/dpd_parcel_shops/versand/preise, zuletzt besucht am 9. Juli 2013.

⁴¹ Siehe unter: www.post.ch/post-startseite/post-privatkunden/post-versenden/post-versenden-inland-paket.htm, zuletzt besucht am 9. Juli 2013.

⁴² Mit Verweis auf ein Schreiben der Post an die Preisüberwachung wurde in der ursprünglichen Version der Stellungnahme noch von einem Marktanteil zwischen 74 % und 94 % ausgegangen. Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 11. März 2013.

⁴³ Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 11. März 2013.

⁴⁴ Im Vergleich zur ursprünglichen Version der Stellungnahme wurde das Wort „mindestens“ hinzugefügt, damit nicht das Missverständnis entsteht, dass ausschliesslich die Post und DPD im Markt tätig sein könnten.

80. Gemäss Angaben der Post liegt ihr Marktanteil an verschickten Paketen bei ca. 76 %.⁴⁵ Die PUE schätzt den Marktanteil auf ca. 85 %.⁴⁶

81. Die Post gibt die Anzahl der durch sie verschickten Pakete mit 101 Mio. Paketen an.⁴⁷ DPD gibt auf ihrer Webseite an, dass sie über 15 Mio. Pakete pro Jahr transportiert.⁴⁸ Die Eidgenössischen Postkommission (nachfolgend: PostCom) geht in ihrem Tätigkeitsbericht 2012 von leicht anderen Zahlen für 2012 aus, wobei die PostCom lediglich Pakete mit einem Gewicht von bis zu 20 kg heranzieht. Gemäss ihren Angaben hat die Post bei der Beförderung von inländischen Paketsendungen bis 20 kg einen Marktanteil von 83 % (ca. 96.28 Mio. Sendungen), während Private einen Marktanteil von 17 % (19.72 Mio. Sendungen) auf sich vereinen können.⁴⁹

82. Im Rahmen der von der PUE gelieferten Befragungen des Verbands des Schweizerischen Versandhandels (nachfolgend: VSV) geht hervor, dass die Versandhandelsunternehmen buch.ch, Weltbild, Bertelsmann und conrad electronics einen alternativen Anbieter zur Post getestet haben.⁵⁰ Insbesondere aus der Aussage von buch.ch geht hervor, dass durch den Wechsel auf DPD seitens der Post eine vorteilhaftere Offerte angeboten wurde. Die drei anderen Unternehmen waren im Hinblick auf die Nutzung eines alternativen Anbieters wesentlich zurückhaltender.

83. Ausgehend von diesen Angaben kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein gewisses Mass an aktuellem Wettbewerb im Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden herrscht.

B.3.2.2 Potenzieller Wettbewerb

84. Im Bereich der Paketpost ist gemäss Aussagen des VSV auch die Valora AG (nachfolgend: Valora) im Bereich der Retouren tätig.⁵¹ Mit den Kiosken würden Valora und Naville AG (nachfolgend: Naville) grundsätzlich über ein weit verzweigtes Netz an Verkaufsstellen verfügen, an welchen Postsendungen aufgegeben werden könnten. Daher müssten beide lediglich noch die Auslieferung der Pakete organisieren. Ein Markteintritt dieser beiden Unternehmen wäre daher theoretisch möglich.

85. Dennoch bestehen aufgrund der von der PUE gelieferten Angaben keine konkreten Anzeichen, dass es im Bereich der Paketpost in den nächsten Jahren zu einem Markteintritt kommen wird. Es scheint ebenfalls unwahrscheinlich, dass heute tätige Frachtunternehmen in den Bereich der Paketpost einsteigen werden, da diese in der Regel weder über ein Netz an Verkaufsstellen verfügen, noch vermutlich ausreichend Beförderungskapazitäten haben, um eine regelmässige und zeitnahe schweizweite Auslieferung von Paketen zum Endkunden zu gewährleisten.

86. Daher ist aufgrund der Angaben der PUE auf den Märkten für Paketpost nicht von einer potenziellen Konkurrenz auszugehen, die eine spürbare Disziplinierung der in diesen Märkten tätigen Unternehmen zur Folge hätte.

B.3.2.3 Stellung der Marktgegenseite

87. Im Bereich der Paketpost stehen Privatkunden lediglich wenige Anbieter von Dienstleistungen im Bereich Paketpost zur Verfügung. Gemäss Aussagen der PUE macht selbst im Geschäftskundenbereich der grösste Nachfrager lediglich 4 % des Paketvolumens der Post aus. Die Stellung der Privatkunden gegenüber den Paketzustelldiensten ist daher als schwach einzustufen.

88. Im Bereich der Paketbeförderung haben insbesondere Versandhandelsunternehmen eine etwas stärkere Position als Privatkunden. Aufgrund der Angaben der PUE ist allerdings ersichtlich, dass aufgrund verschiedener Probleme, mit welchen alternative Paketbeförderungsunternehmen zu kämpfen haben, nur wenige Versandhandelsunternehmen auf zur Post alternative Anbieter wechseln.⁵² Damit steht der Marktgegenseite keine ausreichende Alternative zur Verfügung, um gegenüber der Post glaubhaft drohen zu können. Ihre Marktposition ist daher auch eher als schwach einzustufen.

89. Basierend auf den Angaben der PUE ist daher davon auszugehen, dass auch auf den Märkten für Paketpost keine ausreichende disziplinierende Wirkung von Seiten der Marktgegenseite ausgeht.

B.3.2.4 Indirekte Effekte und spezifische Marktcharakteristika

90. Auch die Beförderung von Paketen verursacht hohe Fixkosten. Diese dürften jedoch nicht so stark ins Gewicht fallen, wie im Bereich der Briefpost.

91. Die Post kann allerdings im B95bereich ihres Filialnetzes und eventuell auch im Bereich der Sortierung und Distribution der Pakete zahlreiche Synergien aus dem Bereich der Briefpost nutzen, so dass die Post hierdurch gegenüber der Konkurrenz über weitgehende Kostenvorteile verfügen dürfte.

B.3.2.5 Ergebnis

92. In den Märkten für Paketpost bestehen neben der Post noch weitere Konkurrenten. Lediglich DPD verfügt jedoch über ein Netz von Postaufgabestellen. Es ist allerdings fraglich, ob DPD eine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die Post ausübt, um den Handlungsspielraum der Post erheblich einzuschränken. Dies scheint vorliegend, alleine schon aufgrund der Marktanteilsverteilung auf den Märkten für Paketpost, kaum der Fall zu sein.

⁴⁵ Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 11. März 2013.

⁴⁶ Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 11. März 2013.

⁴⁷ Die wichtigsten Kennzahlen 2012: www.post.ch/post-startseite/post-berichterstattung/post-berichterstattung-downloads.htm [18.07.2013].

⁴⁸ Medienmitteilung 20 Jahre DPD in der Schweiz: www.dpd.com/ch/home/ueber_dpd/presse/pressemitteilungen [19.07.2013].

⁴⁹ Tätigkeitsbericht 2012 der PostCom, S. 24: www.postcom.admin.ch/de/publikationen/Taetigkeitsbericht_2012_DE.pdf [19.07.2013].

⁵⁰ Schreiben des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013.

⁵¹ Schreiben des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013.

⁵² Schreiben des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013.

93. Zwar weist auch der Markt für Paketpost besondere Kostenstrukturen auf, doch kann davon ausgegangen werden, dass diese nicht so stark ausgeprägt wie im Bereich der Briefpost. Dennoch kann die Post insbesondere im Bereich der Annahmestellen Synergien aus dem Bereich der Briefpost auch im Paketpostbereich nutzen. Damit verfügt die Post vermutlich auch im Bereich der Paketpost über einen nicht unerheblichen Handlungsspielraum. Basierend auf den Angaben der PUE und aufgrund der obigen Ausführungen kann daher ebenfalls davon ausgegangen werden, dass die Post auf den Märkten für Paketpost marktmächtig ist.

B.4 Wirksamkeit des Wettbewerbs

94. Nachfolgend wird geprüft, ob die Preise der Post Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Da in der Anfrage der PUE nicht festgelegt wird, welche Preise untersucht werden sollen, werden in der Folge nur allgemeine Einschätzungen zur Wirksamkeit des Wettbewerbs in den einzelnen Märkten aufgeführt.

95. Um zu beurteilen, ob im Markt von wirksamem Wettbewerb ausgegangen werden kann, sind insbesondere die Marktstruktur und das Verhalten der Akteure im Markt zu untersuchen. Wichtige Hinweise auf das Bestehen wirksamen Wettbewerbs können unter anderem Preis- und Qualitätsanpassungen (Häufigkeit der Änderungen von Preisen, Rabatten, Dienstleistungen etc.) der Wettbewerber auf einem Markt sein.

B.4.1 Märkte für Briefpost

96. In den Märkten für Briefpost herrschen grundsätzlich unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse. Während in den Märkten für Einzelsendungen lediglich die Post tätig ist, ist im Bereich Massensendungen neben der Post auch Quickmail tätig.

B.4.1.1 Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g

97. Auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g ist in der Schweiz nur die Post tätig. Da keine Konkurrenten vorhanden sind, besteht in diesem Markt auch kein direkter Wettbewerb. Faktoren, die sich in diesem Markt auf den Wettbewerb auswirken, sind die Preissetzungspolitik der Post sowie die gesetzlichen Vorgaben im Rahmen der Grundversorgung gemäss Art. 16 Postgesetzes.⁵³ Demnach sind Preise der Grundversorgung nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen. Aufgrund der Marktstruktur kann mit einem einzigen Anbieter keine Situation wirksamen Wettbewerbs herrschen. Aufgrund der Angaben der PUE und der frei verfügbaren Informationen, scheinen die von der Post im Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden festgelegten Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs zu sein.

B.4.1.2 Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

98. Für die Beurteilung, ob die Preise für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind, kann auf die

obigen Ausführungen (Rz 97) verwiesen werden. Ohne dies allerdings im Einzelfall nachgeprüft zu haben, kann davon ausgegangen werden, dass die von der Post im Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden festgelegten Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.

B.4.1.3 Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g

99. Auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g ist neben der Post auch Quickmail als Anbieterin solcher Dienstleistungen tätig. Damit wären strukturell grundsätzlich die Voraussetzungen gegeben, dass zwischen den beiden Anbieterinnen ein gewisses Mass an Wettbewerb herrscht.

100. Ausgehend von den Geschäftszahlen aus den Jahren 2009 bis 2012 weist Quickmail ein sehr starkes Wachstum auf. So ist die Anzahl beförderter adressierter Briefe von 0,1 Mio. im Jahr 2009 auf 28,8 Mio. im Jahr 2012 gestiegen.⁵⁴ Schweizweit gibt Quickmail für das Jahr 2012 eine schweizweite Abdeckung der erreichten Haushalte von 53 % (bzw. 1,84 Mio. Haushalte) und in der Deutschschweiz von 63 % (bzw. 1,57 Mio. Haushalte) an. Gemäss Medienmitteilung konnte Quickmail die Abdeckung im ersten Halbjahr 2013 nochmals steigern, so dass 56,2 % aller Haushalte in der Schweiz und 66,6 % aller Haushalte in der Deutschschweiz erreicht werden.⁵⁵ Insgesamt konnte Quickmail die Anzahl der von ihr beförderten Briefsendungen nach eigenen Angaben nochmals um 19 % steigern, so dass Quickmail in der ersten Jahreshälfte 16,6 Mio. adressierte Sendungen befördert hat. Bis Ende 2013 strebt Quickmail eine Abdeckung in der Deutschschweiz von über 80 % der Haushalte an. Die Post gibt die Anzahl der beförderten nicht prioritären Massenbriefsendungen mit 1'101 Mio. an (wobei diese Zahl sowohl Massenbriefsendungen im reservierten und nichtreservierten Dienst umfasst, während die Zahlen von Quickmail lediglich den nichtreservierten Dienst umfassen).⁵⁶

101. Im Hinblick auf die Qualität der Postdienstleistungen gibt Quickmail an, dass die durchschnittliche Beförderungsdauer 3,9 Tage beträgt.⁵⁷ Die Post gibt die Laufzeit bei Massensendungen von maximal sechs Tagen an.⁵⁸ Damit sind die Leistungen im Hinblick auf die Zustellgeschwindigkeit durchaus vergleichbar. Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Aufgabe von Postsendungen,

⁵³ Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (Postgesetz, PG; SR 783.0).

⁵⁴ Über Quickmail – Zahlen: www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Zahlen.aspx [18.07.2013].

⁵⁵ News: www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/News/News_20130701.aspx [18.07.2013].

⁵⁶ Die wichtigsten Kennzahlen 2012: www.post.ch/post-startseite/post-berichterstattung/post-berichterstattung-downloads.htm [18.07.2013].

⁵⁷ Über Quickmail – Postverordnung: www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Postverordnung.aspx [18.07.2013].

⁵⁸ Details B-Post-Massensendungen: www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen/post-briefe-b-postmassensendungen-details.htm [18.07.2013].

stellt Quickmail in der Schweiz lediglich drei Annahmedepots zur Verfügung⁵⁹, während die Post über 2'254 Poststellen und Agenturen verfügt.⁶⁰ Zudem können bei der Post Massensendungen täglich aufgegeben werden.

Diese werden täglich (ausser am Wochenende) bearbeitet⁶¹, während Sendungen bei Quickmail lediglich im Wochenrhythmus (Aufgabe jeweils montags bis 16:00 Uhr) bearbeitet werden.⁶² Dies hat zur Folge, dass die Post eine bedeutend bessere Servicequalität im Hinblick auf eine flexible und zeitnahe Beförderung garantieren kann. Soweit dies für die Nachfrager nach solchen Postdienstleistungen eine notwendige Voraussetzung für den Versand darstellt, kann für diese Kunden Quickmail nur eingeschränkt als gleichwertiger Wettbewerber angesehen werden.

102. Die Preise von Quickmail sind bedeutend tiefer als diejenigen der Post (vgl. Rz 59). Aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass die Post auf die Preissetzung von Quickmail reagiert hat, obwohl Quickmail ein recht starkes Wachstum im Bereich der Massenbriefsendungen aufweist. Allerdings ist aus den Unterlagen der PUE nicht ersichtlich, wie das Rabattsystem der Post für Kunden mit einem Umsatzvolumen von über CHF 100'000 ausgestaltet ist, da diese Kunden von Sonderkonditionen profitieren.⁶³ So wäre es zumindest denkbar, dass Quickmail in diesem Bereich einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben könnte und die Post in diesem Bereich zu Preisanpassungen gezwungen war.

103. Ausgehend von dieser Analyse kann daher aufgrund der von der PUE zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich verfügbaren Informationen durch die WEKO nicht abgeschätzt werden, ob die Preise der Post auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.

B.4.2 Märkte für Paketpost

104. Auf den Märkten für Paketpost sind neben der Post noch eine Reihe weiterer Anbieter von Paketpostdienstleistungen tätig. Gemäss Tätigkeitsbericht der PostCom hat die Post bei der Beförderung von inländischen Paketsendungen bis 30 kg einen Marktanteil von 73 % (ca. 92.71 Mio. Sendungen, gemäss Angaben der Post 101 Mio. Sendungen⁶⁴), während Private einen Marktanteil von 27 % (34.29 Mio. Sendungen, über 15 Mio. Sendungen durch DPD⁶⁵, gemäss Angaben der Post insgesamt ca. 45 Mio. Sendungen⁶⁶) auf sich vereinen können.⁶⁷ Im Jahr 2005 erreichte die Post noch einen Marktanteil von 83%.⁶⁸ Die grössten privaten Anbieter sind demnach DPD, DHL und Fedex. Gemäss PostCom verfügt die Post immer noch über eine starke Position. Dennoch habe sich die Öffnung des Paketmarktes aus Sicht der Kundschaft positiv ausgewirkt, was sich in unterschiedlichen Angeboten der Post und Privaten zeige. Auch der Trend zu mehr Annahmestellen halte an, so dass insgesamt per Ende 2012 über 2'000 private Annahmestellen gemeldet wurden. Auch die Kundenorientierung habe zugenommen. So hätten sowohl einige Postfilialen als auch private Annahmestellen am Wochenende bis spätabends geöffnet und die elektronische

Sendungsverfolgung bei Paketen und elektronische Signatur gehörten so langsam zum Standard.

105. Bezugnehmend auf eine Studie von A.T. Kearney ist der europäische Markt für Kurier-, Express- und Paketdienste ein Wachstumsmarkt.⁶⁹ Zudem wird erwartet, dass auch in der Schweiz das Paketaufkommen, aufgrund des wachsenden Online- und Versandhandels, weiter wachsen wird.

B.4.2.1 Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden

106. Für Privatkunden ist die Verfügbarkeit einer Paketaufgabestelle von grosser Bedeutung. In der Schweiz haben insbesondere die Post und DPD im Hinblick auf die Abdeckung durch Paket-Annahmestellen ein [schweizweites]⁷⁰ Angebot. Im Bereich der Paketretouren bietet Valora gemäss Angaben des VSV ein attraktives Angebot über ihre Kioske an. Die anderen Paketdienste bieten grundsätzlich die Abholung der Pakete von zu Hause nach vorheriger Registrierung über die Webseite des Transportunternehmens an. Diese Dienstleistung ist allerdings bedeutend teurer als die Aufgabe des Pakets an einer Annahmestelle, weshalb hiervon kaum erheblicher Wettbewerbsdruck ausgehen wird.

107. In preislicher Hinsicht sind zumindest die Preise von DPD (Preisspanne zwischen CHF 7.80 und CHF 10.90) und der Post (Preisspanne zwischen CHF 7.00 und CHF 22.00) vergleichbar, wobei die Preise von DPD grundsätzlich lediglich über die Masse des Pakets unabhängig von dessen Gewicht festgelegt wird. Die Post berechnet hingegen ihre Preise vorwiegend nach Gewicht, wobei die Post grundsätzlich grössere Pakete zulässt.

⁵⁹ Prozess – System: www.quickmail-ag.ch/internet/Prozess/System.aspx?1 [18.07.2013].

⁶⁰ Die wichtigsten Kennzahlen 2012: www.post.ch/post-startseite/post-berichterstattung/post-berichterstattung-downloads.htm [18.07.2013].

⁶¹ B-Post-Massensendungen: www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen.htm [18.07.2013].

⁶² Prozess – Zeitfenster: www.quickmail-ag.ch/internet/Prozess/Zeitfenster.aspx [18.07.2013].

⁶³ Preise-B-Post-Massensendungen: www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-briefe/post-briefe-versand-national/post-briefe-b-postmassensendungen/post-briefe-b-postmassensendungen-preise.htm [18.07.2013].

⁶⁴ Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 12. März 2013.

⁶⁵ Medienmitteilung 20 Jahre DPD in der Schweiz: www.dpd.com/ch/home/ueber_dpd/presse/pressemitteilungen [19.07.2013].

⁶⁶ Schreiben der Post an die Preisüberwachung vom 12. März 2013.

⁶⁷ Tätigkeitsbericht 2012 der PostCom, S. 24: www.postcom.admin.ch/de/publikationen/Taetigkeitsbericht_2012_DE.pdf [19.07.2013].

⁶⁸ Wik-Consult, Bericht: Evaluation des Schweizer Postmarkts: www.postcom.admin.ch/de/publikationen/b4.pdf [19.07.2013].

⁶⁹ Tätigkeitsbericht 2012 der PostCom, S. 27: www.postcom.admin.ch/de/publikationen/Taetigkeitsbericht_2012_DE.pdf [19.07.2013].

⁷⁰ In der ursprünglichen Version der Stellungnahme wurde die Formulierung „vergleichbares Angebot“ verwendet, da sowohl DPD über ParcelShops als auch die Post ein schweizweites Netz an Annahmestellen für Paketsendungen betreibt.

108. Aufgrund der von der PUE zur Verfügung gestellten und den öffentlich verfügbaren Informationen kann allerdings durch die WEKO keine abschliessende Beurteilung durchgeführt werden, ob die Preise das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind. Auf der einen Seite besteht grundsätzlich durch DPD für Privatkunden eine Alternative zur Post. Dennoch verfügt die Post über einen sehr hohen Marktanteil im Bereich der Paketbeförderung. Damit kann sie grundsätzlich höhere Skalenerträge nutzen, welche ihr gegenüber anderen Marktteilnehmern einen Kostenvorteil verschaffen.

109. Zudem ist unklar, ob und inwiefern Privatkunden bekannt ist, dass DPD über ein entsprechendes Filialnetz verfügt. Daher ist nicht klar, ob Privatkunden DPD überhaupt als Alternative zur Post Markt wahrnehmen und hierdurch die Post unter einem gewissen Preisdruck durch die Preise von DPD steht. Gemäss Angaben des VSV kämpft DPD mit Akzeptanzproblemen bei der Bevölkerung.⁷¹ Aufgrund der von der PUE zur Verfügung gestellten Unterlagen und den öffentlich verfügbaren Informationen ist daher zum jetzigen Zeitpunkt für die WEKO keine abschliessende Beurteilung möglich, ob die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.

B.4.2.2 Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden

110. Im Geschäftskundenbereich und insbesondere bei Versandhandelsunternehmen scheint die Abwicklungskapazität des Anbieters von inländischen Paketsendungen eine wichtige Rolle zu spielen.⁷² Im Hinblick auf die Abwicklungskapazitäten ist gemäss VSV einzig DPD ein alternativer Anbieter für Domestic-Beförderungen im B2C-Bereich. Die anderen Anbieter wie DHL, Valora, UPS etc. sind im Bereich der kommerziellen Beförderung eher Nischenanbieter.⁷³ Im Bereich der Grösstvolumen mit einem Paketvolumen von über 2 Mio. Paketen pro Jahr scheint nur noch die Post realistisch in der Lage zu sein, dieses Volumen zu verarbeiten.⁷⁴

111. Im Bereich der Retouren bietet DPD in Zusammenarbeit mit Valora Rücksendungen von ausgewählten Versendern zu einem Preis von CHF 3.90 an.⁷⁵ Dieser Preis ist ca. 50 % tiefer als derjenige der Post.⁷⁶ Gemäss den zur Verfügung gestellten Unterlagen hat die Post hierauf bisher nicht mit einer Preisanpassung für Rücksendungen reagiert. Daher scheint sich die Post zumindest in diesem Bereich einem möglichen Wettbewerbsdruck seitens eines Konkurrenten entziehen zu können.

112. Auch beim Angebot bemängelt der VSV, dass zwecks Ergebnisoptimierung das Format Kleinpaket seitens der Schweizerischen Post gestrichen wurde.⁷⁷ Zudem wurde für Maxibriefe die in Europa übliche Dicke von 5 cm auf 2 cm reduziert. Dies hat dazu geführt, dass eine Grosszahl an Unternehmen auf die teurere Paketvariante für den Versand umsteigen mussten. Gemäss VSV würde ein solches Zwischenformat für Unternehmen erhebliche Kosteneinsparungen nach sich ziehen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Post unter Wettbewerbsbedingungen in der Lage gewesen wäre, dieses Format ersatzlos zu streichen.

113. Im Hinblick auf die Vertragsverhandlungen des VSV mit der Post merkt dieser an, dass der VSV für

seine Mitglieder wieder einen 4-Jahresrahmenvertrag geschlossen hat.⁷⁸ Eine kürzere Laufzeit konnte zugunsten der Preisstabilität nicht vereinbart werden, obwohl eine solche eigentlich angestrebt wurde. Damit zeigt sich exemplarisch am VSV, dass die Marktgegenseite gegenüber der Post nur über wenig Verhandlungsmacht verfügt.

114. Es ist dennoch unklar, welchen Einfluss die anderen Anbieter im Postmarkt letztendlich auf die Preissetzung der Post haben, so ist denkbar, dass von den alternativen Anbietern, insbesondere von DPD, ein gewisser Preisdruck ausgeht. Um dies beurteilen zu können, müssten insbesondere mögliche Preisanpassungen bei der Veränderung der Marktverhältnisse (z.B. Eintritt eines neuen Akteurs in den Markt, wie z.B. damals DPD) und das Verhalten der Marktakteure im Hinblick auf die Preissetzung untersucht werden. Hierzu liegen der WEKO allerdings keine Informationen vor. Daher kann aufgrund der Angaben der PUE und den öffentlich verfügbaren Informationen durch die WEKO keine Aussage getroffen werden, ob die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.

C Schlussfolgerungen

Die Wettbewerbskommission nimmt, gestützt auf den vom Preisüberwacher übermittelten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, wie folgt Stellung:

1. Die Schweizerische Post verfügt im Bereich auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inländischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden und auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden über Marktmacht im Sinne von Art. 2 PÜG.

⁷¹ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 3.

⁷² Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 1.

⁷³ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 3.

⁷⁴ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 7.

⁷⁵ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 4. Diese Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013 stellte sich im Rahmen der Geschäftsgeheimnisbereinigung als falsch heraus. Gemäss Aussagen von DPD werden keine Retouren in Zusammenarbeit mit Valora angeboten.

⁷⁶ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 6. Siehe Rz. 75.

⁷⁷ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 14.

⁷⁸ Eingabe des VSV an die Preisüberwachung vom 14. Februar 2013, Ziff. 15.

2. Die Preise der Schweizerischen Post auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Briefsendungen bis zu einem Gewicht von 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Privatkunden mit einem Gewicht von über 50 g und auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Einzelbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g sind gegenwärtig nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs.
3. Ob die Preise der Schweizerischen Post auf dem Markt für die Beförderung von adressierten inlän-

dischen Massenbriefsendungen von Geschäftskunden mit einem Gewicht von über 50 g, auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Geschäftskunden und auf dem Markt für die Beförderung von inländischen Paketsendungen von Privatkunden Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind, kann aufgrund der zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich verfügbaren Informationen durch die WEKO nicht ermittelt werden.

Anhang 1:**Standardbriefe**

Die Preise von Quickmail für Standardbriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.44 pro Standardbrief plus CHF 0.5 pro 1'000 Gramm der verschickten Menge.

Die Preise der Post für Standardbriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.53 pro Standardbrief plus CHF 0.01 pro 20 Gramm des Briefgewichts

	Gewicht in Gramm und Preise pro Standardbrief								
	20	30	40	50	60	70	80	90	100
QM	0.45	0.455	0.46	0.465	0.47	0.475	0.48	0.485	0.49
Post	0.54	0.55	0.55	0.56	0.56	0.57	0.57	0.58	0.58
%	83.33%	83.49%	83.64%	83.78%	83.93%	84.07%	84.21%	84.35%	84.48%

Tabelle 2: Preisvergleich Standardbrief

Midibriefe

Die Preise von Quickmail für Midibriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.5 pro Standardbrief plus CHF 0.5 pro 1'000 Gramm der verschickten Menge.

Die Preise der Post für Midibriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.78 pro Standardbrief plus CHF 0.01 pro 20 Gramm des Briefgewichts

	Gewicht in Gramm und Preise pro Midibrief							
	150	200	250	300	350	400	450	500
QM	0.575	0.6	0.625	0.65	0.675	0.7	0.725	0.75
Post	0.81	0.83	0.86	0.88	0.91	0.93	0.96	0.98
%	71.43%	72.29%	73.10%	73.86%	74.59%	75.27%	75.92%	76.53%

Tabelle 3: Preisvergleich Midibrief

Grossbriefe

Die Preise von Quickmail für Grossbriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.7 pro Standardbrief plus CHF 0.5 pro 1'000 Gramm der verschickten Menge.

Die Preise der Post für Grossbriefe berechnen sich wie folgt:

CHF 0.95 pro Standardbrief plus CHF 0.01 pro 20 Gramm des Briefgewichts

	Gewicht in Gramm und Preise pro Grossbrief								
	50	100	150	200	250	300	350	400	500
QM	0.725	0.75	0.775	0.8	0.825	0.85	0.875	0.9	0.95
Post	0.98	1.00	1.03	1.05	1.08	1.10	1.13	1.15	1.20
%	74.36%	75.00%	75.61%	76.19%	76.74%	77.27%	77.78%	78.26%	79.17%

	Gewicht in Gramm und Preise pro Grossbrief				
	600	700	800	900	1000
QM	1.18	1.26	1.34	1.42	1.5
Post	1.50	1.55	1.60	1.65	1.70
%	78.67%	81.29%	83.75%	86.06%	88.24%

Tabelle 4: Preisvergleich Grossbrief

E	Diverses Divers Diversi
E	1. Gutachten zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 27. Januar 2014 zur vorgeschlagenen Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)

A. Auftrag des Bundesrates

1. Mit Schreiben vom 18. November 2013 richtete das Eidgenössische Departement für Umwelt, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) einen Fragenkatalog bezüglich der vorgeschlagenen Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) an die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO). Das UVEK fordert die WEKO auf, insbesondere zu folgenden aus wettbewerbspolitischer Sicht umstrittenen Fragen Stellung zu nehmen:

Frage 1: Wie wirkt sich die vorgeschlagene Regelung der Teilnehmeranschlussleitungen (nachfolgend: TAL) voraussichtlich auf Investitionsanreize zum Bau von Fernmelde-netzen aus?

Frage 2: Wie beurteilt die WEKO die beabsichtigte Einführung des Verbots einer Kosten-Preis-Schere¹ als Konkretisierung des sektorspezifischen Diskriminierungsverbots?

Frage 3: Wie wird die Einführung und die vorgesehene Ausgestaltung eines sog. Gleitpfades bei der Berücksichtigung effizienterer Technologien etwa bei der Interkonnektion oder beim Zugang zu den Mietleitungen beurteilt?

2. Die WEKO hatte bis anhin noch keine Gelegenheit, sich zur vorgeschlagenen Änderung der FDV zu äussern. Im Rahmen der Ämterkonsultation vom 17. September 2013 hat sich das Sekretariat der WEKO insbesondere gegen die Einführung eines Gleitpfades ausgesprochen.

B. Vorbemerkungen

3. Gemäss Auftrag des Bundesrates soll die WEKO zu wettbewerbspolitisch umstrittenen Fragen Stellung nehmen. Insbesondere die erste Frage zielt dabei auf eine Beurteilung der Investitionsanreize für den Bau neuer Fernmelde-netze ab. Damit ist schon in der Fragestellung der grundlegende Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsintensität und Investitionsanreizen angesprochen, der die relevante ökonomische Literatur beherrscht: Während bei einer statischen Sicht Preise nahe der Grenzkosten auf funktionierenden Wettbewerb schliessen lassen, sind bei einer dynamischen Betrachtung die Investitions- und Innovationsanreize ebenfalls zu berücksichtigen. In Bezug auf die Regulierung der Telekommunikationsmärkte

äussert sich dieser Konflikt regelmässig, wenn zwischen dem Ziel einer Stärkung des Dienstewettbewerbs und dem Ziel eines stärkeren Infrastrukturwettbewerbs abgewogen werden muss.² Vorliegend würde ein tiefer Vorleistungspreis zweifelsohne zu einer Intensivierung des Dienstewettbewerbs führen, wovon ein Teil der Endkunden höchstwahrscheinlich direkt profitieren könnte. Aus einer dynamischen Perspektive, gemäss welcher tiefere Zugangspreise unter Umständen die Anreize senken Investitionen zu tätigen, welche langfristig Wettbewerb zwischen den Fernmeldeinfrastrukturen sicherstellen würde, könnte allenfalls ein höherer Zugangspreis optimal sein. Diese Perspektive erfordert allerdings eine in die Zukunft gerichtete Betrachtung, welche mit grosser Unsicherheit behaftet ist.

4. Die vom Bundesrat aufgeworfenen Fragen werden daher auch in der Wissenschaft kontrovers diskutiert. Ihre Beantwortung ist gegenwärtig eine grosse Herausforderung für die theoretische und insbesondere auch für die empirische Forschung. So widmet beispielsweise die Fachzeitschrift «Telecommunications Policy» ihre Ausgabe vom November 2013 praktisch ausschliesslich dieser Thematik.³ Es kann daher nicht erwartet werden, dass die WEKO eine abschliessende Antwort bezüglich der Ausgestaltung der Regulierungsinstrumente für eine optimale Förderung von Dienste- und Infrastrukturwettbewerb geben kann. Sie kann allerdings die verschiedenen Argumente der involvierten Akteure abwägen und versuchen, ihre Relevanz im Schweizer Kontext zu beurteilen.

5. Die WEKO wird die Fragen aus einer wettbewerbspolitischen Sicht beurteilen. Investitionen sind daher aus Sicht der WEKO insbesondere dann von Bedeutung, sofern sie langfristig den Wettbewerb fördern. Andere

¹ Im erläuternden Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013 wird der Begriff Preis-Kosten-Schere verwendet. Im Einklang mit der kartellrechtlichen Terminologie wird in diesem Gutachten dagegen einheitlich der Begriff Kosten-Preis-Schere verwendet; vgl. RPW 2010/1, 118 Rz 3, *Swisscom ADSL*.

² Vgl. TOMMASO M. VALLETTI, *The theory of access pricing and its linkage with investment incentives*, 2003, *Telecommunications Policy* 27, 659–675; vgl. auch MARC ARMSTRONG, *The Theory of Access Pricing and interconnection*, in: *Handbook of Telecommunications Economics Volume 1: Structure, Regulation and Competition*, 2002, 295–384.

³ *Telecommunications Policy* 37, November 2013. Vgl. Auch frühere Übersichtsartikel wie CARLO CABBINI/YANAN JIANG, *Broadband Investment and Regulation: A Literature Review*, 2009, *Telecommunications Policy* 33, 559–574.

politische Anliegen wie die Grundversorgung und Versorgungssicherheit sind nicht durch die WEKO zu bewerten. Auch dürfen allfällige Einnahmeausfälle für die Swisscom und ihren Mehrheitsaktionär, den Bund, keine Rolle bei der wettbewerbsspolitischen Beurteilung der vorgesehenen FDV-Revision spielen.⁴

6. Die WEKO möchte auch darauf hinweisen, dass bezüglich der Methodik der Kostenberechnung andere Amtsstellen, insbesondere die Eidgenössische Kommunikationskommission (nachfolgend: ComCom) und der Preisüberwacher über spezielles Fachwissen verfügen. Die ComCom und der Preisüberwacher haben im Rahmen der Ämterkonsultation diesbezügliche Eingaben verfasst.

C. Einzelne Sachfragen

C.1 Investitionsanreize zum Bau von Fernmelde-netzen (Frage 1)

a.) Ausgangslage

7. Nach den Bestimmungen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) müssen marktbeherrschende Anbieterinnen anderen Anbieterinnen regulierte Netzzugangsprodukte auf transparente und nicht-diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen anbieten (Art. 11 Abs. 1 FMG). Die gesetzlichen Regulierungsvorschriften werden in der FDV aufgeführt.

8. Der Gesetzgeber hat das Regulierungssystem bewusst unter Berücksichtigung der Investitionsanreize formuliert. Mit der Vorgabe, „long-run incremental costs“ (LRIC) zu verwenden (Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV), sollen die Investitionsanreize der Marktteilnehmer geschützt werden bzw. die Investitionsanreize in einer Wettbewerbssituation abgebildet werden. Dem gleichen Ziele dient die Vorgabe des Gesetzgebers, bei den Berechnungen der Zugangspreise auf die Wiederbeschaffungskosten einer funktionsäquivalenten modernen Anlage („modern equivalent assets“; nachfolgend: MEA) abzustellen (Art. 54 Abs. 2 FDV). Im Übrigen sind die Wiederaufbaukosten in der Regel höher als die tatsächlichen (weitgehend abgeschriebenen) historischen Kosten. Daraus ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Regulierung im Hinblick auf langfristigen Wettbewerb ausgestaltet hat.

9. Die aktuelle Anpassung der FDV erfolgt aufgrund eines tiefgreifenden technologischen Wandels: Gegenwärtig erfolgt die Ablösung der alten, weitgehend auf der elektrischen Signalübertragung in Kupfernetzen basierenden Netzinfrastrukturen durch Anschlussnetze der nächsten Generation („Next Generation Access“, nachfolgend: NGA), die ganz oder teilweise aus Glasfaserleitungen bestehen und über welche Daten ausschliesslich in Bitfolgen bzw. digital übertragen werden. In vielen grösseren Städten der Schweiz wird zur Zeit eine Netzwerkinfrastruktur ausgerollt, bei der in jeden Haushalt eine oder mehrere Glasfaserleitung(en) verlegt wird („Fiber to the Home“, nachfolgend: FTTH). Damit können maximale Datenübertragungsraten erreicht werden, welche die heutigen Raten um ein Vielfaches übertreffen.⁵ Verschiedene andere Technologien wie DOCSIS 3.0 bei den Kabelnetzen und VDSL-Varianten⁶ im Kupferkabelnetz von Swisscom erreichen ihr Kapazitätspotential, das sie als NGA-Netz auszeichnet, ebenfalls nur

wenn zusätzliche Netzabschnitte auf Glasfaser umgerüstet werden (sog. hybride Netze).

10. Mit dem TAL können Bandbreiten und Dienstleistungen, die ein NGA-Netz auszeichnen (üblicherweise kann mit einem Kupfer-TAL nur eine Bandbreite <15 Mbit/s erreicht werden) nicht erbracht werden. Beispielsweise können die zur Zeit stark nachgefragten Triple-Play-Angebote im Festnetzbereich (Breitbandinternet, Digital-TV und Festnetztelefonie bei einem Anbieter)⁷ nur ausnahmsweise über den regulierten TAL angeboten werden. Bezeichnenderweise nahm die Anzahl der entbündelten TAL in den letzten Jahren ständig ab.⁸ Dies ist ein Indiz dafür, dass Fernmeldedienstleister mit Triple-Play-Angeboten Vorleistungsprodukte vom regulierten in den nicht-regulierten Bereich transferieren müssen. Die Ablösung der regulierten Netzwerktechnologie bzw. die Migration auf ein NGA-Netz, ist daher für viele Endkunden heute bereits Realität, auch wenn sie noch nicht an ein eigentliches Glasfasernetz angeschlossen sind. Der Kupfer-TAL wiederum ist eine Technologie, die immer weniger nachgefragt wird und voraussichtlich nur noch wenige Jahre relevant sein wird.⁹

11. Der Ablösung der alten Kupfertechnologie durch NGA-Netze muss nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Berechnung des Zugangspreises durch die Verwendung eines MEA Rechnung getragen werden. Eine Markteintriterin verfügt üblicherweise über keine Netzbestandteile, die für einen sukzessiven (hybriden) Netzausbau verwendet werden könnten. Sie würde vielmehr ein vollständig neues Glasfaseranschlussnetz aufbauen. Folglich ist heute ein FTTH-Netz und die paketvermittelnde Übertragung als MEA für die Berechnung des Zugangspreises heranzuziehen.¹⁰ Dies kann für das vorliegende Gutachten als unbestritten angesehen werden, da selbst Swisscom in einem Schreiben an das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) erklärte, der Grundsatz der Einführung des MEA-Ansatzes werde von Swisscom nicht in Frage gestellt.¹¹

12. Nachfolgend ist daher nur noch die Frage zu beantworten, ob die Anpassung der Kostenberechnung und die daraus zu erwartende Preissenkung beim Kupfer-TAL einen negativen Einfluss auf die Investitionsanreize der Fernmeldedienstleister haben kann.

⁴ Vgl. Bericht an den Bundesrat zur 2. Ämterkonsultation betr. die Änderung der FDV, Entwurf vom 26.8.2013, 5.

⁵ In einem Versuch hat das Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts bereits Übertragungsraten von über 10'000'000 Mbit/s erreicht. Damit weist die Glasfaserkabeltechnologie heute Übertragungskapazitäten auf, welche quasi als unbeschränkt eingestuft werden können. Vgl. RPW 2012/2, 229 Rz 246 ff, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

⁶ VDSL steht für „very high speed digital subscriber line“.

⁷ BAKOM, Amtliche Fernmeldestatistik 2011, Version Mai 2013, 51.

⁸ Bericht zum Fortschritt der Entbündelung und Interkonnektion 1. Juli 2012 bis 30. Juni 2013.

⁹ Vgl. Bericht an den Bundesrat zur 2. Ämterkonsultation betr. die Änderung der FDV, Entwurf vom 26.8.2013, 6.

¹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 11.

¹¹ Schreiben von Swisscom an das GS-WBF betr. Revision der FDV vom 11. September 2013.

b.) *Kostenzuteilung bei der Berechnung des Zugangspreises*

13. Gemäss erläuterndem Bericht zur Änderung der FDV ergibt sich mit dem Wechsel auf ein MEA das Problem, dass die Funktionalitäten und Kapazitäten zwischen Kupferkabelinfrastruktur und einem MEA sehr stark variieren.¹² Diese seien derart unterschiedlich, dass ein direktes Ableiten des Preises für die relativ beschränkten Möglichkeiten einer Kupferdoppelader aus dem Preis der deutlich leistungsfähigeren Glasfaser die Gefahr bestehe, dass die Regulierung zu Verzerrungen zwischen der alten Infrastruktur und dem MEA führe.¹³

14. Die auf der Basis eines FTTH-Netzes modellierten Kosten müssen daher gemäss erläuterndem Bericht unter Berücksichtigung der entsprechenden Leistungsunterschiede auf unterschiedliche Produkte verteilt werden, die mit einem Glasfasernetz bereit gestellt werden können. Die Berücksichtigung der tatsächlichen (technischen) Leistungsdifferenz würde dazu führen, dass ein Grossteil der Kosten für ein MEA den Dienstleistungen auf Glasfaserbasis zugeordnet würde, was einen starken Bruch bei Zugangspreisen verursachen würde und letztlich auch investitionshemmend sei. Daher werde ein „Performance Delta“ anhand der am Markt tatsächlich erzielbaren Erträge für die Zuteilung der Kosten verwendet. Das vom modellierten Glasfaseranschlusspreis in Abzug gebrachte „Performance Delta“ entspräche gemäss erläuterndem Bericht dabei dem Verhältnis der unterschiedlichen Markterlöse von Kupfer- und Glasfaseranschlüssen unter Berücksichtigung der Differenz der variablen nachgelagerten Kosten für die beiden Endkundenproduktkategorien und somit den Ertragsmöglichkeiten der beiden Leistungsprofile. Solange das Kupfernetz nahezu dieselben Ertragsmöglichkeiten biete, wie ein Glasfasernetz, würde sich das Preisniveau für den TAL nicht verändern.¹⁴ Gemäss dem Bericht an den Bundesrat wird der Preis für einen entbündelten Kupferanschluss daher erst dann sinken, wenn sich mit Glasfaseranschlüssen deutlich höhere Erträge erzielen lassen.¹⁵

15. Dazu ist anzumerken, dass die Zuweisung der Kosten ein notwendiger Schritt für die Kostenberechnung darstellt. Eine Zuweisung der Kosten eines Kupferanschlussnetzes birgt aufgrund der Ablösung der alten Kupfertechnologie durch NGA-Netze das Problem, dass bei einer abnehmenden Anzahl von Kupferanschlüssen der Zugangspreis für den Kupfer-TAL zwangsläufig steigen wird.¹⁶ Nur eine Modellierung eines effizienten NGA-Netzes als MEA und eine entsprechende Kostenverteilung auf beide Netzwerktypen kann diesen Volumeneffekt neutralisieren.¹⁷ Es stellt sich sodann die Frage, wie die Kosten eines MEA auf die unterschiedlichen Anschlussarten verteilt werden sollen.

16. Eine Verteilung, die keinen Unterschied zwischen den Anschlussarten macht, scheint wenig sinnvoll, da die Möglichkeiten der Technologien zu unterschiedlich sind. Eine Zuweisung der Kosten aufgrund der tatsächlichen Leistungsunterschiede (zwischen Glasfaser-TAL als MEA und dem Kupfer-TAL) wäre ebenfalls nicht sinnvoll, da diese Leistungen noch von den wenigsten Endkunden nachgefragt werden. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist der vom BAKOM ausgearbeitete

Vorschlag, die Kosten über ein „Performance Delta“ zuzuteilen, im Grundsatz nachvollziehbar. Ob die konkrete Berechnung des „Performance Deltas“ optimal ist, kann allerdings vorliegend nicht beurteilt werden.

c.) *Regulierung des Kupfer-TAL und NGA-Investitionen*

17. Swisscom bringt nun in ihrer Stellungnahme zur Änderung der FDV vom 21. Juni 2013 vor, dass, sofern die Endkundenpreise auf dem Netz der Swisscom aufgrund regulatorisch erzwungenen Zugangspreissenkungen sinken würden, auch die anderen Netzbetreiber (z. B. die Kabelnetzbetreiber) als Folge des Wettbewerbsdrucks ihre Endkundenpreise senken müssten. Dies wiederum könnte die Erträge der Netzbetreiber drücken, was letztlich für alle Netzbetreiber den Netzausbau weniger attraktiv machen würde.¹⁸

18. Für die vom Bundesrat aufgeworfene Frage nach der Auswirkung der vorgesehenen Regulierung auf die Investitionsanreize ist vorerst von Bedeutung, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Regulierung des Teilnehmeranschlusses (TAL) gemäss Art. 3 FMG auf Netze mit Doppelader-Metalleitung beschränkt ist. Sämtliche hybriden Netze, welche ab dem Hauptverteiler teilweise oder ganz auf Glasfaser basieren, sind keiner Regulierung unterworfen. Daher ist festzuhalten, dass die regulatorische und akademische Diskussion über die Auswirkungen einer allfälligen Regulierung der NGA-Netze auf die Investitionsanreize vorliegend keine Rolle spielen kann.¹⁹

19. Ganz grundsätzlich ist festzuhalten, dass nicht in erster Linie die Einnahmen aus der alten Kupferinfrastruktur die Investitionen in den Netzausbau bestimmen, sondern die zukünftigen Ertragsmöglichkeiten der neuen Infrastruktur. Da die Regulierung nur das Kupfernetz betrifft, sind diese Ertragsmöglichkeiten nicht direkt von der vorgesehenen Anpassung betroffen. Einzig diejenigen Endkunden, die über ein nichtreguliertes Netz (z. B. FTTH oder CATV) Services beziehen, die auch mit einem TAL bereitgestellt werden könnten, werden aufgrund der Anpassung direkt von tieferen Preisen profitieren können. Alle Endkunden, die dagegen bereits zusätzliche Dienste (z. B. HD-Fernsehen) oder höhere

¹² Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 11.

¹³ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 12.

¹⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 11.

¹⁵ Bericht an den Bundesrat zur 2. Ämterkonsultation betr. die Änderung der FDV, Entwurf vom 26.8.2013, 4.

¹⁶ Vgl. Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2011), vom 7.12.2011, 31; vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 4.

¹⁷ COMMISSION RECOMMENDATION ON CONSISTENT NON-DISCRIMINATION obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013/466/EU), vom 11.9.2013, Rz 39.

¹⁸ Vgl. Stellungnahme von Swisscom zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013.

¹⁹ Vgl. bspw. ROMAN INDERST/MARTIN PEITZ, Network investment, access and competition, 2012, Telecommunications Policy 36, 407–418.

Bandbreiten (> 15 Mbit/s) nachfragen bzw. in Zukunft nachfragen werden, sind von einer allfälligen Reduktion des TAL-Preises nicht direkt betroffen.²⁰

20. Es ist unbestritten, dass die Haupttreiber des NGA-Aufbaus in der Schweiz der Wettbewerb zwischen der Swisscom und den Kabelnetzanbietern sowie die Ankündigung verschiedener staatlicher Energieversorgungsunternehmen (EVU), ein FTTH-Netz aufzubauen, sind.²¹ Als Resultat dieses Wettbewerbs beim Netzaufbau können heute die Bewohner praktisch aller Schweizer Städte und Agglomerationen von einem NGA-Netz bzw. entsprechenden Diensten und Bandbreiten profitieren. Gemäss einer Studie der Beratungsfirma WIK-Consult hatten in der Schweiz im Jahr 2012 bereits etwa 80 % der Haushalte Zugang zu einem hybriden VDSL Anschluss der Swisscom (Bandbreiten > 20 Mbit/s) und etwa 80 % der Haushalte Zugang zum Breitbandnetz der Kabelnetzbetreiber mit DOCSIS 3.0 (Bandbreiten von ca. 100 Mbit/s). Weitere 10 % der Haushalte verfügten bereits über einen FTTH-Anschluss.²² Dabei handelt es sich – als Folge des Wettbewerbs beim Bau neuer Infrastrukturen – weitgehend um die gleichen Haushalte. Heute ist die Erschliessung weiter fortgeschritten, sodass ohne Weiteres angenommen werden kann, dass heute mehr als 80 % der Haushalte an ein NGA-Netz angeschlossen sind. Diese Investitionen sind bereits getätigt. Sie werden von einer allfälligen FDV-Anpassung nicht mehr beeinflusst. Weitere Investitionen, wie beispielsweise für den FTTH-Rollout in den Städten, sind bereits fest eingeplant und werden daher von einer allfälligen FDV-Anpassung ebenfalls nicht mehr beeinflusst.

21. Gleichermassen ist unbestritten, dass sich der NGA-Ausbau nicht für alle Regionen der Schweiz lohnt. Gemäss einer anderen Studie der Beratungsfirma WIK-Consult im Auftrag des BAKOM ist ein FTTH-Ausbau nur für ca. 60 % der Bevölkerung wirtschaftlich profitabel.²³ Eine Aufrüstung der hybriden VDSL-Netze lohnt sich in nächster Zeit auch nicht für die ganze Schweiz. Insbesondere in den Berg- und Randregionen gibt es Gemeinden für die aufgrund tiefer Bevölkerungsdichte und hoher Baukosten ein Netzausbau auch mittelfristig kommerziell nicht lohnend ist. Bezeichnenderweise beteiligt Swisscom kleinere Orten ohne Kabelkonkurrenz an den Baukosten eines Netzausbaus.²⁴

22. Unter Berücksichtigung der Gebiete, in denen bereits ein NGA-Netz gebaut wurde (vgl. Rz 20), sowie der Gebiete, für die sich ein NGA-Ausbau kommerziell mittelfristig nicht lohnen wird (vgl. Rz 21), kommt die WEKO zum Schluss, dass die vorliegende Anpassung der Kostenberechnung des TAL die Investitionsanreize allenfalls in einem sehr begrenzten räumlichen Gebiet bzw. für eine sehr begrenzte Anzahl von Haushalten beeinflussen kann.

23. Bei der Beurteilung der Auswirkungen einer Preissenkung beim Kupfer-TAL als Folge des MEA-Wechsels und der Einführung des „Performance Delta“ müssen insbesondere folgende Effekte berücksichtigt werden:²⁵

- i. „Replacement“ Effekt: Das in der Industrieökonomie bekannte Ergebnis, dass für einen Monopolisten die Anreize für Innovationen mit der Höhe der Monopolgewinne abnehmen, gilt auch bezüglich

der Investitionen in eine neue Netzwerktechnologie: Ein historischer Monopolanbieter möchte die Gewinnmöglichkeiten des bestehenden Netzes nicht durch ein neues Netz kannibalisieren. Ein tieferer TAL-Preis senkt daher die Gewinnerwartung und somit die Investitionsanreize für das Kupfer-Netz. Entsprechend führt gemäss „Replacement“ Effekt ein höherer TAL-Preis zu einer Verzögerung bzw. einer Reduktion bei den Infrastrukturinvestitionen. Dieser Effekt ist der treibende Faktor der Analyse der Beratungsfirma WIK-Consult, die in ihrem Bericht für das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Einführung eines „Performance Delta“ empfahl.²⁶

- ii. Migrationseffekt: Der regulierte TAL-Preis bestimmt das Preisniveau der von ihm abhängigen Endkundenmärkte, zumindest bis zum Erreichen der Kapazitätsgrenze.²⁷ Sofern ein tieferer TAL-Preis – und entsprechend tiefere Endkundenpreise für Angebote über das Kupfernetz – die Anreize der Endkunden reduziert, höherwertige Dienstleistungen über ein NGA-Netz zu beziehen, müssten die Fernmeldedienstleister unter Umständen auch die Endkundenpreise jenseits der Kapazitätsgrenze des Kupfer-TAL anpassen. In diesem Fall würde ein tieferer TAL-Preis die langfristigen Gewinnerwartungen der NGA-Netzbetreiber und somit auch deren Investitionsanreize negativ beeinflussen. Auf diesen Effekt wird u.a. in einer Studie der Beratungsfirma Plum Consulting für die Europe's telecommunications network operators (ETNO) hingewiesen.²⁸ Auch Swisscom betont in ihrer Stellungnahme zur FDV-Revision die Tragweite dieses Effekts (vgl. Rz 17).

²⁰ Indirekt wirkt der sogenannte Migrationseffekt, vgl. Rz 23.

²¹ Vgl. u.a. Vgl. Stellungnahme von Swisscom zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013.

²² WIK-CONSULT, Analyse von alternativen Methoden zur Preisregulierung, Studie im Auftrag des BAKOM, 2012, 23. Dabei verwendet WIK ein Greenfield Modell.

²³ WIK-CONSULT, Szenarien einer nationalen Glasfaserausbaustrategie in der Schweiz, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), 2009, 53.

²⁴ Vgl. <<http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/festnetz/das-netz/gemeinden-regionen.html>> (besucht am 13.12.2013); vgl auch Tages-Anzeiger vom 10. Februar 2009, „Randregionen müssen für Anschluss zahlen“.

²⁵ Die Fachliteratur hat eine Vielzahl von Effekten herausgearbeitet, die je nach Situation und Annahmen wirksam werden; vgl. CARLO CAMBINI/YANAN JIANG, Broadband Investment and Regulation: A Literature Review, 2009, Telecommunications Policy 33, 559–574. Die Diskussion um die konkrete Ausgestaltung der Zugangsregulierung konzentriert sich insbesondere auf die zwei aufgeführten Effekte; vgl. MARC BOURREAU/CARLO CAMBINI/STEFFEN HOERNIG, Ex ante regulation and co-investment in the transition, 2012, Telecommunication Policy 36, 401. Vgl. auch CHARLES RIVER ASSOCIATES, Costing Methodologies and Incentives to Invest in Fiber, 2012, 55 ff. Dieser Report wurde im Auftrag der EU-Kommission erstellt und wird auch von Swisscom in der Stellungnahme zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013 vorgebracht.

²⁶ WIK-CONSULT, Analyse von alternativen Methoden zur Preisregulierung, Studie im Auftrag des BAKOM, 2012. Vgl. auch WIK-CONSULT, Wholesale pricing, NGA take-up and competition, Study for ECTA, 2012.

²⁷ Vgl. RPW 2012/2, 243 Rz 368, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²⁸ Vgl. PLUM CONSULTING, Costing methodology and the transition to next generation access, a report for ETNO, 2011.

Regulierter TAL-Preis	Effekt	Investitionen NGA
↓	Replacement Effekt	↑
↓	Migrationseffekt	↓

Tabelle 1: Mögliche Effekte einer Senkung des TAL-Preises

24. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, handelt es sich dabei um gegenläufige Effekte. Nachfolgend wird deshalb die Relevanz dieser theoretischen Effekte im Zusammenhang mit dem NGA-Ausbau in der Schweiz erwogen.

25. Der „**Replacement**“ **Effekt**²⁹ konnte zu einem gewissen Grad beim NGA-Ausbau in der Schweiz beobachtet werden. So hat Swisscom den Glasfaserausbau in den meisten Städten immer erst dann ins Auge gefasst, wenn das städtische EVU bzw. politische Entscheidungsträger den Roll-Out eines FTTH-Netzes bereits planen oder bereits beschlossen hatten.³⁰ Auch die Aufrüstung des Kupferkabelanschlussnetzes in ein hybrides VDSL-Netz erfolgte erst im Wettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern, die ihr Netz auf den DOCSIS 3.0 Standard aufrüsteten. Die Investitionen der von der Zugangsregulierung betroffenen Swisscom in NGA-Netze erfolgten daher jeweils nach der Investitionsentscheidung der Konkurrenten. Ohne diesen Druck erschien es für Swisscom lange Zeit profitabler, die Gewinnmöglichkeiten des alten Kupferanschlussnetzes auszureizen.

26. Wie bereits dargelegt, ist der Bereich, in dem ein tieferer TAL-Preis tatsächlich einen (marginalen) Effekt auf den FTTH-Rollout haben könnte, von vornherein sehr begrenzt (vgl. Rz 20 f). Sofern kein Konkurrent ein FTTH-Netz aufbaut, beschränkt sich Swisscom grundsätzlich darauf, das bestehende Kupferanschlussnetz wenn nötig auszubauen. Es ist nicht zu erwarten, dass aufgrund eines tieferen TAL-Preises an einem Ort, in dem von einem Konkurrenten ein FTTH-Netz ausgerollt wird, Swisscom darauf verzichten würde, selbst (meist in einer Kooperation mit dem potentiellen Konkurrenten) in eine FTTH-Infrastruktur zu investieren. Gleichzeitig ist es auch unwahrscheinlich, dass Swisscom aufgrund eines tieferen TAL-Preises Gebiete mit FTTH erschliessen würde, in denen kein Konkurrent ein FTTH-Netz baut. Dies ist insbesondere dann nicht zu erwarten, wenn Swisscom in einer Region ihr Netz als hybrides VDSL-Netz ausgebaut hat.

27. Auch eine zusätzliche Aufwertung des alten Anschlussnetzes mit hybrider VDSL-Technologie lohnt sich für Swisscom nur für ein begrenztes Gebiet. Dabei spielt auch eine Rolle, dass das Fernsehgeschäft für Swisscom (für das ein Netzausbau notwendig ist) gemäss eigenen Angaben insbesondere der Kundenbindung dient.³¹ Durch den Netzausbau und den Verkauf zusätzlicher Produkte kann folglich kein wesentlicher Gewinnanstieg erzielt werden. Vielmehr lohnt sich der Ausbau insbesondere dort, wo Kundenverluste im Wettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern drohen. Folglich ist in Gemeinden ohne Infrastrukturwettbewerb ein „Replacement“ Effekt wirksam, da Swisscom ohne wesentlichen Konkurrenzdruck Umsatz mit dem alten Kupfernetz

generieren kann. Dafür spricht auch, dass Swisscom in kleineren Orten ohne Kabelkonkurrenz den Netzausbau nur vollzieht, sofern sich die Gemeinden an den Baukosten beteiligen (vgl. Rz 21).

28. Im Übrigen ist zu erwarten, dass in der Zukunft, wenn es darum gehen wird, dass Swisscom die hybriden VDSL-Anschlüsse ausgedehnt auf ein FTTH-Netz migriert, der „Replacement“ Effekt ohne Wettbewerbsdruck von den Kabelnetzbetreibern wiederum eine starke Wirkung entfalten wird. Zu diesem Zeitpunkt wird der regulierte Kupfer-TAL aber aller Voraussicht nach keine Rolle mehr spielen.

29. Es kann daher festgehalten werden, dass ein tieferer TAL-Preis nur in einem sehr begrenzten Gebiet einen positiven Effekt auf die Netzinvestitionen haben könnte. Dies wäre höchstens für Gemeinden relevant, in denen heute kein Infrastrukturwettbewerb besteht, sich aber grundsätzlich eine Migration der Endkunden in ein NGA-Netz aufgrund der Einnahmemöglichkeiten durch zusätzliche Dienste rechnen würde. Ein NGA-Ausbau lohnt sich also nur, sofern die langfristigen Nettogewinne aus den Investitionen die Gewinnmöglichkeiten mit dem Kupfernetz übertreffen. Es gibt in der Schweiz wahrscheinlich nicht sehr viele Gemeinden, auf die diese Kriterien zutreffen. Die Möglichkeiten, durch einen tiefen TAL-Preis die NGA-Investitionen positiv zu beeinflussen sind vor dem Hintergrund dieser Überlegungen als gering einzuschätzen.

30. Es ist hinzuzufügen, dass in der Literatur auch für alternative Anbieter ein „Replacement“ Effekt diskutiert wird, der in die Gegenrichtung wirkt: sofern ein alternativer Anbieter günstigen Netzzugang erhält, hat er keinen Anreiz in eine alternative bzw. parallele Infrastruktur zu investieren.³² Dieser Effekt spielt aber aktuell in der

²⁹ Auf diesen Effekt wurde erstmals von KENNETH ARROW (1962) hingewiesen; vgl. JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 2002, 395 f.

³⁰ Beispielhaft dafür war das Verhalten von Swisscom in der Stadt Zürich, vgl. Weisung des Stadtrates an den Gemeinderat: Elektrizitätswerk (ewz), Flächendeckende Erschliessung der Stadt Zürich mit Glasfasern, Anpassung des Leistungsauftrages (GR Nr. 2011/2), vom 22.12.2010.

³¹ Vgl. Tages-Anzeiger vom 26. April 2012, „Das grosse Geld im Wohnzimmer“.

³² Vgl. MARC BOURREAU/CARLO CAMBINI/PINAR DOGAN, Access pricing, competition, and incentives to migrate from “old2 to “new” technology, 2012, *International Journal of Industrial Organization*, 30, S. 714.

Schweiz kaum eine Rolle, da die Fernmeldediensteanbieter, die heute den TAL beziehen, angesichts des weit fortgeschrittenen NGA-Ausbaus und den vorhandenen Netzzugangsmöglichkeiten kaum noch eine eigene Infrastruktur aufbauen werden. Zudem haben in der Schweiz nicht die Swisscom, sondern insbesondere die EVU und die Kabelnetzbetreiber – die beide keine Kupfer-TAL beziehen – die Vorreiterrolle beim NGA-Ausbau.³³

31. Im Hinblick auf einen möglicherweise wirksamen **Migrationseffekts** ist als erstes anzumerken, dass dieser ebenfalls nur ein sehr begrenztes Gebiet betreffen kann (vgl. Rz 21). Bezüglich des Einflusses des TAL-Preises auf die Endkundenpreise kann festgehalten werden, dass im Endkundenmarkt für Breitbandinternet die wichtigste Preissenkung der letzten Jahre nach der Einführung des regulierten TAL erfolgte; anschliessend stagnierten die Preise der Nutzungsprofile bei steigenden Bandbreiten.³⁴ Der TAL-Preis und dessen kontinuierliche Senkung hatte gemäss neuester Preisstudie des BAKOM zweifelsohne einen Effekt auf die Endkundenpreise, sofern die Angebote unterhalb der Kapazitätsgrenze des Kupfer-TAL lagen.³⁵

32. Es stellt sich nun aber die Frage, inwiefern die Preise für den Kupfer-TAL allenfalls die Preise für Angebote beeinflussen, die nicht mehr über den Kupfer-TAL erbracht werden können. Das Sekretariat der hat diese Frage im Schlussbericht *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* analysiert.³⁶

33. Die aufgeworfene Frage läuft schliesslich darauf hinaus, ob die beiden Endkundenangebote dem gleichen sachlich relevanten Endkundenmarkt zuzurechnen sind. Dazu ist anzumerken, dass die Substitutionsmöglichkeit von der alten auf die neue Technologie sicherlich gegeben ist, d.h. bei einer Preiserhöhung für den Kupferanschluss würden Endkunden starke Anreize haben, auf die leistungsstärkere Technologie zu wechseln. Eine Preiserhöhung der neuen Technologie würde aber kaum dazu führen, dass Endkunden zurückwechseln, da sie dafür eine Angebotsverschlechterung in Kauf nehmen müssten. Die Endkundenangebote sind also voraussichtlich nur einseitig substituierbar.³⁷

34. Eine Senkung des TAL-Preises hat vorerst Auswirkungen auf die Endkundenangebote, die innerhalb der Kapazitätsgrenze liegen. Gemäss der Analyse des BAKOM haben die Regulierung des TAL und die folgenden Preissenkungen eine Auswirkung auf den Preisindex von Breitbanddiensten mit mittleren Nutzungsprofilen (5 bis und mit 15 Mbit/s). Gleichzeitig zeigt die Preisentwicklung bei den grossen Nutzungsprofilen (> 15 Mbit/s) seit ihrer Einführung im Jahr 2010 ein konstant hohes Preisniveau trotz kontinuierlicher Senkung des TAL-Preises.³⁸ Dies rührt daher, dass der Wettbewerb im Bereich Breitbanddienste in der Schweiz in erster Linie über Bandbreitenanpassungen und nicht über Preise ausgetragen wird. Für die höheren Nutzungsprofile stagnierten oder stiegen die Preise von Breitbanddiensten in den letzten Jahren.³⁹ Das Sekretariat der WEKO kam deshalb im Schlussbericht *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* zum Schluss, dass der TAL keinen Wettbewerbsdruck auf den Preis für hohe Bandbreiten auszuüben vermag.⁴⁰ Eine allfälli-

ge Senkung des TAL-Preises vermag folglich kaum Preisdruck auf die höheren Nutzungsprofile auszuüben, wie sie üblicherweise über ein NGA-Netz angeboten werden.

35. Es ist auch nicht zu erwarten, dass die Senkung des TAL-Preises einen direkten Einfluss auf die verschiedenen Vorleistungsprodukte der Glasfaseranbieter und insbesondere auf den Glasfaser-TAL (einem sog. Layer-1⁴¹ Zugang zum Glasfasernetz) hat. Mit einem Layer-1 Angebot können Fernmeldediensteanbieter wesentlich höherwertige Angebote unterbreiten, als mit einem Kupfer-TAL. Abgesehen von um ein Vielfaches höheren Bandbreiten können mit einem Layer-1 Zugang auch ohne Weiteres symmetrische Bandbreiten und somit zusätzliche Dienste (die beispielweise grosse Upload-Kapazität benötigen) angeboten werden. Das Sekretariat der WEKO kam deshalb im Schlussbericht *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* zum Schluss, dass der Kupfer-TAL kein Substitut für einen Layer-1 Zugang zum Glasfasernetz (Glasfaser-TAL) darstellt.⁴² Es gibt auch keinerlei Anzeichen dafür, dass die Netzbetreiber beim Layer-1 Angebot auf den Preis des Kupfer-TAL reagiert hätten. So liegt der Preis für den Glasfaser-TAL von Swisscom seit Januar 2011 unverändert bei 39 Franken.⁴³ Zudem würden die EVU und Swisscom mit einem tieferen Layer-1 Preis immer auch ihre übrigen Vorleistungs- und Endkundenangebote über Glasfaser kannibalisieren.

36. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist nicht zu erwarten, dass ein tieferer TAL-Preis den NGA-Ausbau negativ beeinflussen würde, während ein überhöhter TAL-Preis zweifelsohne den Dienstewettbewerb in der ganzen Schweiz schwächen würde. Da der Wettbewerb in der Schweiz in erster Linie über Bandbreiten-erhöhungen ausgetragen wird bzw. der Preiswettbewerb

³³ Dazu ist anzumerken, dass in vielen theoretischen Artikeln der historische Anbieter als Vorreiter beim Investitionsentscheid modelliert wird, woraus sich zusätzliche Effekte ergeben, die aber vorliegend keine Rolle spielen; vgl. MARC BOURREAU/CARLO CAMBINI/PINAR DOGAN, Access pricing, competition, and incentives to migrate from "old" to "new" technology, 2012, International Journal of Industrial Organization, 30, S. 714.

³⁴ Evaluation des schweizerischen Fernmeldemarkts (Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002], (nachfolgend: Fernmeldebericht 2009), 17 f. Dabei ist zu beachten, dass die ab 2009 stark nachgefragten Bündelangebote bei der Kostenanalyse des BAKOM nicht berücksichtigt wird.

³⁵ BAKOM, Endkundenpreise bei Breitbanddiensten: Vergleich und Entwicklung der preisgünstigsten Produkte 2012-2013, 2013.

³⁶ Vgl. RPW 2012/2, 209-259, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³⁷ Vgl. RPW 2012/2, 235 Rz 289, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³⁸ BAKOM, Endkundenpreise bei Breitbanddiensten: Vergleich und Entwicklung der preisgünstigsten Produkte 2012-2013, 2013.

³⁹ BAKOM, Endkundenpreise bei Breitbanddiensten: Vergleich und Entwicklung der preisgünstigsten Produkte 2012-2013, 2013.

⁴⁰ Vgl. RPW 2012/2, 235 Rz 289 ff, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

⁴¹ Die Layer Kategorisierung verweist auf das sog. ISO/OSI-Modell, wobei Layer-1 die physikalische Leitung zur Übertragung von Bitfolgen bezeichnet.

⁴² Vgl. RPW 2012/2, 247 Rz 391 ff, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

⁴³ Vgl. RPW 2012/2, 235 Rz 288, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

jenseits der Kapazitätsgrenze des Kupfer-TAL weitgehend von den Netzbetreibern kontrolliert werden kann, hätten Letztere auch bei einem tieferen TAL-Preis unverändert starke Anreize, in den Netzausbau zu investieren.

d.) Fazit

37. Zusammenfassend kommt die WEKO daher zum Schluss, dass der Einfluss des regulierten Kupfer-TAL auf die zukünftigen NGA-Investitionen voraussichtlich äusserst gering ist. Zum einen ist der (geographische) Bereich, der allenfalls betroffen wäre, sehr begrenzt: es handelt sich nur um die Regionen, in denen noch keine Investitionen in den Netzausbau getätigt wurden und für die sich aber unter optimalen Bedingungen ein NGA-Ausbau lohnen würde. Zum anderen spielt der „Replacement“ Effekt bei der in der Schweiz zu beobachtenden Investitionsdynamik nur eine untergeordnete Rolle und der Migrationseffekt ist aufgrund des kaum zu beobachtenden Einflusses des TAL-Preises auf Angebote mit hohen Bandbreiten ebenfalls als schwach einzuschätzen.

38. Die derzeit treibende Kraft des NGA-Ausbaus in der Schweiz ist der Infrastrukturwettbewerb. Der marginale Effekt eines tiefen oder hohen TAL-Preises auf die Investitionsanreize ist demgegenüber als äusserst gering einzuschätzen. Bisher war in der Schweiz in erster Linie der „Replacement“ Effekt wirksam. Es ist daher aus Sicht der WEKO nicht zu erwarten, dass ein relativ höherer Preis für den Kupfer-TAL die Reichweite des NGA-Ausbaus in der Schweiz wesentlich (positiv) beeinflussen könnte. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist der positive Effekt eines tiefen TAL-Preises auf den schweizweiten Dienstewettbewerb im Bereich mittlere Nutzungsprofile höher zu werten, als ein sehr unwahrscheinlicher negativer Effekt auf den Infrastrukturwettbewerb, der auch nur ein sehr kleines Gebiet betreffen würde. Im Übrigen ist anzumerken, dass sofern ein flächendeckender NGA-Ausbau politisch gewollt ist, dafür versorgungspolitische Instrumente verwendet werden müssten.

39. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die ComCom bereits 2010 darauf hingewiesen hat, dass während der Phase des Technologiewechsels gleichzeitig Dienste auf Basis bisheriger als auch auf Basis neuer Technologien angeboten würden und aufgrund der sich abzeichnenden Diskrepanz zwischen Modellannahmen und realem Telekommarkt allenfalls Übergangsmassnahmen anzuordnen seien.⁴⁴ Auch in der Verfügung von 2011 kündigte die ComCom an, Schwierigkeiten bei der Kostenzuweisung im Rahmen der Rechtsanwendung lösen zu müssen, sofern sie nicht im Rahmen einer FDV-Revision geklärt würden.⁴⁵ Die Fernmeldedienstanbieter konnten daher eine Anpassung der Kostenberechnung beim Kupfer-TAL lange antizipieren und bei ihren Investitionsentscheidungen berücksichtigen. Aufgrund der Äusserung der ComCom war im Voraus ersichtlich, dass in Zukunft die Kostenzuweisung so erfolgen würde, dass bei sinkender Nachfrage nach der alten Technologie mit sinkenden Zugangspreisen zu rechnen ist.⁴⁶

40. Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass sofern die Zugangspreise für das Kupfernetz – wie dies

Swisscom befürchtet⁴⁷ – unter das EU-Niveau sinken, dies vorliegend nur bedeuten würde, dass offensichtlich der Kupferanschluss in der Schweiz keine grosse Rolle mehr spielt. Eine solche Preissenkung erscheint zumindest mittelfristig unwahrscheinlich.⁴⁸ Im Übrigen ist a priori nicht einzusehen, weshalb die Schweizer Preise systematisch über dem EU-Niveau liegen sollten.

C.2 Kosten-Preis-Schere-Test (Frage 2)

41. Die geplante FDV-Revision sieht vor, dass ein von der ComCom berechneter kostenorientierter Zugangspreis noch (von der ComCom) darauf zu prüfen ist, ob allenfalls eine Kosten-Preis Schere („margin squeeze“) vorliegt. Eine solche besteht, wenn die Handelsspanne zwischen den Endkundenpreisen der marktbeherrschenden Anbieterin und den Zugangspreisen derart klein ist, dass effiziente Wettbewerberinnen, die den Kosten der Zugangsform nachgelagerten einmaligen und laufenden Kosten nicht decken können. In einer solchen Situation besteht die Gefahr, dass eine effiziente alternative Anbieterin ganz aus dem Markt gedrängt wird. Gemäss erläuterndem Bericht zur Änderung der FDV ist der Test, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt als konkrete Anwendung des Diskriminierungsverbots von Art. 11 Abs. 1 FMG zu verstehen.⁴⁹

42. Zur geplanten Einführung des Kosten-Preis-Schere-Tests bemerkt Swisscom im Schreiben vom 11. September 2013 an das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), dass dadurch eine Doppelspurigkeit bei der Zuständigkeit zwischen ComCom und WEKO geschaffen würde.⁵⁰

⁴⁴ Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission Com-Com betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2009/2010), vom 13.12.2010.

⁴⁵ Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission Com-Com betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2011), vom 7.12.2011, 31.

⁴⁶ Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission Com-Com betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2011), vom 7.12.2011, 31.

⁴⁷ Schreiben von Swisscom an das GS-WBF betr. Revision der FDV vom 11. September 2013.

⁴⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 14.

⁴⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 5. Auch die EU-Kommission hat gemäss ihrer neusten Empfehlung einen Kosten-Preis-Schere-Test eingeführt. Dieser Test betrifft aber Angebote auf den NGA-Netzen: Sofern die Zugangsnetze für NGA-Netze keiner Regulierung unterliegen, müssen Vorleistungsangebote eines Anbieters mit beträchtlicher Marktmacht ex ante von den nationalen Regulierungsbehörden auf die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Replizierbarkeit der nachgelagerten Produkte geprüft werden; Commission Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013/466/EU), vom 11.9.2013, Rz 49 ff.

⁵⁰ Schreiben von Swisscom an das GS-WBF betr. Revision der FDV vom 11. September 2013.

43. Bezüglich des Vorwurfs der Doppelspurigkeit ist grundsätzlich anzumerken, dass die Interkonnectionsregelung im Fernmelderecht eine sektorspezifische Regulierung darstellt, die zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt, womit Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung kommen.⁵¹ Sofern mit der Anpassung der FDV eine gewisse Komplementarität geschaffen würde, stünde eine solche mit der bisherigen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Einklang. Aus der parallelen Anwendbarkeit folgt auch, dass die WEKO weiterhin auf der Basis von Art. 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) eingreifen kann.⁵² Darüber hinaus kann die WEKO gestützt auf Art. 45 KG den Behörden Empfehlungen unterbreiten.

44. Trotzdem ist zur vorgeschlagenen Einführung eines Kosten-Preis-Schere-Tests anzumerken, dass dieser vorliegend eine mögliche Intervention der WEKO ergänzt. Der in der Vorlage vorgesehene Test ist darauf beschränkt festzustellen, ob allenfalls der **regulierte** Preis zu einer Kosten-Preis-Schere führt. Diese Frage wird von der WEKO in der Regel nicht untersucht. Während die WEKO zurückblickend (ex post) einen Verstoß gegen das Kartellgesetz büßen kann, ist die Regulierung darauf ausgerichtet mit einer in die Zukunft gerichteten Perspektive (ex ante) Wettbewerb sicherzustellen. Es ist nur unter besonderen Umständen⁵³ vorstellbar, dass die WEKO gegen einen Fernmeldedienstanbieter ein Verfahren eröffnet, weil Anzeichen bestehen, dass der von der ComCom verfügte Zugangspreis eine Kosten-Preis-Schere verursacht. Auch wenn dies der Fall wäre, würde es vermutlich mehrere Jahre dauern bis eine Verfügung der WEKO rechtskräftig würde, was der in die Zukunft gerichteten Perspektive der Zugangsregulierung widersprechen würde. Es besteht folglich keine Doppelspurigkeit zwischen der ComCom und der WEKO.

45. Aus wettbewerblicher Sicht kann ein Verbot der Kosten-Preis-Schere in gewissen Fällen – wie dies Swisscom vorbringt⁵⁴ – dazu führen, dass ein Unternehmen eine Kosten-Preis-Schere zu verhindern versucht, indem es die Endkundenpreise strategisch hoch hält.⁵⁵ In diesem Fall könnten allerdings sowohl die WEKO mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG „Erzwingung unangemessener Preise“⁵⁶ als auch der Preisüberwacher auf der Basis von Art. 10 des Preisüberwachungsgesetzes 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) tätig werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sofern genügend Plattformwettbewerb besteht, die Endkundenpreise wettbewerblich bestimmt werden könnten. In diesem Fall kann die Prüfung eines regulierten TAL-Preises auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere verhindern, dass Zugangspreise zu hoch angesetzt werden. Es geht vorliegend nicht primär darum, dass – wie dies Swisscom in der Stellungnahme zur FDV-Revision vermutet⁵⁷ – Swisscom eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere praktizieren würde. Ein regulierter Zugangspreis kann allerdings aufgrund der Eigenheiten der Kostenberechnung (beispielsweise aufgrund des Unterschieds zwischen den grösstenteils abgeschriebenen historischen Kosten und den LRIC-Kosten) eine Kosten-Preis-Schere verursachen.

46. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Einführung eines Kosten-Preis-Schere-Tests bei der Bestimmung des regulierten Zugangspreises aus wettbewerbsspolitischer Sicht zu begrüssen ist, da auf diese Weise eine gegebenenfalls den Wettbewerb behindernde Regulierung abgewendet werden kann.

C.3 Gleitpfad (Frage 3)

47. Im erläuternden Bericht zur Änderung der FDV wird der Gleitpfad damit begründet, dass davon auszugehen sei, dass ein Wechsel zum MEA zu tieferen Preisen führen wird, was bei der marktbeherrschenden Anbieterin schlagartig ausserordentliche Ertragseinbußen zur Folge habe. Weil die modellhafte Kostenberechnung keine schrittweise Anpassung an die in der Realität vorherrschenden Verhältnisse zulasse, müsse ein allfälliger Preissprung bei den Interkonnections- und Mietleitungskosten auf mehrere Jahre verteilt werden. Dies erlaube es der marktbeherrschenden Anbieterin, sich finanziell auf die zu ändernden Bemessungsgrundlagen vorzubereiten.⁵⁸

48. Dazu ist anzumerken, dass die Verwendung des MEA schon seit 1997 in der FDV festgelegt ist. Zudem hat die ComCom wiederholt den bevorstehenden Wechsel zu einem MEA angekündigt.

49. Erstmals hat die ComCom 2008 darauf hingewiesen, dass sofern das Kupfer als aktuellste etablierte Technologie abgelöst werde, dies bei der Kostenberechnung berücksichtigt werden müsse.⁵⁹ Zwei Jahre später befasste sich die ComCom ausführlich mit der Thematik. Dabei wies sie darauf hin, dass bereits 2010 eine hypothetische Markteintriterin ein paketvermittelndes Verbindungsnetz der nächsten Generation aufbauen würde. Der grundlegende Technologiewechsel im Anschlusswie auch im Verbindungsbereich sei von grundlegender

⁵¹ Vgl. Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.; vgl. auch RPW 2010/1, 120 Rz 20 ff, Preispolitik Swisscom ADSL m.w.N.

⁵² Vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003, E. 4.1.3.

⁵³ Vgl. dazu KOMM, ABl. 2003 L 263/9, Rz 102, Deutsche Telekom AG. Bestätigt durch Urteile des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03 und des EuGH vom 14. Oktober 2010, C-280/08 P.

⁵⁴ Vgl. Stellungnahme von Swisscom zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013.

⁵⁵ Vgl. Stellungnahme von Swisscom zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013.

⁵⁶ Dabei muss für das Vorliegen eines „Erzwingens“ im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf die Marktgegenseite zumindest ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem sie nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann, vgl. BGE 137 II 199, 211 f. E. 4.3.5 (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.5), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁵⁷ Vgl. Stellungnahme von Swisscom zur Änderung der FDV vom 23. Juni 2013.

⁵⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der FDV vom 24. Oktober 2013, 13.

⁵⁹ Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom betreffend Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (TAL), vom 9.10.2008.

Natur und werde den Telekommunikationsbereich nachhaltig verändern. Die ComCom lehne es aber ab, in dieser Situation der Unsicherheit von ihrer bisherigen Vorgehensweise abzurücken. Die ComCom werde eine entsprechende Praxisänderung rechtzeitig ankündigen und damit der Swisscom Gelegenheit geben, sich im Rahmen eines allfälligen künftigen Kostennachweises entsprechend darauf einzustellen.⁶⁰

50. In der folgenden Verfügung betreffend die Interkonnektion, den Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und die Kollokation aus dem Jahr 2011 kündigte die ComCom dann konkret und unmissverständlich den Wechsel bei der Kostenberechnung an. Es stehe ausser Frage, dass Next Generation Networks (nachfolgend: NGN⁶¹) in unmittelbarer Zukunft als etablierte Technologie im Bereich der Interkonnektion bezeichnet werden müssen. Es sei aber zu beachten, dass mit der neuen Technologie eine Fülle verschiedener Dienste über die gleiche Plattform erbracht werden könnte. „Die angesprochene Entwicklung ist bei der Kostenmodellierung der Preise ab 2013 zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass die Kosten der Interkonnektionsdienste für die Preise per 1. Januar 2013 anhand eines Next Generation Networks (NGN) basierend auf dem Prinzip der Paketvermittlung zu berechnen sind. Damit wird der technologischen Entwicklung im Bereich der Interkonnektionsdienste angemessen Rechnung getragen und es wird der Gesuchsgegnerin [Swisscom] ein Zeitrahmen gewährt, welcher es ihr ermöglicht, sich auf die künftig vorzunehmenden Preismodellierungen einzustellen.“⁶²

51. Schliesslich informierte die ComCom die Fernmeldediensteanbieter mit Schreiben vom 12. Juli 2012, dass sich aufgrund der kommenden FDV-Revision und der für alle Beteiligten grossen Herausforderung aufgrund des MEA-Wechsels, der Termin für die Umstellung auf den 1. Januar 2014 verschiebe.

52. Aus Sicht der WEKO macht ein Gleitpfad insbesondere dann Sinn, wenn die Neueinführung oder Anpassung einer Regulierung einem externen Schock gleich kommt, infolgedessen die Betroffenen nicht genügend Zeit hatten, ihre Strategien, ihre Strukturen, ihre Abläufe etc. anzupassen. Im Wissen um die Verfügungen der ComCom kann vorliegend allerdings keine Rede davon sein, dass die im Rahmen der FDV-Revision vorgesehene Umstellung auf ein MEA für Swisscom unerwartet kommt. Vielmehr ist den Ausführungen der ComCom zu entnehmen, dass nach den Vorgaben des Gesetzgebers der MEA-Ansatz bereits ab 2013 hätte angewendet werden müssen. Der 1. Januar 2013 wurde den Fernmeldediensteanbietern explizit und frühzeitig als Datum für den MEA-Wechsel kommuniziert. Einzig offene Fragen und Unsicherheiten bezüglich der Kostenberechnung – die mit der vorliegenden Verordnungsrevision beseitigt werden – haben zu einer Verzögerung geführt, von der insbesondere Swisscom profitierte. In Kenntnis der Verfügungen der ComCom hätte die Swisscom bereits 2013 auf eine Umstellung vorbereitet sein müssen.

53. Zudem wird mit der Einführung des Gleitpfades der im FMG festgeschriebene Grundsatz, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf nicht diskriminierende Weise Zugang

gewähren müssen, verletzt. Die im Bericht an den Bundesrat aufgeführte Begründung für den Gleitpfad, dass damit allfällige Ertragseinbussen bei der marktbeherrschenden Anbieterin auf mehrere Jahren verteilt bzw. vermieden werden sollen⁶³, ist aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen. Mit dem vorliegenden Gleitpfad werden die Mindereinnahmen der marktbeherrschenden Anbieterin höher gewertet als eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der Regulierung. Dadurch werden andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegenüber der marktbeherrschenden Anbieterin diskriminiert.

54. Es ist noch hinzuzufügen, dass die Anpassungen gemäss der vorliegenden FDV-Revision ursprünglich auf den 1. Januar 2014 vorgesehen waren. Sollte sich die Einführung nochmals verzögern, was der Swisscom zusätzliche Zeit geben würde, sich auf die Umstellung vorzubereiten, wäre dies ein weiterer Grund, auf die Aufnahme eines Gleitpfades in die FDV zu verzichten.

D. Schlussfolgerungen

55. Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende FDV-Revision aus wettbewerbspolitischer Sicht in vieler Hinsicht eine zielführende Anpassung darstellt. Zu den aufgeworfenen Fragen kann die WEKO wie folgt Stellung nehmen:

Frage 1: Die Auswirkung der vorgeschlagenen Regelung der Teilnehmeranschlussleitungen (TAL) auf die Anreize der Fernmeldediensteanbieter, in NGA-Netze zu investieren, sind als gering einzuschätzen. Einerseits könnten nur wenige Regionen tatsächlich von möglichen positiven Effekten profitieren; andererseits sind die beiden gegenläufigen Effekte („Replacement“ Effekt und Migrationseffekt) in der Schweiz nur schwach ausgeprägt. Ein „Replacement“ Effekt, der allenfalls einen tieferen Zugangspreis rechtfertigen würde, konnte in der Vergangenheit zwar beobachtet werden, er betrifft aber mit fortgeschrittenem NGA-Ausbau nur noch ein sehr begrenztes Gebiet. Der Migrationseffekt, der allenfalls einen höheren Zugangspreis rechtfertigen würde, konnte mangels Auswirkung des TAL-Preises auf die Endkundenpreise höherer Nutzungsprofile nicht beobachtet werden. Gemäss den bisherigen Erfahrungen dominiert in der Schweiz daher der „Replacement“ Effekt den Migrationseffekt. Eine allfällige Senkung des TAL-Preises hat voraussichtlich keine negativen Auswirkungen auf die Investitionsanreize. Unbestritten ist gleichzeitig, dass eine Senkung des TAL-Preises den Dienstewettbewerb für Angebote mit niedrigem bis mittlerem Bandbreitenbedarf zu stärken vermag. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen wäre aus wettbewerbspolitischer Sicht eine schweizweite Stärkung

⁶⁰ Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2009/2010), vom 13.12.2010.

⁶¹ NGN bezeichnet ein paketvermittelndes Verbindungsnetz.

⁶² Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom betreffend Interkonnektion, Zugang zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und Kollokation (2011), vom 7.12.2011.

⁶³ Bericht an den Bundesrat zur 2. Ämterkonsultation betr. die Änderung der FDV, Entwurf vom 26.8.2013, 5.

des Dienstwettbewerbs aufgrund einer Senkung des TAL-Preises selbst dann noch wünschenswert, wenn dies Senkung in einem sehr begrenzten Gebiet (über den Migrationseffekt) einen negativen Einfluss auf den Infrastrukturausbau hätte. Vorliegend ist allerdings zu erwarten, dass die Senkung des TAL-Preises sowohl den Infrastrukturwettbewerb als auch den Dienstwettbewerb positiv zu beeinflussen vermag. Ob die konkrete Berechnung des „Performance Deltas“ optimal ist, kann vorliegend nicht beurteilt werden. Dass aber eine Zuordnung der Kosten unter Berücksichtigung des Technologiewandels zur erfolgen hat, steht allerdings ausser Frage.

Frage 2: Die Einführung eines Kosten-Preis-Schere-Tests im Rahmen der Zugangsregulierung wird von der WEKO begrüsst. Sie stellt keine Doppelspurigkeit zu den Kompetenzen der WEKO dar, sondern ermöglicht es allfällige Regulierungsfehler sinnvoll und zeitgerecht zu korrigieren.

Frage 3: Der Gleitpfad ist sowohl aus wettbewerbspolitischer Sicht als auch vor dem Hintergrund, dass der MEA-Wechsel von Swisscom zweifelsohne antizipiert werden konnte, abzulehnen.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GedrV	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
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
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
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
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 410
- abgestimmte Verhaltensweise 376, 409, 412
- Abrede 358, 361, 366, 374 ff., 393, 398, 407, 409 ff., 423, 429, 432, 475, 481
- Acquiring -
- Anhörung 465, 468
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 431, 475
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 501
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 382, 384, 437
- Effizienzprüfung 384
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung -
- Erheblichkeit -
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 391 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 359, 394, 398, 423, 432, 439, 473, 478, 483
- Koppelungsgeschäft 361
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 358 f., 361, 365, 372, 396, 398, 400 ff., 405, 420, 424 f., 428 f., 433 f., 436 ff., 441, 452, 458, 469 f., 473, 477, 479, 482
- Marktgegenseite 359, 361, 363, 379, 398 ff., 425 f., 428, 434 f., 482 ff., 493, 503
- Marktorganisation -
- Marktstruktur -
- Marktzutrittsschranken 400 f.
- Meldepflicht 373, 377, 381 f., 421, 423 f., 433, 469 f., 473 ff.
- Missbrauch 359, 361, 383 f., 398, 400, 402 f., 411, 413, 452, 457 f.
- N**
- Netzwerk 353 ff., 426, 428, 483, 497 ff.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 436, 486, 488, 490
- Preisabrede 378 ff., 409 f., 416
- Preisbindung zweiter Hand 413 f., 417
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 378, 457, 462, 484 f., 488, 491
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 373 f., 403, 414, 417, 471
- Senkung Herstellkosten 384
- Submission 373 f., 376 ff., 443, 446
- Submissionskartell 380
- T**
- Tarife 481 ff., 488
- Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 365, 372 ff., 377ff., 387 ff., 396 ff., 407 ff., 424

ff., 436 f., 442, 448 f., 452 f., 455 ff., 461 ff., 469, 471, 473
ff., 479 f., 508

unzulässige Wettbewerbsabrede 376, 378 f., 409, 413, 415,
475

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 469 471

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 359, 376, 388, 398, 409, 423, 483

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 426