



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

2015/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.15/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 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

2015/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 2015

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	Surveillance 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	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2015/3

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1.	Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG	363
3.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG	375
5.	BGBM LMI LMI	
1.	Verfügung des Departements des Innern des Kantons Schaffhausen vom 7. August 2015 A	428
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	Axel Springer Schweiz/Ringier	430
2.	Nokia Corporation/Alcatel-Lucent	458
3.	Kirschner/Valora Warenlogistik AG	462
4.	Tamedia/ricardo.ch	470
5.	JobCloud/JobScout24	507
6.	Goldman Sachs/Altor/Hamlet	533
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
1.	Verfügung vom 23. September 2013 in Sache BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten	538
2.	Verfügung vom 27. Juli 2015 in Sache BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten	541
8.	BGBM LMI LMI	
1.	Empfehlung der WEKO zum Gesetz des Kantons St. Gallen über die Nutzung des Untergrunds	546
2.	Recommandation du 19 octobre 2015 à l'attention du canton de Fribourg concernant son avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol	548
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1.	Öffentlichkeitsprinzip (Zugang zu Mitarbeiterdaten)	552
2.	Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL	561
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Arrêt du Tribunal fédéral du 13 avril 2015 – Autorisation de représenter les parties en justice (agent d'affaires breveté)	697
2.	Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2015 – Marchés publics, marché intérieur	705
3.	Urteil des Bundesgerichts vom 21. August 2015 – Submission	717

C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. März 2015 betreffend Klage aus Kartellgesetz	724
E	Diverses Divers Diversi	
	1. Gutachten für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES)	731
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	741
	Index (deutsch, français e italiano)	743

B Verwaltungsrechtliche Praxis

Pratique administrative

Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segretaria della Commissione della concorrenza

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG

Publikationsversion des Schlussberichts des Sekretariats der WEKO vom 11. Mai 2015 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Verfahrensgegenstand – Anzeige der Amedis

1. Mit Schreiben vom 24. Juli 2009 reichte Amedis-UE AG (nachfolgend Amedis), gehörend zum Merckle Konzern¹, gegen die Alloga AG (nachfolgend Alloga), Tochtergesellschaft der Galenica AG² und in der Schweiz tätiger Prewholesaler, eine Anzeige wegen möglicher unzulässiger Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG³ ein.

2. Alloga habe ihr am 30. November 2008 mitgeteilt, dass sie per sofort sämtliche offenen Bestellungen der Amedis bzw. Lieferungen an sie gestoppt habe. Um wieder im gewohnten Umfang beliefert zu werden, habe Amedis bis 8. Dezember 2008 Sicherheiten in der Höhe von CHF 20 Mio. leisten müssen. Als Grund für diese Massnahme habe Alloga die gemäss Berichten in den deutschen Medien schlechte finanzielle Situation von Herrn Merckle und seiner VEM Vermögensverwaltung AG, Hauptaktionärin der deutschen Phoenix-Gruppe⁴, zu der auch Amedis gehört, angeführt.⁵ Alloga hätte deshalb auch ein erhöhtes Ausfallrisiko (Bonitätseinschätzung) für Amedis befürchtet.

3. Amedis habe die von Alloga verlangten Sicherheitszahlungen geleistet, um einer out-of-stock Situation vorzubeugen und die Wiederbelieferung sicherzustellen.⁶

4. Amedis sieht in dem Vorgehen einen Versuch, sie als grösste Konkurrentin der Galaxis AG (nachfolgend Galaxis), Tochtergesellschaft der Galenica und grösster Grossist in der Schweiz, vom Markt zu verdrängen.⁷ Sie wirft Alloga die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen i.S. von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vor,

indem sie von Amedis für eine Belieferung eine dauernde Vorleistung/Besicherung im Umfang von CHF 20 Mio. verlange. Weiter würde Amedis gegenüber anderen Distributoren diskriminiert, welche keine Sicherheiten beibringen müssten (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

5. Im Rahmen der Vorabklärung soll geklärt werden, ob Alloga ihre allenfalls marktbeherrschende Stellung missbraucht haben könnte, indem sie eine Bankgarantie bzw. weitere Sicherungsmassnahmen gegenüber Grossisten im Allgemeinen sowie Amedis im Besonderen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen hat. Auf die Gleichbehandlungsproblematik wird nicht weiter eingegangen, da, wie nachfolgend ausgeführt wird, Alloga zwischenzeitlich von allen grösseren Grossisten Sicherheiten verlangt.⁸

6. Dabei bleibt zu erwähnen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Alloga Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG unterbreitet hat, mit welchen die in Frage stehende kartellrechtliche Problematik beseitigt und weitere Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden können. Alloga hat diese Anregungen unterzeichnet.⁹

¹ Es handelt sich um einen diversifizierten Konzern mit Tochtergesellschaften, die unterschiedliche Wertschöpfungsketten aufweisen und nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Die Merckle-Gruppe ist unter anderem die alleinige Eigentümerin der Phoenix-Gruppe.

² Die Galenica Gruppe (Galenica) ist ein in der Schweiz im Gesundheitsbereich tätiger Konzern, welcher in die Geschäftsbereiche Pharma und Santé aufgeteilt ist.

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

⁴ Die Phoenix-Gruppe ist im alleinigen Eigentum der Merckle-Gruppe. Sie betrachtet sich als Bindeglied zwischen Hersteller und Patient. Ihr gehören europaweit Prewholesaler, Grossisten und Apotheken.

⁵ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 1, Ziff. 2.

⁶ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 2 f., Ziff. 3.

⁷ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 2 f., Ziff. 4.

⁸ Vgl. dazu A.3.3, insbesondere Rz 48.

⁹ Vgl. C.2.

A.2 Verfahrensgeschichte

7. Mit Anzeige vom 28. Juli 2009 hat sich die Amedis darüber beschwert, dass Alloga von ihr Garantien über 100 % der zu diesem Zeitpunkt offenen Rechnungen verlangt hat. Konkret wurden Zahlungen im Umfang von CHF 20 Mio. auf ein Konto der Galenica verlangt.

8. In dieser Zeit sind zudem diverse andere Anzeigen und Meldungen eingegangen, die auf Missstände im Bereich des Medikamentenvertriebs in der Schweiz aufmerksam gemacht haben. Das Sekretariat hat sich entschieden, die Anzeigen gemeinsam in einer Vorabklärung als Art sektorielle Analyse zu behandeln. Am 7. September 2010 wurde entsprechend die Vorabklärung „32-0227 Medikamentenvertrieb in der Schweiz“ eröffnet mit dem Ziel, sich schrittweise mit den einzelnen Elementen bzw. Teilgegenständen auseinanderzusetzen und Synergien zu nutzen.

9. In der Folge wurden Fragebogen an Exponenten aller Vertriebsstufen verschickt. Es wurden zwanzig Hersteller/Importeure von Medikamenten, drei Prewholesaler (darunter Alloga und Amedis) sowie elf Grossisten befragt. Die Antworten trafen im Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis 17. Januar 2011 ein.

10. Aufgrund der Aktualität der Vorfälle betreffend die Publikation von Arzneimittelinformationen sowie weiterer für den Vertrieb von Arzneimitteln relevanter Informationen sowie daraus resultierender zeitlicher Dringlichkeit dieses Teilgegenstandes erfolgte 2012 eine Konzentration auf den Bereich Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen zu Lasten der übrigen im Rahmen der Vorabklärung zu prüfenden Problematiken. Am 6. Dezember 2012 wurde die entsprechende Untersuchung in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen eröffnet.

11. Im Verlauf dieser Zeit sind die Höhe und die Dauer¹⁰ der Besicherung in den Fokus der kartellrechtlichen Beurteilung gelangt. Dies war auch insofern relevant, als das mögliche Vorliegen sachlicher Gründe für die Besicherung (die ausserordentlichen finanziellen Umstände/Vorfälle und die angeblich noch damals angespannte Situation um Merckle) gestützt auf den damaligen Kenntnisstand nicht ausgeschlossen werden konnte. Auch Amedis ging von einer temporären Massnahme aus.

12. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 hat das Sekretariat der Alloga die Anzeige der Amedis zukommen lassen und diese mit den Vorwürfen von Amedis konfrontiert. Mit Schreiben vom 30. September 2013 hat Alloga dazu Stellung genommen.

13. Am 25. Oktober 2013 unterbreitete das Sekretariat die Stellungnahme von Alloga Amedis mit der Aufforderung, sich dazu zu äussern. Am 10. Januar 2014 reichte Amedis ihrerseits eine Stellungnahme zu den Vorbringen der Alloga ein.

14. Am 14. März 2014 hat Alloga unaufgefordert eine weitere Stellungnahme zur Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009 eingereicht.

15. Am 19. März 2014 fand ein Gespräch zwischen Vertretern der Alloga und des Sekretariates zur Klärung bestimmter Aspekte statt.

16. Mit Schreiben vom 2. April 2014 hat Amedis erneut die Eröffnung einer Untersuchung gefordert.

17. Anlässlich einer weiteren Besprechung mit Alloga vom 22. September 2014 wurde diese über die vorläufigen Ergebnisse betreffend die Lieferstoppproblematik sowie die rechtliche Einschätzung durch das Sekretariat orientiert. Gestützt darauf sollte die Bereitschaft Alloga's für Massnahmen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG abgeholt werden.

18. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2014 hat sich Alloga bereit erklärt, ihr Verhalten gemäss vom Sekretariat vorgeschlagenen Anregungen anzupassen und informiert, dass die Bankgarantie nun durch eine Garantievereinbarung abgelöst wurde.

19. In Zusammenhang mit den Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG fand am 11. November 2014 ein weiteres Treffen mit Vertretern der Alloga statt.

20. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 hat das Sekretariat Alloga Anregungen unterbreitet, wie das möglicherweise kartellrechtswidrige Verhalten von Alloga angepasst werden könnte. Diese konnten nach Anpassungen am 12. März 2015 von Alloga unterzeichnet und dem Sekretariat mit Schreiben vom 16. März 2015 eingereicht werden.

21. Mit diesem Schlussbericht wird die Problematik im Bereich des Prewholesales (betreffend Lieferstopp durch Alloga) abgehandelt und separat abgeschlossen. Er behandelt lediglich diesen Teilbereich¹¹ und schliesst darüber hinaus die Vorabklärung „32-0227 Medikamentenvertrieb in der Schweiz“ nicht ab. Diese wird weitergeführt. Auf eine jeweilige Präzisierung dieses Umstandes wird im Folgenden verzichtet.

A.3 Medikamentenvertrieb in der Schweiz – relevante Aspekte

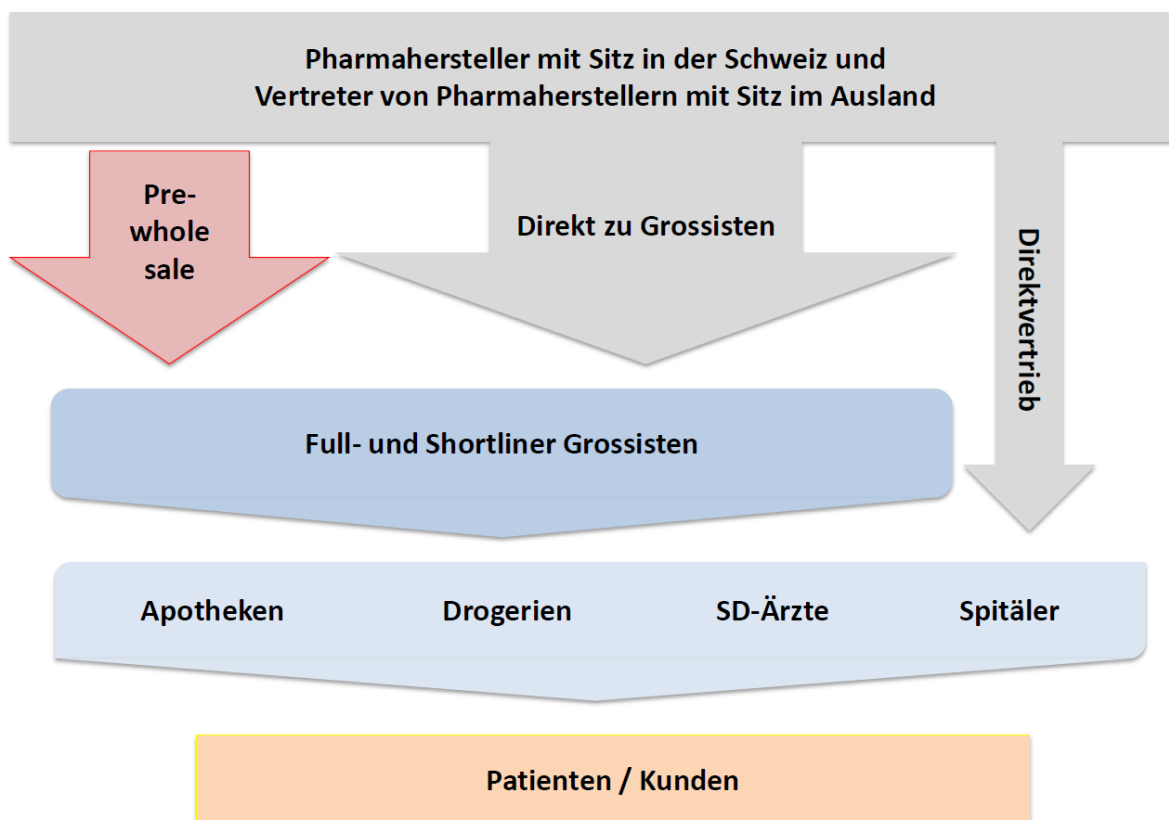
A.3.1 Vertriebsstufen und Prewholesale im Besonderen

22. Der Vertrieb von Pharmaprodukten erfolgt über verschiedene Stufen und kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

¹⁰ Vgl. dazu A.3.3 und B.3.2.2.

¹¹ Vgl. vorne, Rz 8.

Abb. 1: Prewholesale in der Arzneimitteldistribution in der Schweiz



Quelle: Sekretariat

A.3.1.1 Prewholesale

23. Prewholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte. Gewisse Hersteller von Arzneimitteln konzentrieren sich auf ihr Kerngeschäft, die Forschung und Entwicklung, und lagern andere Tätigkeiten aus. Das Hauptangebot der Prewholesaler besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Nicht alle Prewholesaler verfügen dabei über eigene Transportmöglichkeiten. Oftmals wird der Transport der Pharmaprodukte seinerseits an spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert.¹² Daneben können Prewholesaler den Herstellern verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie z.B. die Abwicklung des Bestellwesens, Rechnungstellung, Inkasso oder die Übernahme des Delkredererisikos (auch Debitorenrisiko).¹³

24. Hersteller, die Prewholesale- (nachfolgend PWS-) Dienstleistungen für ihre Produkte in Anspruch nehmen, arbeiten jeweils ausschliesslich mit einem Prewholesaler zusammen.¹⁴ Dies bedeutet für Grossisten, dass der Bezug der entsprechenden Medikamente nur über den jeweiligen Prewholesaler möglich ist. Die Hersteller betreiben kein eigenes Lager mehr.

25. Der Prewholesaler betreibt gemäss Vereinbarung mit dem Hersteller auf Rechnung des Herstellers dessen Lager- und Vertriebslogistik gegen Entgelt. Er wird nicht

Eigentümer der Ware, er übernimmt ab Rampe hingegen regelmässig das Haftungsrisiko. Der Hersteller bleibt damit in der Regel Verhandlungs- und Vertragspartner für seine Abnehmer (in Sachen Geschäftsbedingungen und Konditionen). Er entscheidet, ob und zu welchen Bedingungen ein Abnehmer beliefert wird. Der Abnehmer ist Kunde des Herstellers, eine Vertragsbeziehung betreffend das Produkt mit dem Prewholesaler besteht nicht.¹⁵

26. Der Prewholesaler handelt sodann auf entsprechende Weisung des Herstellers. Er ist unter Umständen direkter Ansprechpartner des Abnehmers im täglichen operativen Geschäft und damit in Zusammenhang mit der Bestellabwicklung zu den mit dem Hersteller vereinbarten Konditionen. Sein Tätigkeits- und Einflussbereich

¹² Vgl. RPW 2005/4, 641, Rz 33, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

¹³ Vgl. RPW 2009/2, 178, Rz 36, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

¹⁴ Schreiben von Alloga vom 30. September 2013, S. 2, Rz 1 ff., S. 5, Rz 14 f., S. 6, Rz 18 f.

¹⁵ Vgl. RPW 2005/4, 641 f., Rz 33 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*, sowie Ergebnisse der Befragung der Hersteller (vgl. Rz 9).

variiert im Einzelfall (vom Vertragsverhältnis zum Hersteller und den von ihm übernommenen Tätigkeiten abhängig). Dieser kann von reiner Lagerung und Logistik über das Erbringen diverser weiterer Dienstleistungen für den Auftraggeber (z.B. Chargenfreigabe) bis hin zur Übernahme des Debitorenmanagements gehen. Demgegenüber kann es auch sein, dass für die Abnehmer die Zwischenschaltung des Prewholesalers nicht erkennbar ist. So wenn der Prewholesaler zwar einen Bestellservice zur Verfügung stellt, welcher aber grundsätzlich auf den Namen des Herstellers betrieben wird. Auch wenn der Prewholesaler unter eigenem Namen in Erscheinung tritt, tut er dies auf Rechnung des Herstellers.¹⁶

27. Verlässliche Angaben dazu, wieviel Prozent der Pharmahersteller die Dienste eines Prewholesalers in Anspruch nehmen, liegen dem Sekretariat nicht vor. Diverse Prewholesaler gehören zu Konzernen im Bereich des Gesundheitswesens, die auch Unternehmen auf Grosshandelsstufe vertikal integriert haben.

28. In der Schweiz bieten damit Pharmagrossisten oder mit ihnen verbundene Unternehmen auch PWS-Dienstleistungen an. Diese Prewholesaler bekommen Informationen betreffend das Geschäft von konkurrierenden Grossisten (welche Medikamente bestellen diese, wie viele, wie oft, deren Umsatz usw.). Je mehr Kunden einem Prewholesaler angeschlossen sind, über desto mehr für den mit ihm verbundenen Grossisten interessante Informationen verfügt er. Darüber hinaus könnte potentiell für die Prewholesaler ein Anreiz bestehen, den eigenen Grossisten zu bevorzugen. Aus kartellrechtlicher Sicht ist es in diesem Zusammenhang angezeigt, Massnahmen zu treffen, um einen Transfer von Informationen zu vermeiden, was Alloga nach eigenen Angaben getan hat. Eine entsprechende Problematik ist indes nicht Gegenstand vorliegenden Verfahrens.

A.3.1.2 Grosshandel

29. In Bezug auf die Arzneimitteldistribution bilden die Pharmagrossisten das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellern und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Feinverteilung der Arzneimittel an die einzelnen Abnehmer. Die Grossisten lagern die Arzneimittel in Distributionszentren und beliefern den Detailhandel, d.h. sie transportieren die durch den einzelnen Detailhandelsanbieter bestellten Arzneimittel termingerecht vor Ort. Als Abnehmer der Grossisten figurieren Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte, Spitäler und Heime.

30. Die klassischen Pharmagrossisten verfügen über ein Vollsortiment (Vollgrossist oder auch „Full-liner“), so dass sie in der Lage sind, grundsätzlich jedes nachgefragte Medikament innerhalb kurzer Zeit zu liefern. In der Regel werden beispielsweise Apotheken zumindest täglich beliefert. Die Vollgrossisten beliefern grundsätzlich auch sämtliche Absatzkanäle.¹⁷

31. Neben diesen klassischen Vollgrossisten sind im Pharmagrosshandel auch Unternehmen tätig, welche nur über ein beschränktes Sortiment verfügen (sog. „Shortliner“). Shortliner konzentrieren sich in der Regel auf ein kleines Sortiment an relativ teuren und deshalb lukrativen Arzneimitteln, welche sie zu günstigeren Preisen als der Vollgrossist verkaufen. Shortliner bieten im

Vergleich zum Vollgrossisten tendenziell auch ein eingeschränktes Dienstleistungsangebot an, beispielsweise in Bezug auf die Lieferfrequenz (normalerweise keine täglichen Lieferungen).¹⁸

A.3.2 Stellung Alloga sowie von ihr angebotene Dienstleistungen (Delkrederere und Inkasso)

32. Alloga ist der mit Abstand grösste Prewholesaler auf dem Schweizer Gesundheitsmarkt. Auf ihrer Homepage bezeichnet sie sich selbst als Nummer 1 für umfassende Logistiklösungen auf dem Schweizer Gesundheitsmarkt.¹⁹ Gemäss Schätzungen von Amedis würden [70-80] % der in der Schweiz über Prewholesaler vertriebenen Medikamente durch Alloga vertrieben.²⁰ Gemäss eigenen Angaben arbeitet Alloga mit etwa [...] Pharmahersteller (nachfolgend auch PWS-Kunden) zusammen.

33. Alloga bietet den Pharmaherstellern neben Lager- und Logistikdienstleistungen (gemäss Homepage Order Management, Warehousing, Transport und Reporting) auch sogenannte Finanzdienstleistungen an.²¹ Dazu gehören die Rechnungsstellung, das Inkasso-Management, das Mahnwesen, die Bonitätsprüfung von Kunden der Hersteller auf Anfrage sowie die Übernahme des Debitorenrisikos. Bei gewissen PWS-Kunden (z.B. bei [...])²² übernehme Alloga nur die Logistik-Dienstleistungen. Bei anderen kämen noch die Factoring- und Inkasso-Dienstleistungen samt Tragung des Delkredererisikos hinzu.²³

34. Alloga selbst gibt an, keinen Aussendienst gegenüber den Grossisten oder Retailern zu betreiben.²⁴ Sie würden die Abnehmer einzig im Auftrag und nach Weisungen der Pharmahersteller beliefern. Dabei würden sie stellvertretend im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handeln. Auf die Konditionen der Abnehmer hätten sie keinerlei Einfluss. Die Bestellabwicklung erfolge separat für jeden Hersteller.²⁵

35. Was die Finanzdienstleistungen betrifft, übernimmt Alloga für gewisse Pharmahersteller vertraglich in deren Auftrag die Bonitätsprüfung einzelner Abnehmer. Auch die Inkassodienstleistungen würden die Pflicht beinhalten, die Solvenz der Abnehmer zu prüfen. Beständen triftige Gründe zur Annahme, dass ein Kunde des Herstellers in Liquiditätsschwierigkeiten steckt und infolge dessen Medikamente, welche durch Alloga auszuliefern wären, nicht gehörig vergütet werden könnten, macht Alloga die betreffenden Hersteller darauf aufmerksam.

¹⁶ Vgl. RPW 2005/4, 641 f., Rz 33 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

¹⁷ RPW 2009/2, 179, Rz 38, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

¹⁸ RPW 2009/2, 179, Rz 39, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

¹⁹ Vgl. <http://www.galenica.com/de/geschaeftsbericht/downloadcenter/downloadcenter.php>, Geschäftsbericht 2014 in Kürze, S. 29.

²⁰ Schreiben von Amedis vom 10. Januar 2014, S. 5, Rz 10.2.

²¹ Vgl. <http://www.alloga.ch/de/partner/dienstleistungen.php>, zuletzt besucht am 30.04.2015.

²² [...]

²³ Angaben anlässlich des Gesprächs vom 19. März 2014.

²⁴ Schreiben von Alloga vom 30. September 2013, S. 3, Rz 6.

²⁵ Schreiben von Alloga vom 30. September 2013, S. 1, Rz 2, S. 3, Rz 5, S. 4, Rz 9, S. 5, Rz 15.

36. Der gewöhnliche, mit den Herstellern vorgesehene Inkassovorgang sehe weiter folgendermassen aus, was gegebenenfalls alles sehr schnell gehe: Eine Lieferung erfolgt mit bspw. 30 Tagen Zahlungsfrist. Anschliessend folgen eine erste Mahnung, sodann eine zweite Mahnung. Nach dem Versand der [...] würden die PWS-Kunden auf die ausstehenden Zahlungen aufmerksam gemacht und gegebenenfalls kommt es auf Weisung zur Ergreifung weiterer Massnahmen. Nach einer dritten Mahnung folgt die Betreuung.²⁶ Gemäss einem dem Sekretariat vorliegenden Vertrag (nachfolgend Mustervertrag) ist des Weiteren vereinbart, dass Alloga bei verspäteter Zahlung [...].

37. Soweit Alloga für einen Hersteller Inkassodienstleistungen übernehme, trage Alloga teilweise das Debitorenrisiko. Als Debitoren- oder Delkredererisiko wird das mit der Kreditierung oder Bevorschussung verbundene Risiko bezeichnet, dass das Geld schlussendlich nicht einbringbar sein könnte. [Alloga trägt folglich bei entsprechender Übernahme das Risiko des Ausfalls von erwarteten Zahlungseingängen abzüglich der Marge von Alloga. Sofern Alloga unabhängig vom effektiven Zahlungseingang ihren PWS-Kunden die fälligen Forderungen zu vereinbarten Terminen vergütet, übernimmt sie die Zwischenfinanzierung]²⁷ (von Alloga als „Vorfinanzierungsrisiko“ bezeichnet). Gemäss Angaben von Alloga habe sie für etwa [...] % ihrer PWS-Kunden das Delkredererisiko zu tragen. [...].

38. [...] Regelung betreffend Übernahme, Begrenzung und Umschreibung des zu tragenden Risikos. [Anfänglich] trägt der Hersteller grundsätzlich [...] das Debitorenrisiko. Sodann übernimmt Alloga das Debitorenrisiko, ausser sie lehnt den Abnehmer aus bestimmten Gründen (wie Zahlungsschwierigkeiten desselben etc.) ab. Diesfalls bleibt das Debitorenrisiko beim Hersteller. Andernfalls ist auch zu einem späteren Zeitpunkt aus den entsprechenden Gründen jederzeit eine Rückübertragung des Risikos (betreffend zukünftige Lieferungen) auf den Hersteller möglich. Aktualisiert sich das Ausfallrisiko [...], spricht wird über Abnehmer mit Umsätzen über einem bestimmten Betrag mit Produkten des Herstellers der Konkurs eröffnet, [...]. Somit ist vertraglich vorgesehen, nach welchen Mechanismen Alloga das Debitorenrisiko übernimmt, und wie sie vorzugehen hat, wenn ihr das übernommene Risiko zu gross wird.

39. Betreffend die Entschädigung für die Übernahme des Delkredererisikos liegen seitens Alloga widersprüchliche Angaben vor. Dem Mustervertrag ist kein spezifischer Betrag für die Übernahme des Delkredererisikos zu entnehmen. Es steht indes, dass dieses mit den übrigen Finanzaktivitäten [...] verrechnet wird. [...]. Auch anlässlich des Gesprächs vom 19. März 2014 führte Alloga aus, dass sie ein Entgelt für die Übernahme des Delkredererisikos erhalte. Dieses sei das Ergebnis [...] gewesen und in die Tarife miteinberechnet. Bis 2006 habe man eine [...] in der Höhe von [0-5] % [...] erhoben. Nach dem Preiszerfall in der Industrie habe man auf eine [...] gewechselt [...]. Das Entgelt für die Tragung des Delkredererisikos sei im Preis für [...] mitinbegriffen. Im Gespräch vom 22. September 2014 gab Alloga sodann an, von den Herstellern für die Übernahme des Delkredererisikos nicht vergütet zu werden. Alloga

gibt weiter an, [...]. Daher habe sie in den letzten Jahren versucht, die [...].

40. Damit werden zwischen Hersteller und Prewholesaler detaillierte Regelungen betreffend die Rechte und Pflichten des Prewholesalers im Verhältnis zum Hersteller wie auch den Kunden des Herstellers ausgehandelt. Der Prewholesaler hat keinen darüber hinausgehenden Handlungsspielraum für den Hersteller in Bezug auf dessen Produkte. Alloga betonte wiederholt, dass sie reine Befehlsempfängerin sei, welche ausschliesslich auf und gemäss Weisungen der Hersteller handle und keinerlei Einfluss auf die Konditionen und Geschäftsbedingungen und damit das ob und wie der Belieferung der Kunden der Hersteller habe.²⁸

41. Mit dem Delkredere in Bezug auf insbesondere grosse Abnehmer hat Alloga ein beträchtliches eigenes Risiko übernommen (Klumpenrisiken). Dies da sich die vor einer allfälligen Rückübertragung des Delkredererisikos bei Zahlungsschwierigkeiten oder ähnlichem offenen Beträge der mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen oder mehr ausgelieferten Produkte summieren. Dieses ihr Ausfallrisiko hat Alloga mittels der ab 2008 ergriffenen Massnahmen abgesichert.²⁹ Dennoch war die Übernahme dieses Risikos gleichzeitig Teil der vertraglichen entgeltlichen Regelung zwischen den entsprechenden Herstellern und Alloga.

42. Abschliessend interessant hier aber nur am Rande erwähnt sei, dass das PWS-Geschäft der Alloga gemäss deren Aussage [...] sei. Sie hätten keineswegs ein profitables Geschäft³⁰ betrieben und zwischen [...] und [...] jährlich einen Verlust von durchschnittlich CHF [...] Mio. (bei einem Ertrag von rund CHF [...] Mio.) erwirtschaftet. [...] mit einem [...] positiven Ergebnis hätte betrieben werden können.³¹

A.3.3 Angaben zur Besicherung von Amedis sowie der Branche

43. Amedis gab an, dass Alloga ihr am 30. November 2008 (Sonntag) mitgeteilt habe, dass sie per sofort sämtliche offenen Bestellungen der Amedis bzw. Lieferungen an sie gestoppt habe. Dieser Lieferstopp bliebe bestehen, bis Amedis Sicherheiten in der Höhe von CHF 20 Mio. gestellt haben werde (durchschnittlicher Wert der monatlichen Bezüge der Amedis über Alloga). Dieser Betrag setzte sich gemäss späteren Angaben der Alloga aus einer Sicherstellung in Höhe von CHF 3 Mio. für [...], für welche Alloga ausschliesslich Lager- und Logistikdienstleistungen erbringe, sowie CHF 17 Mio. für Alloga zusammen.

44. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 habe Alloga ihre Vertragspartner über den von ihr verfügten Lieferstopp informiert mit der Begründung, dass sie das Debitorenrisiko nicht mehr tragen können.³²

²⁶ Gemäss Gespräch mit Alloga vom 19. März 2014.

²⁷ [...].

²⁸ Schreiben von Alloga vom 30. September 2013, S. 3, Rz 9.

²⁹ Vgl. dazu später, Rz 88 ff.

³⁰ [...].

³¹ Schreiben von Alloga vom 14. März 2014, S. 6, Rz 18.

³² Schreiben von Amedis vom 10. Januar 2014, S. 6, Rz 13.

45. Anlässlich eines Gespräches am 4. Dezember 2008 habe Alloga konkret zwei Zahlungen im Umfang von je CHF 10 Mio. bis 8. Dezember 2008 als Sicherheit gefordert. Im Umfang der geleisteten Zahlungen sollte Amedis wieder beliefert werden (Vorleistung).³³ Weiter hätte Alloga Amedis eine Lieferung Zug-um-Zug angeboten. Als Grund für ihre Forderung führte Alloga die gemäss Medienberichten schlechte finanzielle Situation von einzelnen im Ausland ansässigen Beteiligungsgesellschaften von Herrn Merckle sel. An³⁴ sowie wiederholte Zahlungsverzögerungen seitens Amedis. Ihr Ausfallrisiko sei ihr zu gross gewesen. Amedis ihrerseits hätte auf einen temporären Charakter der Massnahme bei Klärung der Situation Merckle gehofft.³⁵

46. Amedis als Vollgrossist, welche ca. 34% ihres Sortimentes über Alloga bezieh³⁶, konnte es sich nicht leisten, über einen so grossen Anteil an ihrem Sortiment nicht mehr zu verfügen (Reputationsschaden, Verlust Kunden an Konkurrenten, zu denen auch Galexis, ihrerseits Tochtergesellschaft der Galenica AG und grösster Grossist in der Schweiz, gehört). Weiter hätte ein solcher Vorfall Versorgungssicherheitsrelevant sein können, sofern Amedis zur Finanzierung der Massnahmen ihren Abrechnungsmodus gegenüber den Abnehmern hätte kurzfristig ändern müssen.³⁷ Entsprechend habe Amedis am 5. und 8. Dezember 2008 die von Alloga verlangten Sicherheitszahlungen geleistet.

47. Im Januar 2009 wurde die Besicherung im Umfang von CHF 20 Mio. in eine Bankgarantie umgewandelt, welche sodann wiederholt verlängert werden musste.³⁸ Gemäss Aussage von Alloga, welche jedoch von Amedis bestritten wird, hätte Amedis nie Anstalten gemacht, diese Situation zu ändern, sondern die Sicherheit jeweils einfach verlängert.³⁹ Alloga betonte, auch für eine andere Lösung offen zu sein respektive forderte Transparenz betreffend der finanziellen Situation von Amedis.⁴⁰ Am 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 wurde eine Garantievereinbarung zwischen Phoenix und Alloga unterzeichnet, welche eine Ablösung der Bankgarantie durch eine Garantievereinbarung zur Folge hatte. In der Garantievereinbarung hat sich Phoenix unter anderem verpflichtet, offene Forderungen von Alloga gegenüber ihrer Tochter Amedis bis max. CHF 15 Mio. innert 5 Tagen ab Zugang der schriftlichen Aufforderung durch Alloga zu übernehmen.

48. Alloga gab weiter an, dass sie, seit man im 2008 auf die Gefahren in Bezug auf die Tragung des Debitorenrisikos sensibilisiert worden sei, nach und nach auch von den übrigen Grossisten und weiteren Medikamentenabnehmern Sicherheiten verlangt habe.⁴¹ Zwischenzeitlich bezeichnet Alloga eine Besicherung als branchen- bzw. handelsüblich⁴² und verlangt von allen grösseren Abnehmern Garantien: Von [...] die Verpfändung des Warenlagers, ebenso wie von der [...] und [...]. Für [...] und [...] stehen Patronatserklärungen von [...] als Garantie zur Verfügung.⁴³

49. Mit dem Delkredere für insbesondere grosse Abnehmer hat Alloga, wie erwähnt⁴⁴, ein beträchtliches eigenes Risiko übernommen. Dieses hat sie mittels der ab 2008 ergriffenen Massnahmen abgesichert. Gleichzeitig war die Übernahme dieses Risikos Teils der ver-

traglichen entgeltlichen Regelung zwischen den entsprechenden Herstellern und Alloga.

50. Mit der konstanten Leistung von Sicherheiten seitens der grösseren Abnehmer besteht für Alloga trotz entsprechender vertraglicher Übernahme kein eigentliches Ausfallrisiko mehr respektive ein deutlich reduziertes. Alloga hat ihr eigenes Risiko im Falle einer Aktualisierung des Ausfallrisikos gemäss Vertrag mit den Herstellern abgesichert.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

51. 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).

52. 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). Alloga ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

53. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz 57 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.⁴⁵ 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.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

³³ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 2, Ziff. 3.

³⁴ Vgl. auch vorne, Rz 2.

³⁵ Vgl. vorne, Rz 11.

³⁶ Vgl. Schreiben von Amedis vom 10. Januar 2014, S. 4, Ziff. 9 und 10.

³⁷ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 3, Ziff. 4 und 5.

³⁸ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, S. 2, Ziff. 3.

³⁹ Schreiben von Alloga vom 30. September 2013, S. 9, Rz 30.

⁴⁰ Gespräch vom 19. März 2014.

⁴¹ Schreiben von Alloga vom 14. März 2014, S. 1 und S. 10, Rz 31.

⁴² Anders als Amedis, welche angibt, im Prewholesale-Geschäft kein Debitorenrisiko zu tragen (vgl. Schreiben von Alloga vom 14. März 2014, Beilage 8 „Besprechungsprotokoll“, S. 2).

⁴³ Schreiben von Alloga vom 14. März 2014, S. 10, Rz 31.

⁴⁴ Vgl. Rz 41.

⁴⁵ Vgl. RPW 2001/2, 268, Rz 79, *Watt/Migros - EFF*; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 2 KG N 14.

55. 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 Beteiligten auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

56. 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

57. 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).

58. Um festzustellen, ob sich Alloga tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

60. Vorliegend geht es um die Lieferung von Medikamenten. Medikamente werden von den Grossisten entsprechend der Nachfrage der Apotheken etc. bei den Herstellern nachgefragt.

61. Der Bezug der Medikamente ist entweder direkt ab Hersteller oder aber via einen Prewholesaler möglich. Der erste Fall impliziert, dass der Hersteller seine Produkte selbst lagert und deren Vertrieb selbst organisiert. Im zweiten Fall kümmert sich ein Prewholesaler stellvertretend für den Hersteller um die Lagerung und die physische Abwicklung des Vertriebs.⁴⁶ Der Prewholesaler tritt hierbei stellvertretend für den Hersteller mit dem Grossisten in Kontakt. In beiden Fällen gelten jedoch die Konditionen, welche der Hersteller mit dem Grossisten vereinbart hat. Neben dem Dienstleistungsangebot gegenüber den Herstellern können Prewholesaler als eigenständige Unternehmen auch weitere Dienstleistungen gegenüber Grossisten und anderen Abnehmern anbieten.

62. Die Lieferung der Medikamente an die Grossisten findet dementsprechend auf zwei Arten, d.h. über zwei Vertriebskanäle statt. Entweder übernimmt der Hersteller den Vertrieb seiner Produkte eigenhändig oder aber er nimmt die Dienstleistungen eines Prewholesalers im Sinne einer Auslagerung der Lagerung, Logistik sowie u.U. anderer Tätigkeiten in Anspruch. Der Prewholesaler erbringt diese Tätigkeiten dann stellvertretend für den Hersteller.

63. Der sachlich relevante Markt ist somit vorliegend der Markt für den Bezug von Medikamenten, wobei in Zu-

sammenhang mit der physischen Abwicklung zwei Vertriebskanäle unterschieden werden können. *In casu* ist insbesondere der Vertriebskanal über Prewholesaler von Interesse ist.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

65. Grossisten vertreiben sämtliche durch Swissmedic in der Schweiz zugelassene Medikamente. Parallelimporte von Medikamenten sind zwar zugelassen. Die Grossisten sind jedoch aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen gezwungen, gegebenenfalls die Medikamente umzupacken, da die Angaben und Texte auf dem Behälter und dem Packungsmaterial in mindestens zwei Amtssprachen abgefasst werden müssen (vgl. Art. 14 Abs. 1 VAM⁴⁷). Hinzu kommt, dass die Packungsbeilagen (die Patienteninformationen) in den drei Amtssprachen vorhanden sein müssen (vgl. Art. 14 Abs. 3 VAM).

66. Bei diesen Vorschriften handelt es sich zwar nicht um unüberwindbare Hürden. Durch die mit den gesetzlichen Bestimmungen verbundenen Aufwände wird aber das Arbitragepotential geschmälert, so dass Parallelimporte weiter unattraktiv werden und die Grosshändler die Medikamente in der Schweiz beziehen. Aufgrund der gemachten Ausführungen ist eher von einem nationalen Markt auszugehen.

B.3.1.2 Marktstellung

67. Grossisten fragen seitens der Hersteller Medikamente nach und sind grundsätzlich auf eine Belieferung durch diese angewiesen. Dabei bestimmt sich ihre Nachfrage in Abhängigkeit von den Bestellungen der Fachhändler und SD-Ärzte, die ihrerseits auf die Nachfrage und die Bedürfnisse der Patienten/Kunden abstellen.⁴⁸ Vollgrossisten zeichnen sich zudem dadurch aus, dass sie im Prinzip jedes in der Schweiz durch Swissmedic zugelassene Medikament an Lager haben respektive vertreiben.⁴⁹

68. Entsprechend besteht für die Abnehmer eine gewisse Abhängigkeit von allen nachgefragten Medikamenten. Dies grundsätzlich unabhängig davon, ob diese direkt vom Hersteller oder aber über einen Prewholesaler bezogen werden. Wird indes ein Prewholesaler eingeschaltet, tritt dieser seinerseits mit den Abnehmern in Beziehung, da er an Stelle des Herstellers handelt und für diesen die Lagerung und den physischen Vertrieb sowie unter Umständen weitere Dienstleistungen übernimmt.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. auch A.3.1.1.

⁴⁷ Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

⁴⁸ RPW 2000/3, 356, Rz 81, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*.

⁴⁹ Vgl. dazu auch vorne, Rz 30.

⁵⁰ Vgl. vorne, Rz 60 f.

69. Alloga ist der führende Prewholesaler auf dem Markt für PWS-Dienstleistungen für pharmazeutische Produkte. Gemäss Schätzungen wurde ihr 2005 ein Marktanteil von mindestens 50 % attestiert.⁵¹ Sodann hat sie die Globopharm AG, welche bereits 2005 über einen geschätzten Marktanteil von 15 % verfügte⁵², übernommen. Mit dieser Übernahme hat Alloga ihre marktführende Position weiter ausgebaut und gilt heute als das Unternehmen mit dem höchsten Marktanteil auf dem Markt für PWS-Dienstleistungen von pharmazeutischen Produkten.

70. Alloga bezeichnet sich entsprechend selbst als marktführendes Unternehmen im Markt für PWS-Dienstleistungen für pharmazeutische Produkte gegenüber den Pharmaherstellern.⁵³ Sie hat für [...] Unternehmen Lagerung und Logistik übernommen. Dies führt dazu, dass Alloga auch auf dem Markt für den Bezug von Medikamenten eine starke Stellung innehat.

71. Amedis gibt an, 34 % der von ihr vertriebenen Medikamente über Alloga zu beziehen.⁵⁴ Gerade als Vollgrossist ist sie auf eine Belieferung auch mit diesen Medikamenten angewiesen. Infolge der Notwendigkeit, als Vollgrossist grundsätzlich alle Medikamente an Lager zu haben respektive kurzfristig liefern zu können, entsteht bezüglich der exklusiv über Alloga vertriebenen Medikamente ein Abhängigkeitsverhältnis der Vollgrossisten nicht nur gegenüber den Herstellern, sondern auch gegenüber Alloga. Sie sind bezüglich dieser Medikamente darauf angewiesen, dass sie beliefert werden und die von Alloga mitübernommene Marktstellung nicht durch sie missbraucht wird.

B.3.1.2.1. Aktuelle Konkurrenz

72. Hersteller übernehmen die Lagerung und Logistik entweder selbst, oder lagern diese (und u.U. weitere) Tätigkeiten für alle ihre Produkte aus. Ein entsprechendes Vorgehen betreffend lediglich einen Teil des Sortimentes macht keinen Sinn.⁵⁵ Folglich sind Medikamente entweder direkt oder über einen Prewholesaler beziehbar, der Vertriebskanal über Prewholesaler und direkt schliessen sich gegenseitig aus.

73. Bieten gewisse Hersteller von Medikamenten ihre Produkte folglich exklusiv über einen Prewholesaler an, bedeutet dies für Grossisten, dass sie diese Medikamente nur über diesen Prewholesaler beziehen können. Die Möglichkeit, diese Medikamente über die Hersteller selbst oder über andere konkurrierende Prewholesaler zu beziehen, bleibt ausgeschlossen, da diese Lagerung und Logistik eben an ein einziges Unternehmen ausgelagert haben. Ausweichmöglichkeiten bestehen keine.

74. Eine potentielle Alternative aus Sicht der Abnehmer wäre der Bezug aus dem Ausland. Aufgrund der aktuellen regulatorischen Rahmenbedingungen ist ein Bezug im grossen Stil aber weder möglich noch lukrativ.⁵⁶ Bleibt für Grossisten lediglich die Möglichkeit, die benötigten Medikamente über andere Grossisten und damit zum höheren Wholesalepreis zu beziehen, was ebenfalls keine dauerhafte und insbesondere keine kompetitive Lösung sein kann.

75. Alternative Bezugskanäle für Medikamente der Hersteller und damit auch für die über Prewholesaler, in casu konkret Alloga vertriebenen Arzneimittel bestehen

damit gegenwärtig und bis zur Erleichterung von Parallelimporten aus dem Ausland keine.

B.3.1.2.2. Potenzielle Konkurrenz

76. 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 können. Zusätzlich sollte das eintretende Unternehmen genügend gross sein, um für einen funktionierenden Wettbewerb zu sorgen.⁵⁷

77. Wie festgestellt fragen die Grossisten Medikamente über verschiedene Kanäle nach, welche sich gegenseitig ausschliessen. Kurzfristig ist keine Umstellung des Vertriebes seitens der Hersteller möglich. Die Hersteller können aufgrund mehrjähriger Vertragslaufzeiten sowie des erforderlichen administrativen Aufwands die Lagerung und Logistik weder unmittelbar wieder selbst übernehmen noch einem anderen Prewholesaler übertragen.

78. Auch potentielle Konkurrenz besteht gemäss dem im Rahmen der Prüfung der aktuellen Konkurrenz Ausgeführten⁵⁸ folglich bis zur Erleichterung von Parallelimporten aus dem Ausland keine.

B.3.1.2.3. Zwischenergebnis

79. Die Indizien sprechen vorliegend dafür, dass eine marktbeherrschende Stellung von Alloga auf dem Prewholesalemarkt für pharmazeutische Produkte (vgl. Rz 32) besteht, welche ihr auch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für den Vertrieb von Medikamenten (vgl. B.3.1.1.1) sichert.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

80. Das Verlangen einer Bankgarantie und anderer Massnahmen zur Besicherung der Lieferungen stellt möglicherweise eine Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) dar.

81. Preise und Geschäftsbedingungen sind dann unangemessen, wenn sie offensichtlich unbillig oder unverhältnismässig sind und von der Marktgegenseite erzwungen werden können.⁵⁹ Auch unangemessen sind Geschäftsbedingungen, die 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.⁶⁰

⁵¹ RPW 2005/4, 643, Rz 47, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

⁵² RPW 2005/4, 643, Rz 47, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

⁵³ Vgl. <http://www.alloga.ch/de/partner/logistische-loesungen.php>, zuletzt besucht am 17. März 2015.

⁵⁴ Vgl. vorne, Rz 46.

⁵⁵ Vgl. Rz 24.

⁵⁶ Vgl. Rz 73.

⁵⁷ Vgl. RPW 2011/4, 632, Rz 729, *Ascopa*.

⁵⁸ Vgl. Rz 72 ff.

⁵⁹ BORER (Fn 45), Art. 7 KG N 20.

⁶⁰ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, 337.

82. Vorliegend stellt sich die Frage, ob der von Alloga verfügte kurzfristige Lieferstopp und die für eine Wiederbelieferung verlangten Sicherheiten von Amedis und später der ganzen Branche mögliche Verstösse gegen das Kartellgesetz darstellen könnten.

B.3.2.1 Verlangen der Bankgarantie

83. Neben Lagerung und Vertriebslogistik hat Alloga gemäss eigenen Angaben von [einem beträchtlichen Teil] ihrer PWS-Kunden vertraglich das Delkredererisiko übernommen. Infolge Übernahme des Delkredererisikos übernehmen Prewholesaler das Risiko finanzieller Ausfälle seitens der Grossisten von den Herstellern.⁶¹

84. Alloga bezeichnet ihr Vertragsverhältnis zu den Herstellern als Kommission.⁶² Bei einem solchen ist gesetzlich vorgesehen, dass zwischen Kommissionär (Prewholesaler) und Kommittent (Pharmahersteller) vereinbart werden kann, dass der Kommissionär das Delkredererisiko übernimmt (Art. 430 Abs. 1 OR). In diesem Fall ist gemäss Art. 430 Abs. 2 OR, welcher dispositives Recht darstellt, grundsätzlich eine Risikoprämie (Delkredereprovision) durch den Kommittenten, vorliegend den Pharmahersteller, geschuldet.

85. Wenngleich seitens Allogas gewisse widersprüchliche Aussagen vorliegen, so ist aus Sicht des Sekretariates im Rahmen dieser Vorabklärung gestützt auf die explizite Nennung im Vertrag sowie erste Aussagen von Alloga davon auszugehen, dass Alloga für die Übernahme des Delkredererisikos seitens der entsprechenden Hersteller entschädigt wird.⁶³ Darüber hinaus ist vertraglich im Detail vorgesehen, welche Möglichkeiten Alloga hat, wenn ihr das übernommene Risiko bspw. aufgrund einer veränderten Bonitätseinschätzung des Abnehmers zu gross wird. So kann sie bei Vorliegen sachlicher Gründe eine weitere Übernahme des Delkredererisikos ablehnen. In einem solchen Fall übernimmt der Hersteller erneut das Risiko und muss sich eigenständig entscheiden, ob er den Kunden weiter zu den bisherigen Bedingungen beliefert oder Massnahmen treffen möchte.⁶⁴ Die entsprechenden allfälligen Massnahmen gelten sodann einzig betreffend seine Produkte.

86. Dass sie darüber hinaus keinerlei Handlungsspielraum und damit Einfluss auf die Geschäftsbedingungen und Konditionen der Abnehmer hat, hat Alloga wiederholt betont.⁶⁵ Sie hatte demnach ausser auf Anweisung der Hersteller nicht die Befugnis, für diese eine Besicherung von Amedis oder später gar der ganzen Branche zu verlangen.

87. Dass sie vorgängig zur Ergreifung der Massnahmen von den Herstellern die Anweisungen für entsprechende Besicherungen erhalten und in deren Namen gehandelt hätte, hat Alloga indes so auch nicht behauptet und belegt. Vielmehr hat sie stets davon gesprochen, dass ihr selbst das übernommene Risiko zu gross geworden sei, weshalb sie von Amedis Sicherheiten verlangt hätte. Für die übernommenen Risiken sensibilisiert, habe sie sich in der Folge das eigene Risiko auch von den übrigen Grossisten besichern lassen, indem sie Bankgarantien, Verpfändungen des Warenlagers oder Patronatserklärung von diesen gefordert hat.⁶⁶

88. Dafür, dass Alloga in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und damit nicht stellvertretend für die Her-

steller gehandelt hat, sprechen weitere Umstände: Alloga hat sich nicht an [...] Prozedere zur zukünftigen Beschränkung des Risikos gehalten. Sie hat nie vorgebracht, von der Rückgabeklausel⁶⁷ Gebrauch gemacht zu haben. Solange indes ein Hersteller das Delkredererisiko ausgelagert hat, besteht für diesen kein Anlass mehr, die Ergreifung weiterer Massnahmen von Alloga zu verlangen. Dies wird erst wieder aktuell, wenn Alloga das Delkredererisiko gemäss Vertrag zurück gibt, diesfalls aber keine Delkredereprovision seitens der Hersteller mehr geschuldet wäre.

89. Alloga sass im Zeitpunkt der Medienberichte vielmehr bereits auf offenen Forderungen verschiedener Hersteller, welche sich während der letzten 30 oder mehr Tagen angehäuft hatten⁶⁸ und für die sie das Delkredererisiko übernommen hatte. Um diese offenen Forderungen sicherzustellen, benötigte sie kurzfristig Sicherheiten, pauschal über den ganzen Betrag. Alloga gab an, anlässlich der Vorfälle um Merckle auf das von ihr übernommene Risiko sensibilisiert worden zu sein. Weiter steht im Protokoll der Sitzung vom 4. Dezember 2008, dass Alloga die Hersteller über die ergriffenen Massnahmen informiert hätte.⁶⁹ Zu einer individuellen Verhandlung der Konditionen zwischen den Herstellern und Amedis scheint es nicht gekommen zu sein.⁷⁰ Vielmehr blieben die von Alloga initiierten Massnahmen als solche intakt. Darüber hinaus hätten die übrigen Hersteller, welche ihre Medikamente selbst vertreiben, keine Sicherheiten von Amedis gefordert. Bezüglich der anderen mittlerweile besicherten Abnehmer hat Alloga gar nie andere Gründe als das eigene Bewusstsein betreffend das übernommene Risiko angeführt.

90. Gestützt auf das Gesagte geht das Sekretariat von der Annahme aus, dass Alloga in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und damit nicht stellvertretend für die Hersteller gehandelt hat. Dafür dass Alloga sich das eigene Risiko von den Grossisten hat besichern lassen, indem sie Bankgarantien, Verpfändungen des Warenlagers oder Patronatserklärung von den Grossisten gefordert hat, spricht auch, dass sie stets davon gesprochen hat, dass ihr das übernommene Risiko zu gross geworden sei.

91. Ein Erwirken dieser Besicherungen war Alloga gestützt auf das bestehende Abhängigkeitsverhältnis der Abnehmer von einer Belieferung mit den von den Herstellern über Alloga vertriebenen Medikamenten möglich.⁷¹ Der von Alloga kurzfristige veranlasste Lieferstopp führte dazu, dass Amedis innert weniger als 10 Tagen eine Sicherheit von CHF 20 Mio. leistete.

⁶¹ Vgl. vorne, Rz 37.

⁶² Vgl. Art. 425 ff. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁶³ Vgl. vorne, Rz 39

⁶⁴ Vgl. vorne, Rz 38.

⁶⁵ Vgl. vorne, Rz 48.

⁶⁶ Vgl. vorne, Rz 41.

⁶⁷ Vgl. vorne, Rz 38.

⁶⁸ Vgl. dazu Rz 41.

⁶⁹ Anzeige von Amedis vom 24. Juli 2009, Beilage 2, S. 2.

⁷⁰ Ein solches Vorgehen hätte zu individuellen und damit unterschiedlichen Vorgehensweisen führen müssen.

⁷¹ Vgl. B.3.1.2, insbesondere Rz 71.

92. Amedis war der erste Grossist, von dem Alloga Sicherheitsleistungen verlangt hat. In der Zwischenzeit hat Alloga die Besicherungspolitik kontinuierlich ausgeweitet.⁷² Von der [...], [...] und [...] verlangt Alloga inzwischen die Verpfändung des Warenlagers. Von den [...] und [...] verlangt Alloga Patronatserklärungen als Sicherheiten.⁷³

93. Aufgrund des Gesagten könnte bereits das Fordern einer Bankgarantie bzw. das Fordern von Besicherungen allgemein seitens von Amedis respektive später der Branche missbräuchlich gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sein.

94. Alloga hat für ihr Vorgehen 2008 ausserordentliche Umstände in Form der finanziellen Schwierigkeiten von einzelnen im Ausland ansässigen Beteiligungsgesellschaften von Herrn Merckle sel. angeführt. Selbst wenn, wie Alloga damit anzudeuten scheint, das Vorgehen 2008 gegenüber Amedis damit aus sachlichen Gründen erfolgte wäre und u.U. gerechtfertigt werden könnte, so wären immer noch die Höhe der Bankgarantie sowie deren Dauer und Verhältnismässigkeit aus kartellrechtlicher Sicht zu prüfen.

B.3.2.2 Höhe und Dauer der Besicherung

B.3.2.2.1 Höhe der Besicherung

95. Alloga hat von Amedis eine Sicherheit in der Höhe von CHF 20 Mio. eingefordert.⁷⁴ Dies entspricht den durchschnittlichen monatlichen Bezügen der Amedis, und zwar sämtlichen Bezügen bei allen PWS-Kunden der Alloga.

96. Alloga hat indes lediglich für einen Teil ihrer Kunden das Delkredererisiko vertraglich übernommen. Alloga gab an, für ca. [...] % ihrer Kunden das Delkredererisiko übernommen zu haben.⁷⁵ Bei anderer Gelegenheit präziserte Alloga, dass dies ihren [...] umsatzstärksten Kunden entspreche.

97. Folglich hätte Alloga damals wenn, dann nur für max. [...] % aller Bezüge Sicherheiten verlangen dürfen. Das Debitorenrisiko für die verbleibenden [...] % der Bezüge trug nicht Alloga, sondern der jeweilige PWS-Kunde.

98. Weiter gab Alloga an, dass damals nach Sicherstellung durch Amedis einzelne Hersteller wie bspw. [...] bereit gewesen seien, Amedis weiterhin auch ohne Sicherheiten zu beliefern. Alloga hat aber dennoch die von ihr bereits verlangten Sicherheiten über die gesamten durchschnittlichen monatlichen Bezüge der Amedis aufrecht erhalten und somit auch Forderungen von Pharmaherstellern, die das Delkredererisiko nicht übertragen hatten oder aber bereit waren, dieses zu tragen, mitbesichert. Zu individuellen Verhandlungen der Art und Höhe allfälliger Sicherheitsstellungen zwischen den Herstellern und Amedis scheint es (auch in der Folge) nicht gekommen zu sein. Vielmehr blieb die Bankgarantie, wie von Alloga eingeführt, bis im Herbst 2014 unverändert bestehen.

99. 2014 wurde die Bankgarantie durch eine Patronatserklärung über CHF 15 Mio. seitens der Phoenix-Gruppe abgelöst. [...].

B.3.2.2.2 Dauer der Besicherung

100. Ebenfalls unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist möglicherweise das Beharren der Alloga auf der Leistung von Sicherheiten seit mehr als fünf Jahren zu subsumieren. Alloga gibt selbst an, dass sie die Besicherung aufgrund eines ausserordentlichen Ereignisses (finanzielle Lage von Herrn Merckle und der Phoenix-Gruppe in Deutschland) eingeführt haben soll.⁷⁶ Seither hat sie aber auf Sicherheiten (oder aber Transparenz betreffend die finanzielle Situation der Amedis) beharrt. Dies obschon sich die finanzielle Lage der Merckle Gruppe zwischenzeitlich angeblich verbessert haben und diese keine finanziellen Schwierigkeiten mehr aufweisen soll. Es ist damit allgemein fraglich, ob eine derart lange Dauer der Besicherungen zu rechtfertigen ist. Grundsätzlich wäre zu erwarten, dass ausserordentliche Massnahmen dann aufgehoben werden, wenn der Normalzustand wiederhergestellt ist, oder aber zumindest durch reguläre (i.S. von vertragskonforme) Massnahmen abgelöst werden.

101. Alloga hat indes die Ereignisse im November 2008 vielmehr zum Anlass genommen, eine allgemeine Besicherungspflicht einzuführen, ungeachtet dessen, ob ein Unternehmen Zahlungsschwierigkeiten hat oder nicht. Sie hat angegeben, dass ihr durch den Vorfall 2008 das Risiko von Ausfällen bewusst geworden sei und sie folglich auch von anderen Abnehmern eine Besicherung verlangt habe, so dass sie heute von einer üblichen branchenweiten Besicherung spricht.⁷⁷ Dies *nota bene*, obschon Alloga nach wie vor für eine Mehrheit ihrer PWS-Kunden offiziell das Delkredererisiko übernimmt (welches bei zusätzlicher Besicherung praktisch inexistent ist). Auch daraus erhellt, dass die Sicherstellung seitens Amedis (und auch der übrigen Grossisten) zumindest heute eine allgemeine, von den wirtschaftlichen Verhältnissen unabhängige Massnahme darstellt.

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis

102. Selbst wenn also argumentiert würde, dass eine Besicherung von Amedis vor dem damaligen Hintergrund und damit anfänglich noch sachlich begründet gewesen wäre, so wären a) die Höhe und b) die Aufrechterhaltung der Besicherung trotz Veränderung der finanziellen Lage und damit deren Dauer aus kartellrechtlicher Sicht problematisch und weiter zu prüfen. In Bezug auf die übrigen Abnehmer, welche eine Sicherheit stellen mussten, scheinen solche Gründe nicht bestanden zu haben. Auch für diesen Fall bestünden somit Hinweise für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens von Alloga gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

⁷² Vgl. Rz 48.

⁷³ Schreiben von Alloga vom 14. März 2014, S. 10, Rz 31.

⁷⁴ Vgl. vorne, Rz 43.

⁷⁵ Vgl. vorne, Rz 37.

⁷⁶ Vgl. vorne, Rz 43.

⁷⁷ Vgl. Rz 48.

C Opportunitätsprinzip und Anregungen

C.1 Abschluss der Vorabklärung

103. Wie oben ausgeführt, hat das Sekretariat vorliegend Hinweise für missbräuchliche Verhaltensweise seitens der Alloga. Das Fordern einer Bankgarantie und anderer Besicherungen gegenüber den Grossisten sowie allenfalls die Höhe und Dauer in Bezug auf die Sicherheitsleistungen seitens Amedis könnten die Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen.

104. Ob dem effektiv so ist, kann vorliegend indes offen bleiben. Denn insbesondere vor dem Hintergrund, dass Alloga die Anregungen seitens des Sekretariates und damit eine Bindung an gewisse grundlegende Verhaltensvorgaben für die Zukunft akzeptiert hat, kann vorliegend im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip die Vorabklärung eingestellt und auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet werden.

105. Alloga wird die Besicherungsmassnahmen per Ende Jahr aufheben. Daneben hat sich Alloga auf Verhaltensvorgaben betreffend die von ihr angebotenen Finanzdienstleistungen für die Zukunft verpflichtet. Die Berücksichtigung dieser Verhaltensvorgaben seitens der Prewholesaler schafft Transparenz und soll allfällige Anreize für eine Benachteiligung von Konkurrenten auf nachgelagerten Marktstufen reduzieren und weiteren kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen vorbeugen. Bereits mit diesem Schlussbericht, der publiziert wird, kann eine Sensibilisierung in Bezug auf die Position der Prewholesaler und kartellrechtliche Relevanz bestimmter Verhaltensweisen erzielt werden.

C.2 Anregungen

106. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen.

107. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2014 hat sich Alloga bereit erklärt, ihr Verhalten gestützt auf die Anregungen des Sekretariates anzupassen. Am 12. März 2014 hat Alloga die nachfolgenden durch das Sekretariat unterbreiteten Anregungen unterzeichnet:

Alloga AG, ohne die wettbewerbsrechtlichen Bedenken des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Sekretariat) anzuerkennen, erklärt sich bei Einstellung der Vorabklärung ohne Folgen bereit, die vom Sekretariat angelegten Massnahmen – I. bis IV. – zu übernehmen:

I. Allgemein

Per sofort / bzw. per erstmöglichen Termin werden die bestehenden, von Alloga AG von den Abnehmern verlangten Besicherungen für die Deckung des Debitoren- bzw. Delkredere-Risikos abgeschafft.

II. Debitoren- / Delkredere-Risiko

Mit Ausnahme der Massnahme II. b. müssen bis Ende 2015 die Massnahmen II. a., c. und d. umgesetzt sein und fortan gelten:

- a. Alloga AG wird für die Kunden, mit denen es vertraglich vereinbart ist, aufgrund von einheitlichen objektiven und markt- bzw. branchenüblichen Kriterien die Bonität der Abnehmer überprüfen. Al-*

loga AG wird den Kunden die Ergebnisse der Überprüfung schriftlich unterbreiten.

- b. Bei jeder künftigen Verhandlung über eine allfällige Übernahme des Delkredere-Risikos einigen sich die Kunden und Alloga AG schriftlich. Der Übernahme dieses Risikos steht ausschliesslich eine allfällige Provision gegenüber. Die Entschädigung für die Übernahme dieses Risikos ist vertraglich auszuweisen, ebenso wie die Bedingungen / Modalitäten für die Rückübernahme desselben.*

- c. Die Kunden entscheiden über allfällige Sicherungsmassnahmen. Anweisungen der Kunden zur Besicherung oder anderen Massnahmen, welche Alloga AG im Auftrag der Kunden umsetzen soll, müssen dokumentiert werden.*

- d. Über die Art, die Höhe und die Dauer einer allfälligen Besicherung durch den / die Abnehmer entscheiden stets die Kunden selbst. Alloga AG handelt entsprechend Weisung der Kunden. Sie sorgt gegenüber den Abnehmern für die notwendige Transparenz.*

III. Vorfinanzierung

- a. Ob und zu welchen Bedingungen es eine Vorfinanzierung gibt, obliegt den Vertragsparteien. Sie einigen sich diesbezüglich schriftlich.*
- b. Allfällige Folgen für die Abnehmer müssen klar, transparent und markt- bzw. branchenüblich sein.*

IV. Berichterstattung

Alloga AG erstattet dem Sekretariat bis spätestens Ende 2015 Bericht über die Implementierung dieser Massnahmen.

108. Das Sekretariat wird aufgrund des Berichtes die Umsetzung der Anregungen überprüfen sowie deren Wirkungen im Markt beobachten und behält sich in Abhängigkeit derselben vor, die Thematik zu einem späteren Zeitpunkt erneut aufzugreifen.

D Kosten

109. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz⁷⁸ 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).

⁷⁸ Gebührenerordnung KG, GebV-KG; SR 251.2.

110. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen, welche mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Die Ermittlungen betrafen die Bankgarantie bzw. weitere Sicherungsmassnahmen der Alloga gegenüber Amedis, welche Anzeige erstattete, sowie später den übrigen Grosisten. Die von Alloga seitens der Amedis geforderten Sicherheiten hatten im Zeitpunkt der Eröffnung der Vorabklärung Bestand, weshalb Alloga als Verursacherin der Vorabklärung zu qualifizieren ist.

111. Darüber hinaus ist Alloga sinngemäss als unterliegend zu betrachten und untersteht einer Gebührenpflicht.⁷⁹ Die Vorabklärung hat genügend Elemente ergeben, welche für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung sprachen. Das Sekretariat hat Massnahmen zu deren Beseitigung für die Zukunft gemäss Art. 26 Abs. 2 KG angeregt, welche Alloga unterzeichnete.

112 Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die gesamten für die Abklärung der in diesem Schlussbericht umschriebenen Problematik angefallenen Verfahrenskosten betragen vorliegend CHF [...].

E Schlussfolgerungen

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

1. beschliesst, die Vorabklärung betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG ohne Folgen einzustellen;
2. teilt den Beteiligten die entsprechende Einstellung mit;
3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
4. Die Verfahrenskosten im Umfang von CHF [...] werden der Alloga AG auferlegt.

⁷⁹ RPW 2014/1, 178 f., Rz 176-178, *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*; RPW 2014/2, 385 f., Rz 88-90, *Meldesystem Baumeisterverbände*; BGE 128 II 247, 257 f.

B 1	3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 1.3	1. Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschluss betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG

Stellungnahme vom 23. März 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0751 gemäss Artikel 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) betreffend Swisscom Directories AG/Search.ch AG

A Sachverhalt

1. Am 24. Oktober 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigt Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) über Swisscom Directories AG (nachfolgend: Directories) das gesamte Aktienkapital der Search.ch AG (nachfolgend: Search) im Rahmen einer Absorptionsfusion zu übernehmen.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Swisscom

2. Swisscom AG ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT, Internet TV und damit zusammenhängenden Bereichen tätig ist.¹ Swisscom betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom über ein glasfaserbasiertes Netz. Im Anschlussbereich baut Swisscom derzeit mit verschiedenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Glasfasernetz auf. Zudem bietet Swisscom weitere telekommunikationsnahe Dienstleistungen an.

A.1.2 Directories

3. Directories ist ein Tochterunternehmen von Swisscom, welches nach dem Vollzug des Zusammenschlusses Swisscom/Publigroupe aus der Fusion der LTV Gelbe Seiten AG, der local.ch AG und der Swisscom Directories AG hervorgeht, wobei die LTV Gelbe Seiten AG und die local.ch AG in Directories hineinfusioniert werden.² Dabei handelt es sich um rein konzerninterne Vorgänge, welche der Meldepflicht gemäss Art. 9 KG nicht unterstehen.

4. Directories ist in der Aufbereitung und im Handel mit Adressdaten tätig. Hieraus erstellt Directories Verzeichnisse, welche für verschiedene Verzeichnisdienste und Adressverzeichnisse verwendet werden.³ Sie ist zudem

Herausgeberin der gedruckten lokalen Telefon- und Branchenverzeichnisse „Local Guide“ für die ganze Schweiz. Als Data Agent bietet sie für in der Schweiz tätige Fernmeldedienstleisterinnen (nachfolgend: FDA) Outsourcingdienstleistungen im Zusammenhang mit den regulierten Verzeichnisdaten an. Nach der Fusion mit LTV Gelbe Seiten AG und local.ch AG betreibt Directories die Website www.local.ch. Zudem vermarktet sie den Werberaum in den (print und online) Search&Find-Diensten sowie verschiedene Werbeformate in den digitalen Search&Find Diensten. Zu den weiteren Aktivitäten gehören die Vermarktung von Beiheften zum jährlichen Versand der Local Guides, der Verkauf von Zusatzexemplaren der Local Guides, Kontaktdaten-Management Services, Möglichkeiten für Direktmarketing-Werbung für das Zielsegment der kürzlich umgezogenen Haushalte sowie Managed Website Service für kleine und mittlere Unternehmen.

A.1.3 Search

5. Search ist im Bereich der Search&Find-Märkte tätig. Sie betreibt in erster Linie ein Online-Adressverzeichnis (tel.search.ch) sowie eine Internet-Suchmaschine (search.ch), welche verschiedene weitere online-Dienstleistungen beinhaltet: einen Online-Kartendienst mit Routenplaner, eine Fahrplanauskunft, Wetterinformationen, TV- und Kinoprogramme und weitere Services wie z.B. Adressbuch-Organisation, SMS-Dienste und Vergleichsservices.⁴ Die Inhalte für ihre Online-Dienste bezieht Search von Dritten.

A.2 Gründe die zum Zusammenschlussvorhaben geführt haben

6. Im Rahmen des Übernahmewettstreits zwischen Swisscom und Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) um die Publigroupe S.A. (nachfolgend: Publigroupe) gelangten die beiden bietenden Unternehmen, nachdem sie jeweils an die Aktionäre von Publigroupe ein öffentliches Übernahmeangebot unterbreitet hatten, zum Schluss, dass die Fortsetzung des Bieterwettbewerbs lediglich konkurrierenden Unternehmen dienlich und wirtschaftlich nicht zu vertreten sei.⁵ Diese Ausgangslage führte zum Vorhaben, die Local-Unternehmen und Search in eine gemeinsame Tochtergesellschaft einzubringen, die unter der alleinigen Kontrolle von Swisscom stehen soll (Anteil Swisscom 69 %, Anteil Tamedia 31 %). [...].

¹ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 6.

² Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 6.

³ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 7.

⁴ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 8.

⁵ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 12.

A.3 Geplante Transaktionen

7. Im Anschluss an das erfolgreiche öffentliche Übernahmeangebot von Swisscom betreffend sämtliche Aktien von Publigroupe haben Swisscom und Tamedia einen Transaktionsrahmenvertrag und einen Aktionärsbindungsvertrag betreffend die nachfolgenden Geschäfte (noch nicht abschliessend) verhandelt:⁶

- a. [...]
- b. [...]
- c. [...]
- d. [...]
- e. [...], so dass Swisscom künftig 69 % und Tamedia 31 % an Directories halten.

8. Zudem wird zwischen Swisscom und Tamedia ein Aktionärsbindungsvertrag geschlossen, welcher auf Stufe der Generalversammlung Tamedia bestimmte Vetorechte gewährt.

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

9. Durch den Zusammenschluss soll laut Meldung das Verzeichnisgeschäft der local-Unternehmen und Search zu einer starken schweizerischen Alternative zu Google weiterentwickelt werden.⁷ Swisscom erhofft sich daraus eine bessere Ausgangslage, um in diesem kompetitiven Markt gegenüber den grossen internationalen Anbietern, wie namentlich Google, Facebook, Microsoft und Yahoo, bestehen zu können. Local.ch und search.ch sollen dabei als eigenständige Angebote weitergeführt werden. Durch eine Zusammenarbeit in verschiedenen Bereichen können aber dennoch erhebliche Synergieeffekte erzielt werden (insbesondere im Bereich der Entwicklung neuer Technologien). Diese sind gemäss Meldung notwendig, um im Wettbewerb mit Google und den anderen internationalen Anbietern bestehen zu können.

A.5 Verfahren

10. Am 29. September 2014 ging beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) der Meldungsentwurf vom 26. September 2014 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Directories/Search ein.⁸

11. Mit Schreiben vom 30. September 2014 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfs.⁹

12. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2014 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf vom 26. September 2014 Stellung und unterrichtete Swisscom über die notwendigen Ergänzungen.¹⁰ Zudem stellte das Sekretariat verschiedene Zusatzfragen an Swisscom.

13. Per E-Mail vom 16. Oktober 2014 stellte Swisscom Rückfragen zur Stellungnahme¹¹, welche in der Folge vom Sekretariat beantwortet wurden.¹²

14. Am 23. Oktober 2014 kündigte Swisscom die Zusendung der Meldung in elektronischer Form an¹³, welche sie nach einem weiteren E-Mailwechsel gleichentags elektronisch einreichte.

A.5.1 Vorläufige Prüfung

15. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2014 reichte Swisscom die Meldung des Zusammenschlussvorha-

bens ein, welche bei der WEKO am 24. Oktober 2014 einging.¹⁴

16. Am 24. Oktober 2014 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung vom 23. Oktober 2014 und informierte die Parteien über den Fristablauf für die vorläufige Prüfung am 25. November 2014 vorbehaltlich der Vollständigkeit der Meldung.¹⁵

17. Per E-Mail fragte Swisscom am 31. Oktober 2014 an, ob ihr eine Frist zur Beantwortung der Zusatzfragen bis 7. November 2014 gewährt werden könne.¹⁶

18. Mit Schreiben vom 3. November 2014 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und setzte die Frist zur Beantwortung der Zusatzfragen auf den 7. November 2014 fest.¹⁷

19. Per E-Mail reichte Swisscom am 5. November 2014 die Antworten zu den Zusatzfragen gemäss Rücksprache¹⁸ elektronisch ein.¹⁹

20. Am 6. November 2014 gingen die Antworten von Swisscom zudem schriftlich ein.²⁰

A.5.2 Prüfung

21. Mit Schreiben vom 24. November 2014 teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass aufgrund der Resultate der vorläufigen Prüfung eine vertiefte Prüfung ihres Zusammenschlussvorhabens durchgeführt werde.²¹

22. Das Schreiben vom 24. November 2014 betreffend die vertiefte Prüfung wurde zusammen mit der vorläufigen Prüfung, dem Aktenverzeichnis und der Pressemitteilung der Swisscom am 24. November 2014 persönlich überbracht.²²

23. Per Fax²³ und Schreiben²⁴ vom 27. November 2014 teilte die [Rechtsvertreterin] dem Sekretariat mit, dass sie ab sofort die Interessen von Search vertrete und Search ab sofort als Partei am Zusammenschlussverfahren teilnehmen werde.

⁶ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 10 f.

⁷ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 12.

⁸ Meldungsentwurf vom 26. September 2014.

⁹ Eingangsbestätigung vom 30. September 2014.

¹⁰ Stellungnahme Sekretariat vom 14. Oktober 2014.

¹¹ Rückfragen Swisscom vom 16. Oktober 2014.

¹² Antworten Sekretariat vom 16. Oktober 2014; Antwort Swisscom vom 16. Oktober 2014.

¹³ E-Mail vom 23. Oktober 2014; Mailwechsel vom 23. Oktober 2014, Einreichung der elektronischen Version der Meldung vom 23. Oktober 2014.

¹⁴ Meldung vom 24. Oktober 2014.

¹⁵ Eingangsbestätigung der Meldung vom 24. Oktober 2014.

¹⁶ E-Mail Swisscom vom 31. Oktober 2014).

¹⁷ Schreiben Sekretariat vom 3. November 2014.

¹⁸ Antwort Sekretariat auf Anfrage Swisscom vom 5. November 2014.

¹⁹ E-Mail: Antworten auf Zusatzfragen von Swisscom vom 5. November 2014.

²⁰ Antworten auf Zusatzfragen von Swisscom vom 5. November 2014.

²¹ Schreiben Einleitung der Prüfung vom 24. November 2014.

²² Schreiben Einleitung der Prüfung vom 24. November 2014.

²³ Fax: Beauftragung der search betr. Wahrung der Interessen vom 27. November 2014.

²⁴ Beauftragung der search betr. Wahrung der Interessen vom 27. November 2014.

24. Mit Schreiben vom 27. November 2014 stellte Swisscom ein Fristerstreckungsgesuch bis am 15. Dezember 2014 zur Stellungnahme zum Bericht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung.²⁵
25. Per E-Mail vom 28. November 2014 informierte Swisscom, dass Search ein Gesuch um Einsicht in die Verfahrensakte stellen werde und bat wegen Geschäftsgeheimnissen um kurze Anhörung vor Gewährung der Akteneinsicht.²⁶
26. Am 28. November 2014 sandte das Sekretariat Search einen Fragebogen betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Directoires AG/Search.ch AG zu.²⁷
27. Mit Schreiben vom 28. November 2014 bestätigte das Sekretariat die Parteistellung von Search und setzte für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung eine Frist bis am 15. Dezember 2014.²⁸
28. Am 28. November 2014 sandte das Sekretariat einen Fragebogen an folgende Firmen: Fröhlich Info AG, Kürzi AG, itonex AG, ontrac Omnimedia AG, Rexmedia, Vadian.net AG, Help Media AG, swissguide AG, it-relations GmbH, Druckerei Schöpfheim AG, Kompass Schweiz Verlag AG, Mila AG, Jacando AG, Twix AG, 1818.²⁹ Auch Google und Media Focus wurde ein Fragebogen zugestellt.³⁰
29. Mit Schreiben vom 28. November 2014 gewährte das Sekretariat Swisscom eine Fristerstreckung zur Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bis am 15. Dezember 2014 und bat Swisscom um Mitteilung von Geschäftsgeheimnissen bis am 3. Dezember 2014.³¹
30. Am 28. November 2014 reichte [die Rechtsvertreterin] die Vollmacht der Search ein.³²
31. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2014 gewährte das Sekretariat Search auf Anfrage Akteneinsicht und stellte ein aktuelles Aktenverzeichnis zu.³³
32. Am 3. Dezember 2014 nahm Swisscom zu den Geschäftsgeheimnissen Stellung.³⁴
33. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2014 ersuchte Swisscom um Zustellung der zwischenzeitlich neu aufgenommenen Akten und eines aktuellen Aktenverzeichnisses.³⁵ Mit Schreiben vom 5. Dezember 2014 stellte das Sekretariat Swisscom ein aktualisiertes Aktenverzeichnis³⁶ sowie die restlichen Aktenstücke in elektronischer Form zu.³⁷ Ausserdem stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 5. Dezember 2014 Search auf deren Anfrage die geschäftsgeheimnisbereinigten Akten und ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.³⁸
34. Am 15. Dezember 2014 trafen beim Sekretariat die Stellungnahmen von Swisscom³⁹ und von Search⁴⁰ zur vorläufigen Prüfung vom 18. November 2014 ein.
35. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 ersuchte Search um Fristerstreckung bis am 19. Dezember 2014 zur Beantwortung des Fragebogens vom 28. November 2014.⁴¹
36. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 gewährte das Sekretariat Search eine Fristerstreckung bis am 19. Dezember 2014 zur Beantwortung des Fragebogens vom 28. November 2014.⁴²
37. Am 19. Dezember 2014 schickte Search dem Sekretariat vorab per E-Mail den beantworteten Fragebogen vom 28. November 2014 zu.⁴³
38. Mit Brief vom 19. Dezember 2014 sandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an 56 Werbeagenturen.⁴⁴ Das gleiche Schreiben wurde den Werbeagenturen am gleichen Tag auch per E-Mail zugestellt.⁴⁵
39. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 ersuchte Swisscom um Zustellung der neuen Akten und eines aktuellen Aktenverzeichnisses. Im gleichen Schreiben bat Swisscom ausserdem um Auskunft bezüglich einzelner Akten und um Mitteilung über die Publikation im SHAB.⁴⁶
40. Am 24. Dezember 2014 sandte das Sekretariat Swisscom die im Schreiben vom 19. Dezember 2014 geforderten Akten und ein aktuelles Aktenverzeichnis auf CD-ROM zu. Zudem nahm das Sekretariat zu den von Swisscom im Schreiben vom 19. Dezember 2014 gestellten Fragen Stellung.⁴⁷
41. Per E-Mail vom 29. Dezember 2014 bat das Sekretariat Swisscom um Retournerung des am 24. Dezember 2014 zugesandten aktuellen Aktenverzeichnisses auf CD-ROM, da diese fehlerhaft war.⁴⁸
42. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2014 sandte das Sekretariat Swisscom einen neuen und bereinigten Datenträger mit dem aktuellen Aktenverzeichnis zu.⁴⁹
43. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2014 retournierte Swisscom dem Sekretariat den ihr am 24. Dezember 2014 zugesandten Datenträger ungeöffnet.⁵⁰

²⁵ Fristerstreckungsgesuch der Swisscom vom 27. November 2014.

²⁶ E-Mail: Akteneinsichtsgesuch von Search vom 28. November 2014.

²⁷ Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 28. November 2014.

²⁸ Schreiben Sekretariat vom 28. November 2014.

²⁹ Fragebogen Sekretariat vom 28. November 2014.

³⁰ Fragebogen Sekretariat vom 28. November 2014.

³¹ Schreiben Sekretariat vom 28. November 2014.

³² Schreiben [der Rechtsvertreterin] vom 28. November 2014.

³³ Schreiben Sekretariat vom 2. Dezember 2014.

³⁴ Schreiben Swisscom Kennzeichnung von Geschäftsgeheimnissen vom 3. Dezember 2014.

³⁵ Schreiben Swisscom vom 5. Dezember 2014.

³⁶ Schreiben Sekretariat vom 5. Dezember 2014.

³⁷ Schreiben Sekretariat Akteneinsicht Swisscom vom 5. Dezember 2014.

³⁸ Schreiben Sekretariat Akteneinsicht Search vom 5. Dezember 2014.
³⁹ Stellungnahme Swisscom zur vorläufigen Prüfung vom 15. Dezember 2014.

⁴⁰ Stellungnahme Search zur vorläufigen Prüfung vom 15. Dezember 2014.

⁴¹ Fristerstreckungsgesuch Search vom 15. Dezember 2014.

⁴² Schreiben Sekretariat vom 17. Dezember 2014.

⁴³ E-Mail Search vom 19. Dezember 2014.

⁴⁴ Serienbrief Sekretariat vom 19. Dezember 2014.

⁴⁵ E-Mail Sekretariat vom 19. Dezember 2014.

⁴⁶ Schreiben Swisscom vom 19. Dezember 2014.

⁴⁷ Schreiben Sekretariat Akteneinsicht Swisscom vom 24. Dezember 2014.

⁴⁸ E-Mail Sekretariat vom 24. Dezember 2014.

⁴⁹ Schreiben Sekretariat vom 31. Dezember 2014.

⁵⁰ Schreiben Swisscom Retournerung Datenträger vom 31. Dezember 2014.

44. Per E-Mail vom 6. Januar 2015⁵¹ und per Brief vom 6. Januar 2015⁵² mahnte das Sekretariat diejenigen Werbeagenturen, welche auf das Auskunftsbegehren vom 19. Dezember 2014 noch nicht geantwortet hatten.

45. Bis am 7. Januar 2014 beantworteten bis auf Mila AG und It relations GmbH alle befragten Unternehmen den Fragebogen des Sekretariats vom 28. November 2014.

46. Im Zeitraum zwischen 19. Dezember 2014 und 19. Januar 2015 antworteten insgesamt 51 der befragten Werbeagenturen.

47. Mit Schreiben vom 7. Januar 2015 ersuchte Search das Sekretariat um Zustellung eines aktuellen Aktenverzeichnisses und um einen Besprechungstermin, mit dem Ziel verschiedene offene Punkte und das weitere Vorgehen zu besprechen.⁵³

48. Per Mail vom 7. Januar 2015 bat Herr Peter Weber (ehemaliger Betreiber von Tel.ch) um die Zusendung eines Fragebogens im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben Directories/Search.⁵⁴

49. Auf Wunsch von Peter Weber sandte ihm das Sekretariat den Fragebogen per Mail vom 8. Januar 2015 zu.⁵⁵

50. Mit E-Mails vom 8. Januar 2015 sandte das Sekretariat It-Relations GmbH und Mila AG ein Auskunftsbegehren mit der Androhung einer Auskunftsverfügung zu.⁵⁶

51. Mit Schreiben vom 9. Januar 2015 liess das Sekretariat Swisscom ein aktuelles Aktenverzeichnis auf CD-ROM zukommen.⁵⁷

52. Mit Brief vom 9. Januar 2015 liess das Sekretariat Search ein aktuelles Aktenverzeichnis zukommen und bestätigte den 23. Januar 2015 als Besprechungstermin.⁵⁸

53. Im Schreiben vom 9. Januar 2015 stellte Swisscom dem Sekretariat sechs Anträge betreffend die Dauer des Konkurrenzverbots und bat das Sekretariat diese zu überprüfen.⁵⁹

54. Am 9. Januar 2015 ersuchte Swisscom das Sekretariat um Akteneinsicht und um Zustellung der neuen Akten.⁶⁰

55. Mit Schreiben vom 16. Januar 2015 ersuchte Swisscom erneut um Zustellung der neuen Aktenstücke und um Mitteilung bezüglich Zustellung des vorläufigen Prüfungsberichts.⁶¹

56. Am 15. Januar 2015 sandte das Sekretariat It-Relations GmbH⁶² und Mila AG⁶³ eine Auskunftsverfügung vom 14. Januar 2015 zu.

57. Mit Auskunftsbegehren vom 15. Januar 2015 ersuchte das Sekretariat Swisscom⁶⁴ und Search⁶⁵ um eine Liste der Endkunden, die Verzeichniseinträge und Werbung in Adressverzeichnissen und in Adressverzeichnisdiensten bei Swisscom Directories-Unternehmen resp. bei Search.ch nachfragen.

58. Mit Schreiben vom 20. Januar 2015 sandte das Sekretariat Swisscom⁶⁶ und Search⁶⁷ die vorläufige Prüfung vom 19. Januar 2015 zu.

59. Mit Schreiben vom 22. Januar 2015 ersuchte Search das Sekretariat für die Beantwortung des Auskunftsbe-

gehrens vom 15. Januar 2015 um eine Fristerstreckung von sieben Tagen bis zum 30. Januar 2015.⁶⁸

60. Mit Schreiben vom 23. Januar 2015 ersuchte Swisscom das Sekretariat für die Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 15. Januar 2015 ebenfalls um Fristerstreckung bis am 30. Januar 2015.⁶⁹

61. Am 23. Januar 2015 gewährte das Sekretariat Swisscom⁷⁰ und Search⁷¹ für die Beantwortung der Auskunftsbegehren eine Fristerstreckung bis am 28. Januar 2015.

62. Mit Schreiben vom 26. Januar 2015 ersuchte Search das Präsidium der WEKO um einen Besprechungstermin, um die Position der WEKO besser zu verstehen.⁷²

63. Per E-Mail vom 27. Januar 2015 bat Search das Sekretariat um Zusendung der vollständigen Akten.⁷³

64. Mit E-Mail vom 27. Januar 2015 sandte das Sekretariat Search die gewünschten Aktenstücke sowie ein aktuelles Aktenverzeichnis in elektronischer Form zu.⁷⁴

65. Am 27. Januar 2015 ersuchte Swisscom das Sekretariat für die Beantwortung des Auskunftsbegehrens um eine zweite Fristerstreckung bis am 30. Januar 2015.⁷⁵

66. Mit Schreiben vom 27. Januar 2015 bat Swisscom um einen Besprechungstermin mit dem Präsidium der WEKO zwecks Erläuterung der Position der Zusammenschlussparteien.⁷⁶

67. Am 28. Januar 2015 liess Search dem Sekretariat die Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 15. Januar 2015 zukommen.⁷⁷

68. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 genehmigte das Sekretariat Swisscom die zweite Fristerstreckung bis am 30. Januar 2015.⁷⁸

⁵¹ E-Mail Sekretariat vom 6. Januar 2015.

⁵² Schreiben Sekretariat vom 6. Januar 2015.

⁵³ Schreiben Search vom 7. Januar 2015.

⁵⁴ E-Mail Peter Weber vom 7. Januar 2015.

⁵⁵ E-Mail Sekretariat vom 8. Januar 2015.

⁵⁶ E-Mail Sekretariat vom 8. Januar 2015 an It-Relations GmbH; E-Mail Sekretariat vom 8. Januar 2015 an Mila AG.

⁵⁷ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 9. Januar 2015.

⁵⁸ Schreiben Sekretariat an Search vom 9. Januar 2015.

⁵⁹ Schreiben Swisscom Konkurrenzverbot vom 9. Januar 2015.

⁶⁰ Schreiben Swisscom Akteneinsicht vom 9. Januar 2015.

⁶¹ Schreiben Swisscom vom 16. Januar 2015.

⁶² Schreiben Auskunftsverfügung Sekretariat vom 15. Januar 2015 an It-Relations GmbH.

⁶³ Schreiben Auskunftsverfügung Sekretariat vom 15. Januar 2015 an Mila AG.

⁶⁴ Auskunftsverfahren Sekretariat an Swisscom vom 15. Januar 2015.

⁶⁵ Auskunftsverfahren Sekretariat an Search vom 15. Januar 2015.

⁶⁶ Mail Sekretariat an Swisscom vom 20. Januar 2015; Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 20. Januar 2015.

⁶⁷ Mail Sekretariat an Search vom 20. Januar 2015; Schreiben Sekretariat an Search vom 20. Januar 2015.

⁶⁸ Fristerstreckungsgesuch Search vom 22. Januar 2015.

⁶⁹ Fristerstreckungsgesuch Swisscom vom 23. Januar 2015.

⁷⁰ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 23. Januar 2015.

⁷¹ Schreiben Sekretariat an Search vom 23. Januar 2015.

⁷² Schreiben Search vom 26. Januar 2015.

⁷³ E-Mail Search vom 27. Januar 2015.

⁷⁴ E-Mail Sekretariat vom 27. Januar 2015.

⁷⁵ Fristerstreckungsgesuch Swisscom vom 27. Januar 2015.

⁷⁶ Schreiben Swisscom vom 27. Januar 2015.

⁷⁷ E-Mails Search vom 28. Januar 2015; Schreiben Search vom 28. Januar 2015.

⁷⁸ E-Mails vom 28. Januar 2015; Schreiben vom 28. Januar 2015.

69. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 ersuchte das Sekretariat Google um Zusendung der geschäftsbereinigten Eingabe vom 16. Dezember 2014 bis am 6. Februar 2015.⁷⁹

70. Am 28. Januar 2015 teilte das Sekretariat Search⁸⁰ und Swisscom⁸¹ bezugnehmend auf die Anfrage eines Besprechungstermins mit dem Präsidium mit, dass das Präsidium eine Besprechung zu diesem Zeitpunkt als verfrüht erachte.

71. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 sandte das Sekretariat Search ein Auskunftsbegehren betreffend die Berechnung der Marktanteile durch Search.ch zu.⁸²

72. Per E-Mail vom 29. Januar 2015 versicherte Swisscom dem Sekretariat die Zusendung der Endkundendaten bis am 30. Januar 2015.⁸³

73. Mit E-Mail vom 29. Januar 2015 liess Swisscom dem Sekretariat erläuternde Hinweise betreffend die Endkundendaten zukommen.⁸⁴

74. Mit Schreiben vom 29. Januar 2015 ersuchte Search das Sekretariat im Falle einer Befragung der Endkunden um vorgängige Zustellung der Fragen an Search.⁸⁵

75. Am 29. Januar 2015 stellte Swisscom dem Sekretariat eine CD-ROM mit den Endkunden von local.ch zu.⁸⁶

76. Mit Schreiben vom 30. Januar 2015 ersuchte Search das Sekretariat für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vom 19. Januar 2015 um Fristerstreckung von zehn Tagen bis am 9. Februar 2015.⁸⁷

77. Am 30. Januar 2015 sandte das Sekretariat 50 Endkunden von search.ch und 150 Endkunden von local.ch ein Auskunftsbegehren mit Frist zur Beantwortung bis am 6. Februar 2015 zu.⁸⁸

78. Bezugnehmend auf das Fristerstreckungsgesuch von Search vom 30. Januar 2015 erstreckte das Sekretariat die Frist bis am 4. Februar 2015.⁸⁹

79. Mit Schreiben vom 30. Januar 2015 wies Search das Sekretariat darauf hin, dass eine nur zum Teil erstreckte Frist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle und ersuchte das Sekretariat erneut um Fristerstreckung bis am 9. Februar 2015.⁹⁰

80. Mit Schreiben vom 30. Januar 2015 warf Search dem Sekretariat ausserdem die Verweigerung der Akteneinsicht vor.⁹¹

81. Am 30. Januar 2015 stellte das Sekretariat Swisscom und Search die neuen Aktenstücke zu.⁹²

82. Bezugnehmend auf das erneute Fristerstreckungsgesuch von Search vom 30. Januar 2015 gewährte das Sekretariat Search am 2. Februar 2015 eine Fristerstreckung für die Stellungnahme bis am 6. Februar 2015.⁹³

83. Am 30. Januar 2015 traf beim Sekretariat die Stellungnahme von Swisscom zur vorläufigen Beurteilung vom 19. Januar 2015 ein.⁹⁴

84. Mit Schreiben vom 3. Februar 2015 ersuchte Search das Sekretariat um Fristerstreckung für die Berechnung der Marktanteile um sieben Tage bis am 10. Februar 2015.⁹⁵

85. Mit Schreiben vom 4. Februar 2015 gewährte das Sekretariat Search die Fristerstreckung bis am 6. Februar 2015.⁹⁶

86. Per E-Mail vom 5. Februar 2015 ging beim Sekretariat die geschäftsgeheimnisbereinigte Eingabe von Google vom 16. Dezember 2014 ein.⁹⁷

87. Am 6. Februar 2015 reichte Search die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vom 19. Januar 2015⁹⁸ und die Stellungnahmen zum Auskunftsbegehren vom 28. Januar 2015 betreffend die Berechnung der Marktanteile durch Search.ch ein.⁹⁹

88. Mit Schreiben vom 10. Februar 2015 sandte das Sekretariat Net-Matrix AG ein Auskunftsbegehren zu.¹⁰⁰

89. Am 11. Februar 2015 gingen beim Sekretariat die Antworten von Net-Matrix betreffend das Auskunftsbegehren vom 10. Februar 2015 ein.¹⁰¹

90. Mit Schreiben vom 13. Februar 2015 informierte das Sekretariat Search¹⁰² und Swisscom¹⁰³, dass am 9. März 2015 eine Anhörung vor der WEKO stattfinden werde.

91. Mit Schreiben vom 16. Februar 2015 ersuchten Search und Swisscom das Präsidium der Wettbewerbskommission um einen Besprechungstermin.¹⁰⁴

92. Am 19. Februar 2015 sandte das Sekretariat Swisscom¹⁰⁵ und Search¹⁰⁶ ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die neuen Aktenstücke in elektronischer Form zu.

⁷⁹ E-Mail Sekretariat vom 28. Januar 2015; Schreiben Sekretariat vom 28. Januar 2015.

⁸⁰ Schreiben Sekretariat an Search vom 28. Januar 2015.

⁸¹ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 28. Januar 2015.

⁸² Auskunftsbegehren Sekretariat an Search vom 28. Januar 2015.

⁸³ E-Mail Swisscom an das Sekretariat vom 29. Januar 2015.

⁸⁴ E-Mail Swisscom an das Sekretariat vom 29. Januar 2015.

⁸⁵ Schreiben Search an das Sekretariat vom 29. Januar 2015.

⁸⁶ Schreiben Swisscom inklusive CD-ROM vom 29. Januar 2015.

⁸⁷ Fristerstreckungsgesuch Search vom 30. Januar 2015.

⁸⁸ E-Mail Sekretariat an Endkunden vom 30. Januar 2015; Serienbrief Sekretariat an Endkunden vom 30. Januar 2015.

⁸⁹ Schreiben Sekretariat vom 30. Januar 2015.

⁹⁰ Schreiben Search vom 30. Januar 2015; Fax Search vom 30. Januar 2015.

⁹¹ Schreiben Search Verweigerung der Akteneinsicht vom 30. Januar 2015; Fax Search Verweigerung der Akteneinsicht vom 30. Januar 2015.

⁹² E-Mail Sekretariat vom 30. Januar 2015; E-Mail Sekretariat vom 30. Januar 2015.

⁹³ Schreiben Sekretariat vom 2. Februar 2015.

⁹⁴ E-Mails Swisscom vom 30. Januar 2015; Schreiben Swisscom vom 30. Januar 2015.

⁹⁵ Fax Search vom 3. Februar 2015; Schreiben Search vom 3. Februar 2015.

⁹⁶ Schreiben Sekretariat vom 4. Februar 2015.

⁹⁷ E-Mail Google vom 5. Februar 2015.

⁹⁸ Fax Search vom 6. Februar 2015; Schreiben Search vom 6. Februar 2015.

⁹⁹ Schreiben Search vom 6. Februar 2015.

¹⁰⁰ Auskunftsbegehren Sekretariat vom 10. Februar 2015.

¹⁰¹ Antworten Net-Matrix AG vom 11. Februar 2015.

¹⁰² Schreiben Sekretariat an Search vom 13. Februar 2015.

¹⁰³ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 13. Februar 2015.

¹⁰⁴ Schreiben Search und Swisscom vom 16. Februar 2015.

¹⁰⁵ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 19. Februar 2015.

¹⁰⁶ Schreiben Sekretariat an Search vom 19. Februar 2015.

93. Per E-Mail vom 20. Februar 2015 sandte das Sekretariat Search die Adressliste der versandten Fragebögen inklusive der ausgewerteten Antworten zu.¹⁰⁷
94. Mit E-Mail vom 20. Februar 2015 teilte Swisscom dem Sekretariat mit, dass ein Aktenstück fehlte und bat um Zustellung desselben.¹⁰⁸
95. Mit E-Mail vom 20. Februar 2015 sandte das Sekretariat Swisscom das fehlende Aktenstück zu.¹⁰⁹
96. Mit Schreiben vom 20. Februar 2015 baten Search¹¹⁰ und Swisscom¹¹¹ das Sekretariat, die Frist für die Nennung der Namen und Funktionen für die Anhörung vom 9. März 2015 bis am 26. Februar 2015 zu erstrecken.
97. Per E-Mail vom 23. Februar 2015 stellte Swisscom dem Sekretariat zwei Fragen über das weitere Vorgehen.¹¹²
98. Bezugnehmend auf die E-Mail vom 23. Februar 2015 von Swisscom beantwortete das Sekretariat mit E-Mail vom 24. Februar 2015 die zwei Vorgehensfragen von Swisscom.¹¹³
99. Mit Schreiben vom 23. Februar 2015 erstreckte das Sekretariat die von Search¹¹⁴ und Swisscom¹¹⁵ gewünschte Frist für die Nennung der Namen und Funktionen für die auf den 9. März 2015 geplante Anhörung bis am 26. Februar 2015.
100. Am 24. Februar 2015 sandte das Sekretariat Swisscom¹¹⁶ und Search¹¹⁷ den Verfügungsentwurf vom 23. Februar 2015 zu, mit der Bitte um Stellungnahme bis am 6. März 2015.
101. Mit Schreiben vom 25. Februar 2015 reichten Search und Swisscom beim Sekretariat ein Expertengutachten ein.¹¹⁸
102. Mit Schreiben vom 26. Februar 2015 ersuchte Search das Sekretariat um Verschiebung des Anhörungstermins und um Verlängerung der Prüfungsfrist. Zudem teilte Search die Namen und Funktionen der an der Anhörung teilnehmenden Personen mit.¹¹⁹
103. Mit Schreiben vom 26. Februar 2015 teilte Swisscom dem Sekretariat die Namen und Funktionen der an der Anhörung teilnehmenden Personen mit und ersuchte das Sekretariat um Verlängerung der Prüfungsfrist resp. um Verschiebung des Anhörungstermins.¹²⁰
104. Am 27. Februar 2015 reichten Search und Swisscom beim Sekretariat ein zweites Expertengutachten ein.¹²¹
105. Mit Schreiben vom 27. Februar 2015 sandte Swisscom dem Präsidenten der WEKO für die Besprechung vom 2. März 2015 zwei Vorschläge für mögliche Auflagen zu.¹²²
106. Mit Schreiben vom 2. März 2015 lud das Sekretariat Swisscom¹²³ und Search¹²⁴ zur Anhörung vom 9. März 2015 ein.
107. Per E-Mail vom 2. März 2015 stellt Swisscom dem Sekretariat Fragen betreffend den Ablauf der Anhörung vom 9. März 2015.¹²⁵
108. Bezugnehmend auf die E-Mail vom 2. März 2015 von Swisscom beantwortete das Sekretariat mit E-Mail vom 3. März 2015 die Fragen von Swisscom betreffend den Ablauf der Anhörung vom 9. März 2015.¹²⁶
109. Mit Schreiben vom 2. März 2015 lud das Sekretariat das BAKOM als Fachbehörde zur Anhörung am 9. März 2015 ein.¹²⁷
110. Per E-Mail vom 5. März 2015 sandte Swisscom dem Sekretariat ein Fristerstreckungsgesuch betreffend die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf zu, mit der Bitte, die Frist bis am 10. März 2015 zu erstrecken.¹²⁸
111. Am 5. März 2015 stellten Search und Swisscom dem Sekretariat eine KMU-Befragung des LINK Instituts zu.¹²⁹
112. Mit Schreiben vom 5. März 2015 ersuchten Search¹³⁰ und Swisscom¹³¹ das Sekretariat um Fristerstreckung bis am 10. März 2015 für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 23. Februar 2015.
113. Mit Schreiben vom 5. März 2015 erstreckte das Sekretariat für Swisscom¹³² und Search¹³³ die Frist für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 23. Februar 2015 bis am 10. März 2015.
114. Am 6. März 2015 reichte Swisscom beim Sekretariat weitere Vorschläge für allfällige Auflagen ein.¹³⁴
115. Am 9. März 2015 fand eine Anhörung der Parteien¹³⁵ sowie des BAKOM¹³⁶ als Fachbehörde statt.

¹⁰⁷ E-Mail Sekretariat vom 20. Februar 2015.

¹⁰⁸ E-Mail Swisscom vom 20. Februar 2015.

¹⁰⁹ E-Mail Sekretariat vom 20. Februar 2015.

¹¹⁰ Schreiben Search vom 20. Februar 2015.

¹¹¹ Schreiben Swisscom vom 20. Februar 2015.

¹¹² E-Mail Swisscom vom 23. Februar 2015.

¹¹³ E-Mail Sekretariat vom 24. Februar 2015.

¹¹⁴ Schreiben Sekretariat vom 23. Februar 2015.

¹¹⁵ Schreiben Sekretariat vom 23. Februar 2015.

¹¹⁶ E-Mail Sekretariat vom 24. Februar 2015, Schreiben Sekretariat vom 24. Februar 2015.

¹¹⁷ E-Mail Sekretariat vom 24. Februar 2015, Schreiben Sekretariat vom 24. Februar 2015.

¹¹⁸ Schreiben Search vom 25. Februar 2015 inklusive Expertengutachten.

¹¹⁹ Schreiben Search vom 26. Februar 2015.

¹²⁰ Schreiben Swisscom vom 26. Februar 2015.

¹²¹ Schreiben Search vom 27. Februar 2015.

¹²² Schreiben Swisscom vom 27. Februar 2015.

¹²³ E-Mail Sekretariat vom 2. März 2015, Einladung Sekretariat vom 2. März 2015.

¹²⁴ E-Mail Sekretariat vom 2. März 2015, Einladung Sekretariat vom 2. März 2015.

¹²⁵ E-Mail Swisscom vom 2. März 2015.

¹²⁶ E-Mail Sekretariat vom 3. März 2015.

¹²⁷ Schreiben Sekretariat vom 2. März 2015.

¹²⁸ E-Mail Swisscom vom 5. März 2015.

¹²⁹ E-Mail Search vom 5. März 2015 inklusive KMU-Befragung, Schreiben Search vom 5. März 2015 inklusive KMU-Befragung.

¹³⁰ Schreiben Search vom 5. März 2015.

¹³¹ Schreiben Swisscom vom 5. März 2015.

¹³² Fristerstreckung Sekretariat vom 5. März 2015.

¹³³ Fristerstreckung Sekretariat vom 5. März 2015.

¹³⁴ Schreiben Swisscom vom 6. März 2015.

¹³⁵ Protokoll Anhörung der Parteien vom 9. März 2015.

¹³⁶ Protokoll Anhörung des Bundesamtes für Kommunikation vom 9. März 2015.

116. Am 10. März 2015 sandten Search¹³⁷ und Swisscom¹³⁸ dem Sekretariat ihre Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf vom 23. Februar 2015 zu.

117. Mit Schreiben vom 13. März 2015 reichte Swisscom erweiterte Vorschläge für Auflagen beim Sekretariat ein.¹³⁹

B Erwägungen

B.1 Zum Verfahren

118. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt, indem die vorläufige Beurteilung nicht auf die Vorbringen der Parteien eingehe, welche diese im Rahmen der vorläufigen Prüfung beziehungsweise der entsprechenden Stellungnahme gemacht hätten.¹⁴⁰

119. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt.¹⁴¹

120. Das bedeutet indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinander setzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheids diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen.¹⁴²

121. Diese Voraussetzung erfüllt die vorläufige Beurteilung. Es ist für die Parteien nachvollziehbar dargelegt, weshalb und wie die WEKO die Marktabgrenzung, Marktstellung und Wettbewerbssituation vorläufig beurteilt. Dass sie dabei nur die für die vorläufige Beurteilung wesentlichen Argumente vorbringt und sich nicht mit jedem Detail der Vorbringen der Parteien auseinandersetzt, entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

122. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei und ihnen die Einsicht in rund 40 Aktenstücke erst verspätet gewährt worden sei.¹⁴³

123. Hierzu ist festzuhalten, dass es sich (bis auf zwei Aktenstücke, welche für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens geringe Relevanz haben) ausschliesslich um Aktenstücke im Schriftverkehr zwischen den Zusammenschlussparteien und der WEKO handelt. Die WEKO geht davon aus, dass der Schriftverkehr zwi-

schen ihr und den Parteien als bekannt vorausgesetzt werden kann.

124. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass ihnen angemessene Fristen zur Einreichung ihrer Stellungnahmen verweigert worden seien.¹⁴⁴

125. Hierzu ist festzuhalten, dass die den Zusammenschlussparteien gesetzten Fristen den Fristen entsprechen, die praxisgemäss in Zusammenschlussverfahren gewährt werden. Die Frist zur Stellungnahme wurde Search zweimal erstreckt. Zudem haben die Zusammenschlussparteien die Möglichkeit sich zum Verfahren jederzeit zu äussern.

126. Damit liegt keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor.

B.2 Geltungsbereich

127. 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.2.1 Unternehmen

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

B.2.2 Unternehmenszusammenschluss

129. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Gemäss Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) erlangt ein Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.

¹³⁷ E-Mail Search vom 10. März 2015, Schreiben Search vom 10. März 2015.

¹³⁸ Schreiben Swisscom vom 10. März 2015.

¹³⁹ Schreiben Swisscom vom 13. März 2015.

¹⁴⁰ Vgl. Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 3, Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, Rz 10 ff. sowie Stellungnahme Swisscom vom 10. März 2015, Rz 1 ff.

¹⁴¹ Vgl. bspw. BGE 129 I 232, E. 3.2.

¹⁴² BGE 126 I 97, E. 2.b.

¹⁴³ Eingabe Search vom 6. Februar 2015, S. 17.

¹⁴⁴ Eingabe Search vom 6. Februar 2015, S. 19.

130. Die von den Zusammenschlussparteien aufgeführten Transaktionsschritte b) und c) (vgl. Rz 7)¹⁴⁵ stellen keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, da es sich um Änderungen der konzerninternen Struktur der Unternehmen handelt, die zu keinem Kontrollwechsel führen.

131. Die Ausübung der zwischen Tamedia und der Schweizerischen Post vereinbarten Kaufoption durch Tamedia führt zu einem Kontrollwechsel, und stellt daher einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Die Übernahme von Search durch Directories auf dem Weg einer Absorptionsfusion führt ebenfalls zu einem Kontrollwechsel und stellt daher ebenfalls einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

132. Nach Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche sich an die Praxis der EU-Kommission anlehnt, sind zwei oder mehr Transaktionen als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einheitlichen Charakter haben.¹⁴⁶ Um festzustellen, ob die fraglichen Transaktionen „einheitlichen Charakter“ haben, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob diese Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die Eine nicht ohne die Andere durchgeführt worden wäre.¹⁴⁷ Transaktionen, die angesichts des von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zwecks zusammengehören, sollen auch in einem Verfahren geprüft werden. In diesen Fällen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit dieser Transaktionen bewirkt. Wenn jedoch andererseits mehrere Transaktionen nicht voneinander abhängig sind und die Beteiligten eine Transaktion auch ohne die anderen durchführen würden, sollten die Transaktionen jeweils einzeln geprüft werden.¹⁴⁸

133. Die Zusammenschlussparteien haben in ihrem Term-Sheet zum Zusammenschlussvorhaben die groben Züge des Zusammenschlussvorhabens festgelegt.¹⁴⁹ Demnach ist eine der Bedingungen für das Zustandekommen des Zusammenschlussvorhabens, das Einbringen von 100 % des Aktienkapitals von Search in das neue Unternehmen.¹⁵⁰ Diese Verpflichtung findet sich auch im Transaktionsrahmenvertrag.¹⁵¹

134. Aus den oben genannten Gründen ist davon auszugehen, dass die Zusammenschlussparteien die beiden Transaktionen als zusammenhängend betrachten. Daher ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens und unter der Bedingung, dass die von Tamedia gehaltene Call-Option nicht ausgeübt wurde, solange das Zusammenschlussvorhaben noch nicht vollzogen werden kann, von einem zusammenhängenden Zusammenschlussvorhaben auszugehen.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

135. Die Parteien machen geltend, dass das Kartellgesetz aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KG nicht anwendbar sei, soweit es vorliegend um regulierte Verzeichnisdaten gehe.¹⁵²

136. Art. 3 Abs. 1 KG sieht vor, dass in Bezug auf das Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten sind, „soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften: a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begrün-

den; b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten“.

137. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften.¹⁵³ Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)¹⁵⁴ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).¹⁵⁵ Nicht jede staatliche Intervention führt indes zwingend zur Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.¹⁵⁶

138. Die Wettbewerbsbehörden haben das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären.¹⁵⁷ Vorbehaltene Vorschriften können sich sodann grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben.¹⁵⁸ Unter „Vorschriften“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG fallen grundsätzlich sowohl Gesetze im formellen Sinne als auch – sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden – Verordnungen.¹⁵⁹

¹⁴⁵ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 10 f.

¹⁴⁶ RPW 2013/2 230 Rz 51, *Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*; Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu den Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2009/C 43/09, Rz 35 ff. (nachfolgend: EU-Mitteilung).

¹⁴⁷ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 38.

¹⁴⁸ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 40.

¹⁴⁹ E-Mail Swisscom vom 23. Oktober 2013, Beilage Projekt Morgenberghorn II.

¹⁵⁰ E-Mail Swisscom vom 23. Oktober 2013, Beilage Projekt Morgenberghorn II, S. 2 f.

¹⁵¹ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 9: S. 8 f. und S. 17.

¹⁵² Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 11 und Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, Rz 10 ff.

¹⁵³ Vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28.01.2015, E. 2.2. ff. *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2012/3, 461 Rz 18 ff., *Erdgas Zentralschweiz AG*.

¹⁵⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 873 E. 3.2, *Unique*, m. w. H.

¹⁵⁵ Vgl. RPW 2010/4, 641 Rz 9, *EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte*; RPW 2010/4, 655 Rz 54, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁵⁶ Vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003, RPW 2003/4, 917 f. E. 4.1, *Cablecom/Teleclub*, m. w. H.; RPW 2010/4, 655 Rz 55, *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2007/4, 520 Rz. 23, *Beschaffung von LTSH durch armasuisse*.

¹⁵⁷ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 315 E. 3, *Swissgrid*; RPW 2010/4, 655 Rz 57, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁵⁸ Vgl. RPW 2011/2, 336 Rz 17, *Gutachten betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität*; RPW 2006/2, 230 Rz 26, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)*.

¹⁵⁹ Vgl. PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H.

139. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor,¹⁶⁰ wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt werden (z. B. Produktions- oder Handelskontingentierung).¹⁶¹ Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird.¹⁶²

140. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren. Dabei kann genügen, dass ein Markteingriff nur bei der Preisgestaltung erfolgt, da durch die Festlegung des Preises der Wettbewerb ebenfalls ausgeschlossen werden kann. Von einer staatlichen Marktordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ist indessen nur dann auszugehen, wenn es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten.¹⁶³

141. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Art. 3 Abs. 1 KG nur Normen vorbehält, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen, wenn also eine Normkollision vorliegt; diesbezüglich ist zu entscheiden, ob die wettbewerbsausschliessenden Normen oder das Kartellgesetz Anwendung findet. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus. Sie haben demzufolge nicht eine preis- und wettbewerbsrechtliche Ordnung zum Regelungsgegenstand, sondern eine andere Ordnung. Die Normen, welche zum Kartellgesetz hinzutreten, müssen deshalb nicht vorbehalten werden, da sie ohnehin unabhängig vom Kartellgesetz Anwendung finden. Da nur wettbewerbsmodifizierende Normen in Konflikt mit dem Kartellgesetz kommen können, muss nur zwischen diesen eine Lösung gefunden werden. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, welche zum Kartellgesetz hinzutreten, stellen insofern keine neue Kategorie der in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern sind Normen, welche parallel zum Kartellgesetz anwendbar sind.¹⁶⁴

142. Methodisch ist deshalb zunächst zu prüfen, ob neben dem Kartellgesetz Vorschriften für einen bestimmten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen vorliegen und ob der Sinn dieser Normen Wettbewerb nicht zulässt. Wenn dies zutrifft, ist zu evaluieren, ob die konkrete Ware bzw. Leistung überhaupt unter diese Vorschrift fällt. Es ist indessen nicht zu prüfen, ob eine konkrete Verhaltensweise in der konkreten Marktsituation Wettbewerb ausschliesst.¹⁶⁵

143. Dass die Zusammenschlussparteien im vorliegend relevanten Zusammenhang mit besonderen Rechten im

Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ausgestattet wären, wird von keiner Partei geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Entsprechend ist im Folgenden lediglich das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu prüfen.

144. Die hier fraglichen Verzeichnisse sind im Wesentlichen in den Art. 12d und 21 FMG¹⁶⁶, den Art. 11, 31 und 54 bis 54c FDV¹⁶⁷ sowie den technischen und administrativen Vorschriften betreffend die Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telefondienstes gemäss Anhang 1 Verordnung des Bundesamtes für Kommunikation über Fernmeldedienste und Adressierungselemente vom 9. Dezember 1997 (SR 784.101.113) geregelt.

145. Gemäss Art. 21 FMG haben die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung ein Verzeichnis ihrer Kundinnen und Kunden zu führen (Abs. 1). Sie ermöglichen anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder von Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren, den Zugang zum Mindestinhalt nach Art. 11 FDV; den elektronischen Zugang zum Mindestinhalt ermöglichen sie auch dann, wenn sie die Verzeichnisse nicht veröffentlicht haben (Abs. 2). Der Zugang ist nach internationalen Normen und auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren (Abs. 3).

146. Den Kundinnen und Kunden steht es gemäss Art. 12d Abs. 1 FMG frei, sich in die allenfalls veröffentlichten Verzeichnisse eintragen zu lassen.

147. Der Mindestinhalt der Verzeichniseinträge umfasst nach Art. 11 FDV (a) das Adressierungselement, mit welchem die Kundin oder der Kunde des betroffenen Fernmeldedienstes kontaktiert werden kann; (b) den Namen und Vornamen oder dem Firmennamen; (c) [per 1. Januar 2015 aufgehoben]; (d) die vollständigen Adresse; (e) gegebenenfalls das Kennzeichen, dass sie oder er keine Werbemitteilungen von Dritten erhalten möchte und dass ihre oder seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen; (f) die Preisbekanntgabe bei einem Adressierungselement eines entgeltlichen Mehrwertdienstes.

148. Die FDA haben dementsprechend die gesetzliche Pflicht, ein Verzeichnis ihrer Kunden zu führen. Dies stellt keine Dienstleistung gegenüber den Kunden dar. Mit anderen Worten besteht bezüglich der Erstellung des Verzeichnisses durch die FDA im Sinne von Art. 21 Abs. 1 FMG kein Wettbewerb.

¹⁶⁰ Vgl. zum Ganzen RPW 2012/3,461 ff. Rz 24 ff, *Erdgas Zentral-schweiz AG*.

¹⁶¹ RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.; BSK-KG MÜNCH (Fn 159), Art. 3 Abs. 1 N 15.

¹⁶² Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 875 E. 3.2.2, *Unique*; RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁶³ RPW 2010/4 656 Rz 60, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.

¹⁶⁴ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28.01.2015, E. 2.4.1. *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁶⁵ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28.01.2015, E. 2.4.2. *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁶⁶ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

¹⁶⁷ Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1).

149. Von der Regulierung nicht erfasst werden dabei „Outsourcing“-Dienstleistungen. Gemäss Art. 31 Abs. 3 FDV können die FDA die ihnen obliegenden Pflichten betreffend Erstellung von und Zugang zu Verzeichnissen „im Rahmen eines Vertragsverhältnisses Dritte beziehen“. Dieses Vertragsverhältnis ist in keiner Weise reguliert. Diesbezüglich besteht daher keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG. Directories ist als beauftragtes Outsourcingunternehmen für die Fernmeldedienstleistungen tätig, weshalb für die Geschäftstätigkeit von Directories die von den Zusammenschlussparteien geltend gemachten Vorschriften nicht zur Anwendung kommen. Für die durch die Aktivitäten als Outsourcingnehmer von Directories erbrachten Dienstleistungen bestehen daher keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG.

150. Die Kunden haben die Wahl, sich in die von den FDA veröffentlichten Verzeichnisse eintragen zu lassen (Art. 12d Abs. 1 FMG). Das Fernmeldegesetz sieht dabei aber keine Möglichkeit vor, den Eintrag in ein zu veröffentlichendes Verzeichnis gegenüber den Kunden kostenpflichtig anzubieten. Hinsichtlich des Eintrages des Mindestumfanges gemäss Art. 11 FDV in ein öffentliches Verzeichnis muss daher auch von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG gesprochen werden.

151. Fraglich erscheint, ob bezüglich des Zugangs anderer FDA gemäss Art. 21 Abs. 2 FMG zum Mindestinhalt nach Art. 11 FDV ebenfalls eine staatliche Markt- oder Preisordnung besteht. Anders als der Eintrag der Kunden ist der Zugang der anderen FDA nicht kostenlos. Der Zugang ist vielmehr zu kostenorientierten Preisen zu gewähren (Art. 21 Abs. 3 FMG). Was unter kostenorientierten Preisen zu verstehen ist, wird allerdings in den Art. 54 bis 54c FDV definiert. Die Preisgestaltung wird dadurch in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten (vgl. Rz 139) liegt somit auch hier eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vor.

152. Diese vorbehaltenen Vorschriften stehen der Zusammenschlusskontrolle im vorliegenden Fall nicht entgegen: Für Dienstleistungen der Zusammenschlussparteien ausserhalb der soeben erwähnten regulierten Tätigkeiten (insbesondere für Outsourcingdienstleistungen, Verkauf von Zusatzeinträgen, Werbung etc.) gemäss Art. 12d Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 und 2 FMG bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG. Folglich ist das Kartellgesetz auf das Zusammenschlussvorhaben uneingeschränkt anwendbar.

B.4 Nebenabreden

B.4.1 Allgemeines

153. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfah-

ren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

154. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind,¹⁶⁸ orientiert.

155. 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. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.

156. 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, 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.

B.4.1.1 Vereinbarungen zum Substanzschutz

157. Swisscom hat im Rahmen des Transaktionsrahmenvertrags mit Tamedia vereinbart, dass die nachfolgenden Geschäfte die Zustimmung von Tamedia und Swisscom benötigen¹⁶⁹:

- a. [...]
- b. [...]
- c. [...]
- d. [...]
- e. [...]

¹⁶⁸ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), 2005/C 56/03.

¹⁶⁹ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 78.

f. [...]

g. [...].

158. Die oben genannten Vereinbarungen haben die Zusammenschlussparteien im Transaktionsrahmenvertrag im Hinblick auf die Fortführung des Geschäftsbetriebs bis zur Vertragsunterzeichnung vereinbart.¹⁷⁰ Diese Vereinbarung dient der Sicherung des Zusammenschlussvorhabens vom Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bis zum Vollzug des Vorhabens.¹⁷¹ Die Abrede kann daher als für den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens notwendige Nebenabrede angesehen werden, die vom Zusammenschlussvorhaben umfasst wird.

B.4.1.2 Konkurrenzverbot

159. Im Aktionärsbindungsvertrag vereinbaren die Zusammenschlussparteien ein Konkurrenzverbot, gemäss welchem sich Tamedia verpflichtet, ohne vorgängige Zustimmung von Swisscom für eine Dauer von fünf Jahren ab Inkrafttreten des Aktionärsbindungsvertrags im Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein weder direkt noch indirekt die Kerntätigkeit der Gesellschaft ([...]) zu konkurrenzieren, noch für ein die Kerntätigkeit der Gesellschaft konkurrenzierendes Unternehmen direkt oder indirekt tätig zu werden oder sich an einem solchen Unternehmen direkt oder indirekt zu beteiligen.¹⁷²

160. [...].¹⁷³ [...].¹⁷⁴

161. Im Entscheid ISS/Edelweissfm hat die WEKO im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten ihre Praxis nach der EU-Bekanntmachung gerichtet.¹⁷⁵ Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt somit drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird.

162. [...].¹⁷⁶

163. [...].

164. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wird neben der gesamten Geschäftstätigkeit von Search auch das damit verbundene Know-how übertragen, weshalb ein Konkurrenzverbot von maximal drei Jahren gerechtfertigt erscheint.

165. Die Situation, dass Tamedia durch den Verkauf ihrer Minderheitsbeteiligung erhebliche Mittel zufließen, welche Tamedia dafür einsetzen könnte, konkurrierende Aktivitäten aufzunehmen, ist keineswegs ungewöhnlich. Im Gegenteil dürfte diese Situation in den allermeisten vergleichbaren Fällen vorliegen. Dies ist letztlich auch der Grund, weshalb Wettbewerbsverbote von der EU als zulässige Nebenabreden angesehen werden können: „Damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält, muss er in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräusserers geschützt werden, um das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können.“¹⁷⁷ Daran ändert auch nichts, dass Tamedia in verwandten Bereichen tätig bleibt und sich dadurch auch ein gewisses Mass an Know-how erhalten kann. Die in der EU-Bekanntmachung betref-

fend Nebenabreden genannten Beispiele für eine längere Frist (Volvo/Renault V.I.¹⁷⁸ und Kodak/Imation¹⁷⁹) sind mit der vorliegenden Situation nicht vergleichbar.¹⁸⁰ Im Fall Volvo/Renault V.I. wurde die Zulässigkeit eines fünfjährigen Konkurrenzverbots mit dem hohen Grad der Kundentreue und der langen Lebensdauer von schweren Lastwagen begründet. Im Fall Kodak/Imation geht es um die Aufrechterhaltung von Versorgungsstrukturen während fünf Jahren. Aus der in der EU-Bekanntmachung ebenfalls erwähnten Entscheidung RWE-DEA/Augusta¹⁸¹ geht demgegenüber keine besondere Begründung für die Zulässigkeit des fünfjährigen Konkurrenzverbots hervor. Dieser Fall ist denn aber auch deutlich älter als die beiden zuvor genannten.

166. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben sind auch keine qualifizierten Gründe ersichtlich, die ein über drei Jahre hinausgehendes Konkurrenzverbot rechtfertigen würden. Daher ist das vorliegend vereinbarte Konkurrenzverbot nur für einen Zeitraum von maximal drei Jahren als für das Zusammenschlussvorhaben unbedingt notwendig zu qualifizieren und damit durch das Zusammenschlussvorhaben gedeckt. Soweit das Konkurrenzverbot den Zeitraum von drei Jahren übersteigt, fällt es nicht unter das Konzentrationsprivileg und unterläge gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

B.5 Meldepflicht

167. 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 zwei Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

¹⁷⁰ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 9, S. 21.

¹⁷¹ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 78.

¹⁷² Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 10, Rz 109.

¹⁷³ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 11, Rz 112.

¹⁷⁴ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 11, Rz 112.

¹⁷⁵ RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., France Télécom SA/Sunrise Communications AG; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., ISS/Edelweissfm, i.V.m. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABI 2001/C 188/03; nachfolgend EU-Bekanntmachung Nebenabreden), N 18 ff.

¹⁷⁶ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 80.

¹⁷⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 175), N 18.

¹⁷⁸ KOMM, ABI. 2000 C 301/23 (COMP/M.1980), Rz 56, *Volvo/Renault V.I.*

¹⁷⁹ KOMM, ABI. 1999 C 17/2 (IV/M.1298), Rz 74, *Kodak/Imation*.

¹⁸⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung Nebenabreden (Fn 175), N 20 Fn 6.

¹⁸¹ KOMM, ABI. 1995 C 207/11 (IV/M.612), Rz 37, *RWE-DEA/Augusta*.

	Swisscom	Search	insgesamt
Schweiz	9'358 Mio.	[...]	[...]
Weltweit	11'434 Mio.	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2013 (in CHF).¹⁸²

168. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine 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 oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

169. Im Verfahren Telecom PTT/Blue Window hat die WEKO rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefonie- markt marktbeherrschend ist.¹⁸³

170. Gestützt auf das Urteil B-6180/2013¹⁸⁴ des Bundesverwaltungsgerichts (nachfolgend: BVGer) kommen die Zusammenschlussparteien zum Schluss, dass keine Meldepflicht des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG bestehe. Die in diesem Zusammenhang relevanten Search&Find-Märkte seien bezüglich des Festnetztelefonie- marktes, für welche die Wettbewerbskommission eine marktbeherrschende Stellung der heutigen Swisscom-Gruppe festgestellt hat¹⁸⁵, weder vor- oder nachgelagert noch benachbart im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

171. Dazu ist festzuhalten, dass Verzeichnisdaten beim Abschluss eines Vertrages über Festnetztelefonie anfallen und in der Regel mit Vertragsabschluss erhoben werden. Diese Daten sind der Input für die Verzeichnisse und sind damit der direkte Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste. Damit ist der Markt für Festnetztelefonie den Märkten für Verzeichnisse, für Verzeichniseinträge sowie den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten direkt vorgelagert. Somit ergibt sich auch nach den im zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts definierten Kriterien eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

172. Bereits im Zusammenschlussvorhaben Directories AG/PubliDirect Holding AG hat die WEKO das Geschäft mit Verzeichnisdiensten als dem Telefoniegeschäft nachgelagert qualifiziert.¹⁸⁶ Auch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft das Geschäft mit Verzeichnisdiensten. Sowohl Search als auch die neu strukturierte Directories sind in diesem Geschäft tätig. Damit betrifft das Zusammenschlussvorhaben einen dem Telefoniegeschäft nachgelagerten Markt. Das Zusammenschlussvorhaben ist also gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

173. Im Übrigen gilt es festzuhalten, dass das zitierte Urteil des BVGer einen Fall betrifft, in welchem die WEKO ein Unternehmen wegen Verletzung der Meldepflicht gestützt auf Art. 51 KG sanktioniert hat. Das BVGer verwies¹⁸⁷ diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. Publigroupe.¹⁸⁸ Das Bundesgericht führte darin aus, dass aufgrund des strafrechtlichen Charakters¹⁸⁹ der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen das in Art. 7 EMRK¹⁹⁰ und Art. 15 Uno-Pakt II¹⁹¹ enthaltene Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straf- tatbestände zum Tragen komme.

174. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen i.S.v. Art 32 ff. KG handelt es sich im Gegensatz dazu um ein reines Administrativverfahren ohne strafrechtlichen Charakter, zumal es dabei einzig um die Bewilligung oder Nichtbewilligung eines meldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens geht. Selbst wenn eine allfällige Nichtbewilligung für die betroffenen Unternehmen einen Nachteil mit erheblichen finanziellen Folgen darstellen kann, weist sie keinerlei pönalen Gehalt auf. Es droht mithin bei der Zusammenschlusskontrolle keine Strafe im Sinne der EMRK bzw. des UNO-Pakts II. Art. 9 Abs. 4 KG ist daher für die Belange der Zusammenschlusskontrolle auch nicht im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheits- und Klarheitsgebots restriktiv auszulegen.

175. Swisscom macht dazu geltend, es sei nicht zulässig, eine Rechtsnorm unterschiedlich auszulegen, je nachdem, ob sie in einem strafrechtlichen oder einem Administrativverfahren zur Anwendung gelange. Ihr materieller Gehalt müsse stets derselbe sein. Andernfalls würde sich ergeben, dass die Meldepflicht breiter wäre

¹⁸² Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 15.

¹⁸³ RPW 1997/2 174 Dispositiv Rz 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

¹⁸⁴ Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 473 ff., *The Swatch Group AG/WEKO*.

¹⁸⁵ Vgl. RPW 1997/2, 174 Dispositiv Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

¹⁸⁶ RPW 2010/4, 785 Rz 5, *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*.

¹⁸⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 476 E. 2.1, *The Swatch Group AG/WEKO*.

¹⁸⁸ BGE 139 I 72, E. 8.2 (= RPW 2013/1, 124 ff. E. 8.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸⁹ BGE 139 I 72, E. 2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁹⁰ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

¹⁹¹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

als die Möglichkeit der Sanktionierung einer unterlassenen Meldung: Würden an Zusammenschlüssen beteiligte Unternehmen aufgrund ihrer Auffassung, ihr Vorhaben beziehe sich nicht auf einen Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG, von einer Meldung absehen, würden sie in der Folge durch die Wettbewerbskommission wegen Verletzung der Meldepflicht gestützt auf Art. 51 KG sanktioniert. Diese Sanktionsverfügung müsste dann wegen Unvereinbarkeit mit den einschlägigen Bestimmungen der EMRK bzw. des UNO-Paktes II durch das Bundesverwaltungsgericht aufgrund von dessen enger Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG wieder aufgehoben werden. Dies zeige, dass eine unterschiedliche Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG nach Massgabe der Qualifikation eines Verfahrens als straf- oder verwaltungsrechtlich zu inkonsistenten Ergebnissen führen und die Einheit der Rechtsordnung in Frage stellen würde.¹⁹²

176. Search teilt die von Swisscom vertretene Auffassung vollumfänglich.¹⁹³

177. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Die Parteien lassen dabei ausser Acht, dass die Sanktionierung nur eine mögliche Rechtsfolge der unterlassenen Meldung ist. Gemäss Art. 35 KG wird bei Verletzung der Meldepflicht der Zusammenschluss von Amtes wegen geprüft. In diesem Zusammenhang ist es durchaus denkbar, dass bei einer Verletzung der Meldepflicht zwar aufgrund der erwähnten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im konkreten Fall keine Sanktion verhängt werden kann. Da die Wettbewerbsbehörden wie erwähnt Art. 9 Abs. 4 KG für die Belange der Zusammenschlusskontrolle nicht im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheits- und Klarheitsgebots restriktiv auszulegen haben, werden sie in Anwendung von Art. 35 KG trotz der fehlenden Möglichkeit der Sanktionierung nach Art. 51 KG im konkreten Fall den Zusammenschluss gleichwohl von Amtes wegen prüfen. Das Unternehmen, das seine Meldepflicht verletzt ist daher selbst bei Ausschluss der Sanktionierbarkeit nicht bessergestellt, als das korrekt meldende Unternehmen. Dass die Anwendbarkeit des Administrativverfahrens in diesem Sinne breiter ist als der Anwendungsbereich von Art. 51 KG, ist dabei nichts Aussergewöhnliches. So sind etwa die einzig unter Art. 5 Abs. 1 KG fallenden Wettbewerbsabreden auch nicht (direkt) sanktionierbar, hingegen sehr wohl unzulässig und daher zu verbieten. Ebenso wenig deckungsgleich sind etwa die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG und die entsprechende Strafbestimmung in Art. 55 KG. Strafbar ist in diesem Falle nur die vorsätzliche Verletzung der Auskunftspflicht. Fehlt es am Vorsatz, etwa weil dieses subjektive Tatbestandselement nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden kann, bedeutet dies nur, dass keine Strafe verhängt werden kann. Auskunftspflichtig ist die betroffene Person aber nach wie vor.

B.6 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

178. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, 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).

179. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die WEKO, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt werden.

180. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

181. Hierzu werden die Märkte gemäss Praxis der WEKO in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. 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). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.6.1 Vorbemerkungen

182. Die Parteien machen geltend, das Sekretariat habe im Rahmen der vorläufigen Prüfung bei den Marktabgrenzungen unbegründeterweise eine Praxisänderung vorgenommen.¹⁹⁴

183. Swisscom weist dabei darauf hin, dass das Erfordernis einer verlässlichen Rechtsanwendungspraxis, welche bei gesetzlichen Vorgaben mit weiten Beurteilungsspielräumen, zu denen auch die einschlägigen Bestimmungen des KG gehörten, von zentraler Bedeutung sei. In solchen Bereichen vermöge erst eine stabile Rechtsanwendung die für die Rechtsunterworfenen notwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Daher würden Lehre und Rechtsprechung hohe Anforderungen an eine Praxisänderung stellen. Durch die Konkretisierung von Handlungsspielräumen in ihrer Rechtsanwendungspraxis binde sich eine Behörde auch selbst. Das Bundesgericht lasse Praxisänderungen nur zu, wenn mehrere Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien. Namentlich müssten ernsthafte und sachliche Gründe vorliegen, das Interesse an einer neuen Rechtsanwendung müsse die gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegen und Praxisänderungen müssten angekündigt werden, wenn sie für die Rechtsunterworfenen mit einem unerwarteten Nachteil verbunden seien. Diese Anforderungen, die auch für die Wettbewerbsbehörden gälten, seien bisher nicht geprüft worden. Ob sie erfüllt wären, sei zweifelhaft. Eine schwankende Praxis, mittels welcher immer wieder neue Spielräume ausgelotet werden, wäre mangels ausreichender sachlicher Gründe willkürlich

¹⁹² Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 19.

¹⁹³ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, Rz 4.

¹⁹⁴ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 6; Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, Rz 6 ff., 58 ff. und 96; Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 4 ff.; Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, S. 21 ff.

und verfassungswidrig. Die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden sei beim Markt für Verzeichniseinträge offensichtlich sprunghaft, ändere sich von Fall zu Fall und sei daher nicht geeignet, die erforderliche Konkretisierung der vom Kartellgesetz eingeräumten Spielräume sicherzustellen. Auch eine vorgängige Ankündigung einer geänderten Praxis sei vorliegend nicht gegeben. Denn eine solche Ankündigung müsse die wesentlichen Eckpunkte der neuen Praxis klar und verlässlich umschreiben. Die Angaben in der vorläufigen Prüfung in Sachen Swisscom/Publigroupe vom 27. August 2014 seien schon deshalb keine ausreichende Ankündigung einer Praxisänderung, weil der Markt für Verzeichniseinträge in der vorläufigen Prüfung i.S. Swisscom Directories/Search vom 18. November 2014 von der Darstellung vom 27. August 2014 erneut abweiche.¹⁹⁵

184. In ihrer Eingabe vom 30. Januar 2015 hält Swisscom an ihrer Position fest und bekräftigt, dass die Marktabgrenzung in der vorläufigen Prüfung im Widerspruch zur bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden stehe und sachlich nicht gerechtfertigt sei.¹⁹⁶ Insbesondere bemängelt Swisscom, dass sich die WEKO mit den Ausführungen der Parteien zur Bedeutung einer verlässlichen Rechtsanwendungspraxis bei Rechtsvorschriften mit weiteren Beurteilungsspielräumen nur vordergründig befassen würde.¹⁹⁷

185. Dieses Vorbringen wiederholt Swisscom nochmals in ihrer Eingabe vom 10. März 2015.¹⁹⁸

186. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen ist.¹⁹⁹ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.²⁰⁰ Es ist unbestritten, dass die Auslegung des kartellrechtlichen Markt Begriffes eine Rechtsfrage darstellt. Welche konkreten Güter aber aus Sicht der relevanten Marktgegenseite substituierbar sind, ist weniger durch Auslegung als vielmehr durch Beweiserhebung zu beantworten.²⁰¹ Zwar wird die Frage der Substituierbarkeit im Rahmen einer vorläufigen Prüfung häufig aufgrund früherer Fälle durch Abstützen auf die damals gewonnenen Erkenntnisse beantwortet. Hierbei wird allerdings meist auf die Angaben der meldenden Unternehmen abgestützt und eigene Sachverhaltsabklärungen werden in der Regel kaum durchgeführt. Dies liegt in erster Linie an der knappen zur Verfügung stehenden Zeit bei der vorläufigen Prüfung. Hieraus kann aber nicht für zukünftige Verfahren automatisch geschlossen werden, dass der Sachverhalt vollständig und korrekt erfasst wurde bzw. dass der Sachverhalt von den Zusammenschlussparteien korrekt gemeldet wurde. Vielmehr ist in jedem Zusammenschlussverfahren neu zu entscheiden, ob der dem Zusammenschlussvorhaben zugrundeliegende Sachverhalt neu ermittelt wird oder ob auf in der Vergangenheit zurückliegende Sachverhaltsermittlungen zurückgegriffen werden kann. Soweit keine erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse offensichtlich erkennbar ist, kann es sich rechtfertigen, auf frühere Beurteilungen abzustellen. Die WEKO ist aber gerade verpflichtet den zugrundeliegenden Sachverhalt erneut zu ermitteln und neue Kenntnisse einfließen zu lassen. Bei Internet-basierten

Märkten handelt es sich regelmässig um sehr dynamische Märkte. Die Marktsituation kann sich hier innert weniger Jahre deutlich verändern. Es ist daher von vornherein fraglich, ob dabei auf Fälle zurückgegriffen werden sollte, die fünf oder mehr Jahre zurück liegen. Jedenfalls können die Parteien nicht darauf vertrauen, dass sich die Marktsituation heute gleich präsentiert wie vor fünf oder mehr Jahren oder die WEKO bei der Sachverhaltsabklärung in der Zwischenzeit keine neuen Erkenntnisse gewonnen hat.

187. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass bei identischen Sachverhalten die Marktabgrenzung in gleicher Weise vorzunehmen sei.²⁰²

188. Hierzu kann gesagt werden, dass Sachverhalte zu unterschiedlichen Zeitpunkten nicht identisch sein können, da es sich alleine schon aufgrund der zeitliche Komponente regelmässig um unterschiedliche Sachverhalte handelt. Wenn wie insbesondere in Zusammenschlussvorhaben im Rahmen einer vorläufigen Prüfung vorwiegend auf die Darstellungen der Zusammenschlussparteien abgestellt wird, so ergibt sich hieraus noch kein Anspruch, dass in anderen Zusammenschlussvorhaben, bei welchen die WEKO entscheidet den Sachverhalt im Rahmen einer vertieften Prüfung genauer zu erheben, zu keinen neuen Erkenntnissen kommt. Vielmehr obliegt es der WEKO insbesondere bei kritischen Zusammenschlussvorhaben die für einen Entscheid wesentlichen Sachverhaltselemente im Detail zu ermitteln, um gestützt hierauf einen Entscheid fällen zu können.

189. Die Behauptung der Zusammenschlussparteien, dass aus der Tatsache, dass sich die Wettbewerbsbehörden in der Zusammenschlusskontrolle auf ihre Marktabgrenzungspraxis berufen würden, geschlossen werden könne, dass die Wettbewerbsbehörden selber die Marktabgrenzung als Frage der Rechtsanwendung ansehen würden,²⁰³ ist aus den oben genannten Gründen falsch.

190. Selbst wenn eine Marktabgrenzung in verschiedenen Fällen über mehrere Jahre gleich ausgefallen sein sollte, könnten sich die Wettbewerbsbehörden nicht einfach über das Resultat aktueller Marktbefragungen und Erhebungen hinwegsetzen, wenn diese zu einem mit der früheren Marktabgrenzung unvereinbaren Resultat führen.

¹⁹⁵ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 6.

¹⁹⁶ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 4.

¹⁹⁷ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 5.

¹⁹⁸ Eingabe Swisscom vom 10. März 2015, Rz. 9 ff.

¹⁹⁹ Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 331, WEKO/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, REKO/WEF.

²⁰⁰ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

²⁰¹ Vgl. BGE 139 I 72, E. 8.3 und 9.2 (= RPW 2013/1, 126 ff. E. 8.3 und 9.2), Publigroupe SA et al./WEKO.

²⁰² Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 5.

²⁰³ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 6.

191. Zusammengefasst kann festgehalten werden: Da es sich bei der Marktabgrenzung grundsätzlich um eine Sachverhaltsfrage handelt, ist diese aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt der Beurteilung zu beantworten. Es besteht kein rechtlich geschütztes Vertrauen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern, dass die WEKO im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärung zu keinen neuen Erkenntnissen kommt, oder dass bei der Beurteilung tatsachenwidrig auf einen veralteten Sachverhalt abzustellen sei.

192. Daher ist es für die Prüfung des vorliegenden Falles auch unerheblich, ob nach Meinung der Zusammenschlussparteien bereits im Jahr 1998 auf dem Nutzermarkt nicht nur Telefonnummern und Adressen als Kontaktinformationen gewertet wurden.²⁰⁴ Vielmehr sind Ausgangspunkt einer sachlichen Marktabgrenzung gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Hierbei ist von der Geschäftstätigkeit der Zusammenschlussparteien und den Nutzern, welche die Leistungen der Zusammenschlussparteien nachfragen, auszugehen. Die Nutzer von local.ch und search.ch suchen in erster Linie nach Telefonnummern, Namen und Adressen. Daher ist Ausgangspunkt der Marktabgrenzung die Suche nach Telefonnummern, Adressen und Namen (im Falle von inversen Suchen) und nicht der undefinierte Begriff der Kontaktaufnahme, wie dies die Zusammenschlussparteien an verschiedenen Stellen vorbringen.

193. Genauso wenig stichhaltig sind die Ausführungen der Zusammenschlussparteien im Hinblick auf die Abgrenzung des Werbemarktes, wonach hier keine tatsächlichen Änderungen ersichtlich wären, welche eine engere Marktabgrenzung verlangen würden.²⁰⁵ Auch hier gilt wiederum, dass Ausgangspunkt der Marktabgrenzung die Möglichkeiten zur Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten ist. Ob weitere Werbemöglichkeiten in den Markt mit einzubeziehen sind, ist eine Frage der Substituierbarkeit. Lediglich die Behauptung, dass Google klare Konkurrenzprodukte zu den Angeboten von Swisscom Directories und Search anbieten würde, kann – selbst wenn dem so wäre – noch nicht als Beweis dafür gelten, dass Google demselben sachlichen Werbemarkt angehören würde (vgl. zur Marktabgrenzung Rz 239).

B.6.2 Relevante Märkte

194. In der bisherigen Praxis hat die WEKO im Verzeichnisdatengeschäft einen Markt für Verzeichnisdaten, einen Markt für Verzeichniseinträge, Märkte für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sowie einen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten abgegrenzt.

195. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden der Markt für Festnetztelefonie, und diejenigen Märkte abgegrenzt, auf denen Directories oder Search tätig sind.

196. Gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien umfasst die Geschäftstätigkeit von Directories die nachfolgenden Tätigkeiten:

- a. Die Tätigkeit eines Data Agents, welcher für Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung das Führen eines Verzeichnisses ihrer Kundinnen und Kunden als Outsourcing-Partner übernimmt.
- b. Beim Verkauf von regulierten Verzeichnisdaten erbringt Directories für FDA zudem Verkaufsdienstleistungen. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien richten Bezüger ihre Nachfrage nach regulierten Verzeichnisdaten an Directories, welche die Bonität der Nachfrager prüft und die Anfrage an die diversen FDA weiterleitet.
- c. Die Tätigkeit eines Nachfragers nach regulierten Verzeichnisdaten, wobei Directories von den FDA regulierte Verzeichnisdaten nachfragt.
- d. Die Produktion von veredelten Verzeichnisdaten, wobei Directories die von ihr gekauften regulierten Verzeichnisdatensätze der diversen FDA zusammenführt. Zudem reichert Directories die Daten mit zusätzlichen Informationen an. In die veredelten Daten fliessen nach Angaben von Swisscom folgende Informationen ein: Regulierte Daten (Name/Firmenname/Behördenname, Vorname, Adresse [Strasse, Nummer, PLZ, Ort, Kanton], E.164-Nummer [Telefon, Fax, Mehrwertdienstnummer, Mobile,...], Erstrubrik [eine pro E.164-Nummer], Werbestern, Tarif bei Mehrwertdienstnummer); nicht regulierte Daten (E-Mail-Adresse [falls vorhanden], Berufsbezeichnung); kostenpflichtige Zusatzeinträge (bei Privaten: weitere Personen, Nummern, E-Mail-Adresse; bei Unternehmen: weitere Rubriken); Online-Produkt „local Link“ (Homepage-URL). Die nebst den regulierten Daten in die veredelten Daten einflussenden Informationen stammen nach Darstellung von Swisscom einerseits aus von Privatpersonen nachgefragten kostenpflichtigen Zusatzeinträgen sowie aus einem Teil der von Unternehmen nachgefragten Zusatzeinträgen (zusätzliche Rubriken). Die möglichen Zusatzeinträge seien sowohl bei Privatpersonen als auch bei Unternehmen inhaltlich definiert. Andererseits stammten die in die veredelten Daten einflussenden Informationen aus dem Produkt „local Link“ für Unternehmen. Dieses Angebot sei seitens Swisscom nie als Zusatzeintrag qualifiziert worden. Es sei ein Werbeprodukt.²⁰⁶
- e. Verkauf von Zusatzeinträgen für Privatpersonen und Unternehmen, welche in die regulierten Verzeichnisdaten aufgenommen werden.

²⁰⁴ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 5.

²⁰⁵ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 5.

²⁰⁶ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 4.

- f. Verkauf von veredelten Verzeichnisdaten.
 - g. Verkauf von Werberaum für Ergänzung der Verzeichniseinträge mit Werbung, wie URL-Adressen, Logos etc. auf local.ch und den Local Guides.
 - h. Verkauf von Werberaum in den Print-Verzeichnissen.
197. Aus der Geschäftstätigkeit der Directories-Unternehmen und Search ergeben sich Geschäftstätigkeiten auf den nachfolgenden Märkten:
- a. Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten
 - b. Markt für Verzeichnisdaten
 - c. Markt für Verzeichniseinträge
 - d. Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten
 - e. Märkte für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten
 - f. Markt für die Nutzung von Suchmaschinen
 - g. Markt für Managed Websites
 - h. Markt für adressierte Direktwerbung
 - i. Markt für Kontakt-Management Services
 - j. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen
 - k. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

198. Auf die Abgrenzung weiterer allenfalls betroffener Märkte kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens verzichtet werden, da nicht ersichtlich ist, dass diese in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen.

B.6.2.1 Markt für Festnetztelefonie

199. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt, in welchem Endkunden typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nachfragen. FDA bieten den Endkunden die entsprechenden Festnetztelefoniedienstleistungen an.²⁰⁷ Der sachlich relevante Markt umfasst daher auf der Nachfrageseite sämtliche Nachfrager nach Festnetztelefoniedienstleistungen und auf der Anbieterseite FDA, die diese Dienstleistungen über eine entsprechende (eigene oder fremde) drahtgebundene Netzwerkinfrastruktur anbieten.

200. In räumlichen Hinsicht umfasst der relevante Markt mindestens die in der Schweiz liegende Kupferkabel- und Glasfaserinfrastruktur von Swisscom, über welche die den sachlichen Markt bestimmenden Dienstleistungen erbracht werden. Daher ist gemäss Praxis der WEKO von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.6.2.2 Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten

201. Auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten fragen FDA Outsourcingdienstleistungen für die Erstellung von Verzeichnissen ihrer Kundinnen und Kunden nach, die sie gemäss dem Fernmeldegesetz führen müssen. Auf der Angebotsseite stehen Unternehmen, die Dienstleistungen zur Bereinigung der von den FDA gelieferten Kundendaten und zur Erstellung der Verzeichnisse entsprechend den gesetzlichen Anforderungen anbieten.

202. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt die in der Schweiz tätigen FDA, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.

B.6.2.3 Markt für Verzeichnisdaten

203. Auf dem Markt für Verzeichnisdaten stehen sich Anbieter eines Verzeichnissesatzes und Nachfrager solcher Verzeichnisdaten gegenüber. Typischerweise verwenden Nachfrager nach Verzeichnisdaten diese weiter, indem sie hieraus entweder einen veredelten Verzeichnissesatz erstellen und diesen weiterverkaufen oder den erworbenen Verzeichnissesatz (erweitert oder nicht erweitert) als Grundlage für das Angebot weiterer Dienstleistungen (z.B. Verzeichnisdienste) oder Produkte (z.B. Telefonbuch, Telefon-CD-ROM) nutzen.

204. Für Bezüger von Verzeichnisdaten spielt die Qualität der Daten eine grosse Rolle. Diese bestimmt sich weitgehend aus deren Vollständigkeit und Aktualität.²⁰⁸ Ferner sind die Nachfrager nach Verzeichnisdaten darauf angewiesen, diese möglichst in einer Form beziehen zu können, welche ihnen eine leichte und effiziente Weiterverarbeitung ermöglicht.

205. Der Vertrieb von Verzeichnisdaten ist aufgrund von Art. 12d und Art. 21 FMG weitgehend reguliert. Nachfrager von Verzeichnisdaten sind in erster Linie Unternehmen, welche aus den gelieferten Daten Adressverzeichnisse in elektronischer (online- und offline nutzbare Datenbanken) oder gedruckter Form herstellen oder den Zugang zu diesen Daten für eigene Verzeichnisdienste nutzen wollen.²⁰⁹ Vor diesem Hintergrund hat die WEKO den sachlich relevanten Markt in der bisherigen Praxis wie folgt umschrieben:

„Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisse in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz erfassen.“²¹⁰

²⁰⁷ RPW 2010/3 506 Rz. 82 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

²⁰⁸ RPW 2005/1, 77 Rz 151 f., *Untersuchung Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)*.

²⁰⁹ RPW 2005/1, 77 Rz 150, *Untersuchung Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)*.

²¹⁰ RPW 2005/1, 78 Rz 158, *Untersuchung Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)*.

206. Bisher hat die WEKO in ihrer Praxis nicht zwischen regulierten und den sogenannten veredelten Verzeichnisdaten unterschieden.²¹¹ Zwar wurde die Marktabgrenzung von der REKO/WEF in ihrem Entscheid vom 25. Oktober 2006 (Geschäfts-Nr. FB/2005-2) dahingehend kritisiert, dass aus der Einschätzung der WEKO, dass für die Erstellung eigener Verzeichnisse nur die regulierten Daten zwingend erforderlich seien, nicht geschlossen werden könne, dass regulierte Daten und Daten aus veredelten Verzeichnissen aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar seien.²¹² Vielmehr sei eine Befragung der Unternehmen der Marktgegenseite angebracht.

207. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf diesem Markt zu keinen Marktanteilsadditionen. Daher ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens keine Änderung der Marktstruktur zu erwarten. Dennoch ist zu beachten, dass verschiedene Unternehmen die Qualität der regulierten Verzeichnisdaten bemängelt haben, so dass bei einer näheren Abklärung der Marktverhältnisse zu eruieren wäre, ob und in wieweit es sich rechtfertigen würde zwischen veredelten und regulierten Verzeichnisdaten zu unterscheiden.

208. Aufgrund der per ersten Januar 2015 in Kraft getretenen Revision der FDV wurden die Rubriken aus den regulierten Verzeichnisdaten gestrichen. Damit haben die regulierten Verzeichnisdaten und die veredelten Verzeichnisdaten einen signifikant unterschiedlichen Inhalt. [...] Damit zeigen sie konkludent auf, dass sich regulierte und veredelte Verzeichnisdaten unterscheiden. Die Substituierbarkeit und damit die Zugehörigkeit zum selben Markt erscheint daher umso fraglicher.

209. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann aufgrund der nicht zu erwartenden Änderung der Marktstruktur die Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

210. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt die in der Schweiz tätigen FDA, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.

B.6.2.4 Markt für Verzeichniseinträge

211. Beim Vertrieb von Verzeichnisdaten kann zwischen den regulierten und den veredelten Verzeichnisdaten unterschieden werden. Um einen veredelten Verzeichnisdatensatz zu erstellen, wird in der Regel der regulierte Verzeichnisdatensatz mit Zusatzinformationen angereichert. Zudem besteht bei bestimmten Inhabern von Verzeichniseinträgen das Bedürfnis, Verzeichniseinträge zu ergänzen. So fragen beispielsweise Privatpersonen die Erfassung von zusätzlichen Namen oder Telefonnummern und Unternehmen die Erfassung von zusätzlichen Ortschaften und Rubriken nach. Solche Zusatzangaben finden Eingang in den veredelten Verzeichnisdatensatz und gelangen somit zu allen Nutzern des veredelten Verzeichnisdatensatzes sowie den Nutzern der Produkte und Dienste, die diese veredelten Verzeichnisdaten nutzen.

212. Hierbei verfolgen Privatpersonen und Unternehmen grundsätzlich das Ziel, dass unter dem Verzeichniseintrag die gewünschte Information gefunden wird. Beispielsweise sollen bei der Suche nach Privatpersonen die zusätzlich eingetragenen Personen oder Telefon-

nummern im Zusammenhang mit dem Haupteintrag gefunden werden. Auch bei Unternehmen soll das Unternehmen unter den zusätzlich eingetragenen Orten und Rubriken gefunden werden.

213. Im Rahmen einer Marktbefragung von Werbeagenturen (vgl. Rz 38) sahen von 26 befragten Unternehmen insgesamt 13 Zusatzeinträge als eine Werbeform oder eher als eine Werbeform an. Neun Unternehmen waren in der Frage, ob es sich hierbei um eine Werbeform handelt unentschieden und vier Unternehmen sahen Zusatzeinträge eher nicht oder nicht als Werbeform an. Allerdings sahen 21 Unternehmen die Zusatzeinträge als Mittel zur Steigerung der Aufmerksamkeit an. Drei Unternehmen waren unentschieden und zwei Unternehmen sahen es nicht als Mittel zur Steigerung der Aufmerksamkeit an.

214. Auf die Frage, ob Zusatzeinträge in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten hauptsächlich zur Vervollständigung des Verzeichniseintrags nachgefragt würden, waren 16 Unternehmen unentschieden, vier waren eher der Meinung dies treffe zu, sechs waren eher der Meinung, dies treffe nicht zu.

215. Zusatzeinträge unterscheiden sich allerdings von Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten dahingehend, dass sie zumindest bei Swisscom Directories Eingang in den veredelten Verzeichnisdatensatz finden und damit in sämtlichen Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten enthalten sind, welche die veredelten Verzeichnisdaten von Swisscom Directories als Datenbasis verwenden. Damit finden Zusatzeinträge Eingang in Verzeichnisdienste wie 1818 oder 1811, online Adressverzeichnisse wie local.ch und search.ch etc. sowie in die Telefon CD-ROM von TwixTel.

216. Dieselben Zwecke können mit Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten nicht erreicht werden, weshalb diese nicht miteinander substituierbar sind. Alleine schon die Tatsache, dass Search Zusatzeinträge kostenlos anbietet und nur [...] Kunden bei Search einen Zusatzeintrag nachfragen²¹³, während [...] Kunden Zusatzeinträge bei Swisscom nachfragen²¹⁴, obwohl diese kostenpflichtig sind, zeigt, dass die Werbung auf online Adressverzeichnissen nicht mit den Zusatzeinträgen, die in den veredelten Verzeichnisdatensatz Eingang finden, substituiert werden kann.

217. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vor, dass in der publizierten Version des Berichts in RPW 2010/4, S. 785 f. des Zusammenschlussvorhabens Swisscom Directories/PubliDirect Holding AG nicht auf einen Markt für Verzeichniseinträge

²¹¹ RPW 2005/1, 78 Rz 158, *Untersuchung Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1)*.

²¹² RPW 2006/4 717, E. 5.3.4, *Swisscom Directories AG/Wettbewerbskommission*.

²¹³ Eingabe Search vom 28. Januar 2015, Beilage 1 für das Jahr 2014.

²¹⁴ Eingabe Swisscom vom 29. Januar 2015, Beilage Firmen_Full_2014 und Personen_Full_2014.

eingegangen werde und leitet hieraus ab, dass die Zusammenschlussparteien in guten Treuen folgern konnten, dass die Abgrenzung des Marktes für Verzeichniseinträge gestützt auf die Parteivorbringen verworfen worden war. In ihrer Eingabe vom 30. Januar 2015 macht Swisscom erneut geltend, dass die Abgrenzung eines Marktes für Verzeichniseinträge der bewährten Praxis widerspreche und zu Überschneidungen mit anderen Märkten führen würde.²¹⁵ Auch die von der WEKO durchgeführte Marktbefragung würde bestätigen, dass Zusatzeinträge nicht der Vervollständigung von Verzeichniseinträgen sondern der Erhöhung der Aufmerksamkeit der Nutzer und damit Werbezwecken dienen würden.

218. Hierzu ist entgegenzuhalten, dass aus der Tatsache, dass auch Zusatzeinträge zur Erhöhung der Aufmerksamkeit genutzt werden, nicht geschlossen werden kann, dass diese automatisch zu einem allgemeinen Werbemarkt für Search&Find zu zählen sind. Beispielsweise ist die Ergänzung eines Verzeichniseintrags mit weiteren Rubriken oder Ortschaften nicht mit dem Hinzufügen eines Logos substituierbar, da die erstere Massnahme dazu führt, dass der Verzeichniseintrag bei anderen Suchanfragen gesehen wird und die zweite Massnahme dazu führt, innerhalb einer Suchanfrage auf sich aufmerksam zu machen. Zudem kann zu diesen Vorbringen von Swisscom auf die Ausführungen in Rz. 182 ff. verwiesen werden.

219. Swisscom macht weiter geltend, dass die Tatsache, dass Directories den Unternehmen unterschiedliche Produkte anbiete und diese unterschiedlich bezeichne (konkret als Zusatzeinträge und als Werbeprodukte mit Fokus auf online-Einträge bzw. das gedruckte Verzeichnis), ihrer Meinung nach nicht bedeute, dass Zusatzeinträge für Unternehmen und andere Online-Werbeprodukte unterschiedlichen sachlichen Märkten angehören. Es bedeute auch nicht, dass separate Märkte für Verzeichniseinträge und für Werbung abzugrenzen seien. Die Marktabgrenzung gemäss der vorläufigen Prüfung sei falsch.²¹⁶

220. Hierzu ist anzumerken, dass wie oben ausgeführt die beiden Produkte nicht bloss unterschiedlich von Directories bezeichnet werden, sondern auch tatsächlich grundsätzlich unterschiedliche Bedürfnisse abdecken.

221. Swisscom macht zudem geltend, dass zu einem Markt für Verzeichniseinträge gegebenenfalls ausser den genannten Eintragungsmöglichkeiten bei Swisscom Directories und denjenigen bei Search auch alle weiteren unentgeltlichen Eintragungsmöglichkeiten bei Google+ für Privatpersonen, bei Google Places für Firmen, auf Facebook, auf Facebook Places für Unternehmen, Yelp, Foursquare und bei Specific Search&Find Anbietern gehören würden.²¹⁷ Dies versucht Swisscom mit einigen Screenshots von Facebook beispielhaft darzustellen.

222. Hierzu kann festgehalten werden, dass die Einträge in sozialen Netzwerken nicht mit Verzeichniseinträgen gleichgesetzt werden können. Verzeichniseinträge sind an einen Fernmeldeanschluss gekoppelt und damit vom Fernmeldedienstanbieter verifiziert. Sie verfügen damit über eine erhöhte Glaubwürdigkeit und einer über die monatliche Rechnungsstellung überprüfte Richtigkeit.

Zudem muss sich ein Nutzer beim sozialen Netzwerk in der Regel erst registrieren und eine Freundschaftsanfrage an die betreffende Privatperson senden, bevor er die für ihn relevanten Informationen einsehen kann. Hierbei ist allerdings sogar ungewiss, ob die für ihn relevanten Informationen überhaupt vorhanden sind. Aus diesen Gründen können die auf sozialen Netzwerken vorhandenen Informationen über Privatpersonen nicht mit Verzeichniseinträgen substituiert werden. Sie gehören damit nicht in denselben sachlichen Markt (vgl. hierzu auch nachfolgend B.6.2.6).

223. Search macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass die Abgrenzung eines Marktes für Verzeichniseinträge falsch sei, da ein solcher nicht existiere.²¹⁸ Ein Markt für Verzeichnisdaten stehe im Widerspruch zur bisherigen Praxis der WEKO, welche im Verfahren Swisscom Directories/WEKO durch die WEKO am eingehendsten geprüft worden sei. Zudem wurde ein Markt für Verzeichniseinträge erstmals im Entscheid Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA erwähnt, in welchem Swisscom über einen Marktanteil von 100% verfüge und somit alleinige Anbieterin war. Zudem sei nicht begründet, weshalb Search auf dem angeblichen Markt plötzlich tätig sein soll.²¹⁹

224. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen sowie auf die Ausführungen in Rz. 182 ff. verwiesen werden.

225. Gemäss Search sei der Markt für Verzeichniseinträge durch das Fernmelderecht weitestgehend reguliert und alle FDA müssten von Gesetzes wegen ihren Kunden die entsprechenden Verzeichniseinträge kostenlos anbieten. Hieraus schliesst Search, dass eine umfassende staatliche Preis- und Mengenordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliege und das KG auf diesen angeblichen Markt nicht anwendbar sei.²²⁰

226. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz. 133 verwiesen werden.

227. Zudem rechtfertige es sich nach Ansicht von Search nicht, für diejenigen Informationen, die über die regulierten Verzeichnisinformationen hinausgehen, einen eigenständigen Markt für Verzeichniseinträge abzugrenzen, da gemäss WEKO auch nicht von getrennten Märkten für regulierte und veredelte Verzeichnisdaten ausgegangen werde. Ein solcher hypothetischer Markt für Verzeichnisdaten bei den Privateinträgen sei faktisch inexistent und die Geschäftseinträge seien Teil des Werbemarktes Search&Find.²²¹

228. Gemäss den obigen Ausführungen bietet Swisscom Directories Zusatzeinträge an. Diese Zusatzeinträge werden von Kunden nachgefragt. Die Kunden bezahlen hierfür sogar ein Entgelt. Daher besteht ein Markt für Zusatzeinträge. Zusatzeinträge unterscheiden sich wie

²¹⁵ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 11.

²¹⁶ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 8 f.

²¹⁷ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 11.

²¹⁸ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 3.

²¹⁹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 4.

²²⁰ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 4 f.

²²¹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 5.

oben ausgeführt (vgl. Rz. 215 f.) von Werbung in Adressverzeichnissen, weshalb es sich rechtfertigt einen eigenständigen Markt abzugrenzen.

229. Search bringt vor, dass die über den regulierten Teil hinausgehenden Informationen bei Unternehmen immer Werbecharakter hätten und dass der Eintrag eines Unternehmens vollständig sei, wenn die korrekte Firma, die Adresse und die Telefonnummer darin enthalten seien, weshalb es sich nicht um Vervollständigung sondern um Werbung handle.²²² Dies gelte unabhängig davon, ob ein Zusatzeintrag unter einer oder mehreren Rubriken²²³ oder unter einer weiteren Ortschaft²²⁴ erfolge.

230. Hierzu kann festgehalten werden, dass Zusatzeinträge aufgrund der obigen Ausführungen nicht mit Werbung in Adressverzeichnissen substituierbar sind (vgl. 215 f.). Ob Zusatzeinträge als Werbeform angesehen werden ist hierbei unerheblich.

231. Search bringt zudem vor, dass es rechtlich nicht haltbar sei, einen Markt für Verzeichniseinträge abzugrenzen. Würde dies aber dennoch gemacht, so müssten in diesem angeblichen Markt alle Angebote berücksichtigt werden, die es Privaten und Unternehmen ermöglichen würden, ihre Kontaktinformationen zu erfassen, damit sie bei entsprechenden Suchen gefunden würden.²²⁵ Social-Media Plattformen böten Privatpersonen typischerweise die Möglichkeit, ihre Telefonnummer, Adresse, E-Mail-Adresse und noch weitere Informationen zu erfassen. Der Nutzer könne dies freischalten, so dass jedermann seine Telefonnummer und seine Adresse einsehen könne. Folglich böte z.B. Facebook offensichtlich Verzeichniseinträge an. Gleiches gelte für Google+, Xing oder LinkedIn. Dazu kämen auch noch die Internet-Telefonie-Dienste wie Skype und Viber. Bei Unternehmen seien alle Branchenverzeichnisse, Branchenführer, Bewertungsportale, Online-Verzeichnisse etc. einzubeziehen, da sie den Unternehmen standardmässig die Möglichkeit anböten, ihre Kontaktdaten zu erfassen und dort zu veröffentlichen.²²⁶

232. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz. 222 verwiesen werden.

233. Grundsätzlich könnte noch zwischen Zusatzeinträgen von Privatpersonen und Zusatzeinträgen von Unternehmen unterschieden werden. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird allerdings auf eine Unterscheidung von Zusatzeinträgen für Privatpersonen und Zusatzeinträgen von Unternehmen verzichtet, da hierdurch die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse nicht beeinflusst wird.

234. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Zusatzangaben, die in den veredelten Verzeichnisdatensatz aufgenommen werden, eine grundsätzlich andere Reichweite haben, als diejenigen Zusatzangaben, welche nur in den spezifischen Verzeichnisdiensten, wie z.B. Local, Search etc. erscheinen. Somit gelten auch bei Zusatzeinträgen grundsätzlich andere Wettbewerbsverhältnisse als bei Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten.

235. Geht man gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU von den Substitutionsmöglichkeiten aus, so muss man sich die Frage stellen, ob Zusatzeinträge, wie eine zusätzli-

che Rubrik, Ortschaft oder Telefonnummer, durch Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, wie ein Logo, ein besseres Ranking etc. substituiert werden können. Ersteres bewirkt, dass der Eintrag an mehreren Stellen angezeigt wird. Zweiteres bewirkt, dass die Sichtbarkeit innerhalb eines Suchergebnisses bzw. Ergebnisliste hervorgehoben wird. Beide Massnahmen sind damit nicht miteinander substituierbar.

236. Gemäss der Marktbefragung dienen die Zusatzeinträge in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten in erster Linie der Erhöhung der Aufmerksamkeit. Ob die Vervollständigung des Zusatzeintrags allerdings vom möglichen Werbebezug unterschieden werden kann, lässt sich aufgrund der Marktbefragung nicht eindeutig beantworten. Dies ist für eine allfällige Markt-abgrenzung aber unerheblich.

237. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann die Frage, ob ein separater Markt für Verzeichniseinträge abzugrenzen ist, indes offengelassen werden, da eine solche auf die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wie nachfolgend aufgezeigt, keinen entscheidenden Einfluss hat (vgl. Rz 372).

238. In räumlicher Hinsicht fragen Kunden der ganzen Schweiz Zusatzeinträge in den Verzeichnissen nach. Daher ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.6.2.5 Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

239. Betreiber von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten können spezifische Werbung anbieten, welche in ihrem Adressverzeichnis oder Adressverzeichnisdienst geschaltet werden kann. So werden beispielsweise für die Website www.local.ch und die gedruckten Adressverzeichnisse (Local Guides) jeweils eigene darauf zugeschnittene Werbeangebote verkauft, um eine grössere Aufmerksamkeit auf einen Verzeichniseintrag in diesen Medien zu lenken.

240. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten stehen auf der Nachfrageseite Unternehmen, die mit speziellen Werbemassnahmen (z.B. Einblenden eines Logos, farbliche Hervorhebung, bessere Stellung in der Ergebnisliste etc.) eine grössere Aufmerksamkeit auf ihren Adresseintrag lenken wollen. Auf der Anbieterseite stehen Betreiber von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, die solche Werbemöglichkeiten anbieten.

²²² Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 8.

²²³ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 8-12.

²²⁴ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 12-13.

²²⁵ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 14.

²²⁶ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 14 f.

241. Bezugnehmend auf die Marktabgrenzungen der Wettbewerbsbehörden in früheren Untersuchungen und Zusammenschlussvorhaben macht Swisscom geltend, dass für die Marktgegenseite alle Werbeträger, mit welchen potenzielle Kunden erreicht werden könnten, substituierbar seien und dass hierfür häufig verschiedene Werbeträger genutzt würden, um die gewünschte Werbewirkung zu erzielen.²²⁷ Erstmals sei ein Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten im Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Publigroupe bezeichnet worden, wobei Google noch zum relevanten Markt hinzugezählt worden sei. Erst im Rahmen der vorläufigen Prüfung sei ein Markt ohne Google als Wettbewerber abgegrenzt worden.

242. Search bringt vor, dass es der bisherigen Praxis der WEKO entspreche, bei der Marktabgrenzung von einem Nutzermarkt Search&Find auszugehen, aber in der vorläufigen Prüfung plötzlich von einem angeblichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten abgegrenzt werde, ohne auch nur ansatzweise zu begründen, weshalb eine solche Abkehr von der langjährigen Praxis angezeigt sei. Dies sei unverständlich, da die Bedeutung von Suchmaschinen und Suchmaschinenwerbung laufend wachse.²²⁸ Zudem würde gemäss Search heute in erster Linie online gesucht. Im Nachgang fügt Search mit verschiedenen graphischen Beispielen und beispielhaften Ausführungen aus, dass Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste und verschiedene Online-Plattformen für Suchen alternativ eingesetzt werden können.²²⁹

243. Hierzu ist festzuhalten, dass, wie bereits in Rz 182 ff. festgehalten wurde, bei neuen Erkenntnissen oder einem geänderten Sachverhalt, die Marktabgrenzung, welche eine Sachverhaltsfrage darstellt, jederzeit geändert und dem neuen Kenntnisstand angepasst werden kann.

244. Swisscom macht geltend, dass sich kein Anhaltspunkt für die Abgrenzung eines Marktes für Werbung ausschliesslich in Adressverzeichnissen (d.h. unter Ausschluss von Suchmaschinen) ergebe. Gebe man bei Google beispielsweise „Restaurants Zürich“ ein, erhalte man eine ganze Liste von Restaurants, die allesamt die Aufmerksamkeit des Nutzers suchten, dadurch besser gefunden und sich von anderen Unternehmen abheben würden. Werbung in Suchmaschinen sei aus diesem Grund aus Sicht von Swisscom ein klares Substitut für Werbung in Adressverzeichnissen. Dass die Aufmerksamkeit der Nutzer im einen Fall durch ein Adressverzeichnis und im anderen Fall durch eine Suchmaschine erweckt werde, rechtfertige nicht per se die Unterteilung des Marktes in „Adressverzeichniswerbung“ und „Suchmaschinenwerbung“. Die Anbieterliste von Suchmaschinen wie Google sei ohne weiteres ebenfalls als Verzeichnis zu charakterisieren. Google-Einträge von Restaurants in Google Places und Google myBusiness würden in der Suchergebnis-Liste zuoberst aufgeführt. Für den Suchenden erübrige sich im Regelfall ein Ausweichen auf local.ch und search.ch oder andere Dienste. Local.ch erscheine auf dieser ersten Suchergebnisliste nur noch durch eigene (entgeltliche) Google Adwords Werbung. Für die Nutzer seien die obersten Treffer in der Suchergebnisliste relevant. Würden Einträge auf local.ch und search.ch in Google auf nachfolgenden

Suchergebnisseiten erscheinen, seien sie für den Nutzer weitgehend irrelevant. Werbung auf Suchmaschinen wie Google gehöre – wie auch Werbung z.B. auf local.ch und auf search.ch – zum Werbemarkt Search&Find.²³⁰

245. Search argumentiert ähnlich und führt beispielhaft die Werbeslogans von Google und Publicitas zu AdWords an, um danach anhand von verschiedenen Beispielen auszuführen, weshalb Suchmaschinenwerbung bei Google zusammen mit Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten in einen Werbemarkt Search&Find gehören würden.²³¹

246. Im Rahmen einer Marktbefragung (vgl. Rz 38) richtete das Sekretariat einen Fragebogen an 56 Werbeagenturen, von welchen 51 auf den Fragebogen antworteten. Auf die Frage, ob Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten eine Alternative zur Werbung bei Google mittels AdWords darstelle, waren neun (18 %) der Meinung, dies treffe voll oder teilweise zu, 14 (28 %) waren unentschieden und 27 (54 %) waren der Meinung, dies treffe nicht zu. Auf die Frage, ob die Werbeagenturen Zusatzeinträge und Werbemassnahmen in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten eher als eine Alternative zu den Werbeformen bei Google AdWords oder eher als ergänzendes Werbemittel ansehen würden, waren vier Unternehmen (8 %) der Meinung, dass diese eher als alternative Werbeform anzusehen sei. 32 (64 %) Unternehmen waren der Meinung, dass diese eher eine ergänzende Werbeform darstellen würde und 14 (28 %) Unternehmen waren eher der Meinung, dass dies weder Ergänzungen noch Alternativen seien.

247. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass Werbeunternehmen primär Konkurrenten von Swisscom Directories seien und nicht Marktgegenseite auf dem Werbemarkt. Dass diese Suchmaschinenwerbung und Verzeichniswerbung nicht als Substitute auffassen würden, läge darin begründet, dass sie insbesondere mit Google zusammenarbeiten würden, weil sie dies für werbewirksamer und kostengünstiger erachteten. Zudem hätten sie bei Google eine attraktivere Marge.²³²

248. Hierzu ist festzuhalten, dass Werbeunternehmen, ebenso bei Swisscom Directories Werbung in Adressverzeichnissen und sowohl für sich selbst als auch für ihre Kunden nachfragen und daher nicht als Wettbewerber von local.ch und search.ch anzusehen sind, wie dies die Zusammenschlussparteien behaupten. Die Werbeunternehmen sind allenfalls Vermittler, aber so oder anders Nachfrager und nicht Konkurrenten der Parteien. Auch die Mutmassungen betreffend die Motivation der Werbeunternehmen sind für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens irrelevant. Im Übrigen lassen sich die Marktverhältnisse nicht nur durch Befragung der Marktgegenseite abklären. Auch Konkurrenten können durchaus zweckdienliche Informationen liefern.

²²⁷ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 7.

²²⁸ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 15 f.

²²⁹ Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, S. 11 ff.

²³⁰ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 16 f.

²³¹ Eingabe Search vom 6. Februar 2015, S. 17 ff.

²³² Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 15.

249. Die Zusammenschlussparteien bemängeln zudem die Formulierung des Fragebogens an die Werbekunden dahingehend, dass die beiden Definitionen zu Zusatzeinträgen in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten und zur Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zu Verzerrungen in der Beantwortung der Fragen geführt haben könnte.²³³

250. Hierzu ist festzuhalten, dass für die Verständlichkeit des Fragebogens gewisse Definitionen notwendig sind, so dass die befragten Werbeagenturen den Inhalt der Fragen überhaupt verstehen. Aufgrund der Antworten der befragten Werbeagenturen kann allerdings keine merkliche Beeinflussung festgestellt werden. Zudem wurden in einer zweiten Marktbefragung zusätzlich Endkunden befragt.

251. Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass die Werbeagenturen Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten nicht als Substitut zu Suchmaschinenwerbung ansehen. Daher ist ein allgemeiner Werbemarkt Search&Find abzulehnen. Vielmehr ist für die Marktabgrenzung von einem Werbemarkt in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten auszugehen und zu untersuchen, ob Suchmaschinenwerbung aus Sicht der Marktgegenseite als ein Substitut zur Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten angesehen werden kann.

252. In ihrer Studie Online-Werbestatistik (Semester-Report) führt beispielsweise Media Focus seit 2012 unter Kapitel 2. „Online-Trend nach Werbeformaten“ Online-Verzeichnisse separat auf.²³⁴

253. Swisscom macht zudem geltend, dass Media Focus an einer möglichst feingliedrigen Segmentierung des Marktes interessiert sei und der Zweck solcher Marktstudien typischerweise nicht darin bestehe, eine auf kartellrechtliche Verfahren ausgerichtete Marktabgrenzung vorzunehmen.²³⁵

254. Hierzu ist festzuhalten, dass Media Focus die Unterteilung in ein eigenständiges Segment für Werbung in Verzeichnisdiensten damit begründet, dass sich der Bereich Online-Verzeichnisse von anderen Werbesegmenten in der Art der Werbeform (Highlighting, Listeneintrag etc.), dem Preismodell (Fixpreis), dem typischen Kunden (KMU, Dienstleistungsbranche) und dem Ziel (verbesserte Sichtbarkeit in einem Verzeichnis) unterscheidet.

255. Die Werbung in Adressverzeichnissen wie local.ch und search.ch unterscheidet sich von Werbung in Suchmaschinen wie Google in verschiedener Weise. Zum einen bietet Google keine Bewerbung der sogenannten SERPS (Einblendung der Adressdaten bei den Suchergebnissen) an und ist somit nicht im Bereich Werbung in Adressverzeichnissen tätig. Während Werbung in Adressverzeichnissen an einen Verzeichniseintrag geknüpft ist, ist Suchmaschinenwerbung an bestimmte Suchbegriffe geknüpft. Zwar lassen sich diese Suchbegriffe auf Suchmaschinen räumlich eingrenzen, so dass beispielsweise von einem Restaurant in Bern die Bewerbung des Suchbegriffs Restaurant auf einen gewissen Radius um einen Standort herum eingegrenzt werden kann. Bei Suchmaschinenwerbung wird allerdings die Einblendung der Werbung über ein Bieterver-

fahren festgelegt. So entscheidet der Werbetreibende, wie viel ihm die jeweilige Einblendung seiner Werbung wert ist und legt ein bestimmtes Budget für Einblendungen fest. Der Werbetreibende kann sich daher nicht sicher sein, ob und wann seine Werbung bei einem bestimmten Suchbegriff eingeblendet wird. Bei Werbung in Adressverzeichnissen bezahlt der Werbetreibende einen bestimmten Fixbetrag pro Jahr und erhält dafür die entsprechenden Werbeprodukte (Einblendung Logo, Highlighting des Eintrags, bessere Stellung in den Suchresultaten etc.), welche bei jedem Aufruf, der den Verzeichniseintrag betrifft, zur Anwendung kommt.

256. Swisscom macht zudem geltend, dass die Werbeformen Highlighting und Listeneintrag auch bei Google Places verfügbar seien.²³⁶ Zudem seien Preismodelle ein Differenzierungsmerkmal und hätten nichts mit einer Marktbetrachtung zu tun. Ausserdem würden sich auch bei Google Unternehmen aller Branchen und Grössen finden. Suchmaschinen und Verzeichnisse stünden allen Werbekunden offen. Zudem versucht Swisscom anhand von verschiedenen Screenshots über Restaurants und Zahnärzte glaubhaft zu machen, dass die gezeigte Werbung derjenigen von local.ch entspreche und schliesst daraus, dass es sich ohne jeden Zweifel um Angebote handle, die zum selben Markt (gemeint ist der Werbemarkt) gehörten.²³⁷

257. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Werbeform von Google lediglich über AdWords läuft, wo vorwiegend Display-Werbung oder Suchmaschinenwerbung nachgefragt werden kann. Zudem kann der Werbetreibende ein Budget festlegen, welches er für die Werbung aufwenden möchte. Der Werbetreibende hat keine direkte Kontrolle, wann seine Werbung angezeigt wird. Sobald das Budget aufgebraucht wurde, wird die Werbung nicht mehr angezeigt. Bei Werbung in Adressverzeichnissen wird die Werbung hingegen zu einem Fixpreis verkauft. Sie wird im Adressverzeichnis jedes Mal angezeigt, wenn ein entsprechender Suchtreffer erzielt wurde. Zudem ist die Reichweite auf das Adressverzeichnis bzw. den Adressverzeichnisdienst beschränkt. Damit folgt die Werbung bei Google ganz anderen Prinzipien, als denjenigen in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten.

258. Zudem ist Swisscom der Meinung, dass die Tatsache, dass Google keine spezifische Werbung für Adressverzeichnisse anbiete, keinen Grund darstelle, die Werbung bei Google, die der Werbung bei Swisscom Directories inhaltlich absolut entspreche und demselben Verwendungszweck diene, als nicht zum Markt gehörend zu qualifizieren.²³⁸ Die Austauschbarkeit aus der

²³³ Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, S. 20 f.

²³⁴ Online-Werbestatistik (Semester-Report), abrufbar unter: www.mediafocus.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Semester_Report_Online/2014/DE_MediaFocus_SemesterReportOnline_1HJ-2014.pdf, zuletzt besucht am 12. Februar 2015.

²³⁵ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 14.

²³⁶ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 15.

²³⁷ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 18 ff.

²³⁸ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 22.

Sicht der Marktgegenseite ergebe sich aus den Eigenschaften und dem Verwendungszweck von Angeboten und nicht aus deren Bezeichnung.

259. Hierzu ist festzuhalten, dass Google im Wesentlichen lediglich Suchmaschinen- und Display-Werbung anbietet. Dass beide Werbeformen mit geeigneten Kriterien (z.B. Stichworten) eingegrenzt werden können, ändert nichts daran, dass es sich hierbei um unterschiedliche Werbeformen handelt.

260. Search macht geltend, dass für eine korrekte Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite zu fragen sei, welche Produkte/Dienstleistungen untereinander ausreichend substituierbar seien. Daher müsse die Frage gestellt werden, wo die Schweizerinnen und Schweizer heute suchen würden, wenn sie Interesse an einem bestimmten Produkt/einer bestimmten Dienstleistung hätten.²³⁹ Für Search ist die Antwort auf diese Frage klar, es würde in erster Linie online gesucht und listet beispielhaft Suchmaschinen, Adressverzeichnisse, allgemeine Online-Verzeichnisse, spezialisierte Online-Verzeichnisse, spezialisierte Online-Branchenverzeichnisse, Online-Führer, Reservationsplattformen, Bewertungsplattformen und Telefonbücher auf.²⁴⁰ Hinzu komme die sogenannte Suchmaschinenoptimierung als eigenständige Werbedienstleistung. Zusammenfassend kommt Search zum Schluss, dass ein Werbemarkt Search&Find abzugrenzen sei, in welchem Werbetreibende Werbung im Zusammenhang mit Suchdiensten und damit zusammenhängenden Dienstleistungen nachfragen.²⁴¹

261. Hierzu kann auf die obenstehende Antwort in Rz 251 verwiesen werden.

262. Gleichzeitig macht Search allerdings bezugnehmend auf ein Beispiel zur Suche nach Vorteilen von Wärmepumpen geltend, dass Werbung auf Suchmaschinen für Werbetreibende so attraktiv sei, da die Chancen, dass ein Suchender für eine Offerte für eine Wärmepumpe bei den auf der Ergebnisliste angezeigten Unternehmen anfragt, gross sei.²⁴² Solche kontextbezogenen Suchen seien in den klassischen Telefonverzeichnissen nicht möglich, da die relevanten Informationen schlicht nicht vorhanden seien. Deshalb seien die klassischen Telefonverzeichnisse für die Werbetreibenden deutlich weniger attraktiv.²⁴³

263. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Ausführungen gerade zeigen, dass ein allgemeiner Werbemarkt Search&Find abzulehnen ist. Zudem kann auf die Ausführungen in Rz 251 verwiesen werden.

264. Schliesslich fordert Search, dass bei der Marktabgrenzung zusätzlich Auktionsplattformen miteinzubeziehen sind, da dort ebenfalls die Möglichkeit bestehe für Produkte/Dienstleistungen zu werben.²⁴⁴

265. Hierzu kann auf die obenstehende Antwort in Rz 251 verwiesen werden.

266. Zur Analyse, ob aus Sicht der Marktgegenseite Suchmaschinenwerbung ein Substitut zu Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten darstelle, wurde eine Marktbefragung bei Werbekunden von local.ch und search.ch durchgeführt.²⁴⁵ Gemäss Marktbefragung würden bei einer Preiserhöhung um fünf

bis zehn Prozent neun der antwortenden Endkunden (11 %) weiterhin bei local.ch bleiben, 41 Endkunden (51 %) würden nicht bei local.ch bleiben und 30 Endkunden (40 %) gaben an, nicht zu wissen, wie sie reagieren würden (Antwort auf Frage 3a). Von denjenigen, die eine Preiserhöhung von fünf bis zehn Prozent nicht akzeptieren würden (41 Endkunden) würden gemäss eigenen Angaben 16 (39 %) als Nachfrager vom Markt verschwinden, 15 (37 %) würden sich eine andere Alternative suchen und 10 (24 %) wissen nicht, wie sie reagieren würden (Antwort auf Frage 3b). Von den eingangs genannten 30 Endkunden (Antwort auf Frage 3a), die nicht wissen, wie sie auf eine fünf- bis zehnprozentige Preiserhöhung reagieren würden, würden auf die Frage, wenn sie aufgrund einer solche Preiserhöhung keine Werbeprodukte bei local mehr nachfragen würden, fünf (17 %) als Nachfrager vom Markt verschwinden, vier (13 %) würden sich eine andere Alternative suchen und 21 (70 %) wüssten nicht, wie sie reagieren sollten (Antwort auf Frage 3b).

267. Von den befragten Werbekunden würden allerdings nur 23 Endkunden (29 %) bei einem anderen Anbieter Werbung nachfragen und damit sicher ausweichen. 22 Endkunden (28 %) würden sicher nicht auf einen anderen Anbieter ausweichen und 34 (43 %) wissen nicht, was sie machen würden.

268. In einer vorausgehenden Marktbefragung wurden Werbetreibende befragt. Auf die Frage, ob die Werbetreibenden der Meinung sind, dass Werbung in Adressverzeichnissen wie bei local.ch und search.ch durch Suchmaschinenwerbung (wie z.B. Google AdWords) ersetzt werden könne, antworteten 30 (35 %) mit „trifft voll zu“ bzw. „trifft eher zu“ und 30 (35 %) antworteten mit „trifft überhaupt nicht zu“ bzw. „trifft eher nicht zu“. Insgesamt 25 (30 %) waren in der Frage unentschieden. Dies bedeutet, dass 35 % der befragten Marktteilnehmer Suchmaschinenwerbung (z.B. Google Adwords) als Substitut ansehen, während 65 % der befragten Marktteilnehmer unentschieden ist oder Suchmaschinenwerbung nicht als Substitut ansieht.

269. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die vom Sekretariat durchgeführte Befragung von Werbekunden einen methodischen Fehler enthalte, da ausschliesslich Kunden von local.ch und search.ch befragt worden seien, nicht aber Unternehmen, die ihre Werbung nicht oder nicht mehr bei local.ch oder search.ch schalten.²⁴⁶

²³⁹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 17.

²⁴⁰ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 17 f.

²⁴¹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 19.

²⁴² Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 21.

²⁴³ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 21.

²⁴⁴ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 21.

²⁴⁵ Memorandum vom 10. Februar 2015.

²⁴⁶ Eingabe Swisscom vom 10. März 2015, Rz. 54; Eingabe Tamedia vom 10. März 2015, S. 12.

270. Hierzu kann angemerkt werden, dass gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen umfasst, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Marktgegenseite sind im vorliegenden Fall Nachfrager nach Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten. Damit sind Personen, die keine Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten nachfragen, grundsätzlich nicht Marktgegenseite und daher bei der Marktabgrenzung nicht zu berücksichtigen.

271. Da für die zahlreichen von den Parteien eingereichten Gutachten auch Personen befragt wurden, die keine Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten nachgefragt haben, sind diese zu breit gefasst.

272. Anknüpfend an die Sicht der Marktgegenseite (vgl. Rz 266 ff.) und ausgehend von der unterschiedlichen Ausgestaltung der Werbemöglichkeiten in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (vgl. Rz 255 ff. sowie Rz 254) bestehen Zweifel, dass Werbung in Suchmaschinen als vollwertiges Substitut zu Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten angesehen werden kann. Die Marktabgrenzung kann aber vorliegend offengelassen werden, da, wie sich nachfolgend zeigt, selbst bei einer engen Marktabgrenzung aufgrund einer möglichen disziplinierenden Wirkung anderer Werbeformen nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden kann (vgl. nachfolgend Rz 373 ff.).

273. In räumlicher Hinsicht werden elektronische Adressverzeichnisdienste schweizweit zur Verfügung gestellt. Gedruckte Adressverzeichnisse werden nur für eine bestimmte Region erstellt. Dennoch rechtfertigt sich in sachlicher Hinsicht für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, eine weitere Unterteilung des Marktes in elektronische Adressverzeichnisdienste und gedruckte Adressverzeichnisse nicht. Daher ist in räumlicher Hinsicht von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen.

B.6.2.6 Märkte für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

274. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten bieten Betreiber von Adressverzeichnisdiensten entsprechende Suchmöglichkeiten und Herausgeber Telefonbücher und Branchenbücher an. Die Marktgegenseite auf dem Nutzermarkt von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sind Privatpersonen und Unternehmen, welche abgerufene Daten und Informationen (vorwiegend Adressdaten und Telefonnummern) als Endabnehmer selber unmittelbar nachfragen und verwenden. Hierfür fragen die Nutzer von Adressverzeichnissen oder Adressverzeichnisdiensten einzelfallweise die Verzeichnisdaten ab. In der Regel suchen Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten eine bestimmte Adresse oder Telefonnummer oder eine bestimmte Kategorie Unternehmen (z.B. Schreinerei, Restaurant etc.).

275. Hierzu bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass bei Directories, Search, Google und anderen Anbietern sowohl Privatpersonen als auch Unternehmen gesucht werden können, wobei bei einigen Anbietern fast ausschliesslich Informationen über Privatpersonen und bei anderen fast ausschliesslich Geschäftsinformationen verfügbar seien.²⁴⁷ Hierbei gehen auch die Zusammenschlussparteien davon aus, dass eine Unterscheidung nach Art der nachgefragten Kontaktinformation (geschäftlich/privat) unterteilt werden kann.²⁴⁸

276. Die Unterscheidung zwischen Kontaktinformationen über Privatpersonen und Unternehmen hat in der Schweiz mit den „Weissen Seiten“ und „Gelben Seiten“ eine lange Tradition. Zudem sind unterschiedliche Unternehmen im Bereich der elektronischen Verzeichnisdienste, wie dies bereits die Zusammenschlussparteien festgestellt haben, entweder in beiden Bereichen oder nur jeweils in einem Bereich tätig. So ist beispielsweise Google lediglich im Bereich der Adressverzeichnisdienste über Unternehmen tätig, während bei local.ch und search.ch sowohl private als auch geschäftliche Verzeichnisdaten abgerufen werden können.

277. Grundsätzlich können private und geschäftliche Verzeichnisdaten nicht miteinander substituiert werden. Ein Nutzer eines Adressverzeichnisses oder Adressverzeichnisdienstes wird kein Adressverzeichnis oder keinen Adressverzeichnisdienst über Privatpersonen konsultieren, wenn er ein bestimmtes Unternehmen (z.B. Restaurant) sucht. Umgekehrt wird ein Nutzer, der die Adresse oder Telefonnummer einer Privatperson sucht, kein Adressverzeichnis oder keinen Adressverzeichnisdienst über Unternehmen konsultieren. Im Markt existieren denn auch verschiedene Anbieter, die nur Adressverzeichnisse über Unternehmen anbieten. Somit gestaltete sich die Wettbewerbssituation und damit auch die Ausweichmöglichkeiten der Nutzer bei Unternehmen und bei Privatpersonen unterschiedlich. Daher ist zwischen einem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Private und Unternehmen zu unterscheiden.

278. Gemäss Swisscom trifft es zu, dass Betreiber/Herausgeber von elektronischen und gedruckten Adressverzeichnissen und Anbieter von Adressverzeichnisdiensten (Sprachdienste) den Endverbrauchern (Privatpersonen, Unternehmen) die Möglichkeit anbieten, Adressdaten und Telefonnummern zu suchen bzw. sich solche von einem Sprachdienst angeben zu lassen. Daraus folge aber nicht, dass andere Kontaktinformationen (z.B. über E-Mail-Adressen, Mobiltelefonnummern oder Internetseiten) nicht zum sachlichen Markt gehörten. Sie würden im Gegenteil immer wichtiger, fänden sich aber in weit überwiegendem Mass nicht in den traditionellen Adressverzeichnissen. In der vorläufigen Prüfung werde nicht berücksichtigt, dass die Bedeutung von Directories und Search ähnlich klar abnehme, wie die Nutzung von sozialen Netzwerken und Suchmaschinen mit Blick auf eine Kontaktaufnahme zunehme. Die entsprechenden Angaben in der Meldung sprächen nicht für

²⁴⁷ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 44.

²⁴⁸ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 44.

zwei separate Märkte, sondern für einen Markt. Dass die Unterscheidung der weissen und der gelben Seiten in der Schweiz eine lange Tradition habe, sei nicht relevant für die separate Abgrenzung von Märkten für die Unternehmens- und die Privatpersonensuche.²⁴⁹

279. Auch Search macht geltend, dass Google und soziale Netzwerke zu einem relevanten Nutzermarkt Search&Find gehören würden, auf welchem Nutzer Kontaktinformationen über natürliche und juristische Personen, Behörden, Organisationen etc. nachfragen würden und der Zweck der Nachfrage die Kontaktaufnahme mit der gesuchten Person/Organisation sei.²⁵⁰ Hierzu würden verschiedenste Möglichkeiten der Kontaktaufnahme bestehen, was dazu führe, dass sämtliche Kontaktinformationen zum relevanten Markt gehörten.

280. Swisscom bringt zudem vor, dass im Gegensatz zur Betrachtungsweise der Wettbewerbsbehörden im Jahr 1998 vorliegend postuliert werde, dass vor allem bei den Kontaktdaten für Privatpersonen eine Beschränkung auf Informationen in den klassischen Adressverzeichnissen vorliege, ohne aktuell weitere existierende Kontaktmöglichkeiten zu berücksichtigen. Vom eigentlichen Zweck von Kontaktinformationen werde abstrahiert, wenn ausgeblendet werde, dass Informationen zur Herstellung eines Kontaktes und die Kontaktnahme als solche in neueren Medien teilweise zusammengewachsen seien, so dass sich ein Rückgriff auf die Kontaktinformation als solche heute zum Teil erübrige. Das bedeute nicht, dass solchen Möglichkeiten zugrunde liegende Kontaktmöglichkeiten heute als nicht zum Markt gehörende Substitute zu qualifizieren seien. Suchmaschinen seien heute aktuelle Konkurrenten. Die Bedeutung der gedruckten Verzeichnisse sei gesunken. Kontaktinformationen würden nun vor allem online und zunehmend über mobile Endgeräte gesucht. Abfragen erfolgten zudem zu einem sehr grossen Teil über Suchmaschinen. Kontaktinformationen seien sodann auf sozialen Netzwerken und Applikationen zugänglich, wobei Kontaktinformation und Kontaktnahme teilweise verschmolzen seien. Die Endkunden hätten die Nutzung traditioneller Verzeichnisse weitgehend durch eigene Verzeichnisse auf ihren Smartphones ersetzt, welche sie bei Bedarf als „eigenproduzierte“ Verzeichnisse nutzen würden.²⁵¹

281. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass E-Mail-Adressen ebenfalls als Kontaktinformationen zu bewerten seien und dass Anbieter eines entsprechenden Verzeichnisses von E-Mail-Adressen auch als Marktteilnehmer zu qualifizieren seien.²⁵²

282. Wie bereits in Rz 191 festgehalten, ist gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU bei der Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite zu untersuchen, ob von dieser Waren oder Leistungen als substituierbar angesehen werden. Ausgangspunkt sind hierbei die Waren und Leistungen, welche Anbieter von Adressverzeichnissen und Betreiber von Adressverzeichnisdiensten anbieten. Ein Nutzer eines Adressverzeichnisses oder Adressverzeichnisdienstes sucht nach den darin enthaltenen Verzeichnisdaten, wie Name, Adresse oder auch Telefonnummer.

283. Hierbei kann er die Verzeichnisdaten ohne vorherige Anmeldung durchsuchen. Zudem verfügen die Ver-

zeichnisdaten über eine gesteigerte Glaubwürdigkeit, da sie von den Fernmeldediensteanbietern über den damit verbundenen Fernmeldeanschluss verifiziert worden sind. Die auf sozialen Medien vorhandenen Daten sind in der Regel nicht öffentlich zugänglich, sondern nur dann zugänglich, wenn sich eine Person entsprechend registriert hat. Meist ist zudem eine entsprechende Freundschaftsanfrage notwendig, welche die angefragte Person akzeptieren muss. Damit ist eine schnelle und einfache Suche nach Verzeichnisdaten auf sozialen Netzwerken in der Regel nicht möglich. Wenn Swisscom vorbringt, dass sich aufgrund der heutigen Möglichkeiten oft ein Rückgriff auf Kontaktinformationen erübrige, da soziale Möglichkeiten Chat- und Telefoniedienste anbieten oder Nutzer auf ihren Smartphones ein eigenes Adressbuch führten, kann dies eventuell bedeuten, dass Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste an Bedeutung verlieren. Hieraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, diese durch soziale Medien substituieren würden. Letztere sind daher nicht als Substitut zu Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten anzusehen.

284. Die Befragung von möglichen Wettbewerbern von local.ch und search.ch hat ergeben, dass insgesamt vier von vierzehn Unternehmen neben einem Adressverzeichnis oder einem Adressverzeichnisdienst über Unternehmen auch einen solchen über Privatpersonen anbieten. Hierbei bietet die Kürzi AG mit ihrem Telefonbuch (das Rote) nur ein auf das Gebiet des Kantons Schwyz begrenztes Verzeichnis an. Mögliche Wettbewerber, die ein schweizweites Adressverzeichnis oder einen schweizweiten Adressverzeichnisdienst anbieten sind Opendi.ch, Twixel und 1818, wobei Opendi.ch und 1818.com ein elektronisches online Adressverzeichnis anbieten. Zwei Unternehmen planen, ein Adressverzeichnis oder einen Adressverzeichnisdienst über Privatpersonen aufzubauen und im Markt anzubieten. Ein Unternehmen gibt an, dass ihm die hierzu notwendigen Ressourcen fehlten, ein Markteintritt allerdings laufend geprüft werde. Die restlichen Unternehmen sind ausschliesslich im Bereich Geschäftskunden tätig.

285. Google geht zwar generell davon aus, dass Nutzern zur Kontaktaufnahme verschiedene Alternativen sowohl online als auch offline zur Wahl stehen. Insbesondere habe sich das Kommunikationsverhalten dahingehend verändert, dass die Grenzen zwischen den traditionellen Möglichkeiten der Kontaktaufnahme (z.B. Telefon, Brief) und den online verfügbaren Möglichkeiten (wie E-Mail oder Messaging) weiter verschwimmen werden und diese beiden Möglichkeiten immer häufiger simultan genutzt würden. Google macht in ihrer Antwort aber auch geltend, dass soziale Netzwerke wie Facebook oder Google+ den Nutzern nicht notwendigerweise

²⁴⁹ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 24 f.

²⁵⁰ Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, S. 33 ff.

²⁵¹ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 26.

²⁵² Stellungnahme vom 30. Januar 2015, S. 23.

ermöglichten die traditionellen Kontaktdaten, wie Adresse oder Festnetznummer zu finden.²⁵³ Soziale Netzwerke würden allerdings ihren Nutzern ermöglichen miteinander in Kontakt zu treten, indem sie sich gegenseitig Nachrichten sendeten. Demgegenüber würden local.ch und search.ch den Nutzern erlauben die traditionellen Kontaktdaten zu finden, allerdings ohne die Möglichkeit der direkten Kontaktaufnahme.

286. Einzelne der Befragten sehen bei den sozialen Netzwerken insbesondere Google (Plus), Facebook, LinkedIn und Xing als Alternative bei der Personensuche. Die Meisten der übrigen befragten Unternehmen, soweit sie entsprechende Angaben gemacht haben, sehen soziale Netzwerke demgegenüber nicht als Alternative zu den existierenden Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten an. Sie begründen dies insbesondere mit der fehlenden Vollständigkeit und dem fehlenden offiziellen Charakter der in den sozialen Netzwerken erhältlichen Informationen. Zudem seien die Suchmöglichkeiten in sozialen Netzwerken wenig strukturiert und nicht offen zugänglich (d.h. es ist eine vorgängige Registrierung notwendig). Die Befragten sehen soziale Netzwerke allenfalls als Kontaktkanal an und könnten somit als Substitut zur Telefonie an sich angesehen werden. Allerdings nicht zur Nutzung eines Adressverzeichnisses oder Adressverzeichnisdienstes. Ob allenfalls E-Mail-Adressen als Kontaktdaten dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zuzurechnen sind, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offen gelassen werden, da soweit ersichtlich kein den existierenden Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten entsprechendes Verzeichnis für E-Mail-Adressen existiert, welches als Substitut für die derzeit im Markt bestehenden Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste dienen könnte.

287. Die Parteien kritisieren an der Marktbefragung, dass nicht die Marktgegenseite, sondern Konkurrenten der Zusammenschlussparteien befragt wurden.²⁵⁴

288. Hierzu ist anzumerken, dass auch Wettbewerber der Zusammenschlussparteien die Marktgegenseite in ausreichendem Masse kennen und deren Antworten für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Hinweise liefern, die entsprechend gewürdigt werden. Hierbei ist es durchaus legitim, die Vorbringen der befragten Konkurrenten entsprechend zu würdigen und in die Begründungen einfließen zu lassen.

289. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Aufgrund des oben Gesagten ist erstellt, dass eine Suche nach Privatpersonen (bzw. Privatanschlüssen) nicht in einem Adressverzeichnis oder Adressverzeichnisdienst über Unternehmen (bzw. Geschäftsanschlüssen) und umgekehrt durchgeführt werden kann. Dies zeigt sich auch in der Geschäftstätigkeit der befragten Unternehmen. Sämtliche mögliche Wettbewerber unterscheiden zwischen Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen und über Unternehmen. Wären diese beiden Dienste substituierbar, würden die Unternehmen kein zweites

Adressverzeichnis bzw. keinen zweiten Adressverzeichnisdienst aufbauen bzw. betreiben, um die Nachfrage im Markt zu befriedigen.

290. Aus diesen Gründen ist zwischen Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen und über Unternehmen zu unterscheiden und es sind separate Märkte abzugrenzen.

291. Bei den Nutzermärkten ist vorliegend von denjenigen Nutzern als Marktgegenseite der Parteien auszugehen, welche die Produkte und Dienstleistungen von local.ch und search.ch tatsächlich oder potentiell nachfragen. Das heisst, es ist die Frage zu beantworten, ob für die Nutzer, die bei local.ch oder search.ch nach Verzeichnisdaten suchen, soziale Netzwerke oder Suchmaschinen wie Google als Substitute ansehen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der Nutzer von local.ch oder search.ch nicht eine beliebige Information nachfragt, sondern spezifisch Verzeichnisdaten.

292. Ausgehend von den im Markt existierenden Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, in welchen vorwiegend Adressen und Telefonnummer enthalten sind, stellt sich die von den Parteien aufgeworfene Frage, ob diese Informationen durch andere Informationen substituierbar sind und gegebenenfalls ein allgemeiner Markt für Kontaktinformationen abzugrenzen wäre. Aus diesem Grund fallen persönliche Adressbücher bereits als mögliche Substitute weg, da für diejenigen Kontaktdaten, welche im persönlichen Adressbuch gespeichert sind, die Nutzer gar nicht erst auf Adressverzeichnisse oder Adressverzeichnisdienste ausweichen.

B.6.2.6.1. Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen

293. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen suchen Nutzer nach Verzeichniseinträgen von Unternehmen. Sie stellen daher die Nachfrageseite dar. Auf der Angebotsseite stehen Anbieter solcher Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste über Unternehmen.

294. Die Zusammenschlussparteien führen in ihrer Meldung aus, dass hierbei die Suche nach Kontaktinformationen von Unternehmen im Vordergrund stehe.²⁵⁵ Sie bringen vor, dass Adresse und Telefonnummer eines Unternehmens problemlos unter anderem über Google gefunden werden.²⁵⁶ Hierbei gehen auch die Zusammenschlussparteien implizit davon aus, dass die Nutzer der elektronischen Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste über Unternehmen nach den Kontaktinformationen (Adresse und Telefonnummer) dieser Unternehmen suchen. Die Zusammenschlussparteien führen zwar nicht explizit aus, dass diese Kontaktinformationen für eine mögliche Kontaktaufnahme gebraucht

²⁵³ Antworten von Google vom 16.12.2014, Antwort auf Frage 13.

²⁵⁴ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 23.

²⁵⁵ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 45.

²⁵⁶ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 45 f.

werden, was aber aufgrund ihrer Argumentation offensichtlich ist. Sie kommen aber auch nicht zu dem Schluss, dass es sich hierbei um einen Markt für Kontaktaufnahme mit Unternehmen handelte, da sie weder die Schweizerische Post, die einzelnen Unternehmenswebseiten, E-Mail-Diensteanbieter, Fernmeldediensteanbieter oder sonstige Möglichkeiten der Kontaktaufnahme zum relevanten Markt hinzuzählen. Sie gehen daher, aus Sicht der WEKO zu Recht davon aus, dass die in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten enthaltenen Kontaktinformationen zwar zur Kontaktaufnahme genutzt, nicht aber mit der eigentlichen Kontaktaufnahme gleichgesetzt werden können.

295. Swisscom macht geltend, dass die Schlussfolgerung, wonach von einem Markt auszugehen sei, der nachfrageseitig ausschliesslich die Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten und angebotsseitig nur die Kontaktinformationen von Unternehmen umfasste, welche in den Verzeichnissen figurieren, nur dann zutrefte, wenn andere Quellen für Kontaktinformationen als die traditionellen Adressverzeichnisse und Sprachauskunftsdienste und andere Informationen als Adresse und Telefonnummer ebenfalls vom Begriff „Verzeichnis“ bzw. „Verzeichnisdienst“ erfasst würden. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Suchenden nicht ebenso an anderen Kontaktinformationen wie E-Mail-Adressen oder Online-Kontaktformularen interessiert sein sollten, wenn sie mit einem Unternehmen in Kontakt treten wollten.²⁵⁷

296. Hierzu ist zu entgegnen, dass, wie bereits in Rz 282 ausgeführt, der Ausgangspunkt der Marktabgrenzung die Nutzung der Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste ist. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 282 und 294 verwiesen werden.

297. Zusammenfassend ist daher von einem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen auszugehen, der die Zurverfügungstellung von Kontaktinformationen von Unternehmen, die in den Verzeichnisdaten beinhaltet sind (insbesondere Adresse und Telefonnummer), umfasst.

298. Insbesondere bei Suchmaschinen ist danach zu differenzieren, ob das Suchergebnis die gesuchten Informationen direkt wiedergibt oder lediglich auf diese Informationen verweist. Der blosse Verweis auf externe Quellen kann nicht als Substitut angesehen werden, da der Nutzer die Suchmaschine verlassen und erst die entsprechende Quelle aufsuchen muss, um an die gewünschte Information zu kommen. Google stellt beispielsweise insbesondere Adresse und Telefonnummern von Unternehmen als separates Suchergebnis in spezifischen Ereignisfeldern (von Google genannte SERPs) dar. Damit erfüllt beispielsweise Google die Funktion als Adressverzeichnis bzw. Adressverzeichnisdienst und kann daher als Substitut zu einem Adressverzeichnis bzw. Adressverzeichnisdienst der Zusammenschlussparteien angesehen werden.

299. In räumlicher Hinsicht werden Verzeichnisdaten schweizweit nachgefragt, weshalb von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen ist. Da im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens sowohl gedruckte Adressverzeichnisdienste und elektronische Adressver-

zeichnisdienste demselben sachlichen Markt zugeordnet werden, rechtfertigt sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine engere räumliche Marktabgrenzung nicht.

B.6.2.6.2. Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen

300. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen suchen Nutzer nach Verzeichniseinträgen von Privatpersonen. Sie stellen daher die Nachfrageseite dar. Auf der Angebotsseite stehen Anbieter solcher Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste über Privatpersonen.

301. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass auch Suchmaschinen, wie Google, dazu genutzt würden, um Kontaktinformationen privater Personen zu finden.²⁵⁸ Hierbei würden die Suchmaschinen eine Ergebnisliste anzeigen, die einen Link zu den Verzeichnissen oder anderweitige Informationen enthalten würden, die das Auffinden und die Kontaktaufnahme mit Personen ermöglichen würden, z.B. über soziale Netzwerke. Zudem würden sich auf Google weitere Informationen zur Arbeitsstelle und zu den Freizeitaktivitäten der Personen finden lassen, sofern solche Informationen im Internet vorhanden seien. Hieraus leiten die Zusammenschlussparteien zwei Schlussfolgerungen ab:

- i. Google stelle aus heutiger Sicht für Nutzer ein vollwertiges Substitut zu search.ch und local.ch dar, auch wenn Kontaktinformationen von Privatpersonen gesucht würden.²⁵⁹
- ii. Der Zweck der Daten in den Verzeichnissen sei die Ermöglichung der Kontaktaufnahme, welche in aller Regel nicht nur über die Postadresse oder die Festnetztelefonnummer in klassischen Telefonverzeichnissen erfolgen könne, sondern ohne weiteres auch über im Internet auffindbare E-Mail-Adressen, über Einträge auf Suchmaschinen wie Google oder sozialen Netzwerken oder mittels Messaging-Diensten von Social Networks und anderen Anbietern, weshalb von einem weitergehenden Markt für die Kontaktaufnahme auszugehen sei.²⁶⁰

302. Zu den Grundsätzen, wie eine Marktabgrenzung zu erfolgen hat, kann auf die Ausführungen in Rz. 192 verwiesen werden. Im Hinblick auf die Marktabgrenzung in den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten kann auf die Ausführungen in Rz. 282 verwiesen werden. Demnach ist für die Marktabgrenzung von der Nutzung von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen auszugehen und es ist zu untersuchen, ob die Nutzer andere Verzeichnisse und Dienste für denselben Nutzungszweck als Substitut ansehen.

²⁵⁷ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 28.

²⁵⁸ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 46.

²⁵⁹ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 46.

²⁶⁰ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 47 ff.

303. Zum Vorbringen i. kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien selbst angeben, dass die Google-Abfragen in vielen Fällen auf Seiten von local.ch oder search.ch münden würden.²⁶¹ So würden nach Erfahrungen von Tamedia rund [...] % der Zugriffe auf search.ch, um Verzeichniseinträge von Privatpersonen zu erfragen, via Google erfolgen.²⁶² Zudem bestätigen die Zusammenschlussparteien, dass Google derzeit lediglich auf Verzeichniseinträge von Privatpersonen auf die Seiten von search.ch und local.ch verweisen würden und dass Google jederzeit gestützt auf Art. 21 FMG sämtliche regulierten Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen beziehen könnte und den Nutzern die entsprechenden Kontaktinformationen auch direkt zur Verfügung stellen könnte.²⁶³

304. Dies bedeutet allerdings nichts anderes als, dass Google derzeit keine Verzeichnisdaten von Privatpersonen anzeigt und daher ein Nutzer, der einen Verzeichniseintrag einer Privatperson sucht, in der Regel die Suchmaschine Google verlassen und die Webseite des Anbieters eines Verzeichnisdienstes über Privatpersonen aufsuchen muss. Würde man der Argumentationslogik der Zusammenschlussparteien folgen und Google zum selben relevanten Markt hinzuzählen, weil die Suchfunktionen von Google als Substitut zum Adressverzeichnisdienst anzusehen wären, so würde dies zum stossenden Ergebnis führen, dass Google ein Substitut zu sämtlichen im Internet verfügbaren und über Google auffindbaren Inhalte werden würde. Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden. Google ist daher aufgrund mangelnder Zurverfügungstellung von Verzeichnisdaten über Privatpersonen auf ihrer Webseite nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.

305. Zum Vorbringen ii. kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien lediglich für den Markt für Verzeichniseinträge über Privatpersonen vorbringen, dass ein weitreichenderer Markt für die Kontaktaufnahme abzugrenzen wäre.²⁶⁴ Für die Abgrenzung eines Marktes für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen gehen die Zusammenschlussparteien allerdings von einem Markt aus, der lediglich die nachgefragten Kontaktinformationen beinhaltet, selbst wenn diese zum Zweck der Kontaktaufnahme mittels Brief oder Telefon abgefragt werden. Die Zusammenschlussparteien kommen sodann auch nicht auf die Idee, dass die Transportdienstleistungen der Post, die Telekommunikationsdienstleistungen von Swisscom oder sonstige Möglichkeiten der Kontaktaufnahme via E-Mail, Chatprogrammen oder über die Webseite der Unternehmen als Substitut zu Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten anzusehen sind und daher demselben Markt angehören müssten. Vielmehr dienen Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste der Suche nach Adressdaten und Telefonnummern im Hinblick auf eine mögliche Kontaktaufnahme, während Transportdienstleistungen der Post, Telekommunikationsdienstleistungen von Swisscom oder sonstige Möglichkeiten der Kontaktaufnahme via E-Mail, Chatprogrammen oder die Websites von Unternehmen der Kontaktaufnahme selbst dienen (vgl. Rz 293 ff.).

306. Gleiches gilt natürlich auch für Privatpersonen. Eine Person, welche nach der Adresse oder der Telefon-

nummer einer Person sucht, um mit dieser später in Kontakt zu treten oder diese Information sonst wie zu gebrauchen (z.B. Verifikation der Adresse oder um zu ermitteln, wer sich hinter einer Telefonnummer verbirgt, von der ein Anruf ausgegangen ist), kann nicht auf soziale Medien ausweichen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Person, die in einem Adressverzeichnis nach einer Telefonnummer oder Adresse sucht oder diese Information bei einem Adressverzeichnisdienst nachfragt, gerade diese Informationen auffinden möchte (sei es zur Kontaktaufnahme oder zu einem anderen Zweck). Andere weitergehende Informationen über Privatpersonen sind den Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten in der Regel ohnehin nicht zu entnehmen. Möchte eine Person beispielsweise mit einer anderen Person über ein soziales Medium, wie z.B. Facebook, in Kontakt treten, wird sie kein Adressverzeichnis und keinen Adressverzeichnisdienst nutzen. Damit sind aber diese Dienste auch nicht miteinander substituierbar und damit nicht demselben Markt zuzuordnen (vgl. zum gesetzlich vorgeschriebenen Vorgehen zur Marktabgrenzung Rz. 302). Soziale Netzwerke gehören daher nicht zum relevanten Markt.

307. Gemäss Swisscom suche sicher jemand, der ein Adressverzeichnis oder einen Adressverzeichnisdienst konsultiere, mit Blick auf eine eventuelle Kontaktnahme eine Telefonnummer einer Privatperson oder ihre Adresse. Das bedeute jedoch nicht, dass zur Kontaktnahme dienliche Informationen nicht auch auf sozialen Netzwerken oder anderweitig im Internet gefunden werden könnten. Auch dass jemand, der mit einer anderen Person über soziale Netzwerke in Kontakt treten wolle, nicht im Adressverzeichnis suche, treffe sicher zu, heisse aber nicht, dass Adressverzeichnisse und soziale Netzwerke für die Suche nach Personenkontaktinformationen keine Substitute seien. Wer Kontaktinformationen suche, könne diese sowohl in Adressverzeichnissen wie auch in sozialen Netzwerken finden. Dass die Kontaktaufnahme per Telefon in Echtzeit erfolge, während bis zum Öffnen einer E-Mail je nachdem etwas Zeit verstreiche, stehe dem nicht entgegen. Auch eine postalische Kontaktnahme (via Adresse im Adressverzeichnis) erfolge nicht in Echtzeit. Dennoch gehörten andere Informationen als Adresse und Telefonnummer zum sachlichen Markt. In den neuen Medien erfolge die schriftliche und mündliche Kommunikation immer in Echtzeit. Zu unterscheiden seien dagegen die synchrone und die asynchrone Kommunikation. Bei der synchronen Kommunikation (Telefonat, Chat) erfolge der Austausch zeitgleich, während er bei der asynchronen Kommunikation (Briefpost, E-Mail, SMS) in der Regel zeitversetzt erfolge. Die in der vorläufigen Prüfung verwendeten Kriterien seien nicht geeignet, eine Ausgrenzung von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken aus der Suche nach Kontaktdaten von Privatpersonen zu begründen.²⁶⁵

²⁶¹ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 46.

²⁶² Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 46.

²⁶³ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 46.

²⁶⁴ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 47 f.

²⁶⁵ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 29 f.

308. Wie bereits in Rz. 302 ausgeführt, ist Ausgangspunkt der Marktabgrenzung die Nutzung von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten und nicht eine nicht näher umschriebene Kontaktaufnahme, wie dies die Zusammenschlussparteien ausführen. Daher kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

309. Swisscom führt aus, dass die Ausführungen der WEKO ergebnisgetrieben erschienen. Die vorläufige Prüfung gehe ohne eine Marktabgrenzung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU davon aus, dass der Markt nur die Anbieter der traditionellen Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste umfasse und konkurrierende Anbieter praktisch nicht existierten. Suchergebnisse auf Google würden ergeben, dass eine Google-Suche erstens die direkte Identifikation einer gesuchten Person mittels Foto ermögliche und zweitens die Kontaktinformationen (z.B. Adresse, Festnetz- und Mobil-Nummer sowie Faxnummer) selber ausweisen könne. Das beweise, dass Google ein Anbieter von Personenkontaktinformationen sei und als solcher zum sachlichen Markt gehöre.²⁶⁶

310. Hierzu ist festzuhalten, dass die zu einer bestimmten Person bei Google angezeigten Verzeichnisinformationen in der Regel nicht vollständig sind. Meist fehlt in der Anzeige die Telefonnummer und auch die sonstigen zum Verzeichniseintrag gehörenden Informationen werden unvollständig angezeigt. Zudem gelangt ca. [...] % des Traffics auf den Adressverzeichnissen von local.ch und search.ch über Google zu diesen (vgl. Rz 313). Aus diesen Gründen ist die Suchmaschine Google nicht dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen (vgl. Rz 322 ff.).

311. Gemäss Search fragen Nutzer Kontaktinformationen über natürliche oder juristische Personen, Behörden, Organisationen etc. nach, um mit ihnen in Kontakt zu treten.²⁶⁷ Hierfür würden neben den gedruckten Telefonbüchern, denen auf CD-ROM (z.B. Twixtel) und der Sprachauskunft (1811 oder 1818) heute auch die Online-Suche im Zentrum stehen. Die Online-Suche von Informationen über natürliche und juristische Personen, Behörden, Organisationen etc. erfolge heute in erster Linie über Suchmaschinen, wie namentlich Google, Bing, Yahoo oder ask.com und Social-Media-Plattformen, wie z.B. Facebook, Google+, Xing und LinkedIn.²⁶⁸ Sowohl Informationen über Privatpersonen wie auch Informationen über Unternehmen könnten heute über Suchmaschinen und Social-Media-Plattformen²⁶⁹ gesucht und gefunden werden.

312. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz. 310, 308 und 302 verwiesen werden.

313. Gemäss den Zusammenschlussparteien sind Suchmaschinen Personenkontaktinformationen zu entnehmen.²⁷⁰ So könne man auf Suchmaschinen sowohl fixe wie auch mobile Telefonnummern als auch Postadresse und E-Mail Adresse finden. Obwohl es zutrefte, dass Suchmaschinen solche Angaben nicht in jedem Fall lieferten, würde dies den Schluss nicht erlauben, dass sie keine Anbieter von Personenkontaktinformationen seien.

314. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz. 310, 308 und 302 verwiesen werden. Alleine die Tatsache, dass vereinzelt fixe und mobile Telefonnummer sowie Post-

adresse und E-Mail-Adresse über Privatpersonen auf Suchmaschinen gefunden werden können, kann nicht geschlossen werden, dass Suchmaschinen wie Google Anbieter eines Adressverzeichnisses oder Betreiber eines Adressverzeichnisdienstes über Privatpersonen sind. Vielmehr wurde bereits oben aufgezeigt, dass Suchmaschinen wie Google kein Substitut zu Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdienste über Privatpersonen darstellen.

315. Zudem ist hierzu anzumerken, dass Suchmaschinen wie Google bei der Suche nach Personendaten lediglich auf die zugrundeliegende Webseite verweisen und die angezeigten Informationen zufällig ausgewählt werden. Dass Suchmaschinen keine eigenständigen Anbieter von Adressverzeichnissen sind und auch nicht als solche wahrgenommen werden, zeigt sich schon an der Tatsache, dass die Zusammenschlussparteien angeben, dass ca. [...] % ihres Internetverkehrs von Google kommt. Wäre Google ein Substitut zur Personensuche in einem Adressverzeichnis, würde für die Nutzer keine Notwendigkeit bestehen, ausgehend vom Suchergebnis auf Google die Adressverzeichnisse der Zusammenschlussparteien aufzurufen.

316. Search macht zudem geltend, dass praktisch alle Search&Find-Angebote die Suche sowohl nach Privatpersonen wie nach Unternehmen erlauben würden und deshalb sei eine weitere Unterteilung nicht sachgerecht.²⁷¹ Zudem sei die Behauptung, wonach die Nutzer von Search&Find-Diensten sich ausschliesslich und primär für die Adresse und Telefonnummer interessieren würden, wenn sie mit einer Person oder einem Unternehmen in Kontakt treten wollten, unhaltbar.

317. Hierzu ist auf die Ausführungen in Rz. 310, 308 und 302 zu verweisen.

318. Zusammenfassend ist daher von einem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen auszugehen, der lediglich die Zurverfügungstellung von Kontaktinformationen von Privatpersonen, die in den Verzeichnisdaten beinhaltet sind (insbesondere Adresse und Telefonnummer), umfasst.

319. Für die Suche nach Privatpersonen in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten kommen für Nutzer sämtliche Plattformen als Alternative in Betracht, die entsprechende Informationen über Adressen und Telefonnummern von Privatpersonen bereitstellen.

²⁶⁶ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 28 f.

²⁶⁷ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 25 f.

²⁶⁸ Vgl. auch Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 30-34.

²⁶⁹ Vgl. auch Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 34-39.

²⁷⁰ Stellungnahme vom 30. Januar 2015, S. 25.

²⁷¹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 27.

320. Wie bereits oben ausgeführt stellen soziale Netzwerke kein Substitut zu einem Adressverzeichnis bzw. Adressverzeichnisdienst dar. Einerseits geniessen Adressverzeichnisse bzw. Adressverzeichnisdienste im Gegensatz zu sozialen Netzwerken gemäss Angaben verschiedener Befragter einen quasi „amtlichen Charakter“. Zudem ist gerade die von den Nutzern nachgefragte Information „Telefonnummer oder Adresse“ trotz der grossen Anzahl von Profilen beispielsweise auf Facebook eher selten zu finden. So empfiehlt etwa auch der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in seinen „Erläuterungen zu sozialen Netzwerken“ bei der Veröffentlichung von Personendaten (Name, Adresse, Telefonnummer) und anderen persönlichen Informationen (bspw. politische Überzeugungen) vorsichtig zu sein und Pseudonyme zu verwenden.²⁷²

321. Im Hinblick auf Suchmaschinen kann auf Rz 315 verwiesen werden. Insbesondere bei der Suche nach Privatpersonen, werden auf Suchmaschinen lediglich Verweise auf die entsprechenden Verzeichniseinträge in den entsprechenden Adressverzeichnissen bzw.

Adressverzeichnisdiensten angezeigt. Diese Verweise beinhalten in der Regel keine Telefonnummern. Der Nutzer muss zur Abfrage des Verzeichniseintrags die Suchmaschine regelmässig verlassen und die entsprechende Quelle aufsuchen. Alleine die Tatsache, dass pro Monat zwischen [...] und [...] Millionen Nutzer über die Suchmaschine Google zu local.ch und search.ch gelangen, zeigt, dass das Resultat der Suchabfrage nicht mit dem Besuch der Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste substituiert werden kann.

322. Gerade das von Swisscom selbst vorgebrachte Beispiel „[...]“²⁷³ zeigt die Unzulänglichkeiten von Facebook und Google bei der Suche nach Telefonnummer oder Adresse im Vergleich zu local.ch oder search.ch geradezu exemplarisch (siehe auch Rz 310).

323. Auf Facebook ist – nachdem ein Nutzer ein entsprechendes eigenes Profil erstellt hat – der von Swisscom genannte „[...]“ weder über den Namen noch die Adresse oder Telefonnummer öffentlich auffindbar. Die Suche²⁷⁴ nach „[...]“ ergibt auf Facebook folgendes Resultat:



Abbildung 1: Suchresultat Facebook „[...]“

324. Keines dieser Suchresultate entspricht dem von Swisscom vorgebrachten Beispiel.

²⁷² Vgl. <www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00690/00691/00693/index.html> (10.02.2015).

²⁷³ Vgl. Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 12 und 27.

²⁷⁴ Durchgeführt am 2. Februar 2015.

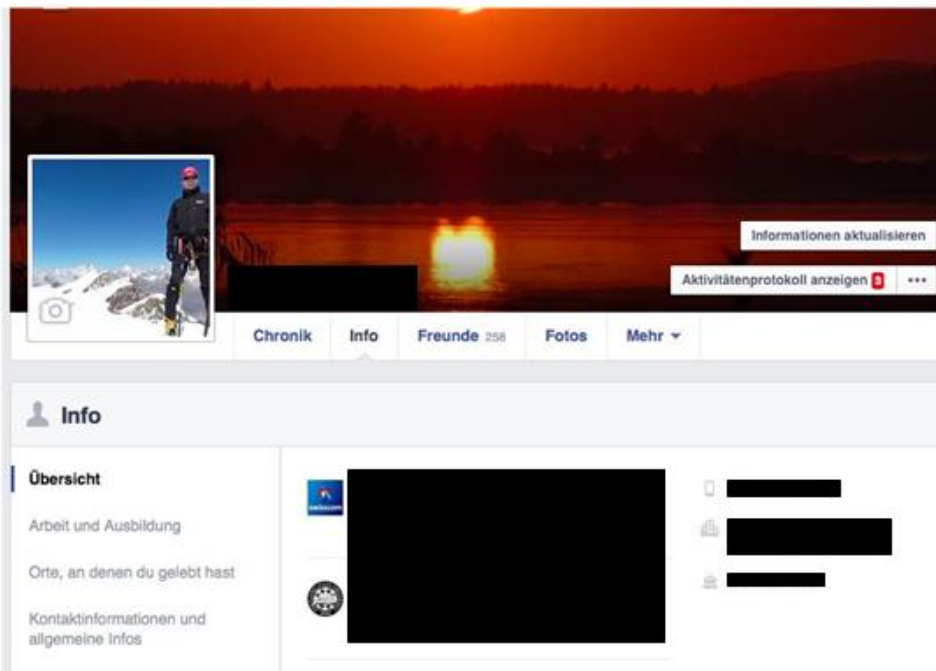


Abbildung 2: Beispiel Swisscom „[...]“

325. Die Suche nach „[...]“ führt auf Google zu folgendem Resultat:

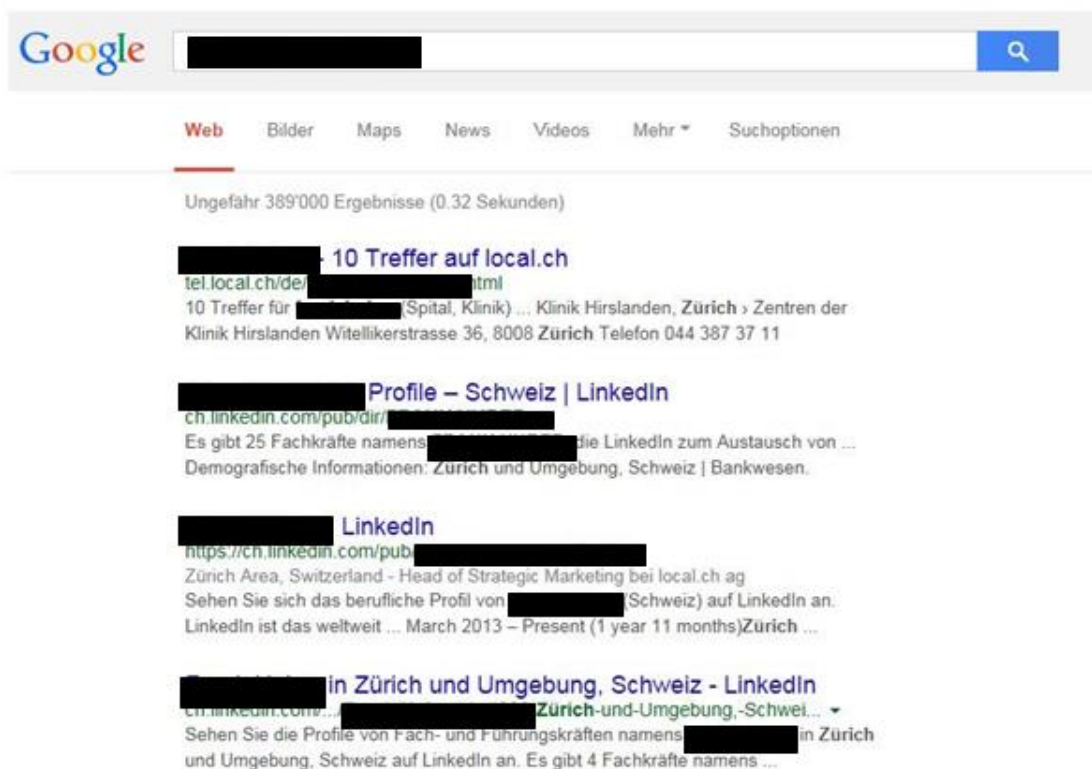


Abbildung 3: Suchresultat Google „[...]“

326. Weder über Facebook noch Google erhält der Nutzer die gesuchte Information „Adresse oder Telefonnummer“ von „[...]“ gemäss Beispiel von Swisscom.

327. Demgegenüber ist diese Information bei der Suche auf local.ch oder search.ch direkt ersichtlich:

local.ch einfach finden

Zürich

in Zürich - 3 Treffer auf local.ch

schmerz klinikbasel
Rheumatologie, Komplementärmedizin, Innere Medizin, Physiotherapie, Neuraltherapie, Neurologie, Gynäkologie, Naturheilkunde, Dermatologie, Gastroenterologie, Orthopädie

Einschränken nach: Rubrik
 Alle Einträge
 Private (2)
 Firmen (1)

8003 Zürich
Telefon

8055 Zürich
Telefon

HerzZentrum Hirslanden Zürich
Klinik • Spital
Klinik Hirslanden, Zürich • Zentren der Klinik Hirslanden
Witellikerstrasse 36, 8008 Zürich
Telefon 044 387 37 11

Karte vergrössern

Abbildung 4: Suchresultat local.ch „[...]“

search.ch
tel.search.ch - Das Telefonbuch

Start Telefonbuch Karte Routenplaner Wetter Fahrplan Schneebericht Mehr Dienste Anmelden | DE

4 Einträge

Wer/was Wo Zürich Suchen Privat Firma

Neu: Testen Sie jetzt unser neues Design!

4 Einträge Auf Karte zeigen

8055 Zürich
Details anzeigen

8003 Zürich
Details anzeigen

Herzkrankheiten (Kardiologie), Herz- und thorakale Gefässchirurgie, Ärzte, ...
HerzZentrum Hirslanden
Hirslanden Zürich
Witellikerstrasse 36, 8008 Zürich
044 387 37 11 *
Produkte, Dienstleistungen med. anstreben geben dr. med. maunus haben dr. med. ernst schukla pd dr ...
Ähnliche Resultate anzeigen

Spital, Klinik
Klinik Hirslanden, Zürich > Zentren der Klinik Hirslanden
HerzZentrum Hirslanden Zürich
Witellikerstrasse 36, 8008 Zürich
044 387 37 11
Zusatz Dr. med. Maunus Häber
Zusatz Dr. med. Frank Salzer

Anzeigen

Arzt, Zürich
allcare Hausarzt - Zentren Tel. 043 311 20 20
365 Tage im Jahr offen. Neue Patienten sind herzlich Willkommen
www.allcare.ch | Adresse

Chirurgie, Zürich
Dr. med. Christen Daniel Tel. 043 268 79 90
Medizinische Leistungen auf höchstem Niveau.
viszeralchirurgiechristen.ch | Adresse

Arzt, Zürich
Dr. med. FMH Fachärztin Gut Daniela Tel. 044 251 32 92
Facharzt FMH für Ohren-, Nasen- und Halskrankheiten.
Adresse

Spital, Richterswil
Paracelsus-Spital Richterswil, Tel. 044 787 21 21
Integrative Medizin - Frauenheilkunde, Onkologie, Chirurgie, Innere Medizin
www.paracelsus-spital.ch | Adresse

Arzt, Zürich
Dr. med. Roland Kägi Kinderarzt FMH Tel. 044 250 76 50
KINDERÄRZTE AM REGIPLATZ
www.kinderärzte-am-regiplatz.ch | Adresse

Arzt, Zürich
Dr. med. Felix Hammer Tel. 044 262 11 00
Frauenarztpraxis
www.frauenarztpraxis.ch | Adresse

* Würscht keine Werbung

Abbildung 5: Suchresultat search.ch „[...]“

328. Es trifft zwar zu, dass unter Umständen auch das Suchresultat bei Google direkt die Telefonnummer anzeigt. Das hängt aber von der Position der Telefonnummer auf der im Suchresultat verlinkten Seite ab. Entsprechend erweist sich die Anzeige der Telefonnummer

auf Google als eher zufällig. Bei dem von Swisscom vorgebrachten Beispiel „[...]“ ist etwa die Angabe der Strasse nötig, um im Suchresultat von Google die Telefonnummer anzeigen zu lassen:

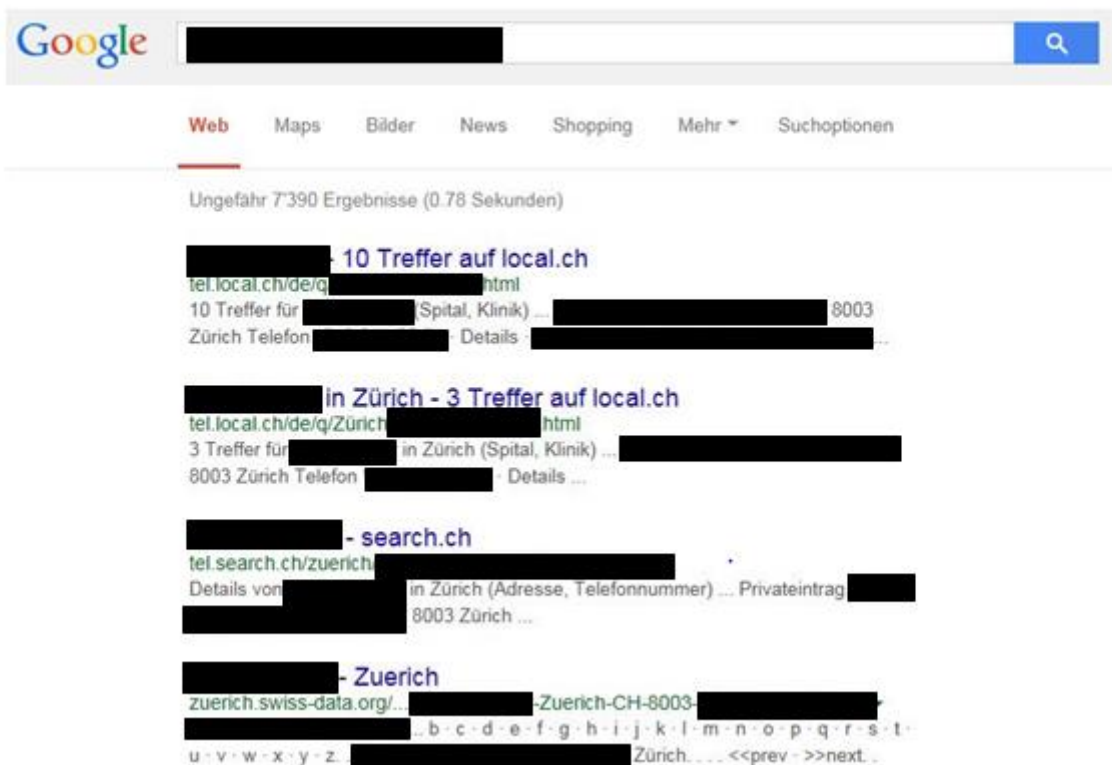


Abbildung 6: Suchresultat Google „[...]“

329. Aus diesen Gründen sind soziale Medien wie Facebook und Internetsuchmaschinen wie Google nicht dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen zuzuordnen.

330. In räumlicher Hinsicht werden Verzeichnisdaten schweizweit nachgefragt, weshalb von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen ist. Da im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens sowohl gedruckte Adressverzeichnisdienste und elektronische Adressverzeichnisdienste demselben sachlichen Markt zugeordnet werden, rechtfertigt sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine engere räumliche Marktabgrenzung nicht.

B.6.2.7 Markt für die Nutzung von Suchmaschinen

331. Eine Suchmaschine dient in erster Linie der Recherche, wobei die Suchanfragen nach Eingabe des Suchbegriffs mit einer Liste von Verweisen auf möglicherweise relevante Dokumente und Verweisen auf Websites beantwortet wird.²⁷⁵ Diese Trefferliste stellt i.d.R. ein Dokument mit Titel und einem kurzen Auszug dar und ist nach Relevanz im Verhältnis zum eingegebenen Suchbegriff geordnet. Charakteristisch für die Anbieter von Suchdienstleistungen ist, dass sie selbst keinen Content (Nachrichten, Rubrikanzeigen etc.) herstellen, sondern vielfältige Informationen im Internet auffindbar machen.

332. Auf dem Markt für die Nutzung von Suchmaschinen stehen sich auf der Nachfrageseite Nutzer solcher Online-Suchmaschinen, welche Informationen mittels dieser Technik abfragen, Betreibern von Suchmaschinen auf der Angebotsseite gegenüber.

333. Bisher ist die WEKO davon ausgegangen, dass es auch einem Bedürfnis des Nutzers entspricht, spezifisch die Informationen aus seinem Land zu einer Suchabfrage zu erhalten²⁷⁶ und auf einer Suchmaschine zu suchen, die seiner Länderkennung entspricht. So bietet beispielsweise Google für die Länderkennung der Schweiz eigens die Website www.Google.ch an, welche auf der einen Seite bei Suchabfragen auch schweizspezifische Suchinhalte berücksichtigt. Daher könnte bei der Nutzung einer Suchmaschine durchaus auf eine schweizweite Marktabgrenzung geschlossen werden.

334. Eine detaillierte Abgrenzung des Marktes für die Nutzung von Suchmaschinen kann vorliegend allerdings offen gelassen werden, da es in diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen kommt und die Bedeutung von search.ch als Suchmaschine gegenüber Google, Bing etc. eher als gering einzustufen ist.

B.6.2.8 Markt für Managed Websites

335. Auf dem Markt für Managed Websites übernehmen Anbieter den Aufbau und Betrieb einer Website für die Nachfrager nach solchen Dienstleistungen. Diese Angebote werden gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien insbesondere von kleineren und mittleren Unternehmen nachgefragt, denen insbesondere Leistungen im Bereich der Search-Engine-Optimierung wichtig sind und die ihre Website aktuell halten wollen.²⁷⁷

²⁷⁵ RPW 2009/4, 397 Rz 188, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

²⁷⁶ RPW 2009/4, 404 Rz 236, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

²⁷⁷ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 53.

336. In räumlicher Hinsicht werden solche Dienstleistungen in der Regel mindestens schweizweit angeboten. Da allerdings eine gewisse Kundennähe bei Managed Websites notwendig erscheint, weil der Nachfrager möglichst seinen Aufwand minimieren möchte, erscheint eine weltweite räumliche Marktabgrenzung nicht sachgerecht. Grundsätzlich kann die Marktabgrenzung für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht offen gelassen werden. Daher wird allerdings ohne Präjudiz für andere Fälle von einem nationalen Markt ausgegangen.

B.6.2.9 Markt für adressierte Direktwerbung

337. Auf dem Markt für Direktwerbung stehen sich auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die mittels adressierter oder unadressierter Direktwerbung Kunden erreichen möchten und auf der Angebotsseite Anbieter solcher Direktwerbungsdienstleistungen gegenüber. Directories bietet gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien im Bereich adressierter Direktwerbung Möglichkeiten eines Werbeversands an Kunden, die kürzlich einen Adresswechsel gemeldet haben, an.²⁷⁸

338. In der bisherigen Praxis wurde dem Markt für Direktwerbung auch die Werbebeilage Dritter beim Versand zugerechnet. Da es sich allerdings hierbei um eine Nebentätigkeit von Directories handelt und nicht ersichtlich ist, dass die Beilage von Direktwerbung beim Versand der Local Guides nicht durch die Beilage bei einem anderen Versand substituiert werden könnte, rechtfertigt es sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht, einen eigenständigen Markt abzugrenzen.

339. In räumlicher Hinsicht wird adressierte Direktwerbung schweizweit nachgefragt, weshalb von einem nationalen Markt auszugehen ist.

B.6.2.10 Markt für Adressdatenpflege

340. Auf dem Markt für Adressdatenpflege stehen sich auf der Angebotsseite Unternehmen, die über ein aktuelles Adressdatenverzeichnis in einer bestimmten Region oder in der gesamten Schweiz verfügen und anhand diesem Adressdaten auf ihre Aktualität und Korrektheit hin überprüfen können und auf der Nachfrageseite Unternehmen gegenüber, die ihre Kundenbestandsdaten validieren bzw. aktualisieren wollen.

341. In räumlicher Hinsicht fragen Unternehmen meist schweizweit Adressdaten zur Aktualisierung und Validierung ihres Adressdatenbestands über Kunden nach. Daher ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.6.2.11 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

342. Gemäss Praxis der WEKO wurde der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen in die beiden Teilbereiche Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen und Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen unterteilt.²⁷⁹

343. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Online-Werbeflächen direkt an Werbe-

treibende verkaufen wollen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Statische Werbeformen sind häufig Gegenstand einer direkten und meist längerfristigen Vertragsbeziehung mit den Werbetreibenden.

344. In räumlicher Hinsicht ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen. Auf eine sprachregionale Marktabgrenzung kann vorliegend verzichtet werden.

B.6.2.12 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

345. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Online-Werbeflächen punktuell und oft über einen Vermittler verkaufen wollen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Im Vergleich zur Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen wird bei dynamischen Werbeformen die Auslieferung der Werbeanzeige oft über ein Netzwerk und automatisiert koordiniert.²⁸⁰

346. In räumlicher Hinsicht ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen. Auf eine sprachregionale Marktabgrenzung kann vorliegend verzichtet werden.

B.6.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

347. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

348. Auf den oben beschriebenen Märkten haben die Zusammenschlussparteien in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens die nachfolgenden Marktanteile angegeben:

²⁷⁸ Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 54.

²⁷⁹ RPW 2013/3 632 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*, RPW 2013/3 352 ff. Rz 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*.

²⁸⁰ RPW 2013/4 352 ff. Rz 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*.

Markt	Marktanteile Swisscom (in %)	Marktanteile Search (in %)	betroffen	Marktanteilsaddition
Markt für Festnetztelefonie	64%	0%	Ja	Nein
Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten	100%	0%	Ja	Nein
Markt für Verzeichnisdaten	[...] % ²⁸¹	0%	Ja	Nein
Markt für Verzeichniseinträge	N/A [...] % ²⁸²	N/A ²⁸³	Ja	Ja
Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten	[...] % - [...] % ²⁸⁴	[...] % - [...] % ²⁸⁵	Ja	Ja
Markt für die Nutzung von Suchmaschinen	[...] %	[...] %	Nein	Nein
Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen	[...] %	[...] %	Ja	Ja
Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen	[...] %	[...] %	Ja	Ja
Markt für Suchmaschinen	[...] %	[...] %	Nein	Nein
Markt für Managed Websites	[...] %	0%	Nein	Nein
Markt für adressierte Direktwerbung	[...] %	0%	Nein	Nein
Markt für Adressdatenpflege	[...] %	0%	Nein	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen	[...] %	[...] %	Nein	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen	[...] %	[...] %	Nein	Ja

²⁸¹ Da der Markt für Verzeichnisdaten sowohl regulierte als auch veredelte Verzeichnisdaten umfasst, kommt Swisscom auf einen Umsatz von CHF [...] ([...] CHF und [...] CHF) bei einem Marktvolumen von CHF [...] mit regulierten Verzeichnisdaten und ca. CHF [...] mit veredelten Verzeichnisdaten (vgl. Meldung vom 24. Oktober 2014, S. 36 i.V.m. S. 37 bzw. Meldungsentwurf vom 26. September 2014, S. 33, wobei davon ausgegangen wird, dass Swisscom ca. [...] % Marktanteil bei veredelten Verzeichnisdaten hat).

²⁸² Die Zusammenschlussparteien haben hierzu keine Angaben gemacht, da sie davon ausgehen, dass kein eigenständiger Markt für Verzeichniseinträge besteht. Das Sekretariat schätzt allerdings den Marktanteil von Swisscom sowohl gemessen am Umsatz als auch gemessen an der Anzahl Zusatzeinträge auf über [...] %. Diese Markt-

anteilsschätzung ergibt sich aus der Marktabgrenzung, welche auch den Eingang der Zusatzeinträge in den veredelten Verzeichnisdatensatz berücksichtigt. Da Swisscom selbst davon ausgeht, dass sie beim Verkauf von veredelten Verzeichnisdaten [...] % des Umsatzes ausmachen, ist ebenfalls davon auszugehen, dass der Marktanteil bei Zusatzeinträgen mindestens [...] % beträgt.

²⁸³ Da auch search.ch auf ihrer Website Ergänzungen zu Verzeichniseinträgen anbietet, geht das Sekretariat davon aus, dass search.ch, zumindest gemessen an der Anzahl von Zusatzeinträgen, über einen gewissen Marktanteil verfügt.

²⁸⁴ Betreffend die Marktanteilsberechnung sei auf Rz 373 ff. verwiesen.

²⁸⁵ Betreffend die Marktanteilsberechnung sei auf Rz 373 ff. verwiesen.

349. Zusammenfassend ergeben sich hieraus die nachfolgenden Märkte als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU: Markt für Festnetztelefonie, Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten, Markt für Verzeichnisdaten, Markt für Verzeichniseinträge, Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen und Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über

Unternehmen. Diese werden nachfolgend näher betrachtet.

B.6.3.1 Markt für Festnetztelefonie

350. Auf dem Markt für Festnetztelefonie verfügte Swisscom im Jahr 2012 über einen Marktanteil von 64 %. Dieser Marktanteil ist in den letzten Jahren, wie in der nachfolgenden Tabelle aufgezeigt, relativ konstant geblieben.

	Swisscom	Search	Gemeinsam	Sunrise	Cablecom	TelCommunications Services (ex-Tele2)
2012	64.0%	0	64.0%	9.8%	10.1%	1.5%
2011	63.6%	0	63.6%	11.8%	8.7%	1.9%
2010	65.3%	0	65.3%	11.4%	8.2%	2.4%

Tabelle 3: Marktanteilsentwicklung auf dem Markt für Festnetztelefonie

351. Im Markt für Festnetztelefonie zeigt sich insbesondere bei denjenigen FDA, die auch Breitbandinternetangebote und drahtgebundene TV-Angebote im Markt anbieten eine recht konstante Marktanteilsentwicklung. FDA, die sich auf das Telefongeschäft wie TelCommunications Service (ex-Tele2) konzentrieren, haben über die letzten Jahre einen konstanten Rückgang an Marktanteilen zu verzeichnen. Im Markt selbst hat die blosser Festnetztelefonie nur noch eine untergeordnete eigenständige Bedeutung und wird in der Regel zusammen im Bündel mit anderen Dienstleistungen (insbesondere Breitbandinternet) angeboten. Da allerdings die Marktanteile von Swisscom im Bereich Festnetztelefonie sehr hoch sind, kann nach wie vor davon ausgegangen werden, dass Swisscom eine sehr starke, wenn nicht marktbeherrschende Stellung innehat.

352. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens kommt es allerdings zu keinen Marktanteilsadditionen, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nicht geeignet ist, auf dem Markt für Festnetztelefonie eine marktbeherrschende Stellung zu begründen bzw. eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung zu verstärken.

B.6.3.2 Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten

353. Gemäss Aussagen von Swisscom ist Directories das einzige Unternehmen, das in der Schweiz die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten anbietet. Damit verfügt Directories in diesem Markt durchgängig über einen Marktanteil von 100 %. Gemäss Aussagen von Swisscom weist der Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten die Charakteristika eines natürlichen Monopols auf, wobei keine Markteintrittshürden bestehen und die entsprechende Tätigkeit ohne Kostenachteil auch von einem anderen Unternehmen ausgeübt werden könnte.²⁸⁶ Da allerdings Swisscom die notwendige Organisation und Infrastruktur aufgebaut hat, um die Verzeichnisdaten gemäss den technischen und administrativen Vorschriften des BAKOM betreffend die

Verzeichnisse der Kundinnen und Kunden des öffentlichen Telefondienstes zu erbringen, ist davon auszugehen, dass sich der Markteintritt für ein Drittunternehmen nicht lohnt.

354. Zudem ist kaum denkbar, dass ein Drittunternehmen eine ausreichende kritische Masse an aufzuarbeitenden Datensätzen erhalten würde, wenn nicht Swisscom selbst ihren Datensatz an dieses Drittunternehmen outsourcen würde. Daher ist der Markteintritt eines alternativen Unternehmens kaum wahrscheinlich. Zudem kann Swisscom durch ihre Tätigkeit in der Veredlung von Verzeichnisdaten weitere Synergien nutzen und somit ihre Fixkosten betreffend die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten auf eine grössere Anzahl von Kostenträgern verteilen. Ob Swisscom aufgrund ihrer starken Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie allenfalls auch auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens offen gelassen werden.

355. Da es aufgrund des Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt für die Aufbereitung von regulierten Verzeichnisdaten nicht zu Marktanteilsadditionen kommt, ist das Zusammenschlussvorhaben nicht geeignet, eine allenfalls bereits bestehende marktbeherrschende Stellung zu verstärken.

B.6.3.3 Markt für Verzeichniseinträge

B.6.3.3.1. Aktueller Wettbewerb

356. Swisscom geht in ihrer Meldung davon aus, dass kein Markt für Verzeichniseinträge besteht, und dass die Ergänzung von einzelnen Verzeichnisdatensätzen für

²⁸⁶ Meldung Swisscom vom 23. Oktober 2014, S. 35.

Swisscom nur einen Aufwandsposten darstellt. Dem widerspricht die Tatsache, dass Directories namentlich für die Ergänzung eines Verzeichnisdateneintrags gegenüber Privatpersonen für die Eintragung weiterer Telefonnummern und weiterer E-Mail-Adressen eine Gebühr verlangt und somit einen positiven Umsatz erzielt.²⁸⁷ Ebenso bezahlen Unternehmen, die ihren Verzeichnisdateneintrag um eine weitere Rubrik oder Ortschaft sowie weitere Telefonnummer bzw. E-Mail-Adresse ergänzen wollen, einen entsprechenden Betrag.²⁸⁸ Swisscom macht in ihrer Meldung kaum Aussagen dazu, ob andere Unternehmen, die Adressverzeichnisse bzw. Adressverzeichnisdienste im Markt anbieten, ebenfalls die Ergänzung der einzelnen Verzeichniseinträge anbieten.

357. Betrachtet man beispielsweise Search als alternativen Adressverzeichnisdienst, so besteht die Möglichkeit, den Verzeichniseintrag direkt zu bearbeiten und entsprechend zu ergänzen. Insbesondere besteht hier auch die Möglichkeit kostenlos weitere Informationen, wie Telefonnummer, E-Mail-Adresse etc. hinzuzufügen. Hiervon hat eine geringe Anzahl Inhaber von Verzeichniseinträgen Gebrauch gemacht. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es daher auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge zu entsprechenden Marktanteilsadditionen. Dies gilt selbst wenn Search diese Ergänzungen im Gegensatz zu Directories kostenlos anbietet.

358. Swisscom führt weiter aus, dass wenn entgegen ihren Vorbringen dennoch ein Markt für Verzeichniseinträge abgegrenzt werde, könnten der Gesamtmarkt und die Marktanteile nicht auf einer Umsatzbasis berechnet werden, wenn diesem Markt sowohl die entgeltlichen wie auch die unentgeltlichen Eintragungsmöglichkeiten zu einem solchen Markt gehörten. Die Berechnungen müssten auf Daten wie der Anzahl der relevanten Einträge beruhen. Da die Anzahl der Profile auf sozialen Netzwerken die Anzahl der Einträge bei Directories übersteige, die Anzahl der Einträge auf Suchmaschinen hoch sei und stetig zunehme und da die Einträge auf der Seite von Search kaum zu einem hohen Marktanteil führe, würden sich für das Vorhaben viel tiefere kombinierte Marktanteile und zudem nur eine vernachlässigbare Anteilsaddition ergeben. Würden einem Markt für Verzeichniseinträge dagegen nur die entgeltlichen Eintragungsmöglichkeiten zugeordnet, führe das Vorhaben nicht zu einer Marktanteilsaddition. Das vorliegende Vorhaben sei demnach so oder anders unproblematisch.²⁸⁹

359. Betreffend die von Swisscom geltend gemachte Zugehörigkeit von sozialen Netzwerken zum relevanten Markt kann auf die Ausführungen in Rz. 222 verwiesen werden.

360. Im Rahmen einer Marktbefragung wurden die Anzahl Kunden erfragt, welche einen Zusatzeintrag in einem Adressverzeichnis oder Adressverzeichnisdienst geschaltet haben. Mit Abstand die meisten Zusatzeinträge werden bei Directories eingekauft. Insgesamt gab Directories die Anzahl an Zusatzeinträgen von Unternehmen mit ca. [...] und von Privatpersonen mit ca. [...] an, wobei die Anzahl der gebuchten Zusatzeinträge in beiden Kategorien rückläufig ist.²⁹⁰ Search bezifferte die Anzahl an Zusatzeinträgen mit rund [...], wobei sämtli-

che dieser Zusatzeinträge kostenlos zur Verfügung gestellt werden.²⁹¹ Opendi gibt die Anzahl von Zusatzeinträgen mit rund [0-5'000] an²⁹² und Itonex AG beziffert die Anzahl an Zusatzeinträgen zwischen [0-15'000] und [5'000-30'000].²⁹³ Die weiteren befragten Unternehmen bieten entweder keine Zusatzeinträge an oder sind nicht in der Lage die einzelnen bei ihnen bestehenden Zusatzeinträge zu beziffern, da sie kostenlos angeboten werden. Hieraus ergibt sich, dass der überwiegende Teil an Zusatzeinträgen bei Directories gebucht wird und nur noch wenige Zusatzeinträge bei den übrigen Adressverzeichnissen bzw. Adressverzeichnisdiensten, sofern diese eine solche Möglichkeit überhaupt anbieten. Hinzu kommt, dass die Zusatzeinträge bei Directories kostenpflichtig sind, während sie bei den anderen befragten Unternehmen kostenlos sind. Mit anderen Worten kann sich Directories bei der Preissetzung für Zusatzeinträge von den anderen Wettbewerbern unabhängig verhalten. Daher ist bereits heute von einer marktbeherrschenden Stellung seitens Directories auf diesem Markt auszugehen, welche durch den Zusammenschluss mit Search weiter verstärkt wird.

361. Die Ergänzung von Verzeichniseinträgen ist allerdings für die Nachfrager nur dann interessant, wenn sie von den entsprechenden Nutzern von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten gesehen werden. Die Möglichkeiten von Betreibern von Adressverzeichnisdiensten mit der Ergänzung von Verzeichniseinträgen einen Umsatz zu erzielen, sind aufgrund der Zweiseitigkeit des Marktes daher massgeblich von der erzielten Reichweite abhängig. Diese wird, wie nachfolgend beschrieben, durch das Zusammenschlussvorhaben erhöht, weshalb die Möglichkeit besteht, dass sich die durch das Zusammenschlussvorhaben bewirkte Verstärkung der Marktposition von Swisscom auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen auch auf einen allfälligen Markt für Verzeichnisdaten dahingehend auswirkt, dass diese gegenüber den Nutzern von Search, die ihren Verzeichniseintrag entsprechend ergänzen wollen, ebenfalls nur noch kostenpflichtig angeboten werden.

B.6.3.3.2. Potenzieller Wettbewerb

362. Es besteht zwar technisch die Möglichkeit, basierend auf den regulierten Verzeichnisdaten, ebenfalls einen Adressverzeichnisdienst oder ein Adressverzeichnis zu erstellen. Zudem wäre zumindest theoretisch denkbar, dass Daten online von search.ch und/oder local.ch übernommen werden. In Bezug auf die Übernahme von Daten aus fremden Beständen von Webseiten mit Immobilien-Rubrikanzeigen mit Hilfe eines programmierten Systems sowie deren Aufbereitung stellte

²⁸⁷ Eingabe Swisscom vom 4. November 2014, Antwortdokument S. 2.

²⁸⁸ Eingabe Swisscom vom 4. November 2014, Antwortdokument S. 1.

²⁸⁹ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 12 f.

²⁹⁰ Eingabe Swisscom vom 4. November 2014, S. 1 f.

²⁹¹ Eingabe Search.ch vom 19. Dezember 2014, S. 3.

²⁹² Eingabe Opendi.ch vom 15. Dezember 2014, S. 2.

²⁹³ Eingabe Itonex vom 12. Dezember 2014, S. 2.

das Bundesgericht fest, dass diese Aufwendungen einen angemessenen Eigenaufwand bedeuteten und somit gemäss Art. 5 Bst. c UWG nicht unlauter seien.²⁹⁴ Im Unterschied zu dieser Entscheidung, bei welcher es um einzelne Immobilien-Inserate ging, handelt es sich im vorliegenden Fall um Adressverzeichnisse.

363. Local.ch stellt auf ihrer Website die veredelten Daten zur Verfügung. Hinter dem veredelten Datensatz steht eine nicht unbedeutende Eigenleistung von Swisscom, indem Swisscom die Adressen mit Zusatzeinträgen versieht und die Adressen auf ihre Aktualität hin überprüft. Dieser Aufwand ist nicht mit dem Betreiben einer Online-Plattform mit Immobilien-Inseraten zu vergleichen. So hielt das Bundesgericht fest, dass die Herstellung eines Immobilien-Inserats nicht notwendigerweise einen Aufwand darstelle, „der die systematische Übernahme allgemein als unlauter erscheinen lassen könnte.“²⁹⁵ Im Gegensatz dazu würde vorliegend die Gesamtheit der Verzeichnisdaten gerade seinem Zweck nach möglichst vollständig und als Ganzes übernommen werden. Es ist unklar, ob das reine Kopieren von Daten das Erfordernis des angemessenen eigenen Aufwands gemäss Art. 5 Bst. c UWG erfüllen würde. Zudem stellt Swisscom den veredelten Verzeichnisdatensatz nicht gratis zur Verfügung, was ein weiteres Indiz dafür ist, dass eine Übernahme dieser Daten in Bezug auf den unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 5 Bst. c UWG²⁹⁶ problematisch sein könnte. Aus diesen Gründen kann nicht ausgeschlossen werden, dass potentielle Wettbewerber bei einer Übernahme des Adressverzeichnisses von Swisscom, durch ein technisches Reproduktionsverfahren, das Risiko eines unlauteren Handelns eingehen würden. Deshalb bliebe diesen Wettbewerbern nichts anderes übrig, als die Datensätze von Swisscom zu kaufen. Allerdings kann oft auf den regulierten Verzeichnisdatensatz nicht zurückgegriffen werden, da die Qualität nicht derjenigen des veredelten Verzeichnisdatensatzes entspricht.²⁹⁷ Zudem wird der Preis für die veredelten Verzeichnisdaten von einigen Marktteilnehmern als sehr hoch bis prohibitiv hoch angesehen.²⁹⁸

364. Auch dürften in Punkto Marketing und Bekanntmachung eines neuen Adressverzeichnisses oder Adressverzeichnisdienstes erhebliche Anstrengungen notwendig sein, um einen solchen im Markt gegenüber den bereits bestehenden zu etablieren und welcher zum fusionierten Unternehmen in Wettbewerb treten kann.

365. Zwei andere Marktteilnehmer hingegen planen einen Markteintritt im Bereich von Privatpersonen, wobei deren Potenzial mit den Zusammenschlussparteien in Wettbewerb zu treten, derzeit nicht abgeschätzt werden kann. Alleine schon aufgrund der bereits heute bestehenden geringen Anzahl an Zusatzeinträgen bei Wettbewerbern von Directories scheint ein Wettbewerbsdruck, der einen disziplinierenden Einfluss auf die Zusammenschlussparteien auszuüben vermag, als wenig wahrscheinlich. Selbst Search als etablierter Marktteilnehmer vermag heute schon auf dem Markt für Verzeichniseinträge keinen Wettbewerbsdruck auf Swisscom Directories auszuüben, da Search Zusatzeinträge kostenlos anbietet diese dennoch kaum nachgefragt werden.

B.6.3.3.3. Zwischenergebnis

366. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge zu geringen Marktanteilsadditionen. Zudem kann aufgrund der Tatsache, dass Swisscom Zusatzeinträge kostenpflichtig anbietet, während Wettbewerber diese kostenlos anbieten und dennoch gegenüber Wettbewerbern ein Vielfaches an Verzeichniseinträgen aufweist, geschlossen werden, dass im Markt für Verzeichniseinträge bereits heute kein wirksamer Wettbewerb mehr herrscht.

B.6.3.3.4. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge

367. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die WEKO, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung berücksichtigt wird.

368. Eine festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

369. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass kein Markt für Verzeichniseinträge besteht und daher von der Abgrenzung eines Marktes für Verzeichniseinträge abzusehen ist.²⁹⁹

370. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Sollte dennoch ein allfälliger Markt für Verzeichnisdaten abgegrenzt werden, so dürfte nicht auf den in diesem Markt realisierten Umsatz, sondern es müsste auf die Anzahl der relevanten Einträge abgestellt werden. Dann müssten gemäss Aussagen der Zusammenschlussparteien allerdings auch soziale Netzwerke berücksichtigt werden, was zur Folge hätte, dass die Marktanteilsadditionen marginal wären.³⁰⁰ Würde hingegen auf die Umsatzzahlen abgestellt, käme es zu keinen Marktanteilsadditionen, da die Zusatzeinträge bei allen anderen Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten als Directories kostenlos seien.³⁰¹

371. Auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge sind die Zusatzeinträge bei Wettbewerbern von Swisscom bereits heute kostenlos. Dennoch werden bei

²⁹⁴ Urteil des BGer vom 4. Februar 2005 4C.336/2004, E. 4.4.2.

²⁹⁵ Urteil des BGer vom 4. Februar 2005 4C.336/2004, E. 5.3.

²⁹⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

²⁹⁷ Vgl. beispielhaft Antworten von 1818 vom 22. Dezember 2014, S. 3.

²⁹⁸ Vgl. beispielhaft Antworten von 1818 vom 22. Dezember 2014, S. 4; Antworten von Opendi International AG vom 15. Dezember 2014, S. 3 f.; Antworten von Help Media AG vom 19. Dezember 2014, S. 2.

²⁹⁹ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 12 f.

³⁰⁰ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 14 f.

³⁰¹ Stellungnahme Search vom 15. Dezember 2014, S. 15.

den Wettbewerbern von Swisscom nur wenige Zusatzeinträge nachgefragt. Somit besteht bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge kein wirksamer Wettbewerb mehr. Daher ist das Zusammenschlussvorhaben nicht kausal für eine mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge.

B.6.3.3.5. Ergebnis für den Markt für Verzeichniseinträge

372. Auf dem Markt für Verzeichniseinträge besteht bereits heute kein wirksamer Wettbewerb. Daher ist auch

das Zusammenschlussvorhaben nicht geeignet, den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt zu beseitigen.

B.6.3.4 Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

B.6.3.4.1. Aktueller Wettbewerb

373. In einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten geht Swisscom von den nachfolgenden Marktvolumen und Marktanteilen aus:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Gemeinsam	Gate 24	Google	Bing + Yahoo
2013	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	10	238	13
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	10	200	11
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2011	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	10	151	8
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 4: Marktanteile in einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten gemäss Angaben der Parteien³⁰²

374. Den von Swisscom gelieferten Zahlen liegen die Schätzungen von Media Focus zugrunde, welche neben der klassischen Onlinewerbung, Suchmaschinen-Werbung, Affiliate-Marketing, Online-Rubrikenmarkt (Job), Online-Rubrikenmarkt (Immo), Online-Rubrikenmarkt (Auto) und Online-Verzeichnisse separat auführt.³⁰³

375. Swisscom rechnet für einen möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sowohl die Werbeumsätze für Print-Verzeichnisse in Höhe von CHF [...] und die Werbeumsätze für Online Verzeichnisdienste in Höhe von CHF [...] als auch die Umsätze mit Verzeichniseinträgen in Höhe von CHF [...] hinzu und kommt so auf einen gesamten Werbeumsatz von Swisscom in Höhe von CHF [...] für das Jahr 2013. Gleichzeitig rechnet Swisscom den gesamten Werbeumsatz der Suchmaschinen-Werbung in der Schweiz für einen möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten in Höhe von CHF 250.3 Mio. für das Jahr 2013 hinzu und schätzt den Umsatz für andere auf CHF 100 Mio., wobei sie eine Reihe von Unternehmen als mögliche Wettbewerber anführt.

376. In einem allfälligen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten wären Suchmaschinen und soziale Netzwerke nicht demselben zuzuordnen.

377. Die Studie von Media Focus, auf welche sich Swisscom stützt, geht von einem Werbeumsatz im Bereich von Online-Verzeichnissen in der Schweiz im Jah-

re 2013 in Höhe von CHF 102 Mio. aus und führt die Suchmaschinen-Werbung als separate Kategorie aus. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den von Media Focus veröffentlichten Zahlen um Schätzungen von Experten handelt.

378. Der massgebliche von Swisscom erzielte Umsatz im Online-Bereich beträgt CHF [...] Gemäss Eingabe von Search hat Search mit Zusatzeinträgen keine Umsätze erzielt, da Search diejenigen Zusatzeinträge, die Swisscom Directories kostenpflichtig anbietet, ihrerseits gratis anbietet.³⁰⁴ Daher ist der von Search realisierte Umsatz in Höhe von CHF [...] als Umsatz auf einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten anzusehen. Damit beläuft sich der von Swisscom und Search gemeinsam erzielte Umsatz auf ca. CHF [...] und ist damit insgesamt höher als der von den Experten von Media Focus geschätzte Gesamtmarkt. Für das erste Halbjahr 2014 schätzen die Experten von Media Focus mit einem Umsatz von zwischen CHF [40-70] Mio. und CHF [50-100] Mio.

³⁰² Meldung vom 23. Oktober 2014, S. 68.

³⁰³ Eingabe Media Focus vom 11. Dezember 2015, S. 1.

³⁰⁴ Eingabe Search vom 6. Februar 2015, Rz 34 ff.

379. Zieht man aufgrund der möglichen Marktabgrenzung in den Marktanteilsschätzungen der Parteien die Werbeumsätze der von den Zusammenschlussparteien aufgeführten Suchmaschinen Google (CHF 238 Mio.) und Bing+Yahoo (CHF 13 Mio.) ab, so ergäbe sich ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] für das Jahr 2013. Hiervon würden die Zusammenschlussparteien mit einem gemeinsamen Umsatz in Höhe von CHF [...]

erzielen. Stellt man dieselben Berechnungen für die Jahre 2011 und 2012 an, so kommt man für 2012 auf ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...] und für 2011 auf ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF [...].

380. Hieraus würden sich die nachfolgenden Marktanteile ergeben:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Total	Wettbewerber
2013	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	110
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	100
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2011	in Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	88
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 5: Bereinigte Marktanteile unter Herausrechnung der Umsätze von Suchmaschinen

381. Basierend auf den von den Zusammenschlussparteien getroffenen Annahmen zum Gesamtmarktumsatz würde sich aus der Differenzbetrachtung ergeben, dass die Wettbewerber von Swisscom und Search in den Jahren 2011 bis 2013 im Bereich der Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten erheblich an Marktanteilen und Umsatz gewinnen konnten. Die Befragung der identifizierten Wettbewerber hat allerdings das Gegenteil ergeben. Die zu dem möglichen Markt gehörenden befragten Unternehmen, die Umsatzangaben machten (Twix AG, Kürzi AG, Omnimedia AG, Kompass Schweiz Verlag AG, Swissguide AG) geben

vielmehr an, dass sich ihr Umsatz im Bereich der Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten reduziert hat. Aufgrund einer solchen Plausibilitätsprüfung ist daher davon auszugehen, dass das von den Zusammenschlussparteien angeführte Umsatzvolumen insbesondere das vermeintliche Wachstum der restlichen Wettbewerber eher als überhöht angegeben wurde.

382. Gemäss Marktbefragung ergeben sich die nachfolgenden Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien und der drei wichtigsten Wettbewerber.

		Local.ch	Search.ch	Total	Wettbewerber			
					Gate24.ch	Kompass	Help	Total
2013	In Mio. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-30]
	In Prozent	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 6: Marktanteile gemäss Marktbefragung

383. Damit machen im Jahr 2013 die wichtigsten drei Wettbewerber einen Gesamtmarktumsatz im Bereich Online von ca. CHF [0-30] Mio. aus. Der einzige Wettbewerber im Bereich der gedruckten Adressverzeichnissen hat im Jahr 2013 einen Werbeumsatz in Höhe von CHF [...] erzielt. Zusammen kommen diese Wettbewerber auf einen Gesamtwerbeumsatz in Höhe von ca. CHF [0-30] Mio. Gemäss den Marktanteilsschätzungen der Zusammenschlussparteien müssten die restlichen Wettbewerber mit einem Werbeumsatz von weniger als CHF [0.5-1] Mio. einen Umsatz in Höhe von CHF [90-100]

Mio. erzielen. Selbst wenn sie einen gleichgrossen Werbeumsatz, wie derjenige des drittichtigsten Wettbewerbers erzielen würden, müssten im Markt noch über 120 weitere Wettbewerber bestehen, die einen solchen Umsatz erzielen. Diese Annahme erscheint ebenfalls als unrealistisch, was wiederum bestätigt, dass der von den Zusammenschlussparteien angenommene Gesamtmarktumsatz in Höhe von CHF [...] (exklusive Suchmaschinen) wohl zu hoch angesetzt wird.

384. Gemäss den obigen Marktanteilsbetrachtungen ergeben sich für die Zusammenschlussparteien im Onli-

ne-Bereich erhebliche Marktanteilsadditionen. Swisscom verfügt mit einem so berechneten Marktanteil im Jahr 2013 zwischen [...] % (vgl. Tabelle 5) und [...] % (vgl. Tabelle 6) bereits über eine sehr starke Stellung in einem solchen Markt und allenfalls eine marktbeherrschende Stellung. Diese allenfalls marktbeherrschende Stellung würde durch die Addition des Marktanteils von Search noch weiter verstärkt. Daher ergäben sich bei einer solchen Marktabgrenzung Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt oder eine marktbeherrschende Stellung begründet.

385. Ginge man von einem Gesamtmarkt aus, der sowohl den Print- als auch den Online-Bereich umfasst, so kommt man für Swisscom im Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten auf einen Umsatz in Höhe von CHF [...], wenn die Zu-

satzeinträge, welche im Markt für Verzeichniseinträge berücksichtigt wurden, hinzugezählt würden. Search weist in diesem Markt einen Umsatz in Höhe von CHF [...] auf.

386. Gemäss Marktbefragung weisen die übrigen Anbieter von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten einen kumulierten Gesamtumsatz mit Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zwischen CHF [20-25] Mio. (für 2012) und CHF [10-15] Mio. (für 2013) auf. Diese Grössenordnung ist zwar etwas höher, als diejenige, welche Media Focus mit einer Höhe von CHF 102 Mio. einschätzt. Dennoch bewegt sich die Marktanteilsschätzung noch in einem vergleichbaren Rahmen.

387. Ausgehend von dieser Schätzung würden sich die nachfolgenden Marktanteile ergeben:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Total	Wettbewerber
2013	in Mio. CHF	[...]-[...]	[...] ³⁰⁵	[...]	[...]	10-15
	in Prozent	100%	[...]-[...]%	[...]-[...]%	[...]-[...]%	[...]-[...]%

Tabelle 7: Bereinigte Marktanteile für die Zusammenschlussparteien

388. Damit ergeben sich auch in einer Gesamtmarktbeachtung der Bereiche Print und Online erhebliche Marktanteilsadditionen.

389. Ausgehend von den bereinigten Marktanteilsschätzungen der Zusammenschlussparteien würden sich die nachfolgenden Marktanteile ergeben:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Total	Wettbewerber
2013	in Mio. CHF	[...]	[...] ³⁰⁶	[...]	[...]	110
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 8: Bereinigte Marktanteile unter Herausrechnung der Umsätze von Suchmaschinen

390. Die Parteien würden damit im Jahr 2013 auf einen gemeinsamen Marktanteil auf einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zwischen [...] % und [...] % kommen. Dabei ist festzustellen, dass der Umsatz des nächstgrösseren Wettbewerbers Gate24.ch mit CHF [0-10] Mio. in etwa einen um [90-100] % kleineren Umsatz aufweist, als die Zusammenschlussparteien.

391. Zudem machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass aufgrund der vielen Substitutionsmöglichkeiten bei der Werbung in Adressverzeichnissen entsprechend wenig Preissetzungsspielraum bestehen würde. So seien die Umsätze mit Suchmaschinenwerbung ausgehend von einem hohen Niveau in den letzten Jahren um 19 % bis 40 % pro Jahr gewachsen, wohingegen der Umsatz mit Werbung gemäss Media Focus auf deutlich tieferem Niveau stabil geblieben sei.³⁰⁷

392. Dem ist entgegenzuhalten, dass sowohl der Umsatz, den local.ch und search.ch mit Werbung in Adressverzeichnissen erzielt haben, in den letzten Jahren kon-

tinuierlich gestiegen ist (vgl. Rz. 413 ff). Search konnte zudem im Markt gewinnbringend eine Preiserhöhung von rund [...] % mit ihrem Produkt business Link durchsetzen (vgl. Rz 413).

³⁰⁵ Der von Swisscom angegebene Umsatz in Höhe von CHF [...] abzüglich dem Umsatz mit dem Produkt „Zusatzeintrag“ in Höhe von CHF [...]; vgl. Meldung vom 23. Oktober 2014, S. 39 f.

³⁰⁶ Der von Swisscom angegebene Umsatz in Höhe von CHF [...] abzüglich dem Umsatz mit dem Produkt „Zusatzeintrag“ in Höhe von CHF [...]; vgl. Meldung vom 23. Oktober 2014, S. 39 f.

³⁰⁷ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 7.

393. Swisscom macht zudem geltend, dass der Werbemarkt ein Markt mit differenzierten Angeboten sei. Insgesamt seien die Ausweichmöglichkeiten der Werbetreibenden praktisch unbegrenzt. Selbst wenn keine nahezu perfekten Substitute bestehen sollten (was nicht der Fall sei), stehe die Vielzahl der Ausweichmöglichkeiten einer Ausübung von Marktmacht entgegen. Die Wettbewerbsbehörden hätten in früheren Fällen bereits selber festgehalten, dass auf dem Werbemarkt viele Ausweichmöglichkeiten bestünden und sehr potente Wettbewerber aktiv seien. Daran könne sich in der Zwischenzeit schon deshalb nichts geändert haben, weil vermehrt sehr starke international tätige Unternehmen auf den Markt drängten, die sich – wie Google – auf dem Werbemarkt in hohem Mass bereits etabliert hätten. Inwiefern das Zusammenschlussvorhaben auf dem Werbemarkt zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen könnte, sei nicht ersichtlich. Der Zusammenschluss bewirke keine Wettbewerbsprobleme auf dem Werbemarkt, sondern eine erwünschte Verbesserung der Stellung von Directories im Wettbewerb mit grossen international tätigen Konkurrenten und insbesondere den übermächtigen Anbietern Google und Facebook.³⁰⁸

394. Wie bereits in Kapitel B.6.2.5 aufgeführt, kann die Marktabgrenzung letztlich offen bleiben.

B.6.3.4.2. Berücksichtigung der Zweiseitigkeit der Märkte

395. Bei einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten würde es sich um einen typischen zweiseitigen Markt handeln. Das bedeutet, dass die Möglichkeiten mit Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten Geld zu verdienen, auch von der Nutzerseite abhängig sind. Wie nachfolgend auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten aufgezeigt wird, haben sowohl local.ch als auch search.ch einen sehr hohen Marktanteil auf der Nutzerseite.

396. Als Indikator hierfür kann die von Google gelieferte Anzahl Klicks auf die Suchresultate von 15 Anbietern von online Adressverzeichnissen der Suchmaschine Google herangezogen werden.³⁰⁹ Hieraus ergeben sich für local.ch, search.ch und die wichtigsten Wettbewerber die folgenden Anteile:

		Gesamt	Local.ch	Search.ch	Total	Wettbewerber			
						Swiss-guide.ch	Gate24.ch	Help.ch	Total
2011	in Mio. clicks	[...]	[...]	[...]	[...]	[10-20]	[0-10]	[0-5]	[10-30]
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. clicks	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]	[0-10]	[0-5]	[0-25]
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2013	in Mio. clicks	[...]	[...]	[...]	[...]	[0-10]	[0-5]	[0-5]	[0-20]
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 9: Anzahl Klicks auf die einzelnen Seiten ausgehend von Suchergebnissen von Google.³¹⁰

397. Dies zeigt, dass sowohl local.ch als auch search.ch im online-Bereich ihre Reichweite bei Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten erheblich ausweiten konnten. Ein ähnliches Bild zeigt sich, wenn man die tatsächlichen Nutzerzahlen der einzelnen Plattformen miteinander vergleicht:

³⁰⁸ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 17 f.

³⁰⁹ Die WEKO hat Google eine Liste von 15 Marktteilnehmern (local.ch, search.ch, www.stadtbranchenbuch.ch, www.moneyhouse.ch, www.gate24.ch, www.telbuch.ch, www.yalwa.ch, www.branchenbuch.ch, www.help.ch, www.swissguide.ch, http://www.voip-portal.ch/voip-telefonbuch.lf, http://www.eol.ch/adressen.html, http://ch.kompass.com, http://de.yelp.ch/berne-bern-ch, https://de.foursquare.com, www.mila.com, www.jacando.com) zugestellt. Google hat für die Jahre 2011 bis 2013 auf monatlicher Basis die Anzahl Aufrufe der Website der genannten Marktteilnehmer basierend auf den Suchresultaten geliefert.

³¹⁰ Eingabe Google vom 16.12.2014, Beilagen 1 bis 3. Bei der Berechnung wurden Google und moneyhouse nicht berücksichtigt, da auf diesen beiden Plattformen keine Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten gebucht werden kann.

		Local.ch	Search.ch	Total	Wettbewerber			
					Kompass	Swissguide	Gate24.ch	Total
2011	In Mio visits	[...]	[...]	[...]	n/a	[10-20]	[0-10]	[10-30]
	In Prozent	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	In Mio visits	[...]	[...]	[...]	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[40-70]
	In Prozent	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2013	In Mio visits	[...]	[...]	[...]	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[40-70]
	In Prozent	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 10: Anzahl Visits auf den einzelnen Seiten

398. Das Nutzungsverhalten bei Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zeichnet sich in der Regel dadurch aus, dass die Suche nach einem entsprechenden Verzeichniseintrag dann als abgeschlossen angesehen werden kann, wenn der gewünschte Eintrag gefunden wurde. In der Regel wird daher nach einem einmal gefundenen Eintrag nicht nochmals in einem anderen Adressverzeichnis oder Adressverzeichnisdienst gesucht (so genanntes Single-Homing). Ist hingegen eine Suche nicht erfolgreich, so ist es möglich, dass ein Nutzer andere Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste aufruft. Daher kann grundsätzlich aufgrund der Anzahl Visits in etwa auf die Reichweite geschlossen werden.

399. Die Reichweite der Zusammenschlussparteien beträgt zwischen [...] % und [...] % im Online-Bereich (vgl. Tabelle 11 bis Tabelle 13) und im Bereich der gedruckten Telefonbücher zwischen [...] % und [...] % (vgl. Tabelle 14 bis Tabelle 16). Aufgrund des Suchverhaltens der Nutzer (vgl. Tabelle 9) kommen sämtliche weitere Wettbewerber lediglich auf eine gemeinsame Reichweite von rund [...] % bis [...] %, während die Zusammen-

schlussparteien auf eine Reichweite von [...] % bis [...] % kommen. Ausgehend von diesen Zahlen zeigt sich, dass das zusammengeschlossene Unternehmen mehr als dreimal so viele Nutzer erreichen würde, als der nachfolgende Wettbewerber. Damit kommen Werbetreibende, die Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten schalten wollen nicht umhin, Werbung in den Verzeichnissen der Zusammenschlussparteien zu schalten, sofern sie eine Mehrheit der Nutzer erreichen wollen. Ohne den Zusammenschluss erreichen Werbetreibende durch eine Kombination der Werbemaßnahmen bei Kompass und search.ch eine ähnliche Reichweite wie durch Werbemaßnahmen bei local.ch (vgl. Tabelle 9).

400. Net-Matrix berechnet aufgrund ihrer Net-Matrix Profile regelmässig die Reichweite von internetbasierten Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten. Basierend auf einer Umfrage, der Nutzerhäufigkeit und der Anzahl User von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten berechnet Net-Matrix die Reichweite wie in den nachfolgenden Tabellen aufgeführt:

	2012/1			2012/2		
	Fälle	Tsd.	% Vert.	Fälle	Tsd.	% Vert.
Basis	42'843	4'413	100.0%	43'207	4'364	100.0%
Search.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Local.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Gemeinsam	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 11: Reichweite 2012 von local.ch und search.ch gemäss Net-Matrix

	2013/1			2013/2		
	Fälle	Tsd.	% Vert.	Fälle	Tsd.	% Vert.
Basis	43'453	4'439	100.0%	43'186	4'594	100.0%
Search.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Local.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Gemeinsam	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 12: Reichweite 2013 von local.ch und search.ch gemäss Net-Matrix

	2014/1			2014/2		
	Fälle	Tsd.	% Vert.	Fälle	Tsd.	% Vert.
Basis	43'475	4'725	100.0%	43'762	4'831	100.0%
Search.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Local.ch	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%
Gemeinsam	[...]	[...]	[...]%	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 13: Reichweite 2014 von local.ch und search.ch gemäss Net-Matrix

401. Net-Matrix kommt damit auf eine gemeinsame Reichweite von local.ch und search.ch bei Adressverzeichnissen zwischen [...]% und [...]%. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in diesen Zahlen die Nutzung von Telefonbüchern und die Nutzung von 1818 nicht mit eingerechnet ist und damit höher ausfällt.

402. Die Zusammenschlussparteien haben zudem die Umfrage Mach Consumer für die Jahre 2011 bis 2013 eingereicht, in welcher die Anzahl Nutzer der gedruckten Telefonbücher erfragt wird. Hierbei ergeben sich die folgenden Zahlen:

	2011		
	Fälle	Tsd.	% Vert.
Basis	[...]	[...]	[...]%
Gedrucktes Verzeichnis	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 14: Reichweite 2011 der gedruckten Telefonbücher

	2012		
	Fälle	Tsd.	% Vert.
Basis	[...]	[...]	[...]%
Gedrucktes Verzeichnis	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 15: Reichweite 2012 der gedruckten Telefonbücher

	2013		
	Fälle	Tsd	% Vert.
Basis	[...]	[...]	[...]%
Gedrucktes Verzeichnis	[...]	[...]	[...]%

Tabelle 16: Reichweite 2013 der gedruckten Telefonbücher

403. Entgegen den Ausführungen der Zusammenschlussparteien, dass das gedruckte Telefonbuch immer unwichtiger werde, war die Anzahl derjenigen Nutzer, die das gedruckte Telefonbuch nutzen sogar leicht steigend. Allerdings muss festgehalten werden, dass die Nutzungshäufigkeit des Telefonbuchs wahrscheinlich dennoch leicht abnehmend ist, da die Anzahl derjenigen Nutzer, die das Telefonbuch mehrmals pro Monat nutzen, tendenziell leicht abnehmend ist. Der Anteil der durch Mach Consumer befragten Teilnehmer der Umfrage, der das Telefonbuch nie nutzt ist über die drei Jahre bei [...] % konstant geblieben.

404. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass Google gemäss vorläufiger Beurteilung auf dem Nutzermarkt tätig sei und daher auf einem zweiseitigen Nutzer-/Werbe-Markt definitionsgemäss auch Anbieterin von Verzeichniswerbung im Sinne der behördlichen Abgrenzung des Werbemarktes sei.³¹¹

405. Hierzu ist anzumerken, dass die Studie von Net-Matrix nicht nach der Nutzung der einzelnen online Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste unterscheidet und daher in den Berechnungen das Adressverzeichnis über Unternehmen von Google (sog. SERPS) in der Zeile Basis mit enthalten sind. Über die Reichweite von Google als Adressverzeichnis oder Adressverzeichnisdienst können aufgrund fehlender Marktinformationen allerdings keine Angaben gemacht werden. Zudem ist anzumerken, dass die Werbeangebote von Google mit AdWords und die Angebote der Zusammenschlussparteien unterschiedlicher Natur sind, sie deshalb nicht direkt miteinander verglichen werden können (vgl. Rz 257).

B.6.3.4.3. Potenzieller Wettbewerb

406. Aus technischer Sicht erscheint der Zutritt in einen möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten dahingehend einfach zu sein, als die Programmierung einer entsprechenden Website einfach zu bewerkstelligen ist.

407. Die meisten der befragten Unternehmen gaben allerdings an, dass die regulierten Verzeichnisdaten den qualitativen Ansprüchen nicht genügen würden und daher auf veredelte Verzeichnisdaten zurückgegriffen werden müsse. Da der Preis für die veredelten Verzeichnisdaten erheblich ist, stellt dies eine bedeutende Hürde für einen Markteintritt dar.

408. Hinzu kommen die Kosten, um eine entsprechende Aufmerksamkeit und die damit verbundenen Nutzerzahlen zu erreichen. Der Aufbau einer ähnlich starken Marke wie local.ch ist ohne erheblichen finanziellen Aufwand

kaum zu bewerkstelligen. Daher wäre zwar ein Markteintritt technisch relativ einfach zu bewerkstelligen. Bis allerdings ein neu in den Markt eintretender Marktteilnehmer die entsprechende Aufmerksamkeit und die damit verbundenen Nutzerzahlen erreicht, sind in einem bereits bestehenden Online-Markt erhebliche Anstrengungen notwendig. Daher wäre kaum mit potenziellem Wettbewerb zu rechnen, der eine disziplinierende Wirkung auf das zusammengeschlossene Unternehmen ausüben könnte.

B.6.3.4.4. Indirekte Effekte

409. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass angesichts der aufstrebenden unentgeltlichen Werbemöglichkeiten etwa in GooglePlaces, Foursquare, Yelp und neu Apple Maps Connect für die Beurteilung der Marktstellung und der Wettbewerbswirkung des Zusammenschlussvorhabens ohnehin nicht ausschliesslich auf die Umsätze abgestellt werden könne.³¹² Eine korrekte Beurteilung setze vielmehr voraus, dass Verschiebungen bei den Kundenmarktanteilen berücksichtigt würden.

410. Weiter führt Swisscom aus, dass sie gemäss der Kundenbefragung des Sekretariats (vgl. Rz 77) bei einer Preiserhöhung von fünf bis zehn Prozent mindestens [...] ihrer Werbekunden verlieren würden und kommt zum Schluss, dass bereits eine relativ geringfügige Preiserhöhung zu bedeutenden Umsatzeinbussen führen würde und damit nicht profitabel wäre.³¹³ Zwar bestehe eine Gruppe inframarginaler Kunden, die nicht ohne weiteres auf andere Werbeangebote wechseln würde. Dieser würde aber eine etwa gleichgrosse Gruppe marginaler Kunden gegenüberstehen, die den Preissetzungsspielraum von Swisscom und Search entscheidend beschränken würden.³¹⁴

³¹¹ Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 22.

³¹² Stellungnahme Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 17; Stellungnahme Search vom 6. Februar 2015, S. 24 ff.

³¹³ Eingabe Swisscom vom 10. März 2015, Rz 37.

³¹⁴ Eingabe Swisscom vom 10. März 2015, Rz 39.

411. In der Vergangenheit ist gemäss Vorbringen von Swisscom zunächst ein Markt für Adressverzeichnisse und später ein Nutzermarkt Search&Find abgegrenzt worden. Diese Betrachtungsweise sei auch heute korrekt und notwendig. Eine Rückkehr zur früher verwendeten Bezeichnung „Markt für Adressverzeichnisse“ könne jedenfalls keinen Ausschluss neuer Arten von Kontaktinformationen (und teils neue Arten einer direkten Kontaktherstellung ohne Notwendigkeit einer expliziten Verwendung zugrundeliegender Kontaktinformationen) aus dem sachlichen Markt zur Folge haben. Im Übrigen finde der Wettbewerb heute und in Zukunft nicht unter zwei schweizerischen Anbietern von gedruckten oder Online-Verzeichnissen statt, sondern zwischen diesen und den neuen Anbietern von neuen Kontaktinformationen. Nutzer- und Werbemärkte seien zweiseitige Märkte. Directories und Search seien auf dem Werbemarkt einem starken Wettbewerbsdruck insbesondere seitens Google ausgesetzt. Selbst wenn die Suche über Google nicht in allen Situationen das perfekte Substitut zu einer Suche bei Directories oder Search darstellen sollte, würden Directories und Search dadurch auch auf dem Nutzermarkt doch entscheidend diszipliniert. Die Verbundenheit der Nutzer- und Werbemärkte werde etwa auch im Nutzerdienst „GoogleNow“ deutlich, welcher Informationen aus sämtlichen Google-Nutzerdiensten (E-Mail, Suchabfragen etc.) mit den Google-Werbendiensten (Google Adwords, Google Places etc.) für Nutzer und Werbetreibende wertschöpfend in einer einzigen Applikation verbinde. Die Märkte würden in der ICT-Welt zunehmend verschmelzen und seien aus Nutzer- und Werbeperspektive kaum noch auseinanderzuhalten. Der Versuch einer Trennung werde immer künstlicher, und das Ergebnis einer getrennten Betrachtung entspreche nicht den Marktgegebenheiten. Directories und Search verfügten auf dem Nutzermarkt offensichtlich nicht über Preissetzungsspielräume. Die Nutzung sei unentgeltlich. Im Fall Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG

habe die Wettbewerbsbehörde ausdrücklich festgehalten, dass ein kostenpflichtiges Online-Angebot kaum durchsetzbar wäre. Daran habe sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Auch einen Qualitätsabbau beim Angebot für die Nutzermärkte könnten sich Directories und Search nicht leisten, da dies unweigerlich Einbussen auf dem Werbemarkt zur Folge hätte.³¹⁵

412. Hierzu ist anzumerken, dass gerade das Bestehen solcher unentgeltlicher Werbemöglichkeiten bei gleichzeitigem Umsatzwachstum bei der gegen Entgelt angebotenen Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten gegen einen disziplinierenden Effekt solcher Angebote spricht. Würden die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Gratiswerbemöglichkeiten einen disziplinierenden Effekt ausüben oder wären diese Angebote mit den Werbemöglichkeiten in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten von Swisscom Directories und Search substituierbar, müssten die Zusammenschlussparteien bei der Online-Werbung einen entsprechenden Umsatzrückgang und einen Rückgang der gebuchten Werbeprodukte verspüren. Es ist aber gerade der gegenteilige Effekt im Markt zu beobachten.

413. So hat beispielsweise Search auf den 1. Februar 2012 den Preis ihres Produkts business link von CHF [...] pro Jahr auf CHF [...] pro Jahr und den Preis für die Produkte Tel Link und Map Link in den einzelnen Regionalklassen vom 1. Januar 2012 bis 1. November 2013 (von CHF [...] auf CHF [...], von CHF [...] auf CHF [...] und von CHF [...] auf CHF) erhöht. Diese Preiserhöhung hat zwar zu einer etwas reduzierteren Nachfrage bei den jeweiligen Produkten geführt. Diese wurden allerdings vom Zuwachs bei den teureren Bündelangeboten Basis Paket und Premium Paket mehr als überkompensiert. Die Umsatzentwicklung von Search in den Jahren 2012 bis 2014 (bis Ende November) präsentierte sich wie folgt:

Angebot	Preis in CHF	Umsätze in CHF		
		2012	2013	2014 (bis Nov.)
Basis Paket	980	[...]	[...]	[...]
Premium Paket	1'412	[...]	[...]	[...]
Buiness Link	580-690	[...]	[...]	[...]
Tel Link	350-577	[...]	[...]	[...]
Map Link	350-577	[...]	[...]	[...]
Tel Link Logo	50	[...]	[...]	[...]
Summe		[...]	[...]	[...]

Tabelle 17: Umsatz Search bei den einzelnen Werbeprodukten³¹⁶

³¹⁵ Stellungnahme Swisscom vom 15. Dezember 2014, S. 27.

³¹⁶ Eingabe Search vom 19. Dezember 2014, Beilage 2.

414. Damit konnte Search nicht nur im Markt erfolgreich eine Preiserhöhung durchsetzen, sondern verzeichnet zudem ein beachtliches Umsatzwachstum im Bereich der Werbung in elektronischen Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten. Daher kann von einer disziplinierenden Wirkung der von den Zusammenschlussparteien ins Feld geführten Gratiswerbeangeboten keine Rede sein.

415. Search macht geltend, dass die Parteien ihre Preise in den letzten Jahren um [...] % bzw. [...] % gesenkt hätten.³¹⁷ Diese behauptete Preissenkung ergibt sich daraus, dass die von den Endkunden zu bezahlenden

nominalen Preise gestiegen oder gleich geblieben sind, sich die Reichweite der beiden Plattformen local.ch und search.ch allerdings erhöht habe. Somit seien die relativen Preise im Verhältnis zur Reichweite gesunken. Hierzu ist indessen anzumerken, dass die Zusammenschlussparteien keinen Preis pro Reichweite gegenüber ihren Endkunden verlangen. Entsprechend kann nicht von einer Preissenkung gesprochen werden.

416. Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei Local ab, wobei Local im Zeitraum zwischen 2011 und 2013 bei den einzelnen Produkten die Preise nicht erhöht hat.

Angebot	Preis in CHF	Umsätze in CHF		
		2011	2012	2013
LocalLink	390	[...]	[...]	[...]
LocalInfo	590	[...]	[...]	[...]
Local Info URL	590	[...]	[...]	[...]
Local Web Advantage	980	[...]	[...]	[...]
Local Logo	390	[...]	[...]	[...]
Local Highlight	190	[...]	[...]	[...]
Local Online Package	1'170	[...]	[...]	[...]
Local 360 Grad	490	[...]	[...]	[...]
Local Movie Business	490	[...]	[...]	[...]
Local Toplisting	1290-3'490	[...]	[...]	[...]
Local Mobile First	590-2'990	[...]	[...]	[...]
Local Banner	690-1590	[...]	[...]	[...]
Local Swiss Banner	12'990	[...]	[...]	[...]
Local Banner Alt	1'490	[...]	[...]	[...]
Local Mobile Business Alert	690	[...]	[...]	[...]
Local Online Ad	140-410	[...]	[...]	[...]
Summe		[...]	[...]	[...]

Tabelle 18: Umsatz Local bei den einzelnen Werbeprodukten³¹⁸

417. Damit zeigt sich, dass sowohl Local als auch Search ihre Anzahl Kunden und ihren Umsatz steigern können. Eine solche Umsatzsteigerung wäre nicht möglich gewesen, wenn seitens alternativer Gratisangebote Wettbewerbsdruck auf die Angebote der Zusammenschlussparteien ausgeübt würde. Daher sind seitens der

von den Zusammenschlussparteien aufgeführten Gratisangebote keine disziplinierenden Effekte ersichtlich.

³¹⁷ Stellungnahme Search vom 10. März 2015, Rz. 34.

³¹⁸ Eingabe Swisscom vom 5. November 2014, S. 5-7.

418. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass Werbung von Swisscom Directories im Verhältnis zu Werbung auf Google keine Spezifika ausweise und sind der Meinung dies mittels Dokumentation der beispielsweise Eingabe der Suchbegriffe „Restaurants“, „Zahnärzte“ und „Hotels“ ausreichend dokumentiert und nachgewiesen zu haben.³¹⁹ Sie machen zudem geltend, dass Werbung bei Google sowie Swisscom Directories und Search austauschbar sei und dies illustriert werden könne, weshalb es einer weiteren Klärung mittels einer Marktbefragung nicht bedürfe.³²⁰ Zudem sei eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund der hohen Marktdynamik auszuschliessen.

419. Zu diesen Vorbringen kann auf die Ausführungen zur Marktabgrenzung in Abschnitt B.6.2.5 verwiesen werden.

420. Aufgrund der Marktbefragung der Werbekunden von Local und Search hat zumindest rund ein Drittel der Befragten angegeben, dass entgeltliche Suchmaschinenwerbung bei Google AdWords eine Ausweichmöglichkeit darstellen würde (vgl. Rz 268). Daher können indirekte Effekte und eine daraus resultierende mögliche disziplinierende Wirkung seitens Suchmaschinenwerbung nicht von vorne herein ausgeschlossen werden.

421. Um bei Google Suchmaschinenwerbung mittels AdWords nachzufragen, ist es notwendig, ein Konto zu eröffnen und entsprechende Suchstichworte für seine Werbeanzeige zu selektieren. Zudem wird ein bestimmtes tägliches Budget festgelegt, welches für Gebote für Suchbegriffe eingesetzt werden kann und ein bestimmter Maximalbetrag, der pro Stichwort geboten wird. Es werden pro Suchabfrage eines Nutzers von Google diejenigen Werbungen bei der Suchabfrage eingeblendet, die für das Suchstichwort, den höchsten Betrag bieten.

422. Um Suchmaschinenwerbung besser planen zu können, bietet Google AdWords mit dem Keyword-Planner ein Planungsinstrument an, mittels welchem ein Gebotsvorschlag für ein bestimmtes Stichwort unterbreitet wird. Gemäss Angaben von Google werden zum Angebotsvorschlag die historischen Kosten pro Klick, die für dieses Stichwort geboten wurden herangezogen. Zum Vergleich der beiden Werbemassnahmen wurden beispielhaft die Suchstichworte bei local.ch unter „Gelbe Seiten“ für Zürich dazu verwendet, die Kosten pro Klick und die Anzahl Suchanfragen bei Google AdWords zu ermitteln.

423. Hierbei zeigte sich, dass sich die Gebotsvorschläge von Google für diese Suchstichworte zwischen CHF 0.02 und CHF 7.74 pro Klick bewegten, wobei der Durchschnitt über alle Keywords bei ca. CHF 1.50 lagen. Dies bedeutet, dass ein Werbetreibender, der seine Anzeige bei Google AdWords anzeigen lassen möchte im Durchschnitt CHF 1.50 pro Klick bieten muss, damit seine Anzeige entsprechend in den Suchresultaten von Google erscheint. Mit dem Angebot Local Toplisting kann man ein Eintrag in den Suchresultaten zuoberst anzeigen lassen. Für diese Werbemöglichkeit verlangt Local zwischen CHF 1'290 und CHF 3'490 pro Jahr. Dieser Fixbetrag würde bei Google AdWords rund 860 bis 2'300 Klicks entsprechen. In diesem Sinne ergeben sich gewisse Alternativmöglichkeiten zwischen den Angeboten von Local bzw. Search und Google. Gemäss

Umfrage bei den Werbekunden von Local und Search sehen in diesem Sinne ca. ein Drittel der Befragten Suchmaschinenwerbung (z.B. AdWords) als Alternative oder eher als Alternative zu Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten an.

424. Hinzu kommt, dass die Werbung in Google AdWords lediglich einen Link auf die Website plus einen zwei- bis dreizeiligen Werbetext darstellt. Damit dürfte Google AdWords in preislicher Hinsicht nur unter bestimmten Umständen ein Substitut zur Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sein. Damit ist auch nur mit einer geringen disziplinierenden Wirkung von Google AdWords auf die Werbung in Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste zu rechnen.

B.6.3.4.5. Zwischenergebnis

425. Das Zusammenschlussvorhaben würde auf einem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen oder zur Verstärkung einer allenfalls bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung von local.ch.

B.6.3.4.6. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

426. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die WEKO, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung berücksichtigt wird.

427. Die festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

428. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass ein Werbemarkt Search&Find abgegrenzt werden müsste, auf welchem Google der grösste Wettbewerber sei. Hierzu ist zu sagen, dass Google keine spezifische Werbung für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste anbietet. Somit ist Google nicht auf diesem Markt tätig und die Werbeumsätze, die Google mit reiner Suchmaschinenwerbung erzielt, sind im relevanten Markt nicht zu berücksichtigen. Zur Frage der Marktabgrenzung kann auf die Ausführungen in Abschnitt B.6.2.5 verwiesen werden.

429. Aufgrund der obigen Ausführungen zeigt sich, dass die Zusammenschlussparteien auf einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten gemeinsam über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Vergleicht man die Werbeumsätze, die die Zusammenschlussparteien zusammen

³¹⁹ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 16 ff.

³²⁰ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 23.

auf sich vereinigen, so sind diese mit insgesamt CHF [...] mehr als [...] so gross, wie die Werbeumsätze, des nächstfolgenden Wettbewerbers Gate24.ch mit CHF [0-10] Mio.

430. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass durch die Werbemöglichkeiten bei Google AdWords eine gewisse Einschränkung der Preissetzungsspielräume für die Zusammenschlussparteien bestehen. Insbesondere ist es unter gewissen Umständen möglich Werbeanzeigen bei Google AdWords so zu platzieren, dass sie bei Suchanfragen auf Google, welche den Suchabfragen bei local.ch und search.ch weitgehend entsprechen, angezeigt werden kann. Zwar unterscheiden sich die bei Google möglichen Werbeanzeigen, welche lediglich aus einem Link und einem dreizeiligen Text bestehen, deutlich von den Werbemöglichkeiten bei local.ch (vgl. Tabelle 18) und search.ch (vgl. Tabelle 17). Dennoch bestehen gestützt auf die Ergebnisse der von der WEKO durchgeführten Befragung der Endkunden (vgl. Rz 266 ff.) gewisse disziplinierende Effekte. Insbesondere hat Search im Markt keine Preiserhöhung über das Preisniveau von local.ch hinaus umgesetzt. Insgesamt liegen damit nicht genügend Informationen vor, welche auf die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs schliessen lassen.

431.

B.6.3.4.7. Ergebnis für den Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

432. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Zusammenschlussparteien nutzerseitig sehr grosse Reichweiten aufweisen und keiner der nachfol-

genden in einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten bestehenden Wettbewerber eine ähnlich grosse Reichweite aufweist (vgl. Rz 395 ff.). Zudem würden die Zusammenschlussparteien über eine marktbeherrschende Stellung in einem möglichen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten verfügen.

433. Wie oben gezeigt, ist eine disziplinierende Wirkung seitens der Suchmaschinenwerbung nicht auszuschliessen beziehungsweise erscheint eine solche durch die Suchmaschinenwerbung über Google als möglich (vgl. Rz 409 ff.).

434. Die Wettbewerbskommission kommt daher zum Schluss, dass der Zusammenschluss zur Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einen möglichen abzugrenzenden Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten führen kann, für die indes aufgrund der möglichen Disziplinierung durch Suchmaschinen nach derzeitigem Kenntnisstand keine Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG ersichtlich ist.

B.6.3.5 Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen

B.6.3.5.1. Aktueller Wettbewerb

435. Gemäss Eingaben der Zusammenschlussparteien ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Gemeinsam	Google	1818	Andere
2013	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	367	4	21
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	301	4	17
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2011	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	261	5	17
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 19: Marktanteile Im Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen³²¹

436. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen haben gemäss den Marktanteilsschätzungen der Parteien Swisscom und Search nach dem Zusammenschlussvorhaben einen Marktanteil von [...]. Dennoch ist ausgehend von diesen Angaben der Markt als hoch konzentriert anzusehen, da der neben Google wichtigste weitere Wettbewerber nur noch einen Marktanteil von einem Prozent und die restlichen Wettbewerber einen gemeinsamen Marktanteil von insgesamt vier Prozent ausmachen. Daher könnte der Zusammenschluss der

Nummer zwei und drei im Markt den Wettbewerb bereits erheblich einschränken.

437. Bei der Anzahl der Visits von Google wird von den Zusammenschlussparteien die Gesamtzahl der Visits bei Google als Suchmaschine in die Marktanteilsberechnungen mit einbezogen. Da Google aber eine generelle

³²¹ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 17, S. 2.

Suchmaschine und keine auf Adressverzeichnisdienste und Adressverzeichnisse über Unternehmen spezialisierte Suchmaschine ist, ist davon auszugehen, dass die für Google angegebenen Zahlen massiv überhöht sind. Auf Nachfrage konnte Google allerdings nicht angeben, in wie vielen ihrer Suchresultate letztendlich Unternehmensangaben in einem separaten SERP angezeigt werden. Daher lassen sich die von den Zusammenschlussparteien angegebenen Visits für Google nicht überprüfen.

438. Näherungsweise kann die Anzahl Suchabfragen zu einzelnen bei Google gelisteten Suchbegriffen einen Anhaltspunkt liefern, wobei diese Betrachtung unvollständig ist. Abstellend auf die 91 Suchbegriffe, die beispielsweise bei local.ch unter Gelbe Seiten für Zürich gelistet werden, entfallen auf Google monatlich ca. 351'600 Suchanfragen, was einer jährlichen Anzahl von Suchanfragen in Höhe von 4.2 Mio. entspricht und weit unter den [...] Visits liegt, welche die Zusammenschlussparteien angeben. Ausgehend von der Bemerkung, dass in etwa [...] der Suchabfragen auf local.ch und search.ch von Google aus kommen, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Anzahl Visits bei Google, was die Suche nach Verzeichniseinträgen über Unternehmen anbelangt eher in der Grössenordnung der Visits bei den Zusammenschlussparteien liegt, als in der von den Zusammenschlussparteien angegebenen Grössenordnung.

439. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien begründet würde.

B.6.3.5.2. Ergebnis für den Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen

440. Aufgrund der vorliegenden Analyse kann nicht überprüft werden, ob durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Unternehmen eine Situation entsteht, durch welche eine marktbeherrschende Stellung begründet oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Insgesamt dürfte diese aber nicht geeignet sein, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.6.3.6 Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen

B.6.3.6.1. Aktueller Wettbewerb

441. Der Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen weist für die letzten drei Jahre die nachfolgenden Marktanteile auf:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Gemeinsam	1818	Andere
2013	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	11
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	10
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2011	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	11
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 20: Marktanteile Im Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen³²²

442. Die obigen Marktanteilsberechnungen werden von den Zusammenschlussparteien dahingehend bestritten, als dass sie gemäss ihrer Auffassung nach auf falschen Marktzahlen beruhen.³²³ Die Zusammenschlussparteien gehen vielmehr von einem von ihnen geschätzten Gesamtmarkt aus und berechnen ausgehend von diesem Gesamtmarkt ihre Marktanteile. Hierzu stützen sie auf die Umfragen von Net-Matrix-Profile ab, in welchen per Umfrage die Anzahl Nutzungen von online Adress- und Telefonverzeichnissen erfragt wird. Ausgehend von diesem Nutzungsverhalten multipliziert mit einer unternehmensinternen Annahme über die Nutzungshäufigkeit (z.B. für das Jahr 2013 bei täglicher oder fast täglicher Nutzung nehmen sie 45 Nutzungen pro Monat an, bei mehrmaliger Nutzung in der Woche nehmen sie 20 Nutzungen pro Monat an, bei ungefähr einmaliger Nutzung

pro Woche nehmen sie 6 Nutzungen an und bei weniger als einmal pro Woche nehmen sie 4 Nutzungen an) errechnen die Zusammenschlussparteien einen hypothetischen Gesamtmarkt betreffend die Nutzung von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen und Privatpersonen in der Schweiz. Danach werden weitere Annahmen über die Verteilung der Nutzung über Privatpersonen und Unternehmen getroffen.

³²² Berechnet aus der Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 17, S. 3.

³²³ Eingabe Search vom 15. Dezember 2014, S. 40 sowie Eingabe Search vom 6. Februar 2015, S. 51 ff.

443. So berechnet kommen die Zusammenschlussparteien auf geschätzte Nutzungen pro Jahr in Höhe von [...] für das Jahr 2013, [...] für das Jahr 2012, [...] für

das Jahr 2011. Dem stellen sie die effektiv gemessenen Nutzungen gegenüber und kommen so auf die nachfolgenden Marktanteile:

		Gesamtmarkt	Swisscom	Search	Gemeinsam	1818	Andere
2013	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	284
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2012	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	255
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
2011	in Mio. Visits	[...]	[...]	[...]	[...]	2	11
	in Prozent	100%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Tabelle 21: Marktanteile Im Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen³²⁴

444. Hierzu ist anzumerken, dass die Annahmen über die Nutzungshäufigkeiten von den Zusammenschlussparteien vollkommen willkürlich gewählt wurden. So

können die nachfolgenden Zahlen der Umfrage ebenso zugrunde gelegt werden, wie die von den Zusammenschlussparteien angenommenen Nutzungszahlen:

Nutzung gemäss Umfrage	Angenommene Anzahl der Zusammenschlussparteien für 2013	Alternative Annahme für 2013
Tägliche Nutzung oder fast täglich	45	22
Mehrmals in der Woche	20	10
Einmal in der Woche	6	4
Weniger als einmal in der Woche	4	2

Tabelle 22: Gegenüberstellung der Annahmen zur Berechnung des Gesamtmarktes³²⁵

445. Ausgehend von den alternativen Nutzungen, welche genauso von den im Rahmen der von den Zusammenschlussparteien genutzten Umfragen valabel wären, müsste man das Marktvolumen in etwa nur auf die Hälfte des von den Zusammenschlussparteien angenommenen Marktvolumens schätzen. Zudem wurde nach der Berechnung des Gesamtvolumens eine willkürliche Aufteilung des Gesamtmarktvolumens auf die Nutzung über Privatpersonen und Unternehmen verteilt. Dies zeigt, dass die Vorgehensweise der Parteien zur Marktanteilschätzung, ausgehend von einer Marktbefragung beliebige Annahmen zu treffen, um ein Gesamtmarktvolumen zu schätzen, als willkürlich anzusehen ist. Dies gilt umso mehr, als die Angaben der Nutzungen für die einzelnen Antwortkategorien sich von Jahr zu Jahr ändern, obwohl sich die Antworten nicht geändert haben. So entspricht gemäss den Zusammenschlussparteien für das Jahr

2011 die Antwort „tägliche oder fast tägliche Nutzung“ 30 Nutzungen pro Monat, im Jahr 2012 entspricht die Antwort „tägliche oder fast tägliche Nutzung“ 37 Nutzungen pro Monat und im Jahr 2013 entspricht die Antwort „tägliche oder fast tägliche Nutzung“ 45 Nutzungen pro Monat. Dies zeigt klar, dass die von den Zusammenschlussparteien getroffenen Annahmen keinen Beweiswert haben. Daher kann der Gesamtmarktschätzung der Parteien nicht gefolgt werden.

³²⁴ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 17, S. 3.

³²⁵ Meldung vom 24. Oktober 2014, Beilage 17, S. 3.

446. Vielmehr ist auf die tatsächliche Anzahl Nutzungen der zum relevanten sachlichen Markt gehörenden Unternehmen abzustellen. Hieraus ergeben sich aus den von den Zusammenschlussparteien eingereichten Schätzungen die in Tabelle 20 aufgeführten Marktanteile.

447. Die Zusammenschlussparteien weisen den Vorwurf zurück, wonach der Gesamtmarkt willkürlich berechnet wurde und begründen dies damit, dass unter der Nutzung „Täglich“ mindestens 30 Nutzungen ergebe, da Adressverzeichnisse nicht nur an den Arbeitstagen genutzt würden. Hierzu ist anzumerken, dass die Umfrage von Net-Matrix nach einer „täglichen“ oder „fast täglichen“ Nutzung gefragt hat. Dies umfasst sowohl Personen, die mehrmals täglich Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdiensten nutzen als auch Personen, die diese nicht jeden Tag nutzen. Unklar ist hierbei, ob sich die von den Personen angegebenen Nutzungen auf Arbeitstage oder auf Wochentage beziehen. Zudem liefern die Parteien keine Erklärungen, weshalb unter „täglicher“ oder fast „täglicher Nutzung“ über die letzten drei Jahre hinweg unterschiedliche Werte angenommen werden.

448. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu einer hohen Marktanteilsaddition, so dass die Zusammenschlussparteien über einen gemeinsamen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % verfügen. Grössere wichtige Wettbewerber sind nicht ersichtlich. Daher bestehen Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.

449. Gemäss Marktbefragung boten zu diesem Zeitpunkt auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen lediglich 1818, Opendi und Twix einen schweizweiten Adressverzeichnis bzw. einen Adressverzeichnisdienst über Privatpersonen in der Schweiz an. Die von diesen Anbietern gemachten Angaben betreffend Nutzer ihres Adressverzeichnisses bzw. Adressverzeichnisdienstes decken sich in etwa mit den von den Zusammenschlussparteien gemachten Angaben. So gibt 1818 an, dass sie im Jahr ca. [0-5] Mio. Anrufe bearbeiten, Opendi geht von [0-5] Mio. Nutzern und Twix von [0-500'000] Nutzern aus. Die Zusammenschlussparteien gehen von insgesamt [...] Nutzern (Visits) für die restlichen Wettbewerber aus, was in etwa [...] so hoch ist als die ca. [0-10] Mio. Nutzer (Visits) der drei derzeit bekannten Anbieter von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen. Die Zusammenschlussparteien führen zudem mit Zip.ch einen neu in den Markt eingetretenen Teilnehmer auf, der gemäss Aussagen der Zusammenschlussparteien auf die regulierten Verzeichnisdaten abstellt.³²⁶ Da für diesen noch keine Nutzerzahlen bekannt sind, kann dieser auch nicht für die Marktanteilsberechnungen berücksichtigt werden.

B.6.3.6.2. Potenzieller Wettbewerb

450. Gemäss Marktbefragung planen zwei weitere Betreiber von Websites mit Adressverzeichnissen über Unternehmen in den Bereich über Privatpersonen einzu-

steigen. Damit besteht ein gewisser potenzieller Wettbewerb. Für einen weiteren Betreiber stellen die hohen Kosten für veredelte Verzeichnisdaten eine Markteintrittshürde dar. Gemeinsam haben die beiden Unternehmen, die planen auf den Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen einzusteigen, im Bereich der Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste über Unternehmen eine jährliche Anzahl Visits von ca. 6 Mio. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Anzahl Visits bei Privatpersonen übertroffen wird. Damit würden sich die Marktanteile der Zusammenschlussparteien nur unwesentlich verringern.

451. Zwar ist ein Markteinstieg technisch relativ problemlos möglich. Allerdings stellt bereits der Einkauf der veredelten Verzeichnisdaten für manche mögliche Wettbewerber (wie z.B. [...]³²⁷) eine bedeutende finanzielle Hürde für einen Markteinstieg dar. Zudem gibt Swisscom an, dass sie jährlich Investitionen für das Branding in Höhe von CHF [...] und für die Suchmaschinenoptimierung in Höhe von CHF [...] tätigt und macht geltend, dass die Generierung von zusätzlicher Reichweite erhebliche wiederkehrende Kosten verursache.³²⁸

452. Viele der befragten Unternehmen gaben an, dass die regulierten Verzeichnisdaten aufgrund ihrer bedeutend schlechteren Qualität nicht einsetzbar seien.

453. Swisscom macht zudem geltend, dass Markteintritte möglich sind und auch in absehbarer Zukunft weitere sehr starke Wettbewerber in den Markt eintreten werden.³²⁹

454. Bereits heute zeigt sich bei den etablierten Anbietern von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten, dass diese in den letzten Jahren kaum an Nutzerzahlen hinzugewinnen konnten. Daher sind die Marktverhältnisse insgesamt als stabil anzusehen. Eine der wichtigsten Herausforderungen, denen ein neu in den Markt eintretender Teilnehmer gegenübersteht, stellt die Wahrnehmung als Alternative zu den bestehenden Anbietern von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten dar. Nur wenn ein neu eintretender Marktteilnehmer als Alternative angesehen wird, kann er die entsprechenden Nutzerzahlen generieren. Dies ist mit entsprechend hohen Kosten verbunden, die ebenfalls eine wichtige Marktzutrittsschwelle darstellen.

455. Hierzu merkt Swisscom an, dass Eintritte in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Vergleich zu vielen anderen Märkten äusserst rasch und kostengünstig zu realisieren seien und dass bereits die offensichtliche Möglichkeit von rasch zu verwirklichenden Markteintritten eine stark disziplinierende Wirkung auf die aktuellen Wettbewerber ausübten.³³⁰

³²⁶ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 26 f.

³²⁷ Eingabe Help Media AG vom 19. Dezember 2014, S. 2.

³²⁸ Eingabe Swisscom vom 10. März 2015, Rz 58.

³²⁹ Stellungnahme vom 30. Januar 2015, S. 28.

³³⁰ Stellungnahme vom 30. Januar 2015, S. 29.

456. Dem ist zu entgegnen, dass von den Adressverzeichnissen über Privatpersonen im Markt einzig local.ch und search.ch über eine entsprechende Bekanntheit und damit einen entsprechend hohen Nutzeranteil haben (vgl. auch Rz 451). Hinzu kommt, dass Swisscom Directories quasi der einzige schweizweite Anbieter eines gedruckten Telefonbuchs ist. Wie sich an den Werbeumsätzen von local.ch und search.ch im Bereich der Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten zeigt, besteht kaum eine disziplinierende Wirkung.

457. Aus diesen Gründen ist nicht von potenziellem Wettbewerb auszugehen, der geeignet ist, derzeit auf die Zusammenschlussparteien wirksamen Wettbewerbsdruck auszuüben.

B.6.3.6.3. Zwischenergebnis

458. Zusammenfassend muss daher für den Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen geschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder eine allenfalls bereits bestehende marktbeherrschende Stellung von local.ch weiter verstärkt.

B.6.3.6.4. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen

459. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die WEKO, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung berücksichtigt wird.

460. Die festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

461. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass ebenfalls Google und soziale Netzwerke zum relevanten Markt hinzuzuzählen sind und daher die Marktanteile der Zusammenschlussparteien als viel zu hoch anzusehen sind. Hierzu kann auf die Ausführungen zur Marktabgrenzung (vgl. Kap. B.6.2.6.2) verwiesen werden.

462. Zudem machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass Markteintritte jederzeit möglich sind und mit einem geringen technischen Aufwand realisiert werden können. Insbesondere würde die Qualität der regulierten Verzeichnisdaten oder die Preise der veredelten Verzeichnisdaten keine Marktzutrittschranke darstellen.³³¹

463. Hierzu ist anzumerken, dass die veredelten Verzeichnisdaten mit einem Preis für Privatpersonen in Höhe von CHF [...] ³³² durchaus eine gewisse Markteintrittsbarriere darstellen können. Dieser Betrag mag zwar auf der einen Seite nicht sehr hoch erscheinen, doch stellt sich für Anbieter von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen die Fra-

ge der Kommerzialisierung der Einträge. Eine solche ist grundsätzlich über Zusatzdienste oder über Werbung möglich, wobei Privatpersonen in der Regel keine Werbung nachfragen. Nur wenn es einem neu eintretenden Marktteilnehmer gelingt, eine ausreichende Anzahl Nutzer zu generieren, um ein Adressverzeichnis über Privatpersonen gewinnbringend zu betreiben, ist ein erfolgreicher Markteintritt möglich. Unter den derzeitigen Wettbewerbsbedingungen, gemäss welchen die Angebote auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnisdiensten und Adressverzeichnissen über Privatpersonen kostenlos sind, erscheint es als unwahrscheinlich, dass neu in den Markt eintretende Dritte einen hohen Marktanteil gewinnen können. In der Vergangenheit wurden neben einigen wenigen Markteintritten auch eine Reihe von Marktaustritten beobachtet (z.B. Beoblitz, Tel.ch, Telbuch.ch (Rexmedia GmbH)). Es ist damit zu rechnen, dass sich diese Tendenz fortsetzt.

464. Der Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen hat nur ein sehr eingeschränktes Kommerzialisierungspotenzial, da Einträge über Privatpersonen bisher kostenlos abgerufen werden können und Privatpersonen in der Regel keine Werbung in einem Adressverzeichnis und Adressverzeichnisdienst nachfragen. Die Möglichkeit über den Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten Umsätze zu generieren besteht darin, die durch die Nutzung im Bereich der Privatpersonen gewonnene Aufmerksamkeit in einem anderen Bereich zur Kommerzialisierung durch Werbung zu nutzen. Hierbei bieten sich auf der einen Seite allgemeine Bannerwerbung und auf der anderen Seite Effekte durch die Steigerung der Reichweite auf einem benachbarten Markt, wie dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen, an.

465. Ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben darf die Tatsache, dass die Anzahl der privaten Festnetzanschlüsse seit Jahren rückläufig ist und diese mehr und mehr durch mobile Telefonanschlüsse, die in der Regel nicht in Adressverzeichnissen aufgeführt oder über Adressverzeichnisdienste abrufbar sind, ersetzt werden.

466. Elektronische Verzeichnisplattformen sind im Bereich der Privatpersonen im heutigen Umfang nicht zuletzt aufgrund der Regulierung technisch recht leicht reproduzierbar. So sind die Kosten für die Programmierung einer entsprechenden Internetplattform tief. Allerdings ist der Aufbau einer entsprechenden Marke teuer (vgl. Rz 451). Der Wert einer entsprechenden Marke ist im Wesentlichen durch die Nutzung der Plattform bestimmt. Würden die zusammengeschlossenen Local und Search inskünftig für die Nutzung von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen einen Preis von den Nutzern verlangen, würde die Nachfrage wohl merklich nachlassen und damit der Wert der Marke. Die Parteien gehen selbst davon aus, dass eine Kommerzialisierung der Nutzerseite bei Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen schwierig zu realisieren wäre. Daher ist eine

³³¹ Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 27.

³³² Eingabe Swisscom vom 30. Januar 2015, S. 27.

Kommerzialisierung der Nutzerseite unter der Voraussetzung, dass ein Markteintritt technisch recht leicht zu bewältigen ist und die Nutzer relativ schnell zu bestehenden und zu neu in den Markt eintretenden Gratisangeboten wechseln würden, kaum möglich. Aufgrund der beliebigen Skalierbarkeit der Angebote im Online-Bereich wäre ein Dritter technisch in der Lage die gesamte Marktnachfrage zu befriedigen. Hieraus kann durchaus auf eine gewisse disziplinierende Wirkung geschlossen werden.

467. Gesamthaft sind damit die Voraussetzungen für ein Verbot gemäss Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben.

468. Der Zusammenschluss wird somit zwar zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, dennoch ist davon auszugehen, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnissen über Privatpersonen aufgrund der weiterhin kostenlosen Angebote Dritter nicht beseitigt wird.

B.7 Schlussfolgerungen

469. Die Prüfung kommt zu dem Ergebnis, dass es auf einem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge, einem allfälligen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten und auf den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen durch das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung kommt.

470. Auf dem allfälligen Markt für Verzeichniseinträge kommt es aufgrund des Zusammenschlussvorhabens zu keinen Änderungen der Marktverhältnisse.

471. Auf einem allfälligen Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sowie dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten über Privatpersonen erscheint es trotz Marktbeherrschung möglich, dass die Zusammenschlussparteien diszipliniert werden und damit die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG auf diesen Märkten nicht gegeben ist.

472. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom Directories / Search.ch hat daher ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zu untersagen ist.

C Kosten

473. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG³³³ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Swisscom AG und search.ch AG.

474. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

475. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c

sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). 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).

476. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz zwischen CHF 130 und 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 413.45 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 85'718 Franken.

477. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 90'718 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5000 Franken für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von 85'718 Franken für die Prüfung.

478. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV³³⁴). Somit haften die Swisscom AG und die search.ch AG solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

³³³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³³⁴ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 1	5. BGBM LMI LMI
B 1.5	1. Verfügung des Departements des Innern des Kantons Schaffhausen vom 7. August 2015

Publikation einer kantonalen Verfügung, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

Kanton Schaffhausen

Departement des Innern

[...]

Schaffhausen, 7. August 2015

Betriebsbewilligung gemäss Binnenmarktgesetz für die

„*** AG“ im Kanton Schaffhausen

Sehr geehrter Herr X.

Sachverhalt

Die „*** AG“ verfügt über eine Betriebsbewilligung im Kanton St. Gallen seit 9. November 2007, verlängert am 19. März 2012. Sie beabsichtigt eine weitere Zahnarztpraxis in [Schaffhausen], zu eröffnen und beantragt hierzu die Zulassung. Die in der Praxis tätigen Personen sind im Angestelltenverhältnis tätig.

Gemäss Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) dürfen Personen (natürliche und juristische) mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz ihrer recht- massige Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz frei und gleichberechtigt aus- üben. Massgeblich für die Beurteilung sind gem. Art. 2 Abs. 4 BGBM die Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung (Herkunftsprinzip).

Eingereichte Unterlagen

- ausgefülltes Antragsformular und Vollmacht an [Anwaltskanzlei]
- Handelsregisterauszug- Sitz: [im Kanton St. Gallen]
- Betriebsbewilligung am Hauptstandort SG vom [...] 2012
- Betriebskonzept und Statuten vom [...] 2010, Hygienekonzept
- Haftpflichtversicherung: [Versicherung], [Nummer]
- Plan der Räumlichkeiten in der [Praxis], 8200 Schaffhausen
- Arbeitsverträge
 - [...] [Zahnarzt/-ärztin 1], Leitung
 - [...], [Zahnarzt/-ärztin 2]

- [...], [Dentalhygieniker/-in]
- [...],[...], [...], [Dentalassistenten/-innen]

Daten der Institution

- Name der Institution: „*** AG“
- Adresse am Hauptsitz: [im Kanton St. Gallen]
[Website]
- Praxisadresse SH: [im Kanton Schaffhausen],
E-Mail: [Adresse]@[Web site]
- Geschäftsleitung: X.
- Fachliche Leitung: [Zahnarzt/-ärztin 1]
- Weitere Zahnärzte: [Zahnarzt/-ärztin 2]
- Angebotsumfang - sachlich: Verschiedenste Leistungen der Zahnmedizin inkl. Prophylaxe und Dentalhygiene, Oralchirurgie, Implantologie, Kieferorthopädie, Narkosebehandlungen
- Angebotsumfang - räumlich: Praxis mit mehreren Behandlungszimmern
- Angebotsumfang – zeitlich: Unter Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften bis zu 7 Tagen / Woche

Rechtsgrundlagen

Das Departement des Innern, gestützt auf

- das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) i.V.m. den Rechtsvorschriften des Herkunftskantons St. Gallen (insbesondere Art. 51 Gesundheitsgesetz [GesG SG, SGR 311.1] und Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege [VEG SG, SGR 325.11]);
- Die Betriebsbewilligung zur Führung eines Zahnarztzentrums im Kanton St. Gallen, [Strasse und Nr.], ausgestellt durch das Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen [in 2007], verlängert [in 2012];
- Art. 19 f. Gesundheitsgesetz vom 21. Mai 2012 (GesG SH, SHR 810.100) und § 28 ff. Verordnung zum Gesundheitsgesetz (GesV SH, SHR 810.102)

verfügt:

1. Hiermit wird der „*** AG“ die Bewilligung für den Betrieb eines Zahnarztzentrums am Standort [Strasse und Nr.], [im Kanton Schaffhausen], erteilt.
2. Die Bewilligung ist befristet bis 31. Dezember 2025 (Art. 8 VEG SG und § 28 Abs. 2 GesV SH). Die Verlängerung erfolgt auf Antrag, unter Einreichung der aktuellen Angaben und Dokumente.

Fachliche Leitung

3. Die zahnärztliche Tätigkeit in Schaffhausen ist nur erlaubt, wenn die Institution über eine auf die Institution und Leitungsfunktion bezogene persönliche Berufsausübungsbewilligung einer fachlichen Leitung verfügt (Art. 6 Abs. 2 lit c VEG SG). Bei Wechsel der fachlichen Leitung ist eine neue auf die Leitungsfunktion bezogene Bewilligung einzuholen.
4. Weitere eigenverantwortlich tätige Zahnärztinnen und Zahnärzte haben ebenfalls über eine Bewilligung zu verfügen.
5. Per Arbeitsvertrag ist sicherzustellen, dass die fachliche Leitung während den überwiegenden Öffnungszeiten der Praxis präsent ist. Für Zeiten der Abwesenheit ist eine qualifizierte Stellvertretung zu beschäftigen.
6. Der Leitung sind alle für eine verantwortliche fachliche Praxisleitung notwendigen Kompetenzen zu übertragen (Art. 51 Abs. 2 GesG SG, Art. 11 VEG SG). Dies umfasst insbesondere:
 - a) die fachliche Führung und Überwachung des Personals, das ohne eigenständige Berufsausübungsbewilligung an bewilligungspflichtigen Behandlungen beteiligt ist;
 - b) umfassende Weisungsbefugnis gegenüber der Stellvertretung im Falle der Abwesenheit;
 - c) die Festlegung der Arbeitsorganisation und des Betriebsablaufes zur Gewährleistung einer ordnungsgemässen Leistungserbringung inkl. Abgrenzung der Zuständigkeiten im Falle der Tätigkeit von mehreren Personen mit eigener Berufsausübungsbewilligung;
 - d) abschliessendes Weisungsrecht in Bezug auf den Umgang mit Heilmitteln und Röntgengeräten sowie zur Sicherstellung der Einhaltung gesetzlicher Grenzen (z.B. Arbeitsrecht);
 - e) die Überwachung und Gewährleistung einer ordnungsgemässen Dokumentation und Leistungsabrechnung;

Allfällige anders lautende Nebenverträge oder mündliche Absprachen, die den gemachten Vorgaben zu-

widerlaufen oder diese ausser Kraft setzen, haben keine Gültigkeit.

Bedingungen und Auflagen

7. Bei allfälligen Personaleinsätzen in der Nacht und an Sonn- und Feiertagen sind die für Arzt- und Zahnarztpraxen geltenden Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der zugehörigen Verordnungen einzuhalten.
8. Eine ausreichende Haftpflichtversicherung zur Abdeckung der Art und des Umfangs der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken muss bestehen.
9. Werbemassnahmen haben objektiv und weder irreführend noch aufdringlich zu sein (Art. 10 VEG SG).
10. Die „*** AG“ ist für die Aufbewahrung der Krankengeschichten verantwortlich.
11. Zahnärztliches Personal hat sich am Notfalldienst zu beteiligen. Die Wahrnehmung dieser Pflicht ist im Arbeitsvertrag sicherzustellen und die betroffenen Personen der Zahnärztesgesellschaft, welche den Notfalldienst organisiert, zu melden.
12. Zu weiteren Pflichten verweisen wir auf die rechtlichen Vorgaben des Kantons SG, insbesondere auf Art. 6 ff. VEG SG.
13. Änderungen in der Unternehmensstruktur (z.B. Anpassung von Statuten), personelle Wechsel in Führungspositionen (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung, fachliche Leitung), Erweiterung des bewilligungspflichtigen Leistungsspektrums und andere für die Betriebsbewilligung relevante Veränderungen, sind dem Gesundheitsamt unverzüglich zu melden (Art. 9 VEG SG). Haben die unternehmerischen Anpassungen Auswirkungen auf die Betriebsbewilligung, bedürfen sie der Zustimmung des Gesundheitsamtes. Massgebliche Änderungen oder Sanktionen am Hauptstandort St. Gallen sind ebenfalls zu melden.

Gebühr und Rechtsmittelbelehrung

14. Für diese Bewilligung wird aufgrund des Binnenmarktgesetzes keine Staatsgebühr erhoben.
15. Gegen diese Verfügung kann innert 20 Tagen nach erfolgter Mitteilung beim Regierungsrat des Kantons Schaffhausen, Beckenstube 7, 8200 Schaffhausen, schriftlich Rekurs erhoben werden (Art. 16 ff. Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971, SHR 172.200). Die Rekurschrift muss einen Antrag und seine Begründung enthalten und unterschrieben sein. Der angefochtene Entscheid und allfällige Beweismittel sind beizulegen oder genau zu bezeichnen.

[...]

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Axel Springer Schweiz/Ringier

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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 29. Juli 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. Juli 2015

A Sachverhalt

1. Am 30. Juni 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung¹ über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigen die Axel Springer Schweiz AG und die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ihr schweizerisches Zeitschriftengeschäft, die Online-Portal-bezogenen Aktivitäten von Axel Springer, deren [...] Beteiligung an der Presse TV AG sowie die [...] Beteiligung von Ringier an Le Temps SA, der Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps, in ein Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU Axel Springer/Ringier) einzubringen.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Axel Springer

2. Die Axel Springer Schweiz AG ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist eine Tochtergesellschaft der Axel Springer SE, einer europäischen Aktiengesellschaft (societas europea) mit Sitz in Berlin/Deutschland.

3. Axel Springer SE ist die oberste Führungsgesellschaft eines europaweit tätigen Medienkonzerns und Verlags. Das Medienportfolio von Axel Springer SE umfasst erfolgreich etablierte Markenfamilien wie die der BILD- und WELT-Gruppe. Die journalistischen Angebote richten sich in digitalen, Print- und TV-Kanälen (TV-Sender N24) an Internetnutzer, Leser, Zuschauer und Werbekunden. Das Portfolio von Axel Springer SE gliedert sich in Bezahl-, Vermarktungs- und Rubrikenangebote. Axel Springer SE forciert zudem ihre Tätigkeit als digitales Verlagshaus. Das Segment Services/Holding von Axel Springer SE umfasst die Vertriebs- und Herstellungsaktivitäten einschliesslich der eigenen Druckereien und der

gesamten Logistiksteuerung für den Axel Springer Konzern.

4. Die Axel Springer Schweiz AG entstand aus der Fusion der Jean Frey AG und dem Verlag Handelszeitung. Axel Springer verlegt in der Schweiz gegenwärtig zwölf Zeitschriften (Beobachter, Beobachter Natur, Tele, TV-Star, TV2, TVvier, TV Land & Lüt, Bilanz, PME Magazine, Handelszeitung, Schweizer Bank, Schweizer Versicherung). Mit der Amiado Group AG und der Amiado Online AG bietet Axel Springer die Internetportale students.ch, partyguide.ch und usgang.ch an. Der Bereich Fachmedien von Axel Springer übernimmt für Dritte im Auftragsverhältnis verlegerische Aufgaben. Sodann bietet Axel Springer mit dem Bereich Corporate Media Publishing Dritten Unterstützung bei Strategie, Konzeption, Inhaltserstellung und Produktion unternehmenseigener Publikationen auf allen medialen Kanälen an.

5. Nachfolgend wird die Axel Springer Gruppe als wirtschaftliche Einheit erfasst (vgl. nachfolgend Rz 31) und als Axel Springer bezeichnet.

A.1.2 Ringier

6. Die Ringier AG ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Zofingen. Sie ist eine Tochtergesellschaft der Ringier Holding AG, einer nach schweizerischem Recht konstituierten Gesellschaft ebenfalls mit Sitz in Zofingen.

7. Die Ringier Gruppe ist ein international agierender Medienkonzern mit einer integrierten und diversifizierten Wertschöpfungskette. Sie ist in den Bereichen Publishing, Digital und Entertainment tätig. Publishing steht für das klassische Stammgeschäft der Informationsvermittlung in Zeitungen und Zeitschriften, erweitert um digitale und mobile Informations-Plattformen und -Applikationen. Zu diesem Stammgeschäft gehören zudem die in mehreren Ländern domizilierten Druckereien. Der Bereich Digital vereint die bedeutendsten digitalen Kompetenzen, wie führende Online-Marktplätze, innovative eCommerce- sowie Online-Content-Plattformen, integrale Vermarktungslösungen sowie Digital Marketing. Die Aktivitäten rund um Fernsehen, Radio, Events

¹ Meldung vom 30. Juni 2015 (nachfolgend: Meldung).

und Unterhaltungs-Service (z.B. Ticketing) werden im Bereich Entertainment zusammengefasst. Die osteuropäischen Märkte bearbeitet die Ringier Gruppe grösstenteils in Zusammenarbeit mit Axel Springer SE im Rahmen des Joint Venture Ringier Axel Springer Media AG.

8. Nachfolgend wird die Ringier Gruppe als wirtschaftliche Einheit erfasst (vgl. nachfolgend Rz 31) und als Ringier bezeichnet.

A.1.3 Gemeinschaftsunternehmen Axel Springer/Ringier

9. Das Gegenstand dieser Meldung bildende Gemeinschaftsunternehmen von Axel Springer und Ringier soll nach dem schweizerischen Recht konstituiert werden und voraussichtlich unter dem Namen Ringier Axel Springer Medien Schweiz AG firmieren.

10. Das GU Axel Springer/Ringier soll Herausgeber der in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringenden schweizerischen Zeitschriften der Parteien sein und die damit inhaltlich verbundenen Onlineaktivitäten (sogenannte „internet line extensions“) betreiben. Ferner soll das Gemeinschaftsunternehmen die [...] Beteiligung von Ringier an der Le Temps SA, der Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps, übernehmen. Weiter soll das Gemeinschaftsunternehmen die [...] Beteiligung von Axel Springer an der Presse TV AG übernehmen und die Geschäfte der Amiado Group AG und der Amiado Online AG (nachfolgend zusammen die Amiado-Gruppe), welche sich auf die Internetportale students.ch, partyguide.ch sowie usgang.ch konzentrieren, weiterführen.

11. Die Amiado Group AG, mit Sitz in Zürich, bezweckt den Erwerb, das Halten und die Verwaltung von Beteiligungen an und die Finanzierung von Unternehmen im

In- und Ausland. Mit Ausnahme der Marken- und Domainrechte sollen sämtliche Aktiven und Passiven der Amiado Group AG in das GU Axel Springer/Ringier eingebracht werden.

12. Die Amiado Online AG, mit Sitz in Zürich, bezweckt die Entwicklung, den Betrieb und den Verkauf von sowie den Handel mit Lösungen im Internet-, Kommunikations-, Jugend-, Unterhaltungs- sowie Aus- und Weiterbildungsbereich. Mit Ausnahme der Marken- und Domainrechte sollen sämtliche Aktiven und Passiven der Amiado Online AG in das GU Axel Springer/Ringier eingebracht werden.

A.2 Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens

13. Ringier und Axel Springer beabsichtigen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das gemäss den Bestimmungen der separat abzuschliessenden Aktionärsbindungsvereinbarung (nachfolgend: ABV) zu führen ist. Die Parteien haben dazu am 26. November 2014 ein Term Sheet unterzeichnet. Die Parteien planen zum einen, die gesamten schweizerischen Zeitschriftenaktivitäten von Ringier sowie die [...] Beteiligung [...] von Ringier an Le Temps SA, der Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps, in das GU Axel Springer/Ringier einzubringen. Zum andern sollen die gesamten Zeitschriftenaktivitäten von Axel Springer, zuzüglich der [...] Beteiligung an der Presse TV AG [...] sowie der Aktivitäten der Amiado-Gruppe, die sich auf die Internetportale students.ch, partyguide.ch sowie usgang.ch konzentrieren, in das GU Axel Springer/Ringier einfließen. Folgende Tabelle gibt einen Überblick über die in das Joint Venture einzubringenden Titel:

Tabelle 1: In das GU Axel Springer/Ringier einzubringende Titel

von Ringier einzubringende Titel	von Axel Springer einzubringende Titel
- Bolero	- Beobachter
- Edelweiss	- Bilanz
- Gault & Millau	- Handelszeitung
- Gault & Millau Guide Suisse romande	- PME Magazine
- GlücksPost	- Schweizer Bank
- Glückspost Superrätsel	- Schweizer Versicherung
- Le Temps	- Tele
- L'Hebdo	- TV Land & Luet
- L'illustré	- TV2
- Schweizer Illustrierte	- TV-Star
- Schweizer LandLiebe	- TVvier
- SI Style	
- TV8	
- TVtäglich ²	

² Das TV-Supplement TVtäglich wird in Kooperation mit der Tamedia AG herausgegeben. [...].

14. Die Parteien beabsichtigen, mit jeweils 50 % der Stimmrechte am GU Axel Springer/Ringier beteiligt zu sein. Die Rechte und Pflichten der Parteien hinsichtlich des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden in der Transaktionsvereinbarung geregelt.

15. Die Parteien bringen jeweils mit Wirkung und in Bezug auf die Zeitperiode nach dem Übernahmestichtag sämtliche Vermögensrechte und andere Rechte, frei von jeglichen Belastungen, ein, die den jeweiligen Geschäftsbereich Zeitschriften betreffen. Ausgenommen davon sind unter anderem [...] Weiter werden auch die in der Anlage zur Transaktionsvereinbarung aufgeführten Mitarbeiter der jeweiligen Zeitschriftenbereiche sowie das gesamte, ausschliesslich den Geschäftsbereich Zeitschriften betreffende Inventar und Anlagevermögen übernommen. Darüber hinaus wird das GU Axel Springer/Ringier die im Anhang zur Transaktionsvereinbarung aufgeführten Mitarbeiter beziehungsweise die Redaktionen der eingebrachten Titel, die für den Erfolg in den Lesermärkten zentral sind, übernehmen. Das GU Axel Springer/Ringier wird damit über ca. 600 Mitarbeiter verfügen. Ein Teil der Mitarbeiter wird Leitungsfunktionen in den verschiedenen Servicebereichen innehaben. Sie werden unter anderem die Abwicklung und Koordination des Dienstleistungsvertrags mit Ringier sicherstellen. Weiter wird das GU Axel Springer/Ringier von Beginn weg über eine eigenständige, operativ tätige Geschäftsleitung und Mitarbeiter zur Bearbeitung der Lesermärkte verfügen.

16. [...]

17. Die Parteien beabsichtigen zudem, dass Ringier mit Vollzug der Transaktionsvereinbarung mit dem GU Axel Springer/Ringier einen Dienstleistungsvertrag (Service Level Agreement; SLA) über die Erbringung verschiedenster Dienstleistungen sowie einen Vermarktungsvertrag unterzeichnet. [...]

18. Die Parteien werden im Hinblick auf die Gründung des GU Axel Springer/Ringier je einzeln für sich verschiedene Vorbereitungsmaßnahmen vornehmen. So wird Ringier ihre 100 % Tochtergesellschaft ER Publishing SA, über welche Ringier eine 92.46 % Beteiligung an Le Temps SA hält, mittels Absorptionsfusion übernehmen. Axel Springer wiederum wird ihre 100 % Tochtergesellschaft Amiado Group AG mittels Absorptionsfusion übernehmen, nachdem diese die Amiado Online AG ihrerseits im Wege der Absorptionsfusion übernommen haben wird.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

19. Nach Angaben der meldenden Unternehmen befinden sich die traditionellen Medienunternehmen als Folge der technologischen Entwicklung seit Jahren unter zunehmendem Druck. Einerseits würden sich die Leser von Printmedien vermehrt alternativen und kostenlosen Online-Content-Angeboten zuwenden und andererseits würde die den Konsumenten von traditionellen Printmedien zur Verfügung stehende Zeit zum Konsum dieser Medien immer kürzer. Die Medienunternehmen würden deshalb dazu gezwungen, komplementäre Online-Content-Angebote zu den Printmedien zu entwickeln. Hinsichtlich der Werbemärkte sei eine entsprechende Parallelbewegung festzustellen: Die Werbetreibenden

würden ihre Mittel in jenen Medien und Kanälen einsetzen, welche von den Nutzern bevorzugt würden („money follows eyeballs“). Die Werbeausgaben bei den traditionellen Printtiteln würden seit langem unter Druck stehen, da die Werbeauftraggeber ihre Budgets zunehmend diversifiziert in eine wachsende Zahl von Medienkanälen lenken würden. Diese Tendenz würde in wirtschaftlich schwierigen Zeiten zunehmend verstärkt. Die Medienunternehmen würden deshalb insgesamt dazu gezwungen, hohe Investitionen für neue Online-Content-Angebote zu tätigen und gleichzeitig die verminderten Werbe- und Lesermarkteinnahmen durch Sparmassnahmen und das Nutzen von Synergien aufzufangen. Allgemein liessen sich im Verlagsbereich nicht nur schweizweit, sondern international Konsolidierungsbestrebungen beobachten; so zuletzt etwa der Verkauf der Berliner Morgenpost und des Hamburger Abendblatt sowie weiterer Medien durch die Axel Springer AG an die Funke Mediengruppe oder der Insolvenzantrag der Münchner Abendzeitung vom 5. März 2014. Angesichts dieser Ausgangslage möchten die Parteien mit dem Zusammenschlussvorhaben ihre Wettbewerbsfähigkeit im Schweizer Leser- und Werbemarkt sichern und die Digitalisierung ihrer Marken forcieren.

A.4 Verfahren

20. Am 8. Mai 2015 ging beim Sekretariat der WEKO der Meldungsentwurf vom 7. Mai 2015 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Axel Springer Schweiz / Ringier ein.

21. Mit Schreiben vom 11. Mai 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfs.

22. Mit Schreiben vom 19. Mai 2015 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf vom 7. Mai 2015 Stellung und unterrichtete die Parteien über die notwendigen Ergänzungen bzw. Anpassungen.

23. Mit Schreiben vom 30. Juni 2015 reichten die Parteien die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, welche bei der WEKO gleichentags einging.

24. Am 1. Juli 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und informierte die Parteien über den Fristablauf für die vorläufige Prüfung am 3. August 2015, vorbehaltlich der Vollständigkeit der Meldung.

25. Am 10. Juli 2015 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung. Gleichzeitig setzte es den Parteien Frist zur Einreichung von zusätzlichen Informationen gemäss Art. 15 VKU.³

26. Mit Schreiben vom 10. Juli 2015 machten die Parteien die verlangten zusätzlichen Angaben.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

27. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und

³ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

29. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird. Damit wäre dieses Gebilde ein Teil eines grösseren Ganzen, welches als Konzern bezeichnet werden kann.

30. Das Kartellrecht enthält keine eigene Definition des Konzernbegriffs.⁴ Es ist daher auf den Konzernbegriff des Obligationenrechts⁵ abzustellen. Gemäss aArt. 663e Abs. 1 OR lag ein zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) verpflichteter Konzern vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasste. Dabei führte nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt war.⁶ Nach den seit 1. Januar 2013 geltenden Rechnungslegungsvorschriften muss eine rechnungslegungspflichtige juristische Person, welche ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen kontrolliert, im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen (Art. 963 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.

31. Dementsprechend stellen die Axel Springer Gruppe und die Ringier Gruppe jeweils als Ganzes eine wirtschaftliche Einheit dar und erfüllen folglich auch jeweils als Ganzes den Unternehmensbegriff.

32. Aufgrund der obligationenrechtlichen Konzerndefinition kann ein Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich nicht Teil eines Konzerns sein, da dieses nicht unter einheitlicher Leitung, sondern unter der Leitung von mehreren Muttergesellschaften steht. Es sei denn, diese Muttergesellschaften stünden ihrerseits direkt oder indirekt unter der Kontrolle einer einzigen Konzernmutter, womit letztlich auch das Gemeinschaftsunternehmen von dieser Konzernmutter alleine kontrolliert würde.⁷

33. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, – analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen bzw. sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann und demnach über keine wirtschaftliche Selbständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verfügt. Dem steht nicht entgegen, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen „alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfüllen muss. Denn das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen muss. Es genügt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in operativer/funktionaler Hinsicht selbständig ist. Dass auf strategischer Ebene die Muttergesellschaften die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle.⁸

34. Die Frage der Unternehmenseigenschaft des Gemeinschaftsunternehmens ist aber letztlich im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gar nicht entscheidend, da die das Gemeinschaftsunternehmen kontrollierenden „Mutterunternehmen“ ohnehin zumindest mittelbar die Kontrolle über das Zielunternehmen erlangen, was gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG für das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses genügt.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

35. 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 Unter-

⁴ Vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Auflage, 2005, 8 und 469 ff.

⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*, bestätigt durch BGE 139 I 72, nicht publ. E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f. E. 3), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷ Vgl. RPW 2012/3, 696 Rz 29, *GIM/Fluxys/Swissgas/Flux Swiss/Transitgas*.

⁸ Vgl. RPW 2015/1, 82 Rz 9, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*, m.w.Hinw.

nehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.⁹

B.1.2.1 Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

36. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und in diesen Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

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

B.1.2.2 Erlangung der Kontrolle

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

B.1.2.3 Gemeinsame Kontrolle

39. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.¹⁰ Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.¹¹ Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹²

40. Die EU-Kommission führt dazu aus, dass im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelner Gesellschafter die strategischen Entscheidungen des Unternehmens bestimmen kann, bei einer gemeinsamen Kontrolle Pattsituationen entstehen können, weil zwei oder mehr der Muttergesellschaften die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren. Diese Gesellschafter müssen folglich die Geschäftspolitik des

Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festlegen und zusammenarbeiten.¹³

41. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.¹⁴ Dort wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen.¹⁵ Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen. Ein Vetorecht beispielsweise, mit dem ein Verkauf oder eine Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens verhindert werden kann, gibt dem Minderheitsgesellschafter noch keine gemeinsame Kontrolle.¹⁶

42. In der Meldung wird dazu Folgendes ausgeführt: Die Parteien werden kapital- und stimmenmässig paritätisch am Joint Venture beteiligt sein und damit die strategischen geschäftspolitischen Entscheidungen gemeinsam treffen. [...]

43. Entsprechend den Ausführungen der Parteien müssen diese die wesentlichen Entscheide als Aktionäre und im Verwaltungsrat des GU Axel Springer/Ringier gemeinsam treffen. Dabei handelt es sich um strategische geschäftspolitische Entscheidungen im Sinne der vorangehenden Ausführungen. Diese strategischen geschäftspolitischen Entscheidungen können nur durch Kooperation von Axel Springer und Ringier erfolgen, mithin diese das GU Axel Springer/Ringier gemeinsam kontrollieren.

B.1.2.4 Vollfunktion

44. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹⁷

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

⁹ Vgl. RPW 2013/3, 357 Rz 24, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

¹⁰ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

¹¹ Vgl. RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.

¹² Vgl. RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

¹³ Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. C 43 vom 21.02.2009 S. 10 ff. (nachfolgend: EU-Mitteilung), Rz 62.

¹⁴ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 63.

¹⁵ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 65.

¹⁶ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 66; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 231 ff.

¹⁷ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

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

Marktauftritt

45. Soweit ein Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt, ist nach der Praxis der Wettbewerbskommission das entsprechende Vollfunktionsmerkmal regelmässig zu bejahen. Tritt es hingegen nur als Nachfrager auf, ist zu prüfen, ob es mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernimmt. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Mutterunternehmen aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.¹⁸

46. In der Meldung wird ausgeführt, dass das GU Axel Springer/Ringier Herausgeber der einzubringenden schweizerischen Zeitschriften der Parteien sein und die damit inhaltlich verbundenen Onlineaktivitäten („line extension“) betreiben werde. Ferner werde das GU Axel Springer/Ringier massgebliche Herausgeberin der französischsprachigen Tageszeitung *Le Temps* sein und die Geschäfte der Amiado-Gruppe, welche sich auf die Internetportale *students.ch*, *partyguide.ch* sowie *usgang.ch* konzentrierten, weiterführen.

47. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass das GU Axel Springer/Ringier nicht bloss eine Hilfsfunktion von Axel Springer und/oder Ringier ausübt. Das GU Axel Springer/Ringier tritt entsprechend den Angaben in der Meldung als Herausgeberin verschiedener Presseerzeugnisse und damit als Anbieterin auf dem Markt auf. Das Vollfunktionskriterium des Marktauftritts ist daher zu bejahen.

Selbständige wirtschaftliche Einheit

48. Das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen können muss. Dass auf strategischer Ebene die Mutterunternehmen die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle. Das Vollfunktionskriterium der selbständigen wirtschaftlichen Einheit beschlägt daher die Selbständigkeit der Gemeinschaftsunternehmens in operativer / funktionaler Hinsicht.¹⁹

49. Gemäss Meldung wird das GU Axel Springer/Ringier wie erwähnt Herausgeber der einzubringenden schweizerischen Zeitschriften der Parteien sein. Die zu den entsprechenden Zeitschriftenbereichen gehörenden

Marken- und Domainrechte würden zwar im Eigentum der jeweiligen Partei bleiben. Das Recht zur Nutzung dieser Marken- und Domainrechte durch das GU Axel Springer/Ringier werde jedoch mittels entsprechender Lizenzverträge sichergestellt. [...]

50. Entsprechend den Ausführungen in der Meldung ist das GU Axel Springer/Ringier als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren.

Auf Dauer angelegt

51. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist.²⁰ Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.²¹

52. Gemäss Meldung wird das GU Axel Springer/Ringier in der Form einer nach schweizerischem Recht konstituierten Aktiengesellschaft [...] gegründet. Die die gemeinsame Kontrolle der beiden Parteien begründende Aktionärsbindungsvereinbarung werde zudem [...] abgeschlossen.

53. Aufgrund der Ausführungen in der Meldung ist das GU Axel Springer/Ringier als auf Dauer angelegt zu qualifizieren.

Management und Ressourcen

54. Ob ein Gemeinschaftsunternehmen nebst dem Management über ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen verfügt, lässt sich nicht in allgemeiner Weise bemessen. Welche Ressourcen als ausreichend zu qualifizieren sind, bestimmt sich aufgrund der konkreten Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.²²

55. Gemäss Meldung wird das GU Axel Springer/Ringier [...]

56. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass das GU Axel Springer/Ringier sowohl über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management als auch ausreichende Ressourcen verfügen wird.

B.1.2.5 Einbringung von Geschäftstätigkeit

57. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.²³

¹⁸ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.

¹⁹ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 316.

²⁰ Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate*.

²¹ Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 362.

²² Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 331.

²³ Vgl. RPW 2008/1, 125 Rz 17, *General Electric Company/Credit Suisse Private Equity*; vgl. auch BSK KG-REINERT (Fn 23), Art. 4 Abs. 3 KG N 374 ff.

58. In der Meldung wird dazu ausgeführt, dass die Parteien ihre bestehenden Abonnenten- und Werbekundenverträge in das GU Axel Springer/Ringier einbringen. Hinzu komme, dass das Joint Venture sämtliches Inventar, Anlagevermögen und sämtliche Unterlagen (z.B. Bücher, Kundenunterlagen etc.) der Zeitschriftengeschäfte der beiden Parteien übernehmen werde.

59. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten. Das GU Axel Springer/Ringier ist damit insgesamt als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

60. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

61. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Axel Springer und Ringier als kontrollierende Unternehmen einerseits und das GU Axel Springer/Ringier als kontrolliertes Unternehmen andererseits als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

62. 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 Nebenabreden

B.3.1 Allgemeines

63. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

64. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission²⁴ orientiert.²⁵

65. 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. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.

66. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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.

B.3.1.1 Konkurrenzverbot

67. Nach der EU-Bekanntmachung gelten Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.²⁶

68. [...]

69. [...]

70. Das vorliegende Konkurrenzverbot erscheint als mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig. Es kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

B.3.1.2 Lizenzverträge

71. Die Vergabe einer Lizenz durch die Gründer an das Gemeinschaftsunternehmen kann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine ausschliessliche Lizenz handelt und ob die Lizenz befristet oder unbefristet ist. Die Lizenz kann auf einen bestimmten Anwendungsbereich begrenzt werden, welcher der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens entspricht.²⁷

72. Nach Angaben in der Meldung wird das GU Axel Springer/Ringier mit den beiden Parteien jeweils separat einen Lizenzvertrag hinsichtlich der Lizenzierung von Marken- und Domainrechten abschliessen. [...]

73. Die dem GU Axel Springer/Ringier gewährten Lizenzrechte seien für dessen Geschäftstätigkeit unerlässlich. [...] Ohne die Lizenzierung sei die Gründung des Joint Ventures deshalb nicht denkbar.

²⁴ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

²⁵ Vgl. RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

²⁶ EU-Bekanntmachung, Rz 36.

²⁷ EU-Bekanntmachung, Rz 42.

74. Die fraglichen Lizenzverträge erscheinen als mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig. Sie können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

B.3.1.3 Pooling-Vertrag

75. Gemäss Meldung werden die Parteien einen Pooling-Vertrag zur Verwertung der an das GU Axel Springer/Ringier lizenzierten Rechte abschliessen. [...]

76. Dem Pooling-Vertrag kommt hinsichtlich der Qualifikation als zulässige Nebenabrede keine über die Lizenzvergabe hinausragende, eigenständige Bedeutung zu. Es kann daher auf das im vorangehenden Abschnitt B.3.1.2 Ausgeführte verwiesen werden. Der Pooling-Vertrag kann als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

B.3.1.4 Dienstleistungsverträge

77. Bleiben die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig, so gelten gemäss EU-Bekanntmachung für alle zwischen ihnen bestehenden Bezugs- und Liefervereinbarungen einschliesslich Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden.²⁸ Wenn die Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils zu einer Unterbrechung der traditionellen Bezugs- und Lieferbeziehungen, die sich infolge der Kombination von Geschäftstätigkeiten innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Übertragenden herausgebildet haben, führt, kann es erforderlich sein, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem übertragenden und dem erwerbenden Unternehmen für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten.²⁹

78. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren bzw. Dienstleistungen sicherzustellen, welche zur Ausübung der beim Übertragenden verbliebenen bzw. der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.³⁰

79. Die EU-Bekanntmachung führt dazu weiter aus, dass die Verpflichtung zur Lieferung bzw. zum Bezug fester Mengen – gegebenenfalls verknüpft mit einer Anpassungsklausel – als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig gilt. Verpflichtungen hingegen, welche die Lieferung bzw. den Bezug unbegrenzter Mengen oder Ausschliesslichkeitsbindungen vorsehen oder den Status eines Vorzugslieferanten oder eines Vorzugsabnehmers begründen, sind nach der EU-Bekanntmachung für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.³¹

80. Gemäss Meldung wird Ringier mit dem GU Axel Springer/Ringier einen Dienstleistungsvertrag sowie

einen Vermarktungsvertrag abschliessen. Im Rahmen des Dienstleistungsvertrags werde sich Ringier dazu verpflichten, dem GU Axel Springer/Ringier verschiedene nachgelagerte Dienstleistungen zu erbringen. [...]

81. [...]

82. [...]

83. [...]

84. Die von Ringier erbrachten Dienstleistungen würden für das GU Axel Springer/Ringier lediglich unterstützenden Charakter aufweisen. Die Wertschöpfung des GU Axel Springer/Ringier an sich, die in der Ausarbeitung der redaktionellen Beiträge bestehe, werde vollständig durch das GU Axel Springer/Ringier erbracht. Dass dieser Haupttätigkeit vor- und nachgelagerte Dienstleistungen, wie beispielsweise die Medienvorstufe und der Bereich technische Herstellung, ausgelagert würden, sei denn auch branchenüblich. Diese Auslagerung ermögliche es dem GU Axel Springer/Ringier vielmehr, den Einsatz seiner gesamten Ressourcen auf die Haupttätigkeit zu konzentrieren. Den Betrieb eines eigenen Rechtsdienstes, einer eigenen IT- und Personalabteilung oder gar die Unterhaltung einer eigenen Druckerei (technische Herstellung) würden sich vornehmlich grosse Medienkonzerne leisten, da dies äusserst kostenintensiv sei. Aufgrund des Dienstleistungs- und Vermarktungsvertrags werde deshalb die Wettbewerbsfähigkeit des GU Axel Springer/Ringier gestärkt.

85. Gestützt auf die zitierten Ausführungen in der EU-Bekanntmachung erscheinen die Dienstleistungs- bzw. Vermarktungsvereinbarungen zwischen Ringier und dem GU Axel Springer/Ringier grundsätzlich als unproblematisch. Mit der EU-Bekanntmachung ist allerdings zu fordern, dass die Geltungsdauer auf den Zeitraum zu begrenzen ist, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Unter diesem Aspekt erscheint die Zeitspanne bis zum ersten ordentlichen Kündigungstermin per [...] als sehr lang. [...] wie die in der EU-Bekanntmachung genannte Zeitspanne von fünf Jahren. Weshalb es für das Zusammenschlussvorhaben notwendig sein sollte, das GU Axel Springer/Ringier für mindestens [5-15] Jahre an Ringier zu binden, ist nicht ersichtlich. Das GU Axel Springer/Ringier kann die fraglichen Dienstleistungen zwar ohne weiteres auch über einen längeren Zeitraum bei Ringier beziehen. Entscheidend dabei ist allerdings, dass das GU Axel Springer/Ringier dies aufgrund unabhängiger, eigener Geschäftsüberlegungen zu marktüblichen Konditionen tun kann.

86. Die Mindestvertragsdauer von [5-15] Jahren kann daher nicht als für das Zusammenschlussvorhaben notwendig betrachtet werden. Dies bedeutet nicht, dass diese Vereinbarungen kartellrechtlich per se unzulässig wären. Allerdings erfahren sie wie einleitend erwähnt keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.

²⁸ EU-Bekanntmachung, Rz 44.

²⁹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 32 i.V.m. 35 und 44.

³⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33 i.V.m. 35 und 44.

³¹ EU-Bekanntmachung, Rz 34.

B.4 Meldepflicht

87. 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 Mrd CHF oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. CHF erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. CHF erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 (in Mio. CHF)

	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer/Ringier ³²
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	3689.9	980.7	

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

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

89. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, 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).

90. Eine marktbeherrschende Stellung einzelner oder mehrerer Unternehmen besteht, wenn diese 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).

91. 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.5.1 Relevante Märkte

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

93. 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).

94. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich u. a. zwischen *Lesermärkten* (bzw. Hörer-, Zuschauer-, Nutzermärkten), *Werbemärkten* (Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), *Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten*, *Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen*, und *Druckmärkten*.³³

95. Lesermärkte lassen sich anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen. Dabei sind nebst den eigentlichen Zeitungen (insb. Tageszeitungen,

Pendlerzeitungen und Sonntagszeitungen) auch die sogenannten *Special-Interest-Titel* zu betrachten. Letztere bilden je eigene Lesermärkte, da sie sich an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse richten. Bei der Marktabgrenzung für Special-Interest-Titel wird praxisgemäss von den Titelgruppen der sogenannten WEMF-Klassifikation ausgegangen.³⁴

96. Die nach Praxis der Wettbewerbskommission abzugrenzenden Werbemärkte lassen sich grundsätzlich ebenfalls anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen. Dies führt nebst verschiedenen Werbemärkten in eigentlichen Zeitungen auch zur Abgrenzung von Werbemärkten in Special-Interest-Titeln. Aufgrund des spezifischen Interesses der Leserschaft kann mit Werbung in Special-Interest-Titeln ein enger eingegrenztes Publikum erreicht werden, womit sich Streuverluste für Werbetreibende reduzieren lassen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, für die verschiedenen Gruppen von Special-Interest-Titeln eigene Werbemärkte abzugrenzen. Auch hier wird praxisgemäss auf die Titelgruppen der WEMF-Klassifikation abgestellt.³⁵

97. Die Parteien bringen folgende Titel gemäss WEMF-Klassifikation in das GU Axel Springer/Ringier ein:

³² Erwarteter Umsatz für das erste Geschäftsjahr nach Gründung.

³³ RPW 2014/4, 709 Rz 26, *Ringier/Le Temps*.

³⁴ Vgl. RPW 2012/1, 117 Rz 53, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

³⁵ Vgl. RPW 2012/1, 117 Rz 54, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

Tabelle 2: Einordnung der von den Parteien eingebrachten Titel gemäss WEMF-Klassifikation

WEMF-Kategorie	Einzubringende Titel	Andere Titel
Tagespresse (1210, 1220, 1230)	- Le Temps (Ringier)	<ul style="list-style-type: none"> - 20 Minuten - 20 Minuten National - 20 Minutes - 20 Minuti - 24 Heures - 24 Heures Lausanne - 24 Heures Régions - Appenzeller Zeitung - az Limmattaler Zeitung - az Nordwestschweiz - Basler Zeitung - Bieler Tagblatt - Blick (Ringier) - Blick am Abend National (Ringier) - Bote der Urschweiz - BZ Berner Zeitung - BZ Berner Zeitung / Der Bund - Der Landbote - Der Rheintaler - Die Südostschweiz - Extra tabloid del Corriere del Ticino - Freiburger Nachrichten - Journal du Jura - La Côte - La Liberté - La Regione Ticino - Le Courrier - Le Matin - Le Nouvelliste - Le Quotidien Jurassien - L'Express Feuille d'Avis - Liechtensteiner Vaterland - L'Impartial - Neue Luzerner Zeitung - Neue Nidwaldner Zeitung - Neue Obwaldner Zeitung - Neue Urner Zeitung - Neue Zuger Zeitung - Neue Zürcher Zeitung - OT Oltner Tagblatt - Rheintalische Volkszeitung

WEMF-Kategorie	Einzubringende Titel	Andere Titel
		<ul style="list-style-type: none"> - Sarganserländer - Schaffhauser Nachrichten - St. Galler Tagblatt - Tages-Anzeiger - Thurgauer Zeitung - Tribune de Genève - Walliser Bote - Werdenbg. & Obertoggenburger - Wiler Zeitung - ZRZ Zürcher Regionalzeitungen - ZT Zofinger Tagblatt - Zürcher Oberländer - Zürcher Unterländer - Zürichsee-Zeitung
Illustrierte mit allgemeinen Themen (2121)	<ul style="list-style-type: none"> - Beobachter (Axel Springer) - L'illustré (Ringier) - Schweizer Illustrierte (Ringier) 	<ul style="list-style-type: none"> - Illustrazione Ticinese - Paris Match - Schweizer Familie - Ticino Sette - Reader's Digest
News- und Themenpresse (2131)	<ul style="list-style-type: none"> - L'Hebdo (Ringier) 	<ul style="list-style-type: none"> - Das Magazin - Die Weltwoche - Geo - NZZ Fokus - NZZ Folio - Surprise Strassenmagazin - WoZ Die Wochenzeitung
Programmpresse (2141)	<ul style="list-style-type: none"> - Tele (Axel Springer) - TV Land & Lüt (Axel Springer) - TV2 (Axel Springer) - TV8 (Ringier) - TV-Star (Axel Springer) - TVtäglich (Ringier/Tamedia) - TVvier (Axel Springer) 	<ul style="list-style-type: none"> - Guide TV Cinéma - Kulturtipp - Teleclub Magazin - Télétop matin - TV7 sélection
Frauen- und Peoplepresse (2151)	<ul style="list-style-type: none"> - Bolero (Ringier) - Edelweiss (Ringier) - Glücks Post (Ringier) - SI Style (Ringier) 	<ul style="list-style-type: none"> - 20 Minuten Friday - Annabelle - Brigitte - Cosmopolitan - Donna - Elle Edition Suisse Romande - Faces People, Style & Stories - Femina - Freundin

WEMF-Kategorie	Einzubringende Titel	Andere Titel
		<ul style="list-style-type: none"> - Gala - Galatea - Joy - Ladies Drive - Marie Claire Edition Suisse - Shape
Finanz- und Wirtschaftspresse (2311)	<ul style="list-style-type: none"> - Bilanz (Axel Springer) - PME Magazine (Axel Springer) - Handelszeitung (Axel Springer) - Schweizer Bank (Axel Springer)³⁶ - Schweizer Versicherung (Axel Springer)³⁷ 	<ul style="list-style-type: none"> - Banco Der Anlagefondsführer (Deutsch) - Banco Guide de placement des fonds (Français) - Banco Guide de placement des fonds, Edition totale - Bilan - ETF - Finanz und Wirtschaft - K-Geld - L'Agefi - Market.ch - Private - Punkt - Swissquote - Ticino Management - Tout compte fait - Women in Business
Umwelt und Natur (3161)	<ul style="list-style-type: none"> - Schweizer LandLiebe (Ringier) 	<ul style="list-style-type: none"> - Naturfreund - Natürlich - Naturzyt - Neue Energie für die Schweiz - Pro Natura Magazin/Magazine - Pro Natura Magazin/Magazine (Deutsch) - Pro Natura Magazin/Magazine (Français) - Vivera la montagna - WWF Magazin (Deutsch) - WWF Magazin (Français) - WWF Magazin (Italienisch) - WWF Magazin Region Basel - WWF Magazin, Gesamtausgabe

³⁶ [...] WEMF-Kategorie 4413 wird von den Parteien als Falschzuordnung geltend gemacht.

³⁷ [...] WEMF-Kategorie 4414 wird von den Parteien als Falschzuordnung geltend gemacht.

98. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass sich die Marktabgrenzung gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des Zusammenschlusses Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheidungen zu vermeiden.

99. Die Parteien führen aus, dass die WEKO in der Vergangenheit in Bezug auf die Marktabgrenzung verschiedentlich von der WEMF-Klassifikation (bzw. „VSW-Typologie“³⁸) abgewichen sei und den entsprechenden Markt präziser abgegrenzt habe. Damit habe die WEKO in ihrer Praxis erkannt, dass einzelne Titel einer WEMF-Kategorie nicht in jedem Fall Substitute darstellen. Die WEKO nehme ihre Analyse jeweils in zwei Schritten vor. In einem ersten Schritt werde die WEMF-Typologie als Ausgangspunkt genommen. In einem zweiten Schritt werde dann die Marktabgrenzung vertieft und verfeinert, sofern Zweifel daran bestehen würden, dass die Einordnung in eine Kategorie der Austauschbarkeit entspricht. Eine derartige Notwendigkeit liege immer dann vor, wenn Zweifel an der kartellrechtlichen Richtigkeit der als Ausgangspunkt hinzugezogenen Grundlage bestünden.

100. Auch die vorliegende Meldung nimmt die WEMF-Typologie als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung der Lesermärkte beziehungsweise der Special-Interest-Titel. Im Sinne der erwähnten WEKO-Praxis sei jedoch in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die bestimmten WEMF-Kategorien zugeordneten Titel im Einzelnen tatsächlich im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU einen sachlich relevanten Markt darstellen würden. Bei der weiteren Marktabgrenzung stützen sich die Parteien sodann auf die sogenannte EZMV-Methode, welche eine eingehende Auseinandersetzung mit der Substituierbarkeit bzw. Austauschbarkeit der Medienprodukte erlaube.³⁹

101. Bevor zu entscheiden ist, ob der von den Parteien beantragten Marktabgrenzung gemäss EZMV-Methode gefolgt werden kann, rechtfertigt es sich aus verfahrensökonomischen Gründen, die von den Parteien gemeldeten Marktstellungen in den verschiedenen Marktabgrenzungsvarianten zu untersuchen. Soweit sowohl nach der Marktabgrenzung gemäss bisheriger Praxis der WEKO als auch gemäss der von den Parteien beantragten Marktabgrenzung sich der Zusammenschluss als unproblematisch erweist, kann die definitive Marktabgrenzung aufgrund fehlender Relevanz offen bleiben. Näher zu betrachten sind in der Folge nur diejenigen Märkte, die sich je nach Abgrenzung aufgrund der Marktstellung als problematisch erweisen könnten.

102. Dabei werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz

von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

103. Gemäss Meldung wird das GU Axel Springer/Ringier in folgenden, von den Parteien gemäss EZMV-Methode abgegrenzten Märkten tätig sein:

³⁸ In der Meldung wird ausgeführt, dass in der Praxis der WEKO der Begriff der WEMF-Klassifikation verwendet wird. Laut Marktexperten der Parteien würden die Typologietabelle bzw. die Titelgruppen vom Verband Schweizer Medien (VSW) festgelegt. Das Zahlenmaterial liefere dagegen die WEMF AG für Werbemedienforschung. Nach Auffassung der Marktexperten der Parteien gebe der Begriff der VSW-Typologie deshalb das Abstellen auf der Typologietabelle der VSW am besten wieder. Eine inhaltliche Abweichung von der Praxis der WEKO bestehe jedoch diesbezüglich nicht [...]. Um Missverständnisse zu vermeiden hält sich die vorliegende Beurteilung an die in der bisherigen WEKO-Praxis verwendete Bezeichnung.

³⁹ Gemäss Meldung soll sich die Marktabgrenzung im Medienbereich an den folgenden vier Kriterien orientieren: Eigenschaftsanalyse, Zielgruppenausrichtung, Marktforschung und Vertrieb (sogenannte EZMV-Methode); [...].

Tabelle 3: Geschäftstätigkeiten des GU Axel Springer/Ringier gemäss EZMV-Methode

Art	Bezeichnung
Lesermärkte	Deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse
	Französischsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse
	Deutschsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise
	Französischsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise
	Deutschsprachiger Lesermarkt für Konsumthemen
	Deutschsprachiger Lesermarkt für Land und Heimat
	Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse
	Französischsprachiger Lesermarkt für Programmpresse
	Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse
	Französischsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse
	Französischsprachiger Lesermarkt für News- und Themenpresse
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)
	Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland	

Art	Bezeichnung
Werbemärkte	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse
	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise
	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Publikumspresse für Konsumthemen
	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Presse für Land und Heimat
	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse
	Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der News- und Themenpresse
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)
	Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)	
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl	

Art	Bezeichnung
	über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland
Online Leser- /Nutzer-Märkte	Deutschsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)
	Französischsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)
	Markt für die Bereitstellung von deutschsprachigen Online-Display-Werbeflächen
	Markt für die Bereitstellung von französischsprachigen Online-Display-Werbeflächen
De-Minimis-Märkte	Lesermarkt für Gastroführer
	Lesermarkt für Rätselhefte
	Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Gastroführern
	Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Rätselheften
	Leser-/Nutzermarkt für Online-Portale
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge)
	Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen
	Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen
	Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen
	Markt für Leser/Nutzer in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen
	Markt für Corporate Media Publishing
	Markt für Anzeigenmarketing
	Markt für Websitevermarktung

104. Nach dieser von den Parteien beantragten Markt-
abgrenzung ergeben sich nachfolgende Marktstellungen.
Dabei gilt es zu beachten, dass die Parteien nicht ihre
sämtlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Märkten auf

das GU Axel Springer/Ringier übertragen. Entsprechend
kann der prognostizierte Marktanteil für das GU Axel
Springer/Ringier kleiner ausfallen als die Summe der
Marktanteile von Axel Springer und Ringier.

Tabelle 4: Marktanteile 2014 bei von den Parteien beantragter Markt-
abgrenzung gemäss EZMV-Methode

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Markt- anteils- addition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse	-	[25-35]	[25-35]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse	-	[25-35]	[25-35]	Ja	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteils- addition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Deutschsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[50-60]	[50-60]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[>80]	[>80]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Konsumthemen	[40-50]	-	[40-50]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Land und Heimat	-	[70-80]	[70-80]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse	[75-85]	-	[75-85]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Programmpresse	-	[>85]	[>85]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	[20-30]	-	[20-30]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	[20-30]	-	[20-30]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für News- und Themenpresse	-	[60-70]	[60-70]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteils- addition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)					
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse	-	[50-60]	[50-60]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse	-	[60-70]	[60-70]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Publikumspresse für Konsumthemen	[>80]	-	[>80]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Presse für Land und Heimat	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse	[>90]	-	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse	[60-70]	-	[60-70]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse	[20-30]	-	[20-30]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der News- und Themenpresse	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie	-	[15-25]	[15-25]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)	-	[30-40]	[30-40]	Ja	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteils- addition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)	-	0	0	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland	0	[30-40]	[30-40]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)	[<10]	[10-20]	[<10]	Nein	Ja
Französischsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Markt für die Bereitstellung von deutschsprachigen Online-Display-Werbeflächen	[<10]	[10-20]	[<10]	Nein	Ja
Markt für die Bereitstellung von französischsprachigen Online-Display-Werbeflächen	[<10]	[<10]	[<10]	Nein	Ja
Lesermarkt für Gastroführer	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Lesermarkt für Rätselhefte	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Gastroführern	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Rätselheften	-	0	0	Nein	Nein
Leser-/Nutzermarkt für Online-Portale	< 20	-	< 20	Nein	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteils- addition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge)	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Leser/Nutzer in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Corporate Media Publishing	< 1	-	< 1	Nein	Nein
Markt für Anzeigenmarketing	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Websitevermarktung	< 20	-	< 20	Nein	Nein

105. Nach der von den Parteien beantragten Marktabgrenzung erweisen sich folgende Märkte als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

- Deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse;
- Französischsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Französischsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Konsumthemen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Land und Heimat;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse;
- Französischsprachiger Lesermarkt für Programmpresse;
- Französischsprachiger Lesermarkt für News- und Themenpresse;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Frauen- und Peoplepresse;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Publikumspressen für Konsumthemen;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Presse für Land und Heimat;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der News- und Themenpresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11);
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl

über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland.

106. Es ist festzustellen, dass es bei dieser Marktabgrenzung in keinem der betroffenen Märkte infolge des Zusammenschlussvorhabens zu einer Marktanteilsaddi-

tion bzw. einer Strukturveränderung kommt, welche auf Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG schliessen liesse.

107. Nach der Marktabgrenzung gemäss bisheriger Praxis der WEKO ergeben sich folgende Marktpositionen:

Tabelle 5: Marktanteile 2014 bei Marktabgrenzung gemäss bisheriger WEKO-Praxis

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteilsaddition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Deutschsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen	[30-40]	[12-30]	[50-60]	Ja	Ja
Französischsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen	-	[40-50]	[40-50]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse (inkl. Modemagazine)	-	[20-30]	[20-30]	Nein	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse (exkl. Modemagazine)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Umwelt und Natur	-	[70-80]	[70-80]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Versicherungen	-	[>80]	[>80]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Finanzen, Banken, Sparkassen	[0-10]	-	[0-10]	Nein	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	[30-40]	-	[30-40]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen	[20-30]	[50-60]	[70-80]	Ja	Ja
Französischsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Werbemarkt für Frauen- und Peoplepresse (inkl. Modemagazine)	-	[40-50]	[40-50]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Werbemarkt für Frauen- und Peoplepresse (exkl. Modemagazine)	-	[30-40]	[30-40]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Werbemarkt für Umwelt und Natur	-	[>80]	[>80]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Werbemarkt für Fachpresse im Bereich Versicherungen	[>90]	-	[>90]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Finanzen, Banken, Sparkassen	[>90]	-	[>90]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	[60-70]	-	[60-70]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[60-70]	[60-70]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt	-	[>80]	[>80]	Ja	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteilsaddition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise					
Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse	[80-90]	-	[80-90]	Ja	Mögl. ⁴⁰
Französischsprachiger Lesermarkt für Programmpresse	-	[>80]	[>80]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	[20-30]	-	[20-30]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für News- und Themenpresse	-	[60-70]	[60-70]	Ja	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Französischsprachiger Lesermarkt für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein

⁴⁰ In der Meldung wird geltend gemacht, dass es sich bei dem von Ringier herausgegebenen Titel „TVtäglich“ um eine Programmbeilage handle, welche nicht diesem Markt sondern vielmehr demjenigen des

Trägermediums zuzuordnen sei [...]. Darauf ist nachfolgend gesondert einzugehen.

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteilsaddition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse	[>90]	-	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse	[20-30]	-	[20-30]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der News- und Themenpresse	-	[>90]	[>90]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Romandie	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11)	-	[30-40]	[30-40]	Ja	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in der Waadt (WG 12)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Neuenburg (WG 13)	-	[10-20]	[10-20]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Jura (WG 14)	-	0	0	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internatio-	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteilsaddition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
nale Ereignisse berichten, in Freiburg (WG 15)					
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Unterwallis (WG 16)	-	[0-10]	[0-10]	Nein	Nein
Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland	0	[30-40]	[30-40]	Ja	Nein
Deutschsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)	[<10]	[10-20]	[<10]	Nein	Ja
Französischsprachiger Nutzermarkt für Vermittlung aktueller Informationen (News-Sites)	-	[<10]	[<10]	Nein	Nein
Markt für die Bereitstellung von deutschsprachigen Online-Display-Werbefläche ⁴¹	[<10]	[10-20]	[<10]	Nein	Ja
Markt für die Bereitstellung von französischsprachigen Online-Display-Werbeflächen ⁴¹	[<10]	[<10]	[<10]	Nein	Ja
Lesermarkt für Gastroführer	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Lesermarkt für Rätselhefte	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Gastroführern	-	< 20	< 20	Nein	Nein
Werbemarkt für Print-Firmenwerbung in Rätselheften	-	0	0	Nein	Nein
Leser-/Nutzermarkt für Online-Portale	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge)	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Nutzer in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	< 20	< 20	< 20	Nein	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Leser/Nutzer in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	< 20	-	< 20	Nein	Nein

⁴¹ Nach der Terminologie der Praxis der WEKO handelt es sich hierbei im Ergebnis um die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen [...].

Markt	Marktanteile 2014 in Prozent, gerundet			Betroffen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)	Marktanteilsaddition
	Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier		
	< 1	-	< 1	Nein	Nein
Markt für Anzeigenmarketing	< 20	-	< 20	Nein	Nein
Markt für Websitevermarktung	< 20	-	< 20	Nein	Nein

108. Nach der gemäss bisheriger WEKO-Praxis vorgenommenen Marktabgrenzung erweisen sich folgende Märkte als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

- Deutschsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Französischsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Umwelt und Natur;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Versicherungen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse;
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Französischsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Frauen- und Peoplepresse (inkl. Modemagazine);
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Frauen- und Peoplepresse (exkl. Modemagazine);
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Umwelt und Natur;
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Fachpresse im Bereich Versicherungen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Finanzen, Banken, Sparkassen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Französischsprachiger Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse;

- Französischsprachiger Lesermarkt für Programmpresse;
- Französischsprachiger Lesermarkt für News- und Themenpresse;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise;
- Werbemarkt für deutschsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der Programmpresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in der News- und Themenpresse;
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, in Genf (WG 11);
- Werbemarkt für französischsprachige Print-Firmenwerbung in Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, im Berner Seeland;

109. Davon kommt es in folgenden Märkten potenziell zu Marktanteilsadditionen:

- Deutschsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Deutschsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen;
- Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse (je nach Zuordnung des Titels „TVtäglich“).

110. Da es in den übrigen Märkten – unabhängig davon, welche Marktabgrenzungsvariante vorgenommen wird – infolge des Zusammenschlussvorhabens zu keiner Marktanteilsaddition bzw. Strukturveränderung kommt, welche auf Anhaltspunkte für die Begründung oder Ver-

stärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG schliessen liesse, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die drei in vorhergehender Randziffer 109 genannten Märkte.

B.5.1.1 Deutschsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen

111. Auf dem deutschsprachigen Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen sind die Parteien mit den folgenden Titeln vertreten: „Beobachter“ und „Beobachter Natur“⁴² (beide Axel Springer) sowie „Schweizer Illustrierte“ (Ringier). Nach Angaben der Parteien präsentieren sich die Marktanteile auf diesem Markt wie folgt:

Tabelle 6: Marktanteile deutschsprachiger Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen

Jahr	Wert	Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Grösste Konkurrenten		
			Axel Springer	Ringier	GU Axel Springer / Ringier	Tamedia AG	DPV Worldwide GmbH	Das Beste
2012	Umsatz in Tsd.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Marktanteil	100 %	[30-40 %]	[20-30 %]	[50-60 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
2013	Umsatz in Tsd.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Marktanteil	100 %	[30-40 %]	[20-30 %]	[50-60 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
2014	Umsatz in Tsd.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Marktanteil	100 %	[30-40 %]	[20-30 %]	[50-60 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]

112. Gemessen an den Marktanteilen sind die beiden Parteien die grössten Wettbewerber im Markt. Ihre drei grössten Konkurrenten sind die Tamedia AG (vertreten mit dem Titel „Schweizer Familie“), Das Beste (vertreten mit dem Titel „Reader's Digest Schweiz/Suisse Sprachausgabe (Deutsch)“) sowie die DPV Worldwide GmbH (vertreten mit insgesamt 87 Titeln). Des Weiteren sind zahlreiche deutsche Zeitschriften bzw. internationale Zeitschriften mit deutscher Ausgabe auf dem Markt für Illustrierte mit allgemeinen Themen vertreten.

113. Vorliegend stellt sich nun die Frage, ob eine Substituierbarkeit zwischen den Titeln „Beobachter“ und „Schweizer Illustrierte“ besteht.

114. Wie in Rz 100 beschrieben, haben die Parteien die Substituierbarkeit der Titel, welche dem Lesermarkt für Illustrierte allgemeine Themen zugeordnet werden können, gemäss der Kriterien der EZMV-Methode geprüft. Dabei wurden die Titel im Hinblick auf ihre Eigenschaften (Differenzierung der Leserbedürfnisse nach Inhalten, Erscheinungsrhythmus und Aufmachung), ihre Zielgruppenausrichtung (Konsumverhalten, Psychografie), anhand von Marktforschungsergebnissen sowie mittels der Einzelhandelsstrukturanalyse (EHA STRA) analysiert.

115. Zusammenfassend zeigt die Substituierbarkeitsanalyse der Parteien gemäss der EZMV-Methode Folgendes:

- Gemäss Inhaltsanalyse befriedige der „Beobachter“ vorwiegend Ratgeber-Bedürfnisse seiner Leser, die „Schweizer Illustrierte“ hingegen vorwiegend das Bedürfnis nach Informationen über Prominente. Auch sprächen der Erscheinungsrhythmus sowie die Aufmachung beider Titel gegen eine Substituierbarkeit.
- Gemäss Zielgruppenausrichtung zeige die Leserschaft der beiden Titel ein unterschiedliches Konsumverhalten. Zudem belege das Psychogramm der Leserschaft, dass die beiden Titel eine andere Leserzielgruppe ansprechen würden und daher auch aus diesem Grund keine Substituierbarkeit vorliegen könne.

⁴² Nach Angaben in der Meldung wird der bisher eigenständig geführte Titel «Beobachter Natur» inskünftig nunmehr als Beilage zum «Beobachter» herausgegeben. Gemäss Statistik der WEMF AG für Werbemediaforschung erzielte der «Beobachter Natur» im Jahr 2014 total verkaufte Auflagen von 27'005 (vgl. <www.wemf.ch> unter Tool Box > Online auswerten Next>Level [13.07.2015]). Der Titel „Beobachter Natur“ erscheint daher unter diesem Aspekt als vernachlässigbar.

- Gemäss der von den Parteien bei der GfK Switzerland AG in Auftrag gegebenen Marktforschungsanalyse zeige sich weiter, dass a) für die Leserschaft der beiden Titel unterschiedliche Inhalte von Relevanz seien, b) beide Titel diametral entgegengesetzte Funktionen erfüllen würden, sowie, dass c) eine erhebliche Anzahl der Leserschaft den „Beobachter“ und die „Schweizer Illustrierte“ komplementär verwenden würde. Die grosse Mehrheit derjenigen Leser, welche den „Beobachter“ als Alternative zur „Schweizer Illustrierten“ angeben, würden gleichzeitig Titel der People-Presse nennen, welche den primären Leseranspruch (Promis und Unterhaltung) erfüllen würden. Zudem würden [60-80 %] der weiblichen Leserschaft die „Schweizer Familie“ als eigentliche Alternative zur „Schweizer Illustrierten“ erachten, nur [<40 %] würden den „Beobachter“ als Alternative sehen.
- Gemäss EHA STRA-Klassifikation⁴³ sei der „Beobachter“ der Kategorie 06 Politik, Wirtschaft | 35 Verbraucher, Warentest, Sozialratgeber zuzuteilen, die „Schweizer Illustrierte“ hingegen der Kategorie 09 Gesellschaft | 20 People.

116. Gemäss Antrag der Parteien sei demzufolge die „Schweizer Illustrierte“ einem deutschsprachigen Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse zuzuordnen, der „Beobachter“ hingegen einem deutschsprachigen Lesermarkt für Konsumthemen. In diesen beiden von den Parteien abgegrenzten Märkten kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen oder Strukturveränderungen durch das GU Axel Springer/Ringier (vgl. Rz 104 ff.).

117. Die Substituierbarkeitsanalyse zeigt in überzeugender Weise auf, dass die beiden Titel „Beobachter“ und „Schweizer Illustrierte“ unterschiedliche Produktmerkmale aufweisen sowie unterschiedliche Zielgruppen ansprechen. Aufgrund dessen ist hinsichtlich dieser beiden Titel von getrennten Märkten auszugehen. Welchen Märkten die beiden Titel genau zugeordnet werden sollten, muss vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden, wie nachfolgend aufgezeigt.

118. Gemäss Antrag der Parteien sei die „Schweizer Illustrierte“ einem deutschsprachigen Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse zuzuordnen. Selbst wenn die WEMF-Kategorien als solche der Beurteilung zugrunde gelegt werden, ist die von der WEMF AG vorgenommene Zuordnung der „Schweizer Illustrierten“ in die Kategorie „Illustrierte mit allgemeinen Themen“ fraglich. Nahe liegender erscheint die Zuordnung der „Schweizer Illustrierten“ in die WEMF-Kategorie „Frauen- und Peoplepresse“. Dies braucht indes vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Unabhängig davon, ob ein deutschsprachiger Lesermarkt für Frauen- und Peoplepresse gemäss WEMF-Kategorisierung oder EZMV-Methode abgegrenzt wird, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen oder Strukturveränderungen durch das GU Axel Springer/Ringier, da in diesen Märkten nur Ringier mit Titeln vertreten ist.

119. Der „Beobachter“ sei gemäss Antrag der Parteien einem deutschsprachigen Lesermarkt für Konsumthemen zuzuordnen. Gemäss der WEMF-Kategorisierung kann der „Beobachter“ am ehesten entweder wie bisher

der Kategorie Illustrierte mit allgemeinen Themen oder der Kategorie News- und Themenpresse zugeordnet werden. Auch hier käme es – unter Berücksichtigung der in Rz 118 ausgeführten abweichenden Zuordnung der „Schweizer Illustrierten“ – in beiden Lesermärkten zu keinen Marktanteilsadditionen oder Strukturveränderungen durch das GU Axel Springer/Ringier, da im deutschsprachigen Lesermarkt für Konsumthemen, im deutschsprachigen Lesermarkt für News- und Themenpresse sowie im deutschsprachigen Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen nur Axel Springer vertreten ist.

Fazit

120. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass es infolge des Zusammenschlusses zu keiner Marktanteilsaddition bzw. keiner Strukturveränderung kommt, welche auf Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG schliessen liesse.

B.5.1.2 Deutschsprachiger Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen

121. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO wird die hinsichtlich der Lesermärkte vorgenommene Marktabgrenzung gespiegelt und diese als Ausgangspunkt für die Abgrenzung der Werbemärkte verwendet. Da dem Werbemarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen dieselben Titel der Parteien zugeordnet werden wie dem Lesermarkt für Illustrierte mit allgemeinen Themen, kann für die Marktabgrenzung auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

122. Demzufolge kommt es auch bei den vorliegend betroffenen Werbemärkten – unabhängig davon, ob die EZMV-Methode der Parteien oder die WEMF-Klassifikation zugrunde gelegt wird – zu keinen Marktanteilsadditionen oder Strukturveränderungen durch das GU Axel Springer/Ringier, welche auf Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG schliessen liessen.

B.5.1.3 Deutschsprachiger Lesermarkt für Programmpresse

123. Auf dem deutschsprachigen Lesermarkt für Programmpresse gibt Axel Springer die Zeitschriften „Tele“, „TV-Star“, „TV2“, „TVvier“ und „TV Land & Lüt“ heraus. Ringier gemeinsam mit der Tamedia AG die Zeitschrift „TVtäglich“.

124. Die Parteien geben in ihrer Meldung an, dass sie im Bereich der Programmzeitschriften eine unterschiedliche Strategie verfolgen würden. Während Axel Springer kostenpflichtige Programmzeitschriften verlege, biete Ringier gemeinsam mit der Tamedia AG die Zeitschrift „TVtäglich“ als kostenlose Programmbeilage bzw. als Gratisbeilage an.

⁴³ Die EHA STRA (Einzelhandelsstrukturanalyse) ist eine Strukturanalyse des Zeitungs- und Zeitschriftenhandels, welche auf einer wöchentlichen Vollerhebung durch die presseführenden Einzelhändler basiert, [...].

125. Unter Berufung auf einen Beschluss des Bundeskartellamts im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens⁴⁴ wird von den Parteien geltend gemacht, dass die Zeitschriften „Tele“, „TV-Star“, „TV2“, „TVvier“ und „TV Land & Lüt“ als TV-Programmzeitschriften zu behandeln und entsprechend dem deutschsprachigen Lesermarkt für Programmpresse zuzuordnen seien. Die Zeitschrift „TVtäglich“ hingegen sei separat als Programmbeilage zu behandeln und sei entsprechend ihrem Trägermedium zuzuordnen.

126. Gemäss diesem Beschluss des Bundeskartellamts dienen Programmzeitschriften im Allgemeinen dazu, die Leser mit vertieften Informationen über das Fernseh- und Radioprogramm für einen bestimmten Zeitraum zu versorgen. Neben dem eigentlichen „Programmlisting“ verfügen die Programmzeitschriften grösstenteils über einen mehr oder weniger aufwendig gestalteten Magazinteil mit Hintergrundberichterstattung, Kommentierungen und Empfehlungen sowie anderen Themen. So hat das Bundeskartellamt im erwähnten Beschluss befunden, dass TV-Programmbeilagen nach ihren Eigenschaften und ihrem jeweiligen Verwendungszweck im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts keine gleichwertigen Alternativen darstellen. Auch könnten diese nicht unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität einbezogen werden. Weiter würden sich die TV-Programmbeilagen bezüglich der Programmdarstellung und der Highlightberichterstattung unterscheiden. Entscheidend sei auch, dass der Erhalt einer TV-Programmbeilage an den Erwerb des Trägermediums, in der Regel eine Tageszeitung oder ein Magazin, geknüpft sei sowie, dass Verlage, welche selbst Programmzeitschriften herausgeben, ebenfalls Programmbeilagen nicht als relevante Wettbewerber ihrer Programmzeitschriften wahrnehmen würden.

127. Gemäss Meldung werde „TVtäglich“ einmal pro Woche ganz überwiegend Zeitschriften (wie beispielsweise der „Schweizer Illustrierten“, „GlücksPost“, „Schweizer Familie“) als Supplement beigelegt und biete eine Übersicht über 40 Fernseh- und Radiosender aus dem In- und Ausland. [...] „TVtäglich“ verfüge weiter über keinerlei relevanten Magazinteil und liefere damit keine redaktionell aufwendig aufgearbeiteten Informationen. Zudem bestehe lediglich eine relativ kleine Auswahl an Sendern und Sendezeiten. Weiter zeichne sich „TVtäglich“ im Gegensatz zu den Programmzeitschriften durch eine günstige und wenig hochwertige Heftqualität aus. Deshalb sei „TVtäglich“ nicht mit den übrigen Programmzeitschriften austauschbar. In Übereinstimmung mit dem Beschluss des Bundeskartellamts und nach Auffassung von Ringier und der Tamedia AG seien die TV-Programmbeilagen anders als die TV-Programmzeitschriften zu behandeln. Die Programmbeilage „TVtäglich“ werde daher dem jeweiligen Markt des Trägermediums zugeordnet.

128. Gestützt auf die überzeugenden Ausführungen der Parteien bzw. des Bundeskartellamtes kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Zeitschrift „TVtäglich“ nicht demselben sachlich relevanten Markt wie die Zeitschriften „Tele“, „TV-Star“, „TV2“, „TVvier“ und „TV Land & Lüt“ zuzuordnen sind. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass eine blosser TV-Programmbeilage aufgrund ihres Inhalts eher mit einem elektronischen

Programmführer (Electronic Program Guide, EPG) zu vergleichen ist. Entsprechend würde sich hier auch die Frage der Substituierbarkeit von Print und Online stellen. Ob für TV-Programmbeilagen ein separater Markt abzugrenzen ist oder, wie von den Parteien unter Berufung auf den erwähnten Beschluss des Bundeskartellamtes geltend gemacht, diese den jeweiligen Märkten ihrer Trägermedien zuzurechnen sind, kann vorliegend offenbleiben, da es so oder anders nicht zu einer Marktanteilsaddition oder Strukturveränderung infolge des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kommt.

Fazit

129. Der zu beurteilende Zusammenschluss begründet oder verstärkt keine marktbeherrschende Stellung im deutschsprachigen Lesermarkt für Programmpresse.

B.5.2 Ergebnis

130. 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.

⁴⁴ Bundeskartellamt (BKartA), Beschluss vom 25. April 2014, B6 – 98/13 - Springer/Funke; [...].

B 2.3

2. Nokia Corporation/Alcatel-Lucent

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Juli 2015

1. Am 29. Juni 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Nokia Corporation (nachfolgend: Nokia) die alleinige Kontrolle über die Alcatel-Lucent SA (nachfolgend: Alcatel) zu erwerben.¹

2. Nokia mit Sitz in Espoo, Finnland, ist eine Aktiengesellschaft finnischen Rechts und an der Börse von Helsinki und der New York Stock Exchange gelistet. Früher ein weltweit führender Anbieter von Mobiltelefonen, hat sich Nokia in den letzten Jahren zu einem führenden Anbieter von drahtloser Telekommunikationsnetzwerktechnologie gewandelt.

3. Alcatel mit Sitz in Boulogne-Billancourt, Frankreich, ist eine Aktiengesellschaft französischen Rechts und an der Euronext sowie der New York Stock Exchange gelistet. Alcatel entstand 2006 aus dem Zusammenschluss des französischen Alcatel-Konzerns und dem amerikanischen Lucent-Konzern.

4. Die vorliegende Transaktion betrifft den Bereich der Telekommunikationsnetzwerktausrüstung. Die Zusammenschlussparteien sind vorwiegend in den Bereichen Funkzugang (Radio Access Networks, RAN), Festnetzzugang, Kernnetzwerk (Core Network Systems, CNS) für Mobilfunk- und Festnetze, Software für Netzmanagement und -betrieb sowie zugehörigen Infrastrukturdienstleistungen tätig.

5. Im Entscheid *Nokia Corporation - Siemens AG*² hat sich die WEKO bereits mit der Marktabgrenzung im Bereich Telekommunikationsnetzwerktausrüstung auseinandergesetzt und ging betreffend die sachliche Markt- abgrenzung von den durch die damaligen Zusammenschlussparteien eingebrachten Geschäftsbereichen (a) Ausrüstung von Mobilfunknetzen, (b) Ausrüstung von Festnetzen und (c) dazugehörige Dienstleistungen aus.³

6. *Mobilfunknetzausrüstung* kann in verschiedene Technologiegenerationen der Mobilfunknetzwerke gruppiert werden, wobei mit jeder nachfolgenden Generation eine Erhöhung der Übertragungskapazität und technologischen Leistungsfähigkeit erfolgt. Die Klassifizierung von Mobilfunknetzwerken kann allgemein nach Generationen in 2/2.5G, 3G, 4G und 5G-Systeme erfolgen, wobei 5G noch in der Entwicklungsphase steht. Dabei basiert 2/2.5G auf den Standards GSM⁴/GPRS⁵/EDGE⁶, 3G auf WCDMA⁷ und 4G auf LTE⁸. Unabhängig von der verwendeten Mobilfunktechnologie haben Mobilfunknetze zwei Hauptkomponenten, nämlich das Funkzugangsnetz (RAN) und das Kernnetzwerk (CNS).

7. Das RAN überträgt die Signale von einem mobilen Endgerät über eine offene Schnittstelle zum CNS. Das CNS verbindet die einzelnen RAN, die den Endanwendern den Netzzugriff bzw. mobile Sprach- und Datenkommunikation überhaupt ermöglichen, und verwaltet die Informationsflüsse innerhalb eines Mobilfunknetzwerks, regelt die Anrufsteuerung und stellt Sicherheitsfunktionen zur Verfügung. Das CNS besteht aus Kernen zur Regelung des Sprach- und Datenverkehrs, Carrier IP-Telefonieausrüstung (Carrier IP) sowie Software für das Netzmanagement. 2/2.5G- und 3G-Mobilfunknetze verwenden dabei für den Sprach- (leitungsvermittelt bzw. circuit-switched) und den Datentransport (paketvermittelt bzw. packet-switched) verschiedene Kerne (Traditional Packet Core, TPC), wohingegen Kerne beim 4G-Standard vollständig auf der Paketvermittlung, d.h. dem IP⁹, basieren (Evolved Packet Core, EPC). TPC und EPC können zusammen als mobile paketvermittelte Kerne (Wireless Packet Core, WPC) bezeichnet werden. Carrier IP ermöglicht die Übertragung von Daten und Applikationen in Echtzeit über das Internet. Bezüglich der Software für das Netzmanagement sind Operation Support Systems (OSS) und Business Support Systems (BSS) zu unterscheiden.¹⁰ Sowohl Nokia als auch Alcatel sind nach Aussage der Parteien lediglich im Bereich OSS tätig.

8. In einem früheren Entscheid im Bereich Telekommunikationsnetzwerktausrüstung hielt die WEKO fest, dass für eine funktionierende Netzwerkausrüstung alle beschriebenen Komponenten erforderlich sind, so dass diese nicht miteinander substituierbar sind und grundsätzlich eigene sachlich relevante Märkte bilden, sofern

¹ Die geplante Übernahme wurde am 19. Juni 2015 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet. Am 24. Juli 2015 hat die EU-Kommission das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen genehmigt; vgl. Case No COMP/M.7632 (2015), *Nokia/Alcatel-Lucent*.

² RPW 2007/1, 87 ff., *Nokia Corporation - Siemens AG*.

³ RPW 2007/1, 88 Rz 23, *Nokia Corporation - Siemens AG*.

⁴ Global System for Mobile Communications; technischer Standard für den digitalen Mobilfunk der zweiten Generation, als Nachfolger zu den analogen Systemen der vorherigen ersten Generation.

⁵ General Packet Radio Service; aufgerüstetes GSM mit höherer Datenübertragungsrate.

⁶ Enhanced Data Rates for GSM Evolution; aufgerüstetes GPRS mit höherer Datenübertragungsrate.

⁷ Wideband Code Division Multiple Access; technischer Standard für digitalen Mobilfunk der dritten Generation, mit höherer Datenübertragungsgeschwindigkeit gegenüber der zweiten Generation. WCDMA wird zum Beispiel vom Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) verwendet.

⁸ Long Term Evolution; technischer Standard für den digitalen Mobilfunk der vierten Generation, welche gleichzeitig den aktuellen Stand der Technik darstellt.

⁹ Internet Protocol.

¹⁰ Bei OSS handelt es sich um Software, welche es Mobilfunknetzbetreibern ermöglicht, Netzwerkbetrieb und -dienstleistungen zu verwalten, zu überwachen und zu steuern. BSS sind kundenorientierte Anwendungen zur Abwicklung kundenspezifischer Funktionen wie die Rechnungsstellung.

diese von der Marktgegenseite einzeln nachgefragt und von den Netzwerkausrüstern einzeln angeboten werden. Ob der sachlich relevante Markt für Mobilfunknetzausrüstung in weitere, die beschriebenen Bestandteile der Mobilfunknetzausrüstung umfassende Teilmärkte zu unterteilen ist, wurde schliesslich mangels Einfluss auf das Ergebnis offen gelassen.¹¹ Die EU-Kommission hielt in Entscheiden betreffend Mobilfunknetzausrüstung fest, dass RAN- und CNS-Ausrüstungen eigene Produktmärkte darstellen und innerhalb des Marktes für RAN-Ausrüstung eine Unterscheidung nach Technologie gemacht werden solle.¹² Den Markt für CNS-Ausrüstung segmentierte sie nach Art und Verwendungszweck¹³ und betrachtete OSS und BSS als separate Produktmärkte.¹⁴ Die genaue sachliche Marktabgrenzung liess die EU-Kommission jeweils mangels Einfluss auf das Ergebnis ebenfalls offen.¹⁵

9. Vorliegend werden im Bereich RAN die folgenden Märkte betrachtet: (i) Funkzugangnetz als Gesamtmarkt (RAN total) sowie die verschiedenen Generationen der Übertragungstechnologien, nämlich (ii) 2/2.5G (GSM/GPRS/EDGE), (iii) 3G (WCDMA) und (iv) 4G (LTE). Im Bereich CNS werden die folgenden Märkte betrachtet: (i) Mobile paketvermittelte Kerne gesamt (WPC), (ii) Traditional Packet Core (TPC), (iii) Evolved Packet Core (EPC), (iv) Carrier IP und (v) OSS. Die genaue Marktabgrenzung für RAN und CNS wird jedoch in casu offen gelassen, da sich unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis dieser Vorprüfung nicht ändert.

10. *Festnetzausrüstung* wird ähnlich wie die Mobilfunknetzausrüstung nach der Netzzugangsausrüstung, der Kernnetzausrüstung, sowie Software für Netzmanagement unterschieden.¹⁶ Im Bereich der Kernnetzausrüstung verwenden Mobil- und Festnetze gemäss Parteien teilweise dieselben Produkte und Technologien.

11. Wie bereits in Rz 8 ausgeführt, hielt die WEKO fest, dass für eine funktionierende Netzwerkausrüstung alle beschriebenen Komponenten erforderlich sind. Im genannten Entscheid wurden die Märkte für Festnetzausrüstung nach verwendeten Technologien abgegrenzt, die genaue Marktabgrenzung jedoch offen gelassen.¹⁷ Dies entspricht auch der Praxis der EU-Kommission.¹⁸

12. Im Unterschied zu Alcatel ist Nokia nach Aussage der Parteien im Bereich Ausrüstung von Festnetzen nicht tätig. Da sich die Aktivitäten der Parteien in Bezug auf Festnetzausrüstung nicht überschneiden und es somit zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, wird vorliegend auf eine weitere Segmentierung nach Technologie verzichtet.

13. *Servicedienstleistungen für Mobilfunk- und Festnetze* umfassen folgende Dienstleistungen: Bereitstellung, Lieferung und Installation; Unterhalt und Wartung; Verwaltung; andere professionelle Dienstleistungen wie Schulung, Beratung und Sicherheit.¹⁹

14. In ihrem früheren Entscheid betrachtete die WEKO die Märkte für Dienstleistungen (alle), für Mobilfunkdienstleistungen sowie für die oben genannten Arten von Dienstleistungen, liess die genaue Marktabgrenzung aber mangels Einfluss auf das Ergebnis der Vorprüfung

offen.²⁰ In den Entscheiden der EU-Kommission zum Bereich Telekommunikationsnetzwerkausrüstung hielt diese fest, dass Dienstleistungen in den Bereichen Bereitstellung, Lieferung und Installation sowie Unterhalt und Wartung als zum jeweiligen Markt für Netzwerkausrüstung zugehörig zu betrachten seien, sog. Managed Services²¹ hingegen einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen könnten, da letztere oft separat von den Netzwerkausrüstern angeboten werden.²² Vorliegend wird zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses der bisherigen Praxis der WEKO und der EU-Kommission gefolgt, die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis offen gelassen.

15. Nokia ist vorliegend gemäss Parteien nur im Bereich Servicedienstleistungen für Mobilfunknetze tätig. Alcatel bietet auf der anderen Seite keine Dienstleistungen im Bereich Mobilnetze in der Schweiz an.

16. In räumlicher Hinsicht hielt die WEKO in ihrem früheren Entscheid fest, dass starke Anhaltspunkte für die Abgrenzung weltweiter Märkte für Netzwerkausrüstungen bzw. deren Komponenten bestehen. Dementsprechend bezeichnete die WEKO einen auf die Schweiz begrenzten Markt als zu eng. Einzig betreffend zugehörige Dienstleistungen betonte die WEKO die lokale Präsenz als einen wichtigen Faktor, wenn der Service vor Ort zu erbringen ist. Sie liess die exakte geographische Marktabgrenzung jedoch offen, da sich die Beurteilung auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung nicht änderte.²³ Die EU-Kommission ging in ihren Entscheiden betreffend Telekommunikationsnetzwerkausrüstung von EWR-weiten, wenn nicht sogar weltweiten geographischen Märkten aus, liess die definitive Marktabgrenzung jedoch ebenfalls offen.²⁴ Auch für die vorliegende Beurteilung kann die exakte Abgrenzung des

¹¹ RPW 2007/1, 90 f. Rz 35 ff., *Nokia Corporation - Siemens AG*.

¹² Case No COMP/M.6007 (2010), Rz 12 f., *Nokia Siemens Networks / Motorola Network Business*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 26 ff., *Nokia / Siemens*.

¹³ Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 22 und 29, *Nokia / Siemens*.

¹⁴ Case No COMP/M.6007 (2010), Rz 12 f., *Nokia Siemens Networks / Motorola Network Business*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 24 f., *Nokia / Siemens*.

¹⁵ Case No COMP/M.6007 (2010), Rz 14, *Nokia Siemens Networks / Motorola Network Business*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 29, *Nokia / Siemens*.

¹⁶ Vgl. RPW 2007/1, 89 ff. Rz 29 ff., *Nokia Corporation - Siemens AG*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 30 ff., *Nokia / Siemens*.

¹⁷ RPW 2007/1, 93 Tabelle b), *Nokia Corporation - Siemens AG*.

¹⁸ Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 41, *Nokia / Siemens*.

¹⁹ RPW 2007/1, 90 Rz 33, *Nokia Corporation - Siemens AG*.

²⁰ RPW 2007/1, 91 ff. Rz 39 und Tabelle c), *Nokia Corporation - Siemens AG*.

²¹ Managed Services ermöglichen dem Netzwerkbetreiber bestimmte Aufgaben, einschliesslich netzwerkbezogene technische Tätigkeiten, auszulagern.

²² Case No COMP/M.6007 (2010), Rz 15 ff., *Nokia Siemens Networks / Motorola Network Business*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 44 ff., *Nokia / Siemens*.

²³ RPW 2007/1, 91 Rz 41 ff., *Nokia Corporation - Siemens AG*.

²⁴ Case No COMP/M.6007 (2010), Rz 19 ff., *Nokia Siemens Networks / Motorola Network Business*; Case No COMP/M.4297 (2006), Rz 47 ff., *Nokia / Siemens*.

geographisch relevanten Marktes offen gelassen werden, da auch bei einer hypothetischen und damit zu engen Marktabgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz umfassen würde, keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

17. Betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) sind im Bereich *Mobilfunknetzausrüstung* betreffend *Funkzugangsnetze* (RAN) bei einer räumlichen Marktabgrenzung, welche mindestens den EWR umfasst, der Markt für das Funkzugangsnetz als Gesamtmarkt (RAN total) sowie – bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung – die Teilmärkte für 2/2.5G, 3G und 4G. Gleiches gilt bei einer weltweiten räumlichen Marktabgrenzung. So beträgt der gemeinsame Marktanteil von Nokia und Alcatel im Gesamtmarkt für RAN (RAN total) ~[30–40] % im EWR und weltweit [20–30] %, in den Teilmärkten für 2/2.5G ~[20–30] % im EWR und weltweit [20–30] %, für 3G ~[30–40] % im EWR und weltweit [20–30] % sowie für 4G ~[20–30] % im EWR und weltweit [30–40] %. Bei Betrachtung eines auf die Schweiz begrenzten Marktes bestehen keine betroffenen Märkte. In der Schweiz erzielt Alcatel laut Parteien keine Umsätze im Bereich Mobilfunknetzausrüstung, weshalb es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.

18. Für das *Kernnetzwerk* (CNS) sind bei einer räumlichen Marktabgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz umfasst, der Markt für mobile paketvermittelte Kerne als Gesamtmarkt (WPC) sowie – bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung – die Teilmärkte für Traditional Packet Core (TPC) und Evolved Packet Core (EPC) betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. So beträgt der Marktanteil von Nokia im schweizerischen Markt für WPC [30–40] %, für TPC und EPC [30–40] % bzw. [30–40] %. Da Alcatel laut Parteien im Bereich Mobilfunknetzausrüstung keinerlei Umsätze in der Schweiz generiert, kommt es in der Schweiz zu keinen Marktanteilsadditionen. Bei einer EWR- oder weltweiten räumlichen Marktabgrenzung, entstehen durch das Zusammenschlussvorhaben geringe Marktanteilsadditionen (<[0–10] % bzw. [0–10] %) und weisen die Zusammenschlussparteien in den jeweiligen Märkten einen Marktanteil von [10–20] % auf, womit durch das Zusammenschlussvorhaben keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU entstehen. Eine Ausnahme bildet der EWR-weite Markt für OSS, in welchem der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien im EWR ~[20–30] % beträgt, weltweit sind es [10–20] %.

19. Im Bereich *Festnetzausrüstung* ist Nokia überhaupt nicht tätig, weshalb es durch den beabsichtigten Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Gemäss den Parteien beträgt der Marktanteil von Alcatel in der Schweiz im Bereich Netzzugang zwischen [20–30] % und im Bereich Kernnetzwerk [10–20] %. Im Bereich Festnetzausrüstung entstehen durch den Zusammenschluss keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

20. Im Bereich *Servicedienstleistungen für Mobilfunk- und Festnetze* werden die Dienstleistungen Bereitstel-

lung, Lieferung und Installation sowie Unterhalt und Wartung laut Parteien vorwiegend als Paket im Rahmen einer Infrastrukturbeschaffung bezogen (sog. Attached Services). Dies wurde auch von der EU-Kommission in ihren Entscheiden anerkannt (vgl. oben, Rz 15). Die WEKO stellte diesbezüglich fest, dass Servicedienstleistungen i.d.R. zusammen mit der Netzausrüstung ausgeschrieben und vergeben werden.²⁵ Folglich entsprechen die Marktanteile der jeweiligen Netzausrüster im Bereich Servicedienstleistungen in etwa ihren jeweiligen Marktanteilen bei der Netzinfrastruktur (RAN und CNS). Betreffend Managed Services für Mobilfunknetze ist der Marktanteil von Nokia in der Schweiz mit rund [0–10] % minim; Alcatel erzielte in diesem Bereich in der Schweiz keine Umsätze. Die Zusammenschlussparteien schätzen ihren gemeinsamen weltweiten bzw. EWR-weiten Marktanteil auf [10–20] %, womit kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU besteht.

21. Eine Analyse der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse ergibt, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss betreffend *Funkzugangsnetze* (RAN) im Gesamtmarkt für RAN (RAN total) zum Marktführer Ericsson mit einem Marktanteil von ~[30–40] % im EWR und einem weltweiten Marktanteil von [30–40] % aufschliessen. Ein ebenfalls starker Konkurrent, der Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausüben wird, ist Huawei mit einem Marktanteil von ~[30–40] % im EWR und einem weltweiten Marktanteil von [20–30] %. Weitere Konkurrenten sind u.a. ZTE und Samsung. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch in den Teilmärkten 2/2.5G, 3G und 4G.

22. Die WEKO äusserte sich bereits in ihrem früheren Entscheid dahingehend, dass kürzliche Markteintritte von neuen und starken Wettbewerbern wie Huawei und ZTE in die Mobilfunknetzausrüstungsmärkte den Wettbewerb in diesem Bereich zusätzlich intensiviert habe. Ebenso kurbelte die Entwicklung neuer Mobilfunktechnologien den Wettbewerb auf den Netzausrüstungsmärkten an.²⁶ Diese Feststellungen treffen heute genauso zu mit dem Unterschied, dass sich Huawei und ZTE in der Zwischenzeit im Markt etablieren konnten und dass der Wettbewerb auf einer höheren Entwicklungsstufe stattfindet, bzw. sich in der Zukunft im Bereich der sich noch in der Entwicklung befindenden Fünftgenerationennetze 5G abspielen wird. Nebst den starken Konkurrenten Ericsson und Huawei ist nach Aussage der Parteien insbesondere auch Samsung ein zu nennender Wettbewerber auf dem 4G-Teilmarkt, welcher einen erheblichen Wettbewerbsdruck ausübt. Samsung wird dabei von den Zusammenschlussparteien als fähiger RAN-Anbieter angesehen und würden Mobilfunkbetreiber Samsung zunehmend in Ausschreibungen einbeziehen.

²⁵ RPW 2007/1, 97 Rz 62, *Nokia Corporation - Siemens AG*.

²⁶ RPW 2007/1, 94 f. Rz 53, *Nokia Corporation - Siemens AG*.

23. Schliesslich können die Parteien durch den geplanten Zusammenschluss auch bezüglich Forschung und Entwicklung zu ihren Konkurrenten aufschliessen. Huawei gibt nach Aussage der Parteien rund EUR 5 Mia. pro Jahr für Forschung und Entwicklung im 5G-Bereich aus und Ericsson rund EUR 4 Mia. Demgegenüber kommen Nokia und Alcatel je einzeln auf EUR [...] Mia. bzw. EUR [...] Mia.

24. Seitens der Parteien wird festgehalten, dass eigentlicher Wettbewerb im Zuge der Ablösung von Zweit- und Drittgenerationennetzwerken grundsätzlich nur noch im Bereich der Viertgenerationennetzwerke 4G stattfindet. Da 4G-Netzwerke jedoch ebenfalls weitgehend eingeführt seien, werde der Wettbewerb zukünftig auf den Bereich der 5G-RAN-Technologie fokussieren, welche ab etwa 2020 eingeführt werden soll.²⁷ Alcatel zieht sich nach Aussage der Parteien im Rahmen seiner Geschäftsstrategie denn auch immer mehr aus dem Geschäft mit Zweit- und Drittgenerationennetzwerken zurück und legt den Fokus beim gegenwärtigen Mobilfunkstandard 4G in [...]. Demgegenüber hat Alcatel EWRweit im Bereich 4G-RAN nur einen Marktanteil von etwa [0–10] %. In der Schweiz verfügt Alcatel in diesem Segment wie obenstehend dargestellt über gar keine Marktanteile und erzielt keine Umsätze.

25. Aus dem Gesagten ergeben sich in diesem Bereich trotz sachlicher Überlappung räumlich nur wenige Überschneidungen zwischen den Zusammenschlussparteien. Auch ist der Bereich RAN stark geprägt von grossen Ausschreibungsverfahren und könnten die Netzausrüstungsabnehmer im Rahmen ihrer Ausschreibungen jeweils auch auf andere Netzausrüster umsteigen.²⁸

26. Im Bereich *Kernnetzwerk* (CNS) bestehen nach dem Zusammenschluss im Gesamtmarkt für mobile paketvermittelte Kerne (WPC) mit Huawei und Ericsson zwei starke Wettbewerber mit Marktanteilen von [30–40] % bzw. [20–30] % in der Schweiz. Im EWR weisen diese mit ~[20–30] % bzw. ~[30–40] % klar höhere Marktanteile als die Zusammenschlussparteien mit einem gemeinsamen Marktanteil von ~[0–10] % auf und ist Cisco dabei mit einem Marktanteil von ~[30–40] % ein weiterer starker Wettbewerber.

27. Im betroffenen Teilmarkt für TPC verfügen Huawei und Ericsson in der Schweiz über Marktanteile von [30–40] % bzw. [20–30] %. Im EWR weisen sie mit ~[20–30] % bzw. ~[30–40] % klar höhere Marktanteile als die Zusammenschlussparteien mit einem gemeinsamen Marktanteil von ~[0–10] % auf. Bei TPC handelt es sich laut Parteien um eine Legacy-Technologie, bei welcher keine Produkteinnovationen mehr stattfinden würden, da diese Technologie zusehends durch EPC abgelöst werde. Im Bereich der TPC finde heute kein wesentlicher Wettbewerb mehr statt bzw. würden sich die Umsätze typischerweise auf Unterhalt und Wartung durch die ursprünglichen Ausrüstungslieferanten beziehen. Insofern seien die Angaben zu den Marktanteilen für Traditional Packet Core lediglich ein Abbild früheren Wettbewerbs. Eigentlicher Wettbewerb finde nach heutigem Stand der Technologie vielmehr im Bereich EPC statt.

28. Für EPC verfügen Huawei und Ericsson in der Schweiz über Marktanteile von [30–40] % bzw. [20–30] %. Im EWR beträgt ihr Marktanteil mit ~[20–30] %

bzw. ~[30–40] % ebenfalls deutlich mehr als derjenige der Zusammenschlussparteien mit zusammen ~[0–10] %. Auch nach dem Zusammenschluss wird Nokia betreffend EPC anhaltend grossem Wettbewerbsdruck von anderen weltweit operierenden Netzwerkausrüstern ausgesetzt sein. Nebst den genannten Huawei und Ericsson sind auch Samsung und ZTE zu nennen.

29. Für OSS werden nach dem Zusammenschluss Ericsson und Huawei mit Marktanteilen von ~[30–40] % bzw. ~[30–40] % im EWR mit Abstand die beiden grössten Marktteilnehmer verbleiben. Weitere Wettbewerber im EWR sind gemäss Parteien auch ZTE (~[0–10] %) und Samsung (~[0–10] %). Weltweit verfügen Ericsson und Huawei über Marktanteile von [20–30] % bzw. [20–30] %. Als weitere weltweite Konkurrenten sind Cisco ([0–10] %) und Samsung ([0–10] %) zu nennen. Somit wird auch nach dem Zusammenschluss starker Konkurrenzdruck bestehen, da Ericsson und Huawei jeweils grösser sind als die Parteien gemeinsam.

30. Während nach Aussage der Parteien im Bereich der Funkzugangnetze (RAN) jedes Jahr hohe Summen für die Weiterentwicklung bestehender Standards ausgegeben werden (vgl. oben, Rz 24), namentlich aufgrund der immer grösser werdenden Nachfrage von Bandweite, müssten auch die Kernnetzwerke (CNS) optimiert und flexibilisiert werden. Mit der zunehmenden Verlagerung von hardware-fokussierten Technologien in software- und cloud-basierte Lösungen, werde der Markteintritt auch von nicht-traditionellen Netzwerkausrüstern unterstützt. Als Folge der Virtualisierung der Kernnetzwerkarchitektur stünden traditionelle Anbieter wie Nokia und Alcatel somit neuen Anbietern gegenüber.

31. Zusammenfassend wird somit festgestellt, dass auf den betroffenen Märkten genügend aktueller Wettbewerb besteht und ergibt sich, dass durch den vorgesehenen Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt 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.

²⁷ So gingen nach Aussage der Parteien die weltweiten Einnahmen marktweit betreffend 2/2.5G-RAN von \$ ~20,2 Mia. (2008) auf \$ ~3,3 Mia. (2014) zurück und werden 2018 voraussichtlich auf \$ ~800 Mio. schrumpfen. Gleichzeitig gingen betreffend 3G-RAN die weltweiten Einnahmen marktweit von \$ 16,6 Mia. (2011) auf \$ 10,5 Mia. (2014) zurück und werden für 2018 noch \$ ~8,2 Mia. erwartet. Im Gegenzug sind die marktweiten Verkäufe für 4G-RAN von \$ ~400 Mio. (2010) auf über \$ 17 Mia. (2014) gestiegen und werden für 2018 \$ ~21,8 Mia erwartet.

²⁸ Vgl. RPW 2007/1, 95 Rz 54, *Nokia Corporation - Siemens AG*.

B 2.3	3. Kirschner/Valora Warenlogistik 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 20. Mai 2015

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Kirschner/Valora Warenlogistik AG auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A Sachverhalt

1. Am 27. April 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Thomas Kirschner (nachfolgend: TK) bzw. die TK-Gruppe und A und B XY bzw. die ATLAS-Gruppe mit Kaufvertrag vom 10. April 2015 via die gemeinsam gehaltene 7Days Media Services GmbH (nachfolgend: 7Days) von Valora International AG sämtliche Aktien und damit die vollständige Kontrolle an Valora Warenlogistik AG, Muttenz (nachfolgend: VWL) zu erwerben.¹

2. Dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben gingen folgende Zusammenschlüsse voraus: Mit Beschluss vom 9. Juli 2014 hat die WEKO ein Zusammenschlussvorhaben von TK, wonach dieser indirekt über die von ihm kontrollierte Brillant Media Services GmbH die Kontrolle über die Valora Mediaservices AG (nachfolgend: VMS) übernehmen wollte für unbedenklich erklärt. Der Zusammenschluss betraf alleine die Presselogistik. Die interne Warenlogistik von Valora verblieb bei VWL.²

3. Mit Stellungnahme vom 29. August 2014 hat die WEKO das Zusammenschlussvorhaben von TK und A und B XY, wonach sie den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über 7Days (früher VMS) durch TK sowie A und B XY geplant hatten, ebenfalls für unbedenklich erklärt.³

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben knüpft an die oben genannten Zusammenschlüsse Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG und Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG an.⁴

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 TK bzw. TK-Gruppe

5. Die TK-Gruppe, mit Sitz in Frankfurt am Main ist fast ausschliesslich über die im Pressegrasso und Kontraktlogistikdienstleistungen aktive 7Days in der Schweiz tätig.⁵ Darüber hinaus erzielt die TK-Gruppe in der Schweiz geringfügige Umsätze in den Bereichen IT-Dienstleistungen, Remissionsverarbeitung und Touristikdienstleistungen.⁶ 7Days ist über die Zweigniederlassung Muttenz im Bereich des Pressegrasso sowie der Kontraktlogistikdienstleistungen in der deutsch- sowie

italienischsprachigen Schweiz tätig.⁷ 7Days ist eine Zwischenholding der TK-Gruppe.⁸ Die Integration der PSA Holding SA und der VMS in die 7Days wurde rückwirkend per 31. Juli 2014 abgeschlossen.⁹ Sämtliche Geschäftsanteile an 7Days wie auch an der neu gegründeten 7Days Digital GmbH (nachfolgend: 7 Days Digital) werden von 7 Days Group GmbH & Co. KG, Frankfurt am Main (nachfolgend: 7Days Group) gehalten. Komplementär von 7Days Group ist 7Days Verwaltungs GmbH, Frankfurt am Main.¹⁰

6. An der 7Days Group sind die SOKI Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, Frankfurt am Main (nachfolgend: SOKI KG), als 100 % Kommanditistin und die 7Days Verwaltungs GmbH als Komplementär beteiligt.¹¹ Die SOKI KG ist zudem Alleineigentümerin der 7Days Verwaltungs GmbH.

7. An der SOKI KG sind TK und die ATLAS Beteiligungen GmbH und Co. KG (nachfolgend: ATLAS) jeweils als 50% Kommanditist sowie die SOKI Verwaltungs GmbH, an welcher wiederum TK und ATLAS zu je 50 % beteiligt sind, als Komplementär beteiligt.¹²

8. ATLAS befindet sich im gemeinsamen Eigentum von A und B XY.¹³

9. Über die TOKI Beteiligungsgesellschaft ist die SOKI KG zudem als Kommanditistin mit 50 % an der PVG Presse-Vertriebs Gesellschaft KG (nachfolgend: PVG) beteiligt.¹⁴ TK ist der alleinige persönlich haftende Komplementär von PVG.¹⁵

10. PVG ist Presse-Grossistin mit einem Vertriebsgebiet im Raum Deutschland.¹⁶

11. An der gemeinsamen Kontrolle von TK bzw. TK-Gruppe und A und B XY bzw. ATLAS-Gruppe über 7Days hat sich laut Meldung seither nichts geändert.¹⁷ Die Beteiligungsstruktur TK-Gruppe einschliesslich ATLAS-Gruppe sieht wie folgt aus:

¹ Meldung vom 27. April 2015, Rz 50 (nachfolgend: Meldung).

² Vgl. RPW 2014/2, S. 430 ff., Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG; Meldung, Rz 2a.

³ Vgl. RPW 2014/4, S. 744 ff., Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG; Meldung, Rz 2b.

⁴ Vgl. RPW 2014/2, S. 430 ff., Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG; vgl. auch RPW 2014/4, S. 744 ff., Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG; Meldung, Rz 2.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 9 f. und 19.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 20 und Rz 120 ff.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 10.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 11.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 3a.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 11b.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 11c.

¹² Vgl. Meldung, Rz 12a.

¹³ Vgl. Meldung, Rz 12b.

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 13.

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 14.

¹⁶ Vgl. Meldung, Rz 15.

¹⁷ Vgl. Meldung, Rz 3b.

Beteiligungsstruktur TK-Gruppe (heute)

Stand April 2015

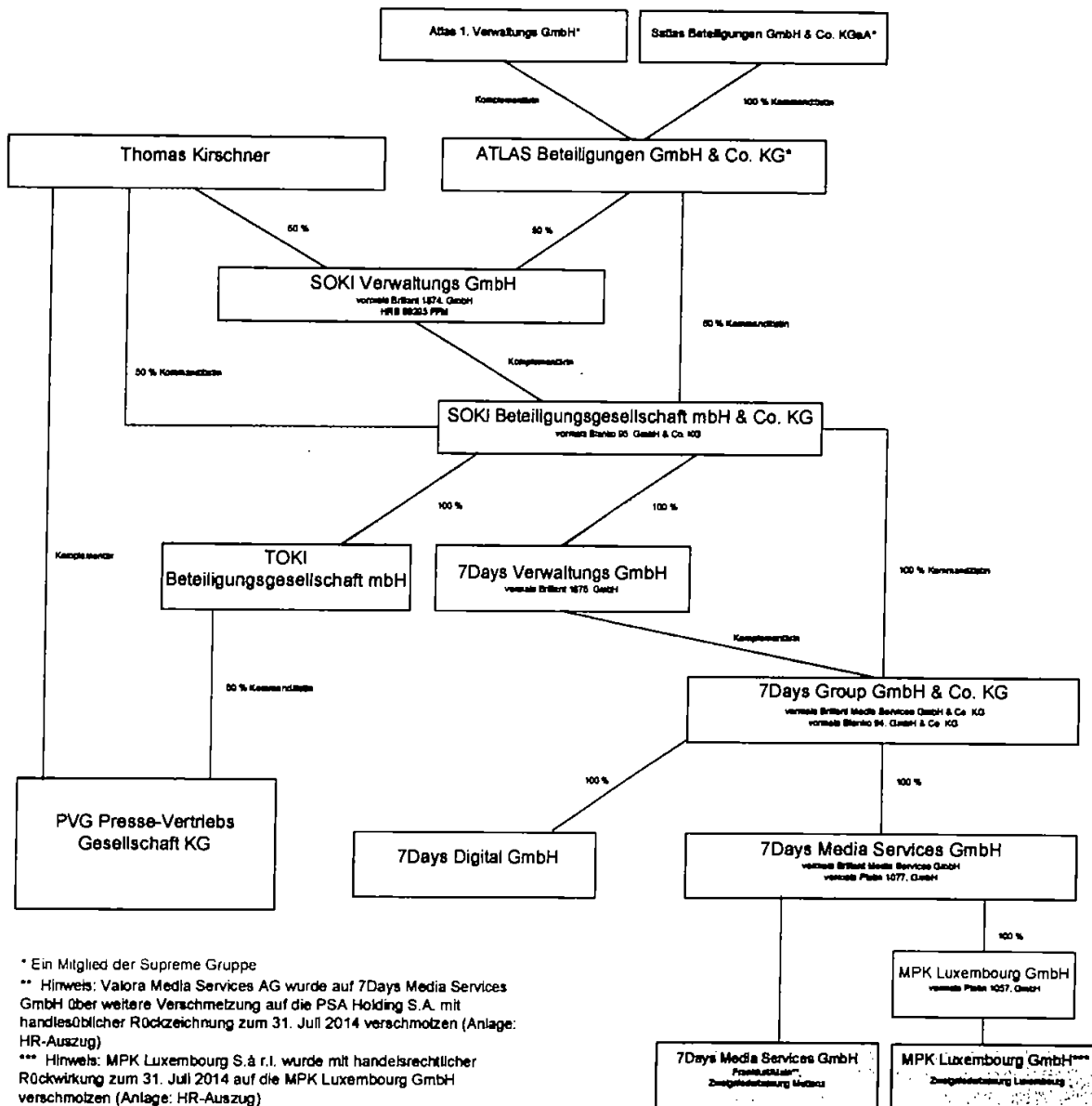


Abbildung 1: Beteiligungsstruktur TK-Gruppe einschliesslich ATLAS-Gruppe¹⁸

A.1.2 A und B XY bzw. ATLAS-Gruppe

12. ATLAS ist eine Zwischenholdinggesellschaft und gehört als 100 % Kommanditistin der Satlas Beteiligungen GmbH & Co KGaA mit Sitz in Frankfurt am Main (nachfolgend: Satlas). Komplementärin ist die ATLAS 1. Verwaltungs GmbH.¹⁹ Satlas hat zwei Gesellschafter. Diese sind A XY mit ca. [...] % und B XY mit ca. [...] % Beteiligung. [...]. Satlas ist eine reine Holdinggesellschaft, deren Gesellschaftszweck das Halten und Verwalten von Beteiligungen inklusive der aktiven Verwaltung des eigenen Vermögens ist. Dies umfasst insbesondere eine Mehrheitsbeteiligung von [...] % an der [L-Gruppe], die weltweit über mehrere operative Geschäfte verfügt.

13. Die [L-Gruppe] ist ein international tätiger Logistikkonzern, der sich vor allem auf Logistiklösungen für [...] in abgelegenen Orten spezialisiert hat. Hierzu zählen insbesondere Transport sowie Beschaffung, Lieferung und Lagerung von Treibstoffen und Nahrungsmitteln. Darüber hinaus bietet die [L-Gruppe] in Europa Logistikleistungen für die Systemgastronomie, beispielsweise für [...] an.²⁰

¹⁸ Meldung, Beilage 2.

¹⁹ Vgl. Meldung, Rz 24.

²⁰ Vgl. Meldung, Rz 24 ff.; vgl. auch RPW 2014/4, 746 Rz 10 f., Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG.

14. Laut der Meldung verfügen die von A und B XY kontrollierten Unternehmen der ATLAS-Gruppe, abgesehen von der Beteiligung an 7Days, über keinerlei relevante Geschäftstätigkeiten in der Schweiz.²¹ [...].²²

A.1.3 Valora Warenlogistik AG

15. VWL, mit Sitz in Muttenz, erbringt Dienstleistungen im Bereich Warenlogistik. Dies umfasst abgesehen von der eigentlichen Transportlogistik insbesondere auch die Lagerung und Kommissionierung von Produkten in den Bereichen Food und Non-Food, inklusive Getränke und Tabakprodukten. VWL erbringt ihre Dienstleistungen als Teil der Valora Gruppe (ehemalige Division „Valora Services“) überwiegend für die Verkaufsstellen der Valora-Gruppe, darüber hinaus in gewissem Umfang auch für Drittkunden im In- und Ausland.²³

A.1.4 Valora International AG

16. Valora International AG (nachfolgend: Valora) ist eine international tätige Unternehmung, deren Kerngeschäft sich auf den Betrieb von Kiosken und andere Einzelhandelsformate unter den Marken k kiosk, avec., Press&Books, Spettacolo und Brezelkönig, vornehmlich an Hochfrequenzlagen bezieht. In diesem Bereich vertreibt Valora unter anderem Presseerzeugnisse auf der Einzelhandelsstufe.

17. Daneben vertreibt Valora als Vertriebspartnerin Markenartikel in den Kategorien Food, Non-Food, Süsswaren, Getränke und Kosmetik an den organisierten und unabhängigen Einzelhandel, wobei Valora plant diesen Geschäftszweig zu verkaufen.

A.2 Verfahren

18. Am 27. April 2015 wurde beim Sekretariat die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

19. Mit Schreiben vom 29. April 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung.

20. Mit Schreiben vom 6. Mai 2015 informierte das Sekretariat TK und A und B XY, dass die Meldung vollständig sei.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

21. 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

22. 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 Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2

Abs. 1^{bis} KG sind. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.²⁴

23. Gemäss Praxis der WEKO kann auch natürlichen Personen, zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zukommen.²⁵ 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.²⁶

24. TK, A und B XY sowie VWL sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

25. Betreffend TK bzw. A und B XY ist Folgendes anzumerken: Auch wenn TK bzw. A und B XY als natürliche Personen den obligationsrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllen,²⁷ sind die bei TK bzw. A und B XY vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von ihnen kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt. Diese stellt eine konstitutive Voraussetzung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs dar.²⁸ Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter TK jeweils die TK-Gruppe verstanden.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

26. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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, als Unternehmenszusammenschluss.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 30.

²² Vgl. Meldung, Rz 31.

²³ Vgl. Meldung, Rz 35.

²⁴ Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGE 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*; RPW 2014/4, 747 Rz 18, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.

²⁵ Vgl. RPW 2013/3, 390 Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; RPW 2014/2, 423 Rz 16, *Aurelius/Publicitas*; RPW 2014/2, 432 Rz 20, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

²⁶ 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 21.2.2009, S. 15 Rz 12.

²⁷ Vgl. Art. 963 des Bundesgesetzes vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

²⁸ Vgl. RPW 2012/3, 681 Rz 23, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; vgl. auch RPW 2014/4, 747 Rz 21, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*; RPW 2014/2, 432 Rz 22, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

27. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

28. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.²⁹

B.1.3 Umstände, die zum Zusammenschlussvorhaben geführt haben

29. Das gemeldete Zusammenschlussverfahren ist Teil der aktuellen Strategie von Valora, ihre Geschäftsaktivitäten konsequent auf den Bereich Retail zu fokussieren. Konkret betrifft dies den Einzelhandel an Hochfrequenzlagen. Valora hat für nicht zur Kernkompetenz gehörende Aktivitäten mögliche Optionen für eine Neuausrichtung evaluiert, um diese zu veräussern. Insbesondere auf die ehemalige Division „Valora Services“ trifft dies zu, zu deren Geschäftsmodell neben dem Pressegrasso auch Logistikleistungen gehörten. Ebenfalls trifft dies auf die Division „Valora Trade“ zu.³⁰ Das Pressegrasso-Geschäft sowie die Drittkundenlogistik wurden im Jahre 2014 bereits an die meldenden Unternehmen veräussert.³¹

B.1.4 Umstände des Zusammenschlussvorhabens

30. Die Zielgesellschaft VWL ist Anfang 2014 auf dem Wege der Ausgliederung aus der Valora-Gruppe bzw. Valora Schweiz AG entstanden, indem sämtliche zu dem Geschäftsbereich „Warenlogistik“ zugehörige Aktiven und Passiven per 1. Januar 2014 auf die bis zu diesem Zeitpunkt ohne Geschäftstätigkeit bestehende VWL übertragen wurden.³²

31. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erwerben TK und A und B XY mit Kaufvertrag vom 10. April 2015 via die von ihnen gemeinsam gehaltene 7Days von Valora International AG sämtliche Aktien und damit die vollständige Kontrolle an VWL.³³

²⁹ Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

³⁰ Vgl. Meldung, Rz 51.

³¹ *ä.a.O.*; vgl. auch RPW 2014/4, S. 744 ff., *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*; RPW 2014/2, S. 430 ff., *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

³² Vgl. Meldung, Rz 49.

³³ Vgl. Meldung, Rz 50.

Beteiligungsstruktur TK-Gruppe / Beabsichtigter Erwerb der Valora Warenlogistik AG
Stand April 2015

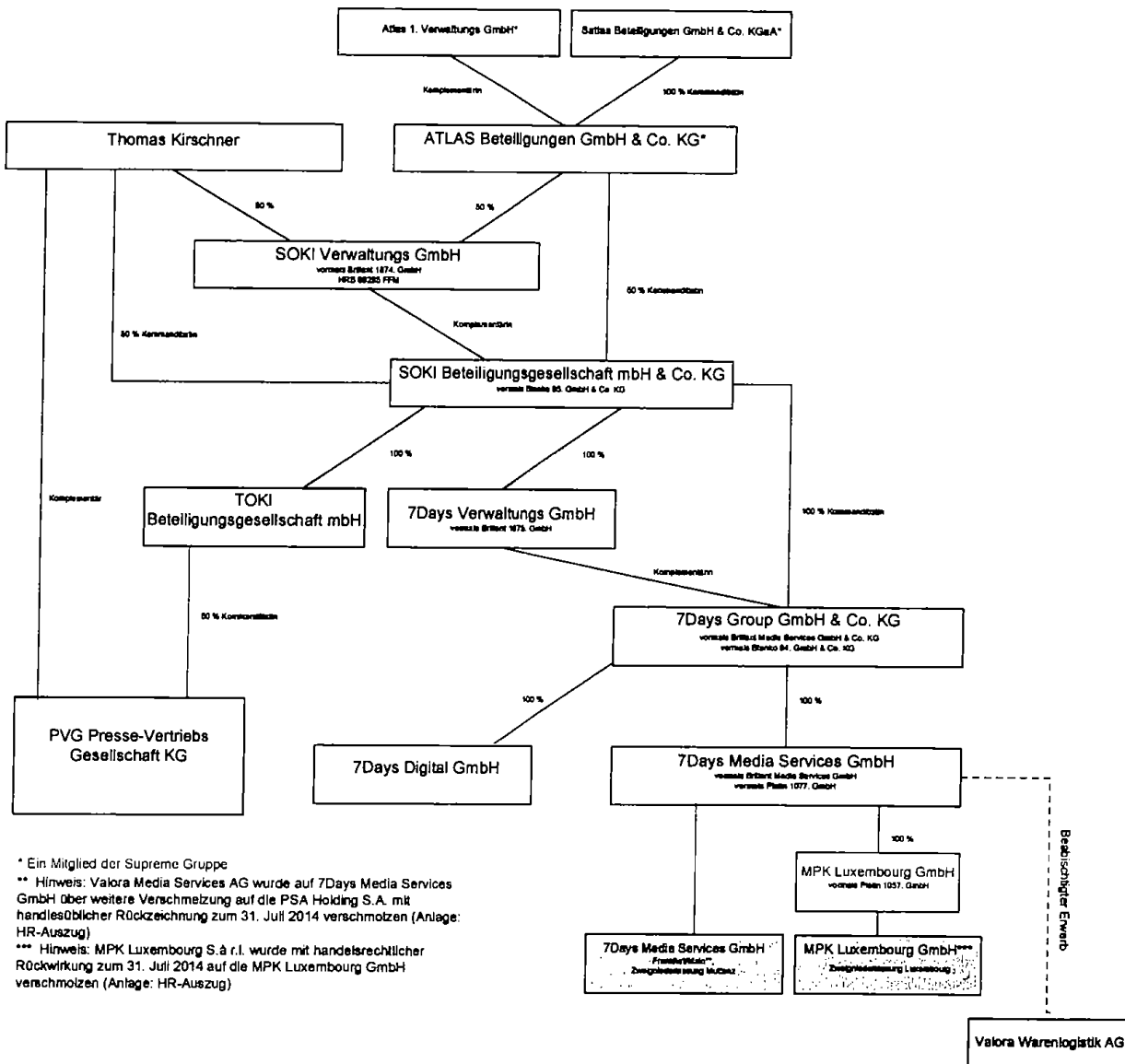


Abbildung 2: Übernahmevorhaben³⁴

B.1.5 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

32. Mit der Akquisition der Warenlogistik von Valora International AG können die TK-Gruppe und die ATLAS-Gruppe die Geschäftstätigkeit von 7Days im Bereich der Presse- und Drittkundenlogistik um den Bereich der Warenlogistik erweitern.³⁵ Durch die Belieferung von Verkaufsstellen mit Presseerzeugnissen und Produkten im Food- und Non-food-Bereich über dieselben Logistikketten kann 7Days gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien Synergien realisieren und ihre Leistungen im Bereich Logistik weiterentwickeln.

B.2 Nebenabreden

33. Von den Zusammenschlussparteien wurden im Rahmen der Meldung des Zusammenschlussvorhabens keine Nebenabreden geltend gemacht, weshalb die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens keine Genehmi-

gung von Nebenabreden (wie z.B. ein Konkurrenzverbot) umfasst.

B.3 Meldepflicht

34. 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 CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

³⁴ Meldung, Beilage 3.
³⁵ Vgl. Meldung, Rz 52.

35. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen (Art. 3

Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall TK, A und B XY und VWL.

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 (in Mio. CHF)³⁶

	Thomas Kirschner	A und B XY	VWL
Weltweit	[...] ³⁷	[...] ³⁸	[...] ³⁹
Schweiz	[...] ⁴⁰	[...] ⁴¹	[...] ⁴²

Wechselkurs: 1 EUR = 1,20 CHF (durchschnittlicher Wechselkurs 2014)

36. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, erzielen die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Umsatz von insgesamt ca. [...] CHF weltweit und erfüllen die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend [...] nicht. 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.

37. Mit Verfügung vom 5. Juli 1999 hat die WEKO in einem Verfahren nach KG festgestellt, dass die Kiosk AG (jetzt 7Days) im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.⁴³

38. Zudem ist zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der dem Markt für Presse-grosshandel vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Die WEKO hat im Zusammenschluss Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG den bis anhin abgegrenzten Markt für Logistikdienstleistungen weiter in einen Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen und in einen Markt für Presse-grosshandel segmentiert.⁴⁴ 7Days ist sowohl in der Drittkundenlogistik als auch im Presse-grosshandel tätig. VWL ist in der Warenlogistik aktiv. Somit sind beide Unternehmen im gleichen Segment (Warenlogistik) und auf der gleichen wirtschaftlichen Stufe tätig, weshalb vorliegend von einem benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG auszugehen ist.

39. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

40. 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).

41. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind

zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

42. 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).

43. Laut Meldung verfügt TK abgesehen von der Geschäftstätigkeit über 7Days auf keinen weiteren Märkten über substantielle Geschäftsaktivitäten, insbesondere nicht in den Märkten für Logistikdienstleistungen.⁴⁵ A und B XY verfügen abgesehen von der Beteiligung an 7Days über keinerlei relevante Geschäftstätigkeiten in der Schweiz.⁴⁶ 7Days erwirtschaftet [0-10] % des Gesamtumsatzes im Bereich der Drittkundenlogistik.⁴⁷ VWL erbringt Dienstleistungen im Bereich der Warenlogistik.⁴⁸

44. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erbringen somit Dienstleistungen, die Logistikmärkte betreffen.

³⁶ Vgl. Meldung, Rz 119 ff.

³⁷ Vgl. Meldung, Rz 120 ff.

³⁸ Vgl. Meldung, Rz 125.

³⁹ Vgl. Meldung, Rz 119.

⁴⁰ Vgl. Meldung, Rz 121.

⁴¹ a.a.O.

⁴² Vgl. Meldung, Rz 119.

⁴³ Vgl. RPW 1999/3, 414 Rz 83, *Bahnhofskioske*; RPW 2014/4, 748 Rz 32, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.

⁴⁴ Vgl. RPW 2014/2, 434 Rz 37 ff., *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

⁴⁵ Vgl. Meldung, Rz 5b.

⁴⁶ Vgl. Meldung, Rz 30.

⁴⁷ Vgl. Meldung, Rz 5a.

⁴⁸ Vgl. Meldung, Rz 35.

B.4.1.1.1. Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

45. Im Bereich der Drittkundenlogistik ist zwischen Märkten für Logistikdienstleistungen gegenüber Endkonsumenten (B2C) und Logistikdienstleistungen für Unternehmen (B2B) zu unterscheiden.⁴⁹ Die WEKO segmentiert den B2B-Bereich sodann in einen Markt für Speditionsdienstleistungen und in einen Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen.⁵⁰

46. Dieser Markt umfasst Leistungen, die nicht nur Transport und Zustellung umfassen, sondern auch weitere Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Auftragsabwicklung, Lagermanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere „Value-Added-Services“.⁵¹

47. Als Marktgegenseite von 7Days und VWL erscheinen Unternehmen, für welche 7Days und VWL die Abholung, Grob- und Feinkommissionierung, Feinverteilung sowie Rückführung, Aufbereitung und Entsorgung von Produkten im Bereich Food und Non-Food erledigen. Im Fall von VWL sind dies insbesondere Unternehmen der Valora-Gruppe. Im Fall von 7Days sind laut Meldung Unternehmen der Marktgegenseite entweder Unternehmen spezifischer Branchen oder aber der Versand- und Online-Handel.⁵²

B.4.1.1.2. Markt für Pressegrosshandel

48. Die WEKO hat in einem früheren Verfahren festgestellt, dass der Vertrieb von Presseerzeugnissen spezielle ökonomische Eigenschaften aufweise. Die Versorgung der unterschiedlichen Verkaufsstellen im gesamten räumlich relevanten Markt mit Presseerzeugnissen werde kostenmässig dadurch optimiert, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen werde (Bündelungsvorteile). Belieferungssysteme pro Zeitung resp. Zeitschrift oder pro Verlag würden in aller Regel höhere Kosten verursachen. Wie die physische Belieferung weise auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierungen, Rücknahme von nicht verkauften Exemplaren) Eigenschaften auf, welche die Annahme zulassen würden, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt würden. Die Leistungen im relevanten Markt würden somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.⁵³

49. Aufgrund der zeitlichen Nähe zum Zusammenschluss Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG hat die WEKO in der Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices festgehalten, dass davon auszugehen sei, dass für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens an den im Zusammenschluss Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG vorgenommenen Markttabegrenzungen betreffend den Bereich Pressegrosshandel festgehalten werden könne.⁵⁴

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

51. Kontraktlogistikdienstleistungen werden in der Regel von den im Markt bestehenden Unternehmen mindestens schweizweit erbracht. Daher ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem schweizweiten Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen auszugehen.

B.4.1.2.2. Markt für Pressegrosshandel

52. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO⁵⁵ den Markt für Pressegrosshandel in separate räumlich relevante Märkte je Sprachregion (deutschsprachige Schweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz) abgegrenzt. Da eine Unterteilung der Märkte nach Sprachregionen für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens keine Relevanz aufweist, da es auf diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Veränderungen der Marktsituation kommt, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die räumliche Markttabegrenzung offen gelassen werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.3 Markt für Kontraktlogistik

53. In der kürzlich verfassten Stellungnahme der WEKO zum Zusammenschlussvorhaben Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG hat die WEKO festgehalten, dass der Marktanteil von 7Days betreffend die Tätigkeit im Logistikbereich unabhängig von der genauen Markttabegrenzung deutlich unter der Schwelle von 30 % liege, da in der Schweiz grosse nationale und internationale Wettbewerber wie namentlich DHL/Deutsche Post oder die Schweizerische Post tätig seien.⁵⁶

54. In der Meldung wird plausibel dargestellt, dass der Marktanteil von VWL im Bereich der Kontraktlogistikdienstleistungen verschwindend klein ist.⁵⁷ So betrug das Gesamtvolumen des Schweizer Markts für Kontraktlogistikdienstleistungen im Jahr 2011 rund 37 Mia. CHF,

⁴⁹ Vgl. Meldung, Rz 4a.

⁵⁰ Vgl. RPW 2013/2, 183 f. Rz 200 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; vgl. auch RPW 2012/4, 873 Rz 83 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.

⁵¹ Vgl. RPW 1999/1, 129 Rz 19, *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

⁵² Vgl. Meldung, Rz 61.

⁵³ Vgl. RPW 1999/3, 412 Rz 71, *Bahnhofskioske*; vgl. auch RPW 2014/2, 437 Rz 56, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

⁵⁴ Vgl. RPW 2014/4, 749 Rz 40, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.

⁵⁵ Vgl. RPW 1999/3, 471 Rz 22, *Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*; vgl. auch RPW 2014/2, 435 Rz 47, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

⁵⁶ Vgl. RPW 2014/2, 434 Rz 34, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

⁵⁷ Vgl. Meldung, Rz 73.

wobei 7Days im Jahr 2014 lediglich insgesamt einen Umsatz von geschätzt rund [...] Mio. CHF und VWL mit einem Umsatz von [...] Mio. CHF erwirtschaftet hat. Zusammen würden die beiden Unternehmen daher auf dem Markt für Kontraktlogistik einen Umsatz von ca. [...] Mio. CHF erwirtschaften, was einem Marktanteil von weit unter [0-10] % entsprechen würde.⁵⁸

55. Die meldenden Unternehmen sind in der Schweiz alleine über 7Days in den Märkten für Kontraktlogistikdienstleistungen mit kleinem Marktanteil tätig. Die Akquisition von VWL führt zu keiner signifikanten Erhöhung. Der kombinierte Marktanteil von 7Days und VWL bleibt laut Meldung weiterhin deutlich unter 20 %.⁵⁹

56. Die Märkte für Kontraktlogistikdienstleistungen sind vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU somit nicht betroffen.

B.4.4 Markt für Pressegrosshandel

57. Im Rahmen der Untersuchung Bahnhofskioske hat die WEKO festgestellt, dass die Kiosk AG (jetzt 7Days) im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG aufweise.⁶⁰ 7Days, die derzeit einzige Vertriebspartnerin für Presseerzeugnisse aller Verlagshäuser für den Einzelverkauf in der Schweiz ist, verfügt gemäss Meldung entsprechend in den von ihr bearbeiteten Märkten über einen Marktanteil von gegen 100 %.⁶¹ Vor diesem Hintergrund sowie gestützt auf die Angaben in der Meldung⁶² ist davon auszugehen, dass 7Days auf dem betroffenen Markt bereits heute über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Bezüglich die voraussichtliche Stellung auf dem betroffenen Markt ist festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Veränderung der Marktstellung auf dem Markt für Pressegrosshandel führt. Allenfalls könnte das Zusammenschlussvorhaben zu Verbundeffekten führen, die die Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf dem Markt für Kontraktlogistik beeinflussen.

58. Es stellt sich deshalb noch die Frage, ob aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses Verbundeffekte resultieren, die dazu geeignet sind, die marktbeherrschende Stellung von 7Days zu verstärken.

59. Vorliegend wurde in Rz 38 festgestellt, dass es sich beim Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen und beim Markt für Pressegrosshandel um benachbarte Märkte handelt. Durch den Zusammenschluss zwischen 7Days und VWL könnte 7Days Synergieeffekte insbesondere im Transport realisieren. In Anbetracht der kleinen Marktanteile von 7Days im Bereich der Kontraktlogistik ist vorliegend allerdings davon auszugehen, dass die aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierenden Verbundeffekte nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von 7Days auf dem Markt Pressegrosshandel oder zu einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Kontraktlogistik führen.

B.4.5 Ergebnis

60. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prü-

fung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁵⁸ Vgl. Meldung, Rz 70 ff.

⁵⁹ Vgl. Meldung, Rz 70 ff. und 81.

⁶⁰ Vgl. RPW 1999/3, 414 Rz 83, *Bahnhofskioske*.

⁶¹ Vgl. Meldung, Rz 74.

⁶² Vgl. Meldung, Rz 83.

B 2.3

4. Tamedia/ricardo.ch

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. August 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 24. August 2015

A Sachverhalt

1. Am 8. Mai 2015 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen (nachfolgend: Meldung). Danach beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über die ricardo.ch AG (nachfolgend: Ricardo) zu erwerben.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Tamedia**

2. Gemäss Meldung ist Tamedia die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Die Tamedia-Gruppe sei Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.

A.1.2 Ricardo

3. Gemäss Meldung betreibt Ricardo in erster Linie die bekannten Online-Shops ricardo.ch und ricardoshops.ch. Daneben betreibe Ricardo die Online-Plattformen olx.ch (insb. Kleinanzeigen) und autoricardo.ch (Fahrzeugrubriken).

4. ricardo.ch sei ein Online-Shop, bei dem Anbieter eine breite Palette von Produkten mittels Auktionen, Auktionen mit Sofort-Kaufen-Option (zu einem Fixpreis) oder reinen Fixpreisangeboten verkaufen könnten. [...]. Der Online-Shop von ricardo.ch ermögliche direkt den Verkaufsabschluss zwischen den Parteien auf elektronischem Weg. [...].

5. ricardoshops.ch sei ebenfalls ein Online-Shop, der ricardo.ch sehr ähnlich sei. Im Unterschied zu ricardo.ch würden auf ricardoshops.ch ausschliesslich Neuwaren mit Fixpreisen angeboten. Verkäufer seien ausschliesslich ausgewählte, professionelle Händler und Hersteller von Markenwaren.

6. Unter dem Domain-Namen olx.ch betreibe Ricardo daneben eine Online-Plattform für klassische Online-Kleinanzeigen (Rubrikanzeigen). Auf olx.ch könnten hauptsächlich Private kostenlose Rubrikanzeigen schalten. Dazu müsse sich der Inserent auf olx.ch registrieren. Alternativ könne der Inserent dafür auch seinen Account

bei ricardo.ch verwenden. Finde ein Inserent ein passendes Angebot, könne er den Verkäufer kontaktieren. Die Kontaktdaten seien für die Besucher öffentlich. Der weitere Verkaufsprozess werde bilateral zwischen den Parteien ausserhalb von olx.ch verhandelt und abgewickelt. olx.ch erhebe keine Gebühren und auch keine Kommissionen als Anteil am Verkaufspreis.

7. Unter dem Domain-Namen autoricardo.ch betreibe Ricardo zudem eine Online-Plattform für Fahrzeug-Rubrikanzeigen. Bei autoricardo.ch könne ein Fahrzeug als Rubrikanzeige inseriert werden. Wie bei olx.ch müsse sich der Verkäufer dafür registrieren und die Kontaktdaten des Verkäufers seien für alle Besucher öffentlich. Der weitere Verkaufsprozess werde auch hier bilateral zwischen den Parteien ausserhalb von autoricardo.ch verhandelt und abgewickelt. Daneben könne ein Fahrzeug auf autoricardo.ch auch als Auktion und/oder Angebot mit Fixpreis platziert werden. In dieser Variante benötige der Verkäufer einen Account, und der Kaufvertrag komme direkt über die Plattform zustande. Auktionen und Angebote mit Fixpreis seien auf autoricardo.ch aber die Ausnahme, da Fahrzeuge kaum „spontan“ ohne Besichtigung/Probefahrt etc. gekauft würden.

8. Zu Ricardo gehören gemäss Meldung weiter die Tochtergesellschaften Ricardo France Sàrl und ricardoshops GmbH. Ricardo France Sàrl sei im Bereich IT-Entwicklung tätig und erbringe IT-Entwicklungsdienstleistungen ausschliesslich für Ricardo. Die Gesellschaft erziele keine Umsätze mit Dritten. Die Tochtergesellschaft ricardoshops GmbH fungiere als Bindeglied zwischen dem Schweizer Online-Shop ricardoshops.ch und deutschen Händlern. Sie ermögliche es diesen, auf einfache Art Produkte über ricardoshops.ch in die Schweiz zu verkaufen und exportieren zu können. Namentlich erbringe ricardoshops GmbH dabei Dienstleistungen im Bereich der Abwicklung von Zollformalitäten und Mehrwertsteuer.

9. Ricardo wird heute gemäss Meldung von der MIH Ricardo B.V. (nachfolgend: MIH Ricardo) gehalten. Es handle sich bei MIH Ricardo um eine klassische Holding-Gesellschaft, der die Funktion zukomme, Beteiligungen an anderen Gesellschaften zu halten. MIH Ricardo sei Teil des südafrikanischen Medienkonzerns Naspers, der in den Bereichen Printmedien, Fernsehen und Internet tätig sei.

A.2 Vorhaben

10. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, von MIH Ricardo 100 % der Aktien von Ricardo und damit die alleinige Kontrolle über Ricardo, ricardoshops GmbH und Ricardo France Sàrl zu erwerben. Tamedia und MIH Ricardo hätten dazu einen Kaufvertrag unterzeichnet.

11. Der südafrikanische Medienkonzern Naspers (zu dem ricardo.ch seit 2008 gehört) verkaufe Ricardo, weil sich Naspers entschlossen habe, die Geschäftsaktivitäten in der Schweiz einzustellen. [...].

12. Bis zum Vollzug der Transaktion gehören zu Ricardo gemäss Meldung weiter die Tochtergesellschaften Ricardo France Sàrl und ricardoshops GmbH. Somit wird Tamedia mit der Kontrolle über die ricardo.ch AG auch die Kontrolle über diese beiden Gesellschaften erwerben.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

13. Durch die Übernahme von ricardo.ch und ricardoshops.ch bezweckt Tamedia gemäss Meldung, im Detailhandelsmarkt Fuss zu fassen. In diesem Bereich sei Tamedia heute nur in sehr geringem Umfang (namentlich mit fashionfriends.ch) tätig. Im Bereich der Kleinanzeigen beabsichtige Tamedia, Synergien zwischen den beiden Kleinanzeigenplattformen tutti.ch und olx.ch zu erzielen. Im Bereich der Fahrzeug-Rubrikanzeigen solle durch das Zusammengehen von car4you.ch und autoricardo.ch eine Alternative zum Marktführer AutoScout24 geschaffen werden.

14. Gemäss eigener Medienmitteilung vom 10. Februar 2015 stärkt Tamedia mit der Investition in die Ricardo-Gruppe ihre führende Stellung im Schweizer Onlinemarkt. Die Mediengruppe erweitere ihr Digitalportfolio, das bereits Angebote wie Doodle, homegate.ch, jobs.ch, Trendsales oder Zattoo umfasse, auf 13 Unternehmen, die neben der Schweiz auch in mehreren europäischen Ländern sowie Nordamerika tätig seien.¹

A.4 Das Verfahren

15. Am 23. Februar 2015 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.

16. Mit Schreiben vom 11. März 2015 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

17. Am 14. April 2015 reichte Tamedia eine (erleichterte) Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

18. Mit Schreiben vom 24. April 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der (erleichterten) Meldung und teilte die Unvollständigkeit der Meldung mit.

19. Am 7. Mai 2015 reichte Tamedia eine ergänzte (erleichterte) Meldung ein.

20. Am 8. Mai 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der (erleichterten) Meldung vom 7. Mai 2015.

21. Mit Schreiben vom 11. Mai 2015 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung vom 7. Mai 2015. Ebenfalls mit Schreiben vom 11. Mai 2015 verlangte das Sekretariat in Anwendung von Art. 15 VKU weitere Auskünfte und Unterlagen. Die entsprechenden Auskünfte gingen am 18. Mai 2015 ein.

22. Am 13. Mai 2015 versandte das Sekretariat Fragebögen an insgesamt rund 90 Unternehmen. Dabei bestand der Kreis der Befragten aus Konkurrenzunternehmen und aus stelleninserierenden Unternehmen in der Deutschschweiz und der Romandie. Davon sind 59 Unternehmen der stelleninserierenden Wirtschaft der Deutschschweiz zuzuordnen. Aus der französischsprachigen

Schweiz stammen 17 stelleninserierende Unternehmen. Bei der Konkurrenz handelt es sich um 12 Unternehmen aus der Deutschschweiz und zwei Unternehmen aus der französischsprachigen Schweiz.

23. Mit Schreiben vom 8. Juni 2015 teilte das Sekretariat Tamedia mit, dass aufgrund der Resultate der vorläufigen Prüfung eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt werde. Gleichzeitig mit dem Bericht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung erhielt Tamedia auch die Verfahrensakten sowie die Medienmitteilung.

24. Am 11. Juni 2015 mahnte das Sekretariat diejenigen stellenausschreibenden Unternehmen und Konkurrenten im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen, welche auf das Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2015 noch nicht geantwortet hatten.

25. Mit Schreiben vom 12. Juni 2015 versandte das Sekretariat weitere Fragebögen an drei Verbände und 33 Garagen sowie fünf Konkurrenten im Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

26. Am 18. Juni 2015 stellte Tamedia ein Fristerstreckungsgesuch bis am 30. Juni 2015 zur Stellungnahme zum Bericht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung.

27. Mit Schreiben vom 19. Juni 2015 gewährte das Sekretariat Tamedia eine Fristerstreckung für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bis am 30. Juni 2015.

28. Am 30. Juni 2015 nahm Tamedia zur vorläufigen Prüfung Stellung.

29. Gleichentags mahnte das Sekretariat diejenigen Verbände und Garagen sowie Konkurrenten im Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen, welche auf das Auskunftsbegehren vom 12. Juni 2015 noch nicht geantwortet hatten.

30. Bis am 23. Juli 2015 beantworteten bis auf zwei Anbieter von Stellenplattformen und vier Unternehmen der stelleninserierenden Wirtschaft und eine Garage alle der befragten Unternehmen die Fragebogen des Sekretariats vom 13. Mai 2015 (Bereich Stellen-Rubrikanzeigen) sowie vom 12. Juni 2015 (Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

31. 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

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

¹ Vgl. <http://www.tamedia.ch/de/pressekontakt/medienmitteilungen/2015/pressrelease/tamedia_uebernimmt_ricardo_gruppe/> (01.06.2015).

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

33. 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).

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

35. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, von MIH Ricardo 100 % der Aktien von Ricardo und damit die alleinige Kontrolle über ricardo.ch, ricardoshops.ch, autoricardo.ch, olx.ch, ricardoshops GmbH und Ricardo France Sàrl zu erwerben. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 bzw. 2013/2014 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Ricardo	insgesamt
Schweiz	1114	[...]	[...]
Weltweit	1114	[...]	[...]

40. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine 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 oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

41. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) marktbeherrschend sind.² Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia³ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Tamedia hat jedoch 2014 ihre Beteiligung an Le Temps an Ringier

36. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

37. Tamedia macht geltend, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG noch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

38. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) 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).

39. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.⁴

42. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne betrifft. Andererseits besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, falls der geplante Zusammenschluss einen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

43. Gemäss Meldung betreibt Ricardo in erster Linie die bekannten Online-Shops ricardo.ch und ricardoshops.ch. Daneben betreibt Ricardo die Online-Plattformen olx.ch (insb. Kleinanzeigen) und autoricardo.ch (Fahrzeugrubriken). Diese Onlineportale sind jeweils in deutscher und französischer Sprache verfügbar und richten sich damit namentlich auch an Nutzer und Inserenten in der französischsprachigen Schweiz. Damit ist Ricardo insbesondere auch auf den folgenden Märkten tätig (vgl. Rz 57 ff):

² Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

³ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff. *Tamedia/PPSR*.

⁴ Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1, *Ringier/Le Temps*.

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz.

44. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.⁵ Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung können insbesondere auch an die Leserschaft gerichtete Immobilien-Rubrikanzeigen sein.⁶ Daher umfassen die in der Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Märkte für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne je auch die Märkte für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz. Ob diese Märkte auch die Märkte für Inserenten von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen umfassen, kann vorliegend offengelassen werden.

45. Die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich Tribune de Genève und 24 heures) enthalten ebenfalls Rubrikanzeigen. Da Ricardo wie erwähnt auch in der französischsprachigen Schweiz und damit insbesondere auch in den Regionen Genf und Lausanne Online-Rubrikanzeigen anbietet, betrifft der geplante Zusammenschluss auch den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne, für welchen die marktbeherrschende Stellung von Tamedia in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde.

46. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

47. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben jedoch selbst dann als meldepflichtig nach Art. 9 Abs. 4 KG, falls es entgegen der obigen Einschätzung nicht den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betreffen sollte.

48. In diesem Fall würde es sich bei den Märkten für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zwar entgegen den obigen Ausführungen nicht um einen integralen Bestandteil des mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch nichts daran ändern, dass diese Märkte gleichwohl in einem Nahverhältnis zueinander stehen. Konkret wäre davon auszugehen, dass die Märkte für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in den verschiedenen Sprachregionen nur knapp ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den

Regionen Genf und Lausanne liegen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als dass die Online-Rubrikanzeigen von Ricardo für die französischsprachige Schweiz bzw. die Regionen Genf und Lausanne aus Sicht der Leser/Nutzer wie der Inserenten bis zu einem gewissen Grad mit den Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne substituierbar sind.

49. Gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint gemäss dieser Rechtsprechung etwa auch ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich.⁷ Somit würde es sich bei den Märkten für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen nach dem Gesagten unter Berücksichtigung dieser bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung um benachbarte Märkte zum (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln.

50. Grundsätzlich kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen (vgl. Rz 83).⁸

51. Aber selbst wenn separate Print- und Onlinemärkte für Rubrikanzeigen abgegrenzt würden, kann davon ausgegangen werden, dass separat abgegrenzte Märkte ebenfalls nur wenig ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne lägen. Insbesondere würde weiterhin zumindest eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen den Online-Rubrikanzeigen von Ricardo und den Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne bestehen. Durch eine entsprechende Anpassung der Marktabgrenzung würde sich an der Meldepflicht des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund des Vorliegens von mindestens einem benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG somit nichts ändern.

52. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

53. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

⁵ Vgl. in diese Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

⁶ Vgl. RPW 2007/2 204 Rz 101, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

⁸ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirk-samer Wettbewerb beseitigt werden kann, be-gründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nach-teile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

54. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder meh-rere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

55. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspiel-räumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend

aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

57. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leis-tungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungs-zwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

58. Tamedia und ihre Gruppengesellschaften betreiben mehrere Online-Portale in verschiedenen Bereichen. Tabelle 2 gibt eine Übersicht über diese Online-Portale.

Tabelle 2: Übersicht Online-Portale von Tamedia und ihren Gruppengesellschaften

Rubrikanzeigen (ohne Fahrzeuge, Stellen, Immobilien)		
tutti.ch	pa.ghi.ch	point-annonces.ch
Piazza.ch	20min.ch/marktplatz	
tio.ch	marktplatz.tagesanzeiger.ch	
Fahrzeug-Rubrikanzeigen		
car4you.ch	auto24.ch	ecocar4you.ch
fahrzeugnetz.ch	moto24.ch	
auto-online.ch	inserate24.ch	
Stellen-Rubrikanzeigen		
jobs.ch	jobsuchmaschine.ch	ingjobs.ch
jobwinner.ch	jobs4sales.ch	stellen.ch
alpha.ch	ictcareer.ch	24Emploi.ch
topjobs.ch	medTalents.ch	tdgemploi.ch
jobup.ch	jobs4finance.ch	tio.ch
Immobilien-Rubrikanzeigen		
homegate.ch	Immo.ch	24immobilier.ch
home.ch	Alle-immobilien.ch	tdgimmobilier.ch
immostreet.ch	Anzeiger.ch	
E-Commerce		
fashionfriends.ch	quaps.ch	
brandstore.ch	beautybox.ch	

59. Ricardo betreibt die Online-Marktplätze ricardo.ch und ricardoshops.ch, die Gratisinserate-Plattform olx.ch und die Fahrzeugplattform autoricardo.ch (vgl. Rz 3 ff.).

60. Auf den Internetseiten von Ricardo kann gemäss Meldung auch Bannerwerbung geschaltet werden. Auf ricardo.ch und olx.ch werde seit Oktober 2014 Netz-werkerwerbung eingesetzt. Dies allerdings vorerst lediglich

zu Testzwecken. Suchmaschinenwerbung könne bei Ricardo überhaupt nicht geschaltet werden.

61. Dementsprechend betrifft das Zusammenschlussvor-haben in erster Linie die Werbe- und Nutzermärkte für Rubrikanzeigen sowie die Märkte für Online-Firmenwerbung. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind somit die folgenden sachlichen relevanten Märkte relevant:

B.4.1.1.1. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

62. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche in einem Print-Medium oder auf einer Online-Plattform eine entsprechende Rubrikanzeige aufschalten möchten.⁹

63. Vorliegend ist unbestritten, dass Ricardo durch olx.ch auf den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) tätig ist. In Bezug auf ricardo.ch und ricardoshops.ch wurde in der Meldung demgegenüber geltend gemacht, diese seien nicht den Rubrikanzeigenmärkten zuzuordnen, sondern gehörten zum Detailhandelsmarkt.

64. Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren wird an der bisherigen Marktabgrenzung festgehalten. Dies bedeutet, dass Online-Plattformen wie ricardo.ch, ricardoshops.ch und ebay.ch den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) zuzuordnen sind.¹⁰

65. Es wäre künftig allenfalls auch denkbar, Online-Plattformen wie ricardo.ch, ricardoshops.ch, ebay.ch und Amazon Marketplace Märkten für sog. e-Commerce-Marktplätze zuzuordnen. Solche Märkte für e-Commerce-Marktplätze würden Online-Plattformen umfassen, über welche Drittanbieter Waren anpreisen und absetzen können, wobei (zumindest) der Vertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) innerhalb der Plattform zustande kommt.

66. Aus Sicht der Nutzer könnte auch argumentiert werden, dass Ricardo mit ricardo.ch und ricardoshops.ch – zumindest solange es nicht um den Kauf von Gebrauchsgütern geht – im Wettbewerb zu Detailhändlern steht. Wie in der Meldung geltend gemacht wird, hat jemand, der eine Winterjacke kaufen möchte, in der Tat die Möglichkeit, diese im stationären Detailhandel, in einem Online-Shop wie zalando.ch oder auf einer Online-Plattform wie ricardo.ch oder ricardoshops.ch zu kaufen.¹¹ Im Unterschied zu einem Kauf bei einem Online-Shop wie zalando.ch kommt der Vertragsabschluss bei einer Online-Plattform wie ricardo.ch und ricardoshops.ch aber nicht zwischen dem Shop bzw. der Plattform und dem Käufer, sondern zwischen dem Händler, der auf der Plattform inseriert, und dem Käufer zustande. Dieser Umstand lässt die Nähe zu den Märkten für Rubrikanzeigen erkennen.

67. Aus Sicht der Inserenten bzw. Verkäufer ist zudem anzumerken, dass die Möglichkeiten für Private und auch für kleinere Händler, ihre Waren auszuschreiben bzw. zu verkaufen, beschränkt sein dürften. So fällt für diese der Verkauf über einen eigenen Webshop oder via physische Verkaufsstelle kaum in Betracht. Vielmehr dürften sich deren Möglichkeiten faktisch auf den Vertrieb via Online-Plattformen beschränken.

68. Die Zuordnung von ricardo.ch und ricardoshops.ch zu einem eigenständigen e-Commerce-Bereich oder zum

Detailhandelsbereich würde am vorliegenden Ergebnis jedoch ohnehin nichts ändern: Gemäss eigenen Angaben ist Tamedia im Bereich e-Commerce-Marktplätze nicht tätig, und das Zusammenschlussvorhaben führt deshalb in diesem Bereich zu keinen Marktanteilsadditionen. Es könnte sich dabei jedoch die Frage stellen, ob Tamedia unter Umständen als potenzielle Konkurrenz zu betrachten ist. Auch in diesem Fall wäre aufgrund der Angaben in der Meldung davon auszugehen, dass der Zusammenschluss keine wesentlichen Änderungen bei den Marktverhältnissen zur Folge hätte. Bei einer Zuordnung von ricardo.ch und ricardoshops.ch zum Detailhandelsbereich würden die kumulierten Marktanteile von Tamedia und Ricardo gemäss Meldung unter 20 % liegen, so dass keine betroffenen Märkte vorliegen würden.

B.4.1.1.2. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

69. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten.¹²

B.4.1.1.3. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

70. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten.¹³

71. Metaportale werden grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt (vgl. Rz 95). Inserentenseitig gehören Metaportale bzw. gespiderte¹⁴ Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den Stellenausschreibenden geschaltet werden. Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Webseiten übernommen.

72. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht Tamedia geltend, die Marktabgrenzung in der vorläufigen Prüfung beschränke sich fälschlicherweise auf den Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen und erwäge sogar, je

⁹ Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 58 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2009/3, 262 f. Rz 131 ff., *Tamedia/PPSR*; RPW 2011/3, 411 f. Rz 6 f., *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*.

¹⁰ Vgl. dazu insb. RPW 2013/3, 373 Tabelle 11 und 357 Rz 15, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*. Es ist indes darauf hinzuweisen, dass der Play Store von Google Inc. und der App bzw. iTunes Store von Apple Inc. nicht in diesen Markt aufgenommen werden können (vgl. auch Fn 48 ff.).

¹¹ Vgl. dazu RPW 2014/1, 292 Rz 6, *Migros/Schild*.

¹² Vgl. RPW 2014/4, 761 Rz 40, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 361 Rz 60, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

¹³ Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/3, 361 Rz 61, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*.

¹⁴ Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internetseiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten (z. B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten (vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

einen separaten Markt für Print- und für Online-Stellen-Rubrikanzeigen abzugrenzen. Diese Betrachtung sei viel zu eng, da einem Unternehmen, das eine Stelle besetzen wolle, neben den klassischen Stellen-Rubrikanzeigen (Print oder Online) verschiedenste Recruiting-Kanäle zur Verfügung stünden:

- Stellen-Rubrikanzeigen auf der unternehmenseigenen Webseite seien dank Metaportalen auf grossen Stellenportalen auffindbar. Die Unternehmen könnten die direkte Auffindbarkeit ihrer Stellen-Rubrikanzeigen mittels Suchmaschinenwerbung und Suchmaschinenoptimierung verbessern.
- Unternehmen könnten sich an Personalvermittlungen wenden. Die Personalvermittler würden die Unternehmenswebseiten durchsuchen und auf die Unternehmen zugehen.
- Es bestehe auch die Möglichkeit über Temporärvermittlungsagenturen Vakanz zu füllen.
- Unternehmen würden aktiv Kandidatinnen suchen („active sourcing“);
- Unternehmen würden heute gezielt auch die eigenen Mitarbeiter einsetzen, um geeignete Kandidaten für eine offene Stelle zu finden (Mitarbeiternetzwerke)

73. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass es bei dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht um den Prozess der Personalvermittlung und beschaffung in seiner Gesamtheit geht. Vielmehr geht es spezifisch um Stellenausschreibungen. Stellenausschreibungen stellen eines der Elemente im Prozess Personalvermittlung und -beschaffung dar. Die Personalvermittlung und beschaffung in ihrer Dienstleistungsform als Ganzes gehört nicht zum Markt der Online-Stellen-Rubrikanzeigen. So grenzt auch die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) einen Markt für die Vermittlung permanenter Stellen („permanent employment services“) durch Personalvermittler ab.¹⁵ Dieser Markt unterscheidet sich vom Markt für Online-Dienste für Stellenanzeigen.

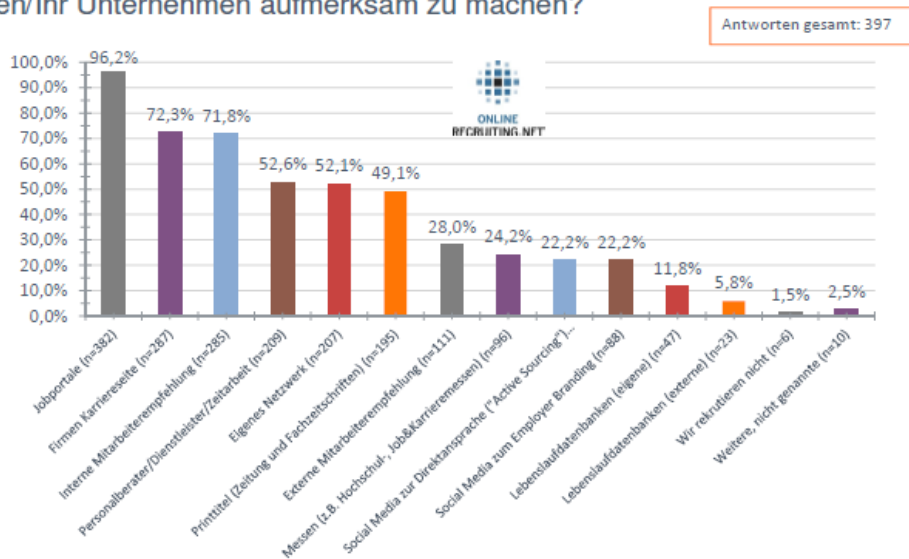
74. Tamedia macht in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung weiter geltend, das Inserat auf der eigenen Website stelle ein vollwertiges Substitut zum Inserat auf einer Stellenbörse dar. Damit würden beide Publikationsformen zum gleichen Markt gehören. Die Stellenausschreibung auf der eigenen Webseite sei heute eine der wichtigsten Möglichkeiten für Unternehmen, um Stellensuchende anzusprechen. Praktisch alle mittleren und grösseren Unternehmen und Organisationen verfügten heute auf ihren Webseiten über einen ausgebauten Bereich „Offene Stellen“. Die grösseren Unternehmen/Organisationen verfügten häufig über eigentliche Suchmasken, mit denen die Stellensuchenden eine für sie passende Stelle finden könnten. Dank dieser heute zur Verfügung stehenden Möglichkeiten seien die Unternehmen nicht mehr auf einen Anbieter von Stellen-Rubrikanzeigen angewiesen, sondern könnten ihre Stellen auf der eigenen Webseite ausschreiben. Auch kleine und mittlere Unternehmen würden heute ihre Stellen standardmässig auf ihrer Webseite aufschalten. Unzutreffend sei der in der vorläufigen Prüfung enthaltene Hinweis, die Publikation von Stellen auf der eigenen

Webseite sei für Unternehmen kostenlos, was dafür spreche, dass diese Stelleninsetrate nicht zum relevanten Markt gehörten. Der Aufbau, Betrieb und die die Pflege des Stellenbereichs auf der eigenen Webseite seien für das Unternehmen sehr wohl mit Kosten verbunden. Jedes Unternehmen stehe vor dem Entscheid, ob es die entsprechenden Beträge dafür ausgeben wolle oder ob es dieses Geld nicht effektiver einsetzen könne, indem es bei Stellenportalen Insetrate schalte. Beide Varianten seien für das Unternehmen mit Kosten verbunden und würden dem exakt gleichen Ziel, den für die Stelle geeigneten Mitarbeiter zu finden, dienen.

75. Unternehmen wählen in der Regel nicht zwischen der Ausschreibung auf der eigenen Webseite und Ausschreibung auf einem Stellenportal, sondern schreiben ihre Stellen gleichzeitig über die unternehmenseigene Webseite und über Stellenportale aus. Dass dem so ist, bestätigt auch die Studie Social Media Recruiting Studie 2014. Aus dieser Studie ist ersichtlich, dass 96,2 % den Kanal Jobportale nutzen, um Kandidatinnen auf ihre Stellen aufmerksam zu machen. Gleichzeitig nutzen 72,3 % der befragten Unternehmen die eigene Webseite (vgl. Abbildung 1). Dies und der Umstand, dass Unternehmen bereit sind, für Stellenausschreibungen auf Internetportalen von Dritten zu bezahlen, sprechen gegen eine Substituierbarkeit von Stellenausschreibungen auf Internetportalen von Dritten durch Stellenausschreibungen auf firmeneigenen Webseiten.

¹⁵ Vgl. KOMM, CELEX-Nr. 399M1702, Rz 8 f., *Vedior/Select Appointments*; KOMM, 2005, CELEX-Nr. 3200M3872, Rz 10 ff., *United Services Group/Solvus*; KOMM, 2009, CELEX-Nr. 32009M5626, Rz 8 ff.; KOMM, 2009, CELEX-Nr. 32009M5699, Rz 7 ff., *Adecco/MPS Group*.

3. Welche Kanäle nutzen Sie heute, um Kandidaten auf Ihre Stellen/Ihr Unternehmen aufmerksam zu machen?



ONLINE-RECRUITING.NET

SOCIALMEDIA-RECRUITING.COM 6

© Online-Recruiting.net 2014

Abbildung 1: Genutzte Kanäle, um Kandidaten auf Stellen/Unternehmen aufmerksam zu machen (Quelle: Social Media Recruiting Studie 2014).

76. Im Rahmen der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung der inserierenden Wirtschaft geben ungefähr 70 % an, dass Stellenausschreibungen auf unternehmenseigenen Webseiten und auf Stellenportalen nicht austauschbar sind. Demgegenüber erachten (nur) ungefähr 6 % der Befragten die beiden Kanäle als austauschbar. Ungefähr 24 % äussern sich nicht zu dieser Frage. Als Gründe für die mangelnde Substituierbarkeit wurden die fehlende Reichweite der firmeneigene Webseite, die Komplementarität der beiden Kanäle, die Ausrichtung auf unterschiedliche Zielgruppen und der eigentliche Zweck der firmeneigenen Stellenwebseite als Instrument für Arbeitgebermarketing angeführt. Stelleninserate über Online-Stellenportale erreichen gemäss Marktbefragung eine höhere Anzahl Nutzer.

77. Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.¹⁶ Es stellt sich jedoch die Frage, ob für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht reine Online-Stellen-Rubrikanzeigmärkte abzugrenzen sind.

78. In der Meldung wird diesbezüglich geltend gemacht, im Bereich der Rubrikanzeigen gehörten Online- und Print-Inserate zum gleichen relevanten Markt. Dies entspreche seit Jahren konstanter Praxis von WEKO und REKO/WEF.

79. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht Tamedia geltend, die vorläufige Prüfung erwäge für die Werbe- und Nutzermärkte für Stellen-Rubrikanzeigen separate Onlinemärkte abzugrenzen. Diese Marktabgrenzung widerspreche der konstanten und jahrelangen Praxis der WEKO und REKO/WEF, wonach Print-

und Online-Rubrikanzeigen zum gleichen Markt gehören. Der Entscheid der REKO/WEF sei in diesem Punkt auch höchstrichterlich bestätigt worden. Diese neue Marktabgrenzung wäre in der Sache auch falsch. Print- und Online-Rubrikanzeigen seien sowohl aus Sicht der Werbetreibenden als auch aus Sicht der Nutzer Substitute. Dass in den vergangenen Jahren der Print-Bereich zugunsten des Online-Bereichs an Bedeutung verloren habe, sei kein Grund um einen separaten Online-Markt abzugrenzen. Dieser Trend habe schon 2007 bestanden, als das Bundesgericht seinen Entscheid dazu gefällt habe. Auch die vom Sekretariat durchgeführte Marktbefragung bestätige, dass Printinserate nach wie vor eine signifikante Bedeutung haben und zum gleichen Markt gehören.

80. Es ist zutreffend, dass gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF Print- und Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst sind.¹⁷ Allerdings ist eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen.¹⁸ Dies bestätigt auch

¹⁶ RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

¹⁷ RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

¹⁸ Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 331, *WEKO/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, REKO/WEF*.

das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.¹⁹ So hat die WEKO auch bereits in der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/home.ch unter Bezug auf die Ausführungen in der Meldung grundsätzlich die Frage aufgeworfen, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen.²⁰ Dieser Strukturwandel kann mit starken Interdependenzen zwischen Online- und Print-Bereich einhergehen. Starke Interdependenzen zwischen Online- und Print-Bereich bedeuten jedoch nicht automatisch, dass die beiden Bereiche dem gleichen Markt zuzuordnen sind. Dies gilt insbesondere für ein starkes Wachstum des Online-Bereichs zu Lasten des Print-Bereichs. Gemäss Meldung ist der Bereich Rubrikanzeigen seit Jahren besonders stark durch die Ablösung der Print- durch Online-Angebote geprägt. Damit bestehen allenfalls Hinweise, dass sich unter Umständen Print-Rubrikanzeigen durch Online-Rubrikanzeigen zu einem gewissen Grad substituieren lassen. Allerdings sagt dies nichts aus über die Substituierbarkeit in umgekehrter Richtung von Online-Rubrikanzeigen durch Print-Rubrikanzeigen. Dies gilt umso mehr, wenn der Online-Bereich – wie von der Meldung ausgeführt – den Print-

Bereich ablöst. Weil das Zusammenschlussvorhaben den Online-Bereich betrifft, stellt dieser Bereich den Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung dar. Die Frage ist demnach, ob Online-Rubrikanzeigen durch Print-Rubrikanzeigen substituierbar sind.

81. Zudem vollzieht sich ein Strukturwandel wie die Ablösung vom Print- durch den Online-Bereich nicht innerhalb weniger Jahre. Dies zeigt sich anhand der Entwicklung der Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanäle veröffentlichten Vakanzen der Top-500-Unternehmen aus der Schweiz, wie sie aus den Studien Recruiting Trends Schweiz 2010 und 2012 hervorgehen. Aus der nachstehenden Abbildung 2 ist ersichtlich, dass der Anteil des Rekrutierungskanals Printmedien über die Zeit abgenommen hat. Für das Jahr 2006 ist von einem Anteil der Printmedien von ungefähr 42 % auszugehen. Im Jahr 2012 veröffentlichten gemäss der Studie Recruiting Trends 2012 ungefähr 70 % der Unternehmen ihre Vakanzen in Internet-Stellenbörsen. In Printmedien erschienen im Jahr 2012 rund 18 % der offenen Stellen. Anhand von Abbildung 2 ist sogar zu beobachten, dass der Anteil der Printmedien im Jahr 2007 im Vergleich zum Vorjahr zugenommen hat. Damit hat der Trend von Print zu Online, anders als von Tamedia geltend gemacht, im Jahr 2007 noch nicht bestanden. Vielmehr zeigen diese Werte, dass sich der Trend von Print zu Online über mehrere Jahre vollzogen hat.

[ABBILDUNG 6]: Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanälen veröffentlichten Vakanzen im Zeitverlauf

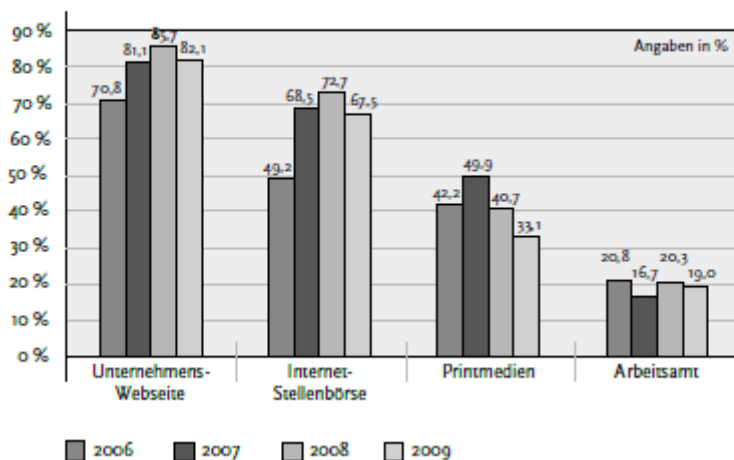


Abbildung 2: Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanälen veröffentlichten Vakanzen im Zeitverlauf (Quelle: Studie Recruiting Trends Schweiz 2010)

82. Im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen veröffentlichten im Jahr 2009 die Top-500-Unternehmen aus der Schweiz mit 82,1 % den grössten Anteil ihrer offenen Stellen auf der eigenen Unternehmens-Webseite. Dies entspricht einem Anstieg um 11,3 Prozentpunkte seit dem Jahr 2006. Weiter folgen Internet-Stellenbörsen. Die befragten Studienteilnehmer veröffentlichten im Jahr 2009 mehr als zwei Drittel ihrer Vakanzen über Internet-Stellenbörsen. Damit ergibt sich für diesen Kanal ein Anstieg um 18,4 Prozentpunkte innerhalb von vier Jahren. Diese Zunahme bei der Nutzung der Internet-Kanäle geht einher mit einer zunehmend geringeren Bedeutung der Print-

medien. Etwas weniger als ein Drittel der offenen Stellen wurden von den antwortenden Unternehmen im vergangenen Jahr in Printmedien ausgeschrieben. Dies entspricht einem Rückgang um 9,1 Prozentpunkte seit 2006.

¹⁹ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

²⁰ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, Tamedia/home.ch.

83. In den darauf folgenden Jahren hat sich dieser Trend gemäss Studie fortgesetzt. Weiterhin dominieren Online-Kanäle bei der Stellenausschreibung. Die Top-500-Unternehmen aus der Schweiz schreiben weitaus die meisten freien Stellen im Internet aus. Demnach werden 86,1 % aller Vakanzen auf der eigenen Unternehmens-Webseite veröffentlicht und etwa 70 % in Internet-Stellenbörsen. Eine im Rahmen der Social Media Recruiting Studie Schweiz 2014 durchgeführte Befragung bei Personalverantwortlichen²¹ ergibt sogar, dass bei der Personalbeschaffung kommerzielle Online-Stellenbörsen am meisten genutzt werden. Jeweils rund 18 % aller offenen Stellen werden an Recruiting Agencies/Personalvermittlungen gemeldet sowie in Printmedien ausgeschrieben. Im Jahresvergleich sinkt damit die Bedeutung von Recruiting Agencies und Printmedien für die Stellenausschreibung.

84. Dementsprechend geben die 500 grössten Unternehmen aus der Schweiz mit rund 30 % den grössten Teil ihres Rekrutierungsbudgets für Internet-Stellenbörsen und damit für den Rekrutierungskanal aus, der aus ihrer Sicht das beste Kosten-/Nutzen-Verhältnis aller externen Kanäle aufweist. Etwa ein Viertel des Rekrutierungsbudgets wird für Headhunter/Personalberatungen (Executive Search) ausgegeben und 22,5 % für Recruiting Agencies/Personalvermittlungen. Rund ein Fünftel ihres Budgets wenden die Studienteilnehmer für Printmedien auf.

85. Dieser Strukturwandel identifiziert eine eigenständige Bedeutung von Online-Rubrikanzeigen. Dies deutet auf einen eigenständigen sachlich relevanten Markt von Online-Rubrikanzeigen hin.

86. Auch die EU-Kommission hat sich mit der Frage der Marktabgrenzung in Bezug auf Internetportale auseinandergesetzt. Die EU-Kommission geht bei Internetportalen von eigenständigen Märkten aus, ohne diese abschliessend abzugrenzen. In diesen Märkten sind Printmedien nicht enthalten.²² Dabei hat die EU-Kommission die Frage nach einer möglichen weiteren Unterteilung dieses Marktes offen gelassen.²³ Spezifisch für Stellenanzeigen hat die EU-Kommission eine abschliessende Abgrenzung eines Marktes für die Erbringung von Online-Diensten für Stellenanzeigen ebenfalls offen gelassen.²⁴ Diesbezüglich hält die EU Kommission allerdings ausdrücklich fest, dass ihre Praxis eine Unterteilung in nationale Printmedien, regionale Printmedien, Magazine und Online-Bereich in Erwägung zieht.²⁵ Zudem findet die EU Kommission in ihren Ermittlungen, dass die Online- und Offline-Bereiche (dazu gehört auch der Print-Bereich) zwar bis zu einem gewissen Grad miteinander in Konkurrenz stehen. Allerdings könne der Online-Bereich als separater Markt angesehen werden. Im Gegensatz zum Offline-Bereich würden Anzeigen im Online-Bereich als geeignet erachtet werden, auf effektivere Weise einen stärker zielgerichteten Empfängerkreis zu erreichen.²⁶ Im Zusammenschlussvorhaben Google/DoubleClick unterscheidet die EU-Kommission bei der Marktabgrenzung zwischen Online und Offline-Werbung.²⁷ Ebenfalls im Zusammenschlussvorhaben Microsoft/Yahoo! Search Business erachtet die EU-Kommission Online-Werbung als einen von Offline-Werbung zu unterscheidenden Markt.²⁸

87. Weiter ist auf die US-Praxis hinzuweisen: Bei den Zusammenschlüssen zwischen Monster.com und HotJobs sowie Career-Builder und Headhunter.net in den Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 2011 waren die vier grössten Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen beteiligt. Die Frage der Abgrenzung zwischen Online und Offline war bei diesen Zusammenschlüssen ein zentrales Element. Bei beiden Zusammenschlüssen nahm die FTC eine umfassende Prüfung vor („second request“). Die FTC genehmigte die Übernahme von Headhunter.net durch CareerBuilder. Monster.com zog sein Angebot für HotJobs wegen eines höheren Angebots von Yahoo! zurück.²⁹ Bereits im Jahr 2001 verwendete die FTC bei der Prüfung des Zusammenschlusses zwischen Monster.com und HotJobs eine „Internet only“-Marktabgrenzung.³⁰

88. Im Dezember 2007 gab die FTC zudem die Übernahme von DoubleClick durch Google frei. Dabei konzentrierte die FTC ihre Prüfung auf die Auswirkungen der Transaktion auf den Wettbewerb im Online-Bereich. In ihrer Erklärung erwähnt die FTC Offline-Medien wie beispielsweise Zeitungen nicht.³¹ Die FTC erachtet das Internet nicht länger als einen Kanal innerhalb eines Marktes, sondern als eigenständiges Medium.³²

89. Zusammenfassend zeigt somit das Vorgehen der europäischen und der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden eine Marktdefinition, die Online- und Offline-Bereich als getrennte Märkte abgrenzt. Dies trifft insbesondere auf den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen zu.

90. Schliesslich zeigt die Marktbefragung durch das Sekretariat bei der inserierenden Wirtschaft, dass die Mehrheit der Befragten fast nur noch Online-Stellenausschreibungen verwendet oder ihre Wahl für Print und Online oder ihre Wahl für Print alleine nach bestimmten Kriterien richtet. Grundsätzlich lassen sich die Kriterien für die Wahl zwischen Print und Online in vier Gruppen unterteilen: die Reichweite, die Zielgruppe, das Stellenprofil (z. B. Spezialisten), das Budget und der

²¹ Die Befragung kontaktierte mehr als 10 000 Personalverantwortliche. Davon haben 445 Personalverantwortliche geantwortet.

²² Vgl. KOMM, ABI. 2003 C 118/25 (COMP/JV.48), Rz 47 ff., *Vodafone/Vivendi/CanalPlus*; KOMM, ABI. 2000 C 311/3 (COMP/M.2050), Rz 22 ff., *Vivendi/Canal+/Seagram*; KOMM, ABI. 2001 C 172/20, Rz 16 ff., *UGC/Liberty Media*.

²³ Vgl. KOMM, ABI. 2000 C 311/3 (COMP/M.2050), Rz 25, *Vivendi/Canal+/Seagram*.

²⁴ Vgl. KOMM, ABI. 2000 C 368/5, (COMP/M.2057), Rz 15, *Randstad/VNU/JV*.

²⁵ Vgl. KOMM, ABI. 2008 C 259/5, (COMP/M.5051), Rz 22 ff. (insb. Fn 14), *APW/GMG/ Emap*.

²⁶ Vgl. KOMM, ABI. 2008 C 259/5, (COMP/M.5051), Rz 27, *APW/GMG/ Emap*.

²⁷ Vgl. KOMM, ABI. 2008 C 184/5, (COMP/M.4731), Rz 44 ff., *Google/DoubleClick*.

²⁸ Vgl. COMP/M.5727, Rz 61, *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

²⁹ BRUCE ABRAMSON, Are "Online Markets" Real and Relevant? From the Monster-HotJobs Merger to the Google-DoubleClick Merger, *Journal of Competition Law & Economics* 4(3), 2008, 655-662, 655 ff.

³⁰ ABRAMSON (Fn 29), 657 f.

³¹ ABRAMSON (Fn 29), 655 ff.; Statement of Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (20.07.2007), <<https://www.ftc.gov/public-statements/2007/12/statement-federal-trade-commission-concerning-googledoubleclick>> (01.06.2015).

³² ABRAMSON (Fn 29), 662.

Preis sowie die Region. Aufgrund der Befragung kann davon ausgegangen werden, dass die inserierende Wirtschaft mehr als 80 % ihrer Stellenausschreibungen nur über das Internet veröffentlicht. Ungefähr 9 % der Stellenausschreibungen erfolgen nur über Print. Stellenausschreibung im Online- und Print-Bereich gleichzeitig machen ungefähr 21 % aus. Eine gleichzeitige Stellenausschreibung in Print- und Online-Medien erfolgt beispielsweise bei dringendem Bedarf oder bei Bedarf nach Spezialisten. Insgesamt bestätigt die Marktbefragung der stelleninserierenden Wirtschaft grundsätzlich den Strukturwandel von Stellenausschreibungen in Printmedien hin zu Ausschreibungen im Internet.

91. Gestützt auf die obigen Ausführungen werden für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zumindest im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen neben der Abgrenzung von Märkten für Inserenten in bzw. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im Sinne von Alternativbetrachtungen auch separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt (vgl. Tabelle 3). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass sich die Frage hinsichtlich der Trennung des Online- vom Offline-Bereich grundsätzlich bei sämtlichen Rubrikanzeigmärkten stellen kann.

B.4.1.1.4. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

92. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Fahrzeug-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.³³

B.4.1.1.5. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

93. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen solche Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Medien und Nutzer von Online-Plattformen mit entsprechenden Rubrikanzeigen.³⁴

B.4.1.1.6. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

94. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Immobilien-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.³⁵

B.4.1.1.7. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

95. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den

Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.³⁶

96. Entgegen der Auffassung von Tamedia in der Stellungnahme zur vorläufige Prüfung ist auch nutzerseitig nicht von einem Markt für Vermittlungsdienstleistung auszugehen, sondern dieser ist spezifisch auf Stellenausschreibungen zu begrenzen (vgl. Rz 70 ff.).

97. In der Meldung wird die Auffassung vertreten, dass zum Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen auch die Nutzung von Unternehmens-Websites dazugehört. Der Umstand, dass die Unternehmen ihre eigenen Webseiten für die Stellenausschreibung intensiv nutzen würden, spreche gleichzeitig dafür, dass diese Angebote auch von den Stellensuchenden intensiv genutzt würden. Dies würden denn auch unabhängige Zahlen belegen: Gemäss dem 6. Trend Report Online-Recruiting Schweiz 2014 würden in der Deutschschweiz zwar 89 % der Arbeitnehmer angeben, Stellen via Stellen-Onlinebörsen zu suchen. Beachtliche 56 % würden aber angeben, dafür (auch oder ausschliesslich) Unternehmens-Websites zu nutzen. In der Westschweiz sei dieser Anteil mit 64 % sogar noch höher. Damit habe die Suche auf Unternehmens-Websites eine derart hohe Bedeutung, dass dieser Bereich bei der Berechnung der Nutzermärkte nicht ausgeblendet werden dürfe. Dementsprechend sei es richtig, in den Nutzermärkten auch die Nutzung der Unternehmens-Websites für die Stellensuche zu berücksichtigen.

98. Entgegen der Auffassung der Meldung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Stellenausschreibungen von Unternehmen auf der firmeneigenen Webseite nutzerseitig zu berücksichtigen sind. Firmeneigene Webseiten enthalten nur Stellenausschreibungen des jeweiligen Unternehmens. Demgegenüber enthalten Stellenportale von Dritten Stellenausschreibungen von verschiedenen Unternehmen. Aus der Marktbefragung der inserierenden Wirtschaft und von Konkurrenten geht nicht hervor, dass die Publikation von Stellenausschreibungen auf der Webseite eines Unternehmens und die Publikation an anderen Publikationsorten als austauschbar zu erachten ist. Insbesondere ergibt die Befragung von Konkurrenten nach alternativen Anbietern für die Schaltung von Stelleninseraten keine Hinweise auf firmeneigene Webseiten als mögliche Substitute.

99. Wie erwähnt, werden zur Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch nutzerseitig im Sinne einer Alternativbetrachtung separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt (vgl. Rz 91).

³³ Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 62, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

³⁴ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 63, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

³⁵ Vgl. RPW 2014/4, 761 Rz 40, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 362 Rz 64, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 673 Rz 45, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

³⁶ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 65, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 11, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia* und *Post/Tamedia*.

B.4.1.1.8. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

100. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.³⁷

B.4.1.1.9. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen

101. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Statische Werbeformen sind häufig Gegenstand einer direkten und meist längerfristigen Vertragsbeziehung mit dem Werbetreibenden.³⁸ Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen gehört insbesondere Bannerwerbung.³⁹

B.4.1.1.10. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen

102. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen gehört insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.⁴⁰

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Märkte für Rubrikanzeigen

104. In räumlicher Hinsicht sind im Bereich Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen.⁴¹

105. Die Meldung geht bei Rubrikanzeigen von einer Marktabgrenzung nach Sprachregionen aus. Sowohl olx.ch als auch autoricardo.ch seien in der ganzen Schweiz zugänglich und sie würden sich an Nutzer und Werbekunden in der ganzen Schweiz oder zumindest an Nutzer und Werbekunden in bestimmten Sprachregionen richten. Nach Einschätzung von Ricardo unterscheide sich das Ausmass der Nutzung von olx.ch und autoricardo.ch in den einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen. Daher könne auch im vorliegenden Fall auf eine weitere räumliche Unterteilung der Märkte verzichtet werden.

106. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben geht es überwiegend darum, die Wettbewerbseffekte im Online-Bereich zu prüfen. Online-Plattformen für Rubrikanzeigen sind grundsätzlich in der ganzen Schweiz zugänglich. Es ist davon auszugehen, dass sich das Ausmass der Nutzung von ricardo.ch, ricardshops.ch, olx.ch und autoricardo.ch in den einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nut-

zung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheidet. Deshalb kann für den vorliegend zu beurteilenden Fall auf eine regionale bzw. lokale Marktabgrenzung nach Wirtschaftsgebieten verzichtet werden. Die genannten sachlichen Märkte sind daher vorliegend sprachregional abzugrenzen.⁴²

107. Damit wird keine Praxis begründet oder bestätigt, wonach für Rubrikanzeigen keine Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung in einem anderen Fall ist nicht in Frage gestellt. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Marktabgrenzung einzugehen.

B.4.1.2.2. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbung

108. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprachregional abgegrenzt.⁴³ Auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist eine räumliche Marktabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

109. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national⁴⁴ oder sprachregional⁴⁵ abgegrenzt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die räumliche Abgrenzung vorliegend aufgrund der sehr geringen Marktanteile in diesem Bereich allerdings offengelassen werden.

B.4.1.3 Zusammenfassung relevante Märkte

110. Tabelle 3 enthält eine Zusammenfassung der relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind.

³⁷ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 66, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

³⁸ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 68, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

³⁹ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*.

⁴⁰ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*.

⁴¹ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 142 Rz 48 f., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴² Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 47 f., *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 362 Rz 71 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 84 Rz 12 *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

⁴³ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 49, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 297 Rz 38, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2012/3, 673 Rz 42 ff. *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 142 Rz 51, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴⁴ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 49, *Tamedia/home.ch*; RPW 2012/1, 156 Rz 114 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 50, *Tamedia/home.ch* RPW 2013/3, 363 Rz 73, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

Tabelle 3: Übersicht relevante Märkte

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

111. Es ist indes darauf hinzuweisen, dass sich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten die Frage der Abgrenzung zwischen Online- und Offline-Bereich stellen kann. Zu-

dem kann sich in anderen Fällen die Frage einer weiteren räumlichen Unterteilung bzw. Abgrenzung stellen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

112. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Betroffene Märkte

113. Vorweg ist anzumerken, dass für die Beurteilung der Marktstellung die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen sind, da vom Gemeinschaftsunternehmen kein Wettbewerbsdruck ausgeht.⁴⁶ Entsprechend wurden die Marktanteile von Gemeinschaftsunternehmen, die von Tamedia mitkontrolliert werden jeweils zu 100 % bei Tamedia berücksichtigt.

114. Es ist darauf hinzuweisen, im Zusammenhang mit Stellen-Rubrikanzeigen zurzeit noch ein weiteres Zu-

sammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung unterzogen wird. Dabei beabsichtigt die JobCloud AG, die gemeinsame Kontrolle über den Unternehmensteil JobScout24 zu erwerben.⁴⁷ Deshalb werden bei den Stellen-Rubrikanzeigen die Marktanteile von JobScout24 jeweils separat ausgewiesen.

115. Für die relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind, machte die Meldung folgende Angaben in Tabelle 4. Dabei enthält Tabelle 4 die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter Berücksichtigung von Online und Print im gleichen Markt (vgl. Rz 77 ff.) sowie die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter Berücksichtigung von Online alleine. Tabelle 4 zeigt, dass inse-rentenseitig in beiden Fällen Print und Online zusammen sowie Online alleine für alle drei Sprachregionen betroffene Märkte resultieren. Demgegenüber ist dies leser- bzw. nutzerseitig nicht der Fall. Bei Print und Online zusammen stellt sich nur die französischsprachige Schweiz als betroffener Markt heraus. Online alleine führt auch zu einem betroffenen Markt in der italienischsprachigen Schweiz. Dementsprechend werden diese Märkte im Rahmen der aktuellen Konkurrenz einer weiteren Analyse unterzogen (vgl. Rz B.4.2.2.1 ff.).

Tabelle 4: Angaben Marktanteile für das Geschäftsjahr 2014

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2014				Betroffener Markt
	Tamedia	Ricardo	gemein-sam	JobS-cout24	
Markt für Inserenten in (Print-(Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz ⁴⁸	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%		nein
Markt für Inserenten in (Print-(Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz ⁴⁹	[0-10] %	[10-20]%	[10-20]%		nein
Markt für Inserenten in (Print-(Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz ⁵⁰	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%		ja

⁴⁶ Vgl. RPW 2014/4, 717 Rz 80, Ringier/Le Temps.

⁴⁷ Vgl. die entsprechende Medienmitteilung der WEKO vom 16. Juni 2015 <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57683> (21.7.2015).

⁴⁸ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. (vgl. Rz 64).

⁴⁹ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. (vgl. Rz 64).

⁵⁰ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. (vgl. Rz 64).

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2014				Betroffener Markt
	Tamedia	Ricardo	gemeinsam	JobScout24	
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%		Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%		Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%		ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[20-30]%	[40-50]%		ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%		ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%		ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz ⁵¹	[0-10]%	[20-30]%	[30-40]%		ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz ⁵²	[10-20]%	[20-30]%	[30-40]%		ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz ⁵³	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%		ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%		nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%		nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%		nein

⁵¹ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

⁵² Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

⁵³ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2014				Betroffener Markt
	Tamedia	Ricardo	gemeinsam	JobScout24	
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	nein
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	ja
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[0-10]%	nein
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%	[0-10]%	ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%		nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%		nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%		nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	[30-40]%	[0-10]%	[30-40]%		ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[50-60]%	[0-10]%	[50-60]%		ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%		ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%		nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%		nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%		nein

B.4.2.2 Einzelmarktbeherrschung

B.4.2.2.1. Aktueller Wettbewerb

I. Übersicht

116. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich um Märkte vorwiegend im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

117. Die Analyse der Marktanteile gibt einen ersten Überblick der Situation. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der Zweiseitigkeit von Plattformmärkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.⁵⁴

118. Wegen der hohen Anzahl an betroffenen Märkten erfolgt die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in tabellarischer Form.

⁵⁴ Vgl. RPW 2014/4, 764 Rz 56, *Tamedia/home.ch*.

Tabelle 5: Darstellung der aktuellen Konkurrenz für das Jahr 2014

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz ⁵⁵					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: eBay International AG	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Sight'Up	Bewertung Veränderung ⁵⁶
[20-30]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%	0
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: newhome.ch AG	Wettbewerber 3: Urban group gmbh	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	0
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: Acheter-Louer.ch & Publimmo Sàrl	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	0
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Società Editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Lugano Annunci gratuiti	Bewertung Veränderung
[20-30]%	[0-10]%	[40-50]%	[10-20]%	[0-10]%	0
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: NZZ AG	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	+
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: ESH Médias	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	+
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	+
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: MC-T (Master Chain Technologies) AG	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	+

⁵⁵ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

⁵⁶ Die Bewertung Veränderung schätzt ein, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Veränderung der Marktstellung von Tamedia

führt. Beispielsweise bedeutet 0, dass keine wesentliche Veränderung erfolgt. Das Pluszeichen bedeutet eine Verstärkung der Marktstellung von Tamedia. Nur diese Märkte mit Pluszeichen werden nachfolgend geprüft.

Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: VALMO Sàrl	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	+
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	+
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: FAHRZEUGNET AG	Wettbewerber 3: Gratis-Inserate.ch GmbH	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%	0 ⁵⁷
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: FAHRZEUGNET AG	Bewertung Veränderung
[20-30]%	[0-10]%	[50-60]%	[0-10]%	[0-10]%	0
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: a-Commerce AG	Wettbewerber 3: luganoannunci.ch	Bewertung Veränderung
[20-30]%	[0-10]%	[60-70]%	[0-10]%	[0-10]%	0
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz ⁵⁸					
JobScout24	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 3: Toppreise Preisvergleich GmbH & Co.KG	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	0
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz ⁵⁹					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Schibsted	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	0
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz ⁶⁰					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Schibsted	Wettbewerber 3: Gruppo Editoriale L'espresso SpA	Bewertung Veränderung
[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	0

⁵⁷ Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt jedoch eine Analyse zur Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia/Ricardo und der Ringier-Gruppe (vgl. Rz 158 ff.).

⁵⁸ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

⁵⁹ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

⁶⁰ Berechnung Marktanteile ohne Play Store von Google Inc. und iTunes App Store von Apple Inc. (vgl. Rz 64).

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: ESH Médias	Wettbewerber 3: Intervog Sarl	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	+
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Intervog Sarl	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	+
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: WEB-SET interactive GmbH	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	+
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: Swisscom	Wettbewerber 3: NZZ	Bewertung Veränderung
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	0
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Virtual Networks	Bewertung Veränderung
[50-60]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	0
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Timedia	Wettbewerber 3: Corriere del Ticino	Bewertung Veränderung
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	0

II. Marktanteile Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen

119. Die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in Tabelle 5 zeigt, dass Tamedia auf den Märkten für Inserenten in und Nutzer/Leser von (Print/Online-) bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen die mit Abstand grösste Wettbewerberin ist. Die Abstände zu den zweitgrössten Wettbewerberinnen betragen in den meisten Fällen mehr als [20-30] %.

120. Zudem ergibt die Marktbefragung des Sekretariats wesentlich höhere Marktanteile als die Marktanteilsangaben in der Meldung. Hohe Marktanteile ergeben sich sowohl inserenten- als auch nutzerseitig. Einzig bei der Schätzung für den Inserenten- und Nutzermarkt in der italienischsprachigen Schweiz gibt die Konkurrenz eher mittlere gemeinsame Marktanteile von Tamedia und Ricardo in Höhe von 32 % und mehr an. Für die Deutschschweiz und die französischsprachige Schweiz liegen die durchschnittlich geschätzten Marktanteile sowohl inserenten- als auch nutzerseitig jeweils über 70 %.

121. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia vor, bei denjenigen Portalen, die bekanntermassen einen hohen Anteil an gespiderten Stellen-Rubrikanzeigen aufweisen (z. B. jobscout24.ch), seien diese für die Marktanteilsberechnung in der Meldung – wie in früheren Meldungen – im Bereich der Werbemärkte nicht berücksichtigt worden. Denn gespiderte Objekte

seien nicht direkt auf eine Buchung durch einen Werbetreibenden zurück zu führen.

122. Das meldende Unternehmen sei davon ausgegangen, dass der Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen in diesem Zusammenschlussvorhaben vollkommen unproblematisch sei. Deshalb sei bei JobCloud darauf verzichtet worden, die gespiderten Anzeigen zusätzlich herauszurechnen. Die Daten von anzeigendaten.de dürften nämlich im Fall von JobCloud nicht berücksichtigen, dass auch die Plattformen von JobCloud einen kleinen Anteil von gespiderten Stellen-Rubrikanzeigen ausweisen. Eine Überprüfung habe gezeigt, dass im Schnitt über alle Plattformen von JobCloud der Anteil der gespiderten und kostenlos publizierten Rubrikanzeigen rund [...] % betrage. Die tatsächlichen Marktanteile von JobCloud würden im Vergleich zu den Angaben in der Meldung [0-10] % tiefer liegen (sowohl für Print und Online zusammen als auch nur für Online).

123. In der Meldung sei auch für olx.ch ein zu hoher Marktanteil ausgewiesen worden. Eine Überprüfung habe ergeben, dass auf olx.ch weniger als [...] % der Objekte tatsächlich als Stellen-Rubrikanzeigen qualifiziert werden könnten und bei der Marktanteilsberechnung nicht berücksichtigt werden dürften. Rund [...] % der Inserate seien klarerweise keine Stellen-Rubrikanzeigen,

sondern Angebote von Dienstleistungen (z. B. Umzüge, Babysitting, Maurerarbeiten, Nachhilfeunterricht) oder Irrläufer, die offensichtlich in der falschen Kategorie gespeichert worden seien. Stellengesuche seien ebenfalls keine Stellen-Rubrikanzeigen, da sie nicht von der Marktgegenseite (Unternehmen, das eine Stelle zu besetzen hat), sondern von einem Arbeitnehmer geschaltet würden. Solche Stellengesuche finde man praktisch ausschliesslich auf Gratis-Kleinanzeigenplattformen, nicht aber auf kostenpflichtigen Stellenportalen wie jobs.ch. Bei der Berechnung der Marktanteile von olx.ch für die Meldung seien als Annäherung einfach alle Objekte der Kategorie „Jobs und Stellen“ von olx.ch berücksichtigt worden. Dies bedeute, dass die Marktanteile von olx.ch in den Werbemärkten für Stellen-Rubrikanzeigen tatsächlich rund [40-50] % tiefer seien (sowohl für Print und Online zusammen als auch nur für Online), als sie in der Meldung ausgewiesen worden seien. Zu beachten sei ferner auch, dass rund [...] % aller Inserate auf olx.ch in der Kategorie „Jobs und Stellen“ von Stellenvermittlern stammen würden, welche olx.ch für eine zusätzliche kostenlose Publikation der bereits auf der Webseite des Stellenvermittlers publizierten Anzeigen „missbrauchten“. Gemäss den Nutzungsbedingungen sei eine derartige Nutzung von olx.ch gar nicht zulässig, da die Inserate auf olx.ch keine Form von Werbung für Produkte/Dienstleistungen enthalten dürften, welche der Inserent nicht selber anbiete.

124. Tamedia macht weiter geltend, die Transaktion könne keinen spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb im Markt für Stellen-Rubrikanzeigen haben. Eine Marktanteilsaddition von [0 10] % sei schlicht irrelevant, weil die Marktstruktur durch den Zusammenschluss nicht verändert werde. Zu beachten sei ferner, dass sich die wenigen Stelleninserate auf olx.ch auf andere Stellen bzw. Berufe beziehen würden als diejenigen auf JobCloud. Wie für ein Kleinanzeigenportal typisch würden auf olx.ch vor allem Gelegenheitsjobs, Teilzeitstellen, Nebenbeschäftigungen und Stellen mit geringen Qualifikationen und tiefen Löhnen inseriert. Solche Inserate würden auf kostenpflichtigen Seiten kaum geschaltet. Umgekehrt würden Unternehmen, die qualifizierte und besser bezahlte Vollzeitstellen zu besetzen hätten, nur selten Kleinanzeigenportale nutzen, da diese in der Regel bei den Arbeitnehmern ein zu wenig seriöses Image hätten. Dies hätten auch die (vom Sekretariat) befragten Unternehmen vielfach so bestätigt. Deshalb sei olx.ch kein wirklicher Konkurrent von JobCloud, da auf olx.ch – wenn überhaupt – ganz andere Stellen ausgeschrieben würden. Die marginale Marktanteilsaddition werde dadurch noch weiter relativiert.

125. Die belegten Zahlen und Marktanteile würden zudem ein völlig anderes Bild zeigen, als die Marktanteile, welche die vom Sekretariat befragten Unternehmen geschätzt hätten. Mängel in der Befragung und der Umstand, dass die befragten Unternehmen es unterlassen hätten, ihre Schätzungen zu plausibilisieren, würden dazu führen, dass aus den Antworten keine verwertbaren Schlüsse gezogen werden dürften. Aus beweisrechtlicher Sicht müsse den belegten und begründeten Zahlen ein deutlich höherer Beweiswert zukommen als den unbegründeten und nicht belegten Schätzungen der befragten Unternehmen.

126. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden von der Richtigkeit der Angaben in der Meldung ausgehen müssen und können, zumal die Meldung die Grundlage der vorläufigen Prüfung darstellt und darstellen muss. Das Sekretariat hat auch mehrmals nach den Grundlagen der Berechnungen der Marktanteile gefragt und auf verschiedene Aspekte der Marktanteilsberechnungen hingewiesen. Dass insbesondere auch die Plattformen von JobCloud gespiderte Inserate enthalten, wie nun in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vorgebracht wird, ist aus der Meldung nicht ersichtlich. Ebenfalls ist aus der Meldung nicht ersichtlich, dass – wie nun geltend gemacht wird – auf olx.ch weniger als [...] % der Objekte tatsächlich als Stellen-Rubrikanzeigen qualifiziert werden könnten und bei der Marktanteilsberechnung nicht berücksichtigt werden dürften, wie eine nachträgliche Überprüfung ergeben habe. Selbst wenn man indes von den von Tamedia neu berechneten Marktanteilen gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeht, sind die Marktanteile von Tamedia bzw. JobCloud immer noch hoch und es kommt immer noch zu einer Marktanteilsaddition.

127. Zum Vorbringen betreffend die Marktbefragung ist schliesslich anzumerken, dass die Höhe der Marktanteile lediglich einen ersten Überblick gibt und nicht alleine ausschlaggebend sind bei der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens. Solche Befragungen liefern jedoch wichtige Hinweise darauf, wie die Marktstellung der betroffenen Unternehmen im Marktumfeld wahrgenommen wird.

128. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führt Tamedia weiter aus, dass sich die aussergewöhnlich hohe Dynamik des Marktes auch darin zeige, dass die Anbieter laufend neue Bezahlmodelle testen und lancieren würden. Heute gäbe es eine Vielzahl alternativer Modelle für eine klassische Stellenausschreibung zu einem fixen Preis. Beispielsweise könnten Unternehmen bei verschiedenen Anbietern ihre Stelle kostenlos ausschreiben; eine privilegierte Positionierung der Stellenausschreibung sei kostenpflichtig. jobdirectory.ch sei ein Portal im Bereich Bank- und Versicherungswesen, das diese Möglichkeit anbiete. Oder das inserierende Unternehmen bezahle erst, wenn ein Nutzer seine Stellenausschreibung anklicke (z. B. careerjet.ch). Ein Trend zu solchen kostenlosen Angeboten verbunden mit Performance-basierten Möglichkeiten bestünde generell. Deshalb seien die Unternehmen je länger je weniger bereit, für eine simple Publikation eines Stelleninserats auf einem Online-Stellenportal zu bezahlen.

129. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass kostenlose Angebote verbunden mit Performance-basierten Möglichkeiten ohne Wirkung bleiben, wenn der Bekanntheitsgrad nicht genügend hoch ist. Für den Erfolg eines Stellenportals gegenüber Inserenten ist es von wesentlicher Bedeutung, dass das Stellenportal über einen hohen Bekanntheitsgrad bzw. eine hohe Reichweite bei den Nutzern verfügt. Je bekannter ein Stellenportal ist bzw. je mehr Nutzer das Portal hat, desto grösser der Rücklauf bei einer Stellenausschreibung. Die Erfolgchance für die Inserenten steigt. Somit ist das Stellenportal für die Inserenten interessanter. Das Stellenportal verfügt über eine stärkere Marktstellung. Dies bestätigt auch die Befragung. Aus der Befragung geht hervor,

dass für die Wahl von Publikationsort und Anbieter vier entscheidende Kriterien bestehen:

- Reichweite, Bekanntheitsgrad der Plattform, Rücklauf;
- Zielgruppe, Stellenprofil;
- Kosten, Preis;
- Region, Ort.

130. Auch JobCloud geht gemäss einem Beitrag auf dem Blog von jobs.ch davon aus, dass es wichtig ist, „Berühmtheit“ zu erlangen. Für Jobportale sei es wichtig, eine bekannte Grösse zu sein. Diese öffentliche Wahrnehmung werde durch regelmässige Werbemassnahmen und eine gute Produktleistung geschaffen. Aus diesem Grund führe JobCloud seit dem Jahr 2010 jedes Jahr eine Studie zusammen mit dem LINK Insitut durch, um den Bekanntheitsgrad der Stellenportale von JobCloud zu untersuchen. Gemäss dieser Studie erreicht jobs.ch in der Deutschschweiz einen spontanen Bekanntheitsgrad von 54 %.⁶¹ Für die französischsprachige Schweiz hält die Studie fest: „...le panel romand cite jobup.ch à 67 %, suivi de loin par monster.ch (13 %) et Indeed (12 %)“.

131. Daraus folgt, dass JobCloud die mit Abstand bekanntesten Stellenportale unter sich vereinigt. Damit verfügt JobCloud in Bezug auf Reichweite bzw. Bekanntheitsgrad inserenten- und nutzerseitig über eine sehr starke Stellung.

132. Tamedia macht in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sodann geltend, die sogenannten Professional Social Media hätten sich in kurzer Zeit zu eigentlichen Marktplätzen für Stellen entwickelt. Sowohl Unternehmen als auch Stellensuchende würden Social Media wie beispielsweise XING und LinkedIn schon heute sehr aktiv nutzen. Gerade die Plattformen XING und LinkedIn würden eigene Plattformen mit Stellen-Rubrikanzeigen betreiben. XING habe im Jahr 2014 über einen Marktanteil von rund [0-10] % und LinkedIn über einen solchen von rund [0-10] % am Onlinemarkt in der gesamten Schweiz verfügt. Ebenfalls seien Personaldienstleister und Berufs- und Branchenverbände starke aktuelle Konkurrenz. Bereits heute würden Personaldienstleister (z. B. Mercuri Urval, Manpower oder Randstad) vollwertige Stellenportale betreiben. Auch zahlreiche Berufs- und Branchenverbände sowie die öffentliche Verwaltung hätten eigene Stellenportale, auf denen Stellen der entsprechenden Branche publiziert und gesucht werden könnten (z. B. hoteljob.ch, Medi-jobs.ch, itjobs.ch oder stelle.admin.ch).

133. Zunächst ist noch einmal festzuhalten, dass Personalvermittlungsunternehmen nicht zum Markt für Inserenten in (Print-/Online-)Stellen- bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen zu zählen sind (vgl. Rz 73). Sofern auf den genannten Webseiten der Professional Social Media, Personaldienstleister und Berufs- und Branchenverbände – ohne Inanspruchnahme übriger Dienstleistungen wie z. B. eines Vermittlungsmandats – allgemeine Stellen-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, sind diese als aktuelle Konkurrenz zu betrachten. Es ist jedoch anzumerken, dass gemäss den Angaben in der Meldung deren Marktanteile bis anhin in der Regel gering bis sehr gering ausfallen. Sofern in der Stellungnahme

zur vorläufigen Prüfung geltend gemacht wird, einem Unternehmen, das eine Stelle besetzen wolle, stünden neben den klassischen Stellen-Rubrikanzeigen auch noch andere Recruiting-Kanäle wie etwa „active sourcing“, „Silp“ oder verschiedene auf Facebook basierende „Recruiting Solutions“ zur Verfügung, ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht um den Prozess der Personalvermittlung und beschaffung in seiner Gesamtheit geht. Vielmehr geht es spezifisch um Stellenausschreibungen. Daher sind vorliegend lediglich die Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen von Bedeutung (vgl. Rz 70 ff.).

134. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird schliesslich geltend gemacht, dass auch Suchmaschinenanbieter – allen voran Google – eine direkte Konkurrenz der klassischen Stellenplattformen seien und die technische Entwicklung den von diesen Anbietern ausgehenden Wettbewerbsdruck noch verstärken werde. Schon heute fände man mit Suchanfragen auf Google nicht nur Stellen auf den eigentlichen Stellenportalen, sondern auch auf den Websites der Unternehmen. Die Unternehmen könnten ihrerseits mittels SEO ihre Inserate auf der eigenen Website so gestalten, dass sie von den Suchmaschinen schnell und zuverlässig gefunden werden bzw. mittels SEM dafür sorgen, dass ihr Inserat bei einer entsprechenden Suchanfrage ganz oben erscheine. Suchmaschinen seien bereits heute ein wichtiges Mittel für Arbeitnehmer, um eine Stelle zu finden. 42 % der im Rahmen von Prospective Media Services AG, 7. Trend Report, Online-Recruiting Schweiz 2015, befragten Arbeitnehmer würden über Google nach einer Stelle suchen.

135. Dazu gilt es in erster Linie anzumerken, dass ein Unternehmen auf Google bzw. anderen Suchmaschinen kein Stelleninserat schalten kann. Damit sind Suchmaschinen inserentenseitig von vornherein nicht als aktuelle Konkurrenten zu betrachten. Daran ändert auch nichts, dass ein Unternehmen durch verschiedene Methoden erreichen kann, dass sein Inserat von den Suchmaschinen besser gefunden bzw. besser platziert wird. Auch nutzerseitig gehören Suchmaschinen nicht zu den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen. Die Suche über eine allgemeine Suchmaschine ist mit der Suche über ein auf Stellen spezialisiertes Portal nicht vergleichbar. Wird bspw. über Google eine Stelle gesucht, erscheinen in erster Linie Stellen-Portale. Nur vereinzelt gelangt man direkt auf ein Inserat einer Unternehmenswebseite. Unternehmenswebseiten gehören jedoch – wie bereits ausführlich erläutert – nicht zu den Märkten für Stellenrubrikanzeigen (vgl. Rz 74 ff.).

III. Preisentwicklung Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen

136. Wie bereits erwähnt, geben Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation (vgl. Rz 117 ff.). Zum Bereich Online-Stellen-Rubrikanzeigen ist zusätzlich auf die Preiserhöhung für Stelleninserate auf den Online-Plattformen von JobCloud einzugehen.

⁶¹ Der spontane Bekanntheitsgrad gibt an, welche Stellen-Portale die befragten Personen spontan nennen, nachdem man sie nach den ihnen bekannten Portale gefragt hat.

137. Eine Zusammenstellung der Preise von jobs.ch zeigt, dass vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 eine Preiserhöhung stattgefunden hat. Gemäss Meldung veröffentlichte jobs.ch die Insertionspreise jeweils auf der Webseite. Diese Insertionspreise stellt die Meldung mit dem Internetarchiv web.archive.org für die fünf Jahre 2011 bis 2015 wie in Abbildung 3 dargestellt zusammen. Dabei würden sich die verschiedenen Produkte darin unter-

scheiden, dass die gebuchte Rubrikanzeige je nach Produkt auf weiteren Plattformen geschaltet werde. Die Zusammensetzung der Plattformen habe sich im Verlauf der Jahre geändert, weshalb die Preise nur beschränkt vergleichbar seien. Diese Preise kämen bei der Buchung einzelner Rubrikanzeigen zur Anwendung. Bei grösseren Kunden mit mehreren Rubrikanzeigen arbeite die JobCloud AG ein individuelles Angebot aus.

Zusammenstellung der Preise von jobs.ch

Preise für 1 Inserat mit Laufzeit 1 Monat

[CHF]	Topjobs	Premium	Plus	Classic
2015	n/a	920	750	650
2014	n/a	920	750	650
2013	n/a	840	680	590
2012	940	n/a	890	590
2011	940	n/a	885	590

Abbildung 3: Zusammenstellung der Preise von jobs.ch gemäss Meldung:

138. Zur besseren Übersicht, für welche Insertionsangebote diese Preise gelten, hat das Sekretariat mittels web.archive.org einen Vergleich zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 vorgenommen. Tabelle 6 stellt die verschiedenen Insertionsangebote dar: Classic, Plus und Premium. Diese Insertionsangebote bieten entsprechend ihrer Namen zusätzliche Leistungen wie beispielsweise Veröffentlichung auf mehreren Online-Portalen oder E-

Mail-Versand an Stellensuchende. Abgesehen von den Preisen sind diese Angebote bis heute unverändert.⁶²

139. Wie Tabelle 6 zeigt, erhöhte Tamedia im Zeitraum zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 die Preise für Stelleninserate. Weiter zeigt Tabelle 6 die Veränderung in Prozent der Insertionspreise zwischen den Jahren 2013 und 2014.

Tabelle 6: Übersicht Insertionsmöglichkeiten und Preise von Tamedia für Stelleninserate⁶³

	Insertionsangebote		
	Premium	Plus	Classic
jobs.ch	x	X	x
jobwinner.ch	x	x	
Partnernetzwerke & spez. Stellenmärkte	x	x	
alpha.ch	x		
topjobs	x		
Power Update	x		
Traffic Optimierung	x		
Preise Oktober 2013	840.-	680.-	590.-
Preise Februar 2014	920.-	750.-	650.-
Veränderung zwischen 2013 und 2014 in Prozent	9,5%	10,3%	10,2%

140. Tamedia macht geltend, die Aussage, JobCloud habe 2014 die Preise erhöht, treffe zwar auf die absolute Höhe des Preises zu. In der gesamten Werbebranche sei indes unbestritten, dass der absolute Preis ohne Bedeutung sei. Massgebend sei allein, wie viele Leser, Zuschauer, Hörer oder Nutzer man mit dem eingesetzten Betrag erreiche. Die Analyse des Preises pro Nutzer auf

jobs.ch von 2010 bis 2015 zeige, dass der Preis pro Nutzer gesunken sei und weiterhin sinke. Der Werbetreibenden-

⁶² Vgl. Insertions-Angebote unter jobs.ch <<https://www.jobs.ch/de/ecom>> (18.05.2015).

⁶³ Vgl. <<http://web.archive.org/web/20131005081528/https://www.jobs.ch/de/ecom>> (01.06.2015); <<http://web.archive.org/web/20140212222529/https://www.jobs.ch/de/ecom>> (01.06.2015).

de erhalte somit jedes Jahr mehr Leistung (d.h. mehr Nutzer, die sein Inserat sehen), ohne dass der Preis laufend angepasst worden sei. Dass die Preise 2014 an die deutlich gestiegenen Nutzerzahlen angepasst worden seien, sei kein Indiz für Marktbeherrschung, sondern das vollkommen normale Verhalten eines Mediums, das seine Reichweite erhöhen konnte. Die Preisanpassung im Jahr 2014 habe nicht zu einer Preiserhöhung geführt. 2013 habe der Preis pro Tausend Nutzer [...] Franken, 2014 nur noch [...] Franken betragen. In der Zwischenzeit sei der Preis pro Tausend Nutzer bereits auf [...] Franken gesunken, was im Vergleich zu 2013 bereits wieder einer Preissenkung entspreche. Es sei deshalb unzutreffend, wenn die vorläufige Prüfung davon ausgehe, JobCloud habe die Preise erhöht und dies als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung werte. Die Preisentwicklung spreche gerade gegen eine marktbeherrschende Stellung von JobCloud. Ein marktbeherrschendes Unternehmen würde seine Preise nicht senken, sondern erhöhen.

141. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass JobCloud keinen Preis pro Reichweite gegenüber ihren Kunden verlangt. JobCloud bzw. jobs.ch verlangt von ihren Kunden einen Preis pro Inserat oder einen Preis für ein Inserateabonnement. Zudem ist auf die gestiegene Reichweite einzugehen, mit der die Parteien die geltend gemachte Preissenkung begründen. Für den Erfolg eines Stellenportals gegenüber Inserenten ist es von wesentlicher Bedeutung, dass das Stellenportal über einen hohen Bekanntheitsgrad bzw. eine hohe Reichweite bei den Nutzern verfügt (vgl. Rz 129 ff.). In diesem Zusammenhang hält Tamedia fest, dass bei JobCloud bzw. jobs.ch die Anzahl Nutzer deutlich gestiegen seien. Somit hat JobCloud bzw. jobs.ch seine Reichweite erhöht. Das Interesse der Inserenten an JobCloud bzw. jobs.ch ist grösser. Somit ist die Marktstellung von JobCloud bzw. jobs.ch stärker geworden.

B.4.2.2.2. Zwischenergebnis

142. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass Tamedia bzw. JobCloud bzw. JobCloud/olx.ch in den betroffenen Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen über hohe Marktanteile verfügt. Dies sowohl inserenten- als auch nutzerseitig. Zudem sind die Abstände zur zweitgrössten Wettbewerberin gemessen in Marktanteilen hoch bis sehr hoch. Weiter konnte Tamedia bzw. JobCloud die Reichweite deutlich erhöhen und vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 die Preise für Online-Stellen-Rubrikanzeigen um ungefähr 10 % erhöhen. Somit ist aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz davon auszugehen, dass Tamedia bzw. JobCloud bereits heute zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. die Übernahme von olx.ch kommt es – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, kann offen gelassen, da – wie nachfolgend aufgezeigt wird – nicht davon auszugehen ist, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

B.4.2.2.3. Potenzieller Wettbewerb

143. Gemäss Meldung sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutrittsschwellen tief. Ein Online-Portal lasse sich schnell, einfach und kostengünstig realisieren. Der notwendige Traffic, um für Inserenten und Nutzer attraktiv zu werden, lasse sich ebenfalls rasch generieren. Jeder Anbieter könne durch Spidern Rubrikanzeigen der grossen Portale übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. Spidern sei in der Schweiz legal. Dadurch habe jeder Marktteilnehmer die Möglichkeit, schnell und nahezu kostenlos eine grosse Anzahl von Rubrikanzeigen zu publizieren. Damit locke das Portal Nutzer an und werde für die Inserenten attraktiv.

144. Gemäss Einschätzung von Tamedia würden z. B. folgende Stellenportale spidern: jobdirectory.ch, indeed.ch, jobrapido.com, kimeta.ch, jobisjob.com, careerjet.ch, jobcrawler.org, jobboerse.com, jobsmart.ch, jobtonic.ch, neuvooc.ch oder zapmeta.ch.

145. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia zudem vor, Metaportale würden sich zunächst mittels Spidern als für die Nutzer attraktives Portal etablieren, um anschliessend die Nutzerzahlen gegenüber den inserierenden Unternehmen zu monetarisieren. Damit seien Metaportale in einem ersten Schritt starke Konkurrenten in den Nutzermärkten und in einem zweiten Schritt auch in den Werbemärkten. Metaportale würden typischerweise zunächst mittels Spidern möglichst viele Stellen-Rubrikanzeigen von den Stellenportalen, den Unternehmenswebsites und den Websites von Personaldienstleistern sammeln und diese auf ihrem Metaportal publizieren. Damit würde es ihnen gelingen, den Nutzern ein umfassendes Bild des Stellenmarktes anzubieten, wodurch sie für die Nutzer attraktiv würden, und damit ihre Reichweite vergrössern könnten. Diese Reichweite erlaube es ihnen, anschliessend auf die Unternehmen zuzugehen und diesen kostenpflichtige Angebote zu unterbreiten. Diese könnten darin bestehen, dass das Unternehmen einen bestimmten Betrag zahle, wenn ein Nutzer auf das Inserat des Unternehmens klicke, oder dass das Unternehmen für die präferierte Platzierung seiner Stelleninserate bezahle (z. B. zu Beginn der Suchergebnisse). Oder das Metaportal beginne ebenfalls damit, kostenpflichtige Stellen-Rubrikanzeigen anzubieten.

146. Gemäss Meldung ist mit Marktzutritten im Online-Bereich jederzeit zu rechnen. Dazu würden vor allem auch die geringen Marktzutrittsschwellen beitragen. In den letzten Jahren seien zahlreiche Online-Plattformen für Stellen neu in den Markt eingetreten. Beispiele hierfür seien etwa jacando.com, workerjobs.ch, jobtic.ch, jobeo.ch oder johdi.ch. Im Bereich der Nutzermärkte sei zudem auf die zahlreichen neuen Metaportale hinzuweisen, wie z. B. mapmeo.ch, metapage.ch, arca24.com. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia zudem vor, dass es im Ausland eine Vielzahl von Anbietern von Stellen-Plattformen gäbe, die jederzeit in den schweizerischen Markt eintreten könnten (z. B. stepstone.de, careerbuilder.de, cadreemploi.fr, keljob.fr). Bei hohen Preisen in der Schweiz würden die ausländischen Anbieter in den Markt eintreten, weil die damit verbundenen Kosten eines Markteintritts gering seien.

147. Das Beispiel von indeed.ch zeige, dass es indeed.ch offenbar gelungen sei, hinsichtlich der Nutzerzahlen praktisch mit jobs.ch gleichzuziehen, ohne dass – soweit ersichtlich – indeed.ch dafür in der Schweiz substantielle Beiträge für klassische Werbung habe investieren müssen. Dies sei typisch für die Online-Welt und die Welt von Social Media: Gute Angebote würden sich unter Nutzern schnell herumsprechen und würden dank Social Media Bekannten und Freunden weiterempfohlen. Dadurch würden attraktive neue Onlinesites dank sog. „viralen Marketings“ grosse Bekanntheit erlangen, ohne dass der Inhaber der Website dafür grosse Investitionen tätigen müsse.

148. Zu diesen Vorbringen ist zunächst anzumerken, dass der Aufbau einer Online-Stellen-Plattform heutzutage aus technischer Sicht kein Problem darstellen dürfte. Für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften die Kosten bei wenigen zehntausend Franken liegen. Es ist davon auszugehen, dass es für potenzielle Konkurrenten grundsätzlich verhältnismässig einfach und zu niedrigen Kosten möglich ist, eine Online-Stellen-Plattform zu erstellen.

149. Die Vermarktung der Plattform hingegen dürfte sich bedeutend schwieriger erweisen, da auf dem Markt bereits etablierte und bei den Nutzern bekannte Portale für die Stellensuche existieren. Zudem ist davon auszugehen, dass Nutzer in der Regel nur wenige ihnen bekannte Online-Portale für die Stellensuche verwenden. Aus diesem Grund müsste ein neu in den Markt eintretender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Inserenten und Nutzern überhaupt ins Auge gefasst zu werden. Betreffend Indeed ist entgegenzuhalten, dass dieses Portal – wie in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt wird –

in den USA der klare Marktführer unter den Online-Marktplätzen ist. Indeed ist somit ein grosser internationaler Player, der grundsätzlich über die Mittel und Kenntnisse verfügt, um ein erfolgreiches Portal aufzubauen. Deswegen handelt es sich bei Indeed (bzw. Recruit Holdings Co., Ltd.) auch grundsätzlich um den aktuell grössten Konkurrenten auf den Nutzermärkten. Aus diesem Einzelfall kann jedoch nicht geschlossen werden, dass erfolgreiche Markteintritte jederzeit und mit einfachen Mitteln möglich wären.

150. Dies zeigt sich auch anhand der Marktbefragung: Die Schätzungen der Kosten für einen erfolgreichen und profitablen Markteintritt liegen gemäss den Angaben der Konkurrenten für eine schweizweite Plattform durchschnittlich im Bereich von 6 Millionen Franken. Für eine regionale Plattform lassen sich aus der Befragung Kosten im Bereich mehrere Hunderttausend Franken ableiten.

151. Weiter bestätigen auch die stabilen Marktanteile von Tamedia bzw. JobCloud (vgl. Tabelle 7 und Tabelle 8), dass ein neu in den Markt eintretender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in deren Aufbau tätigen müsste. Zudem ist aufgrund der stabilen Marktverhältnisse davon auszugehen, dass in den Jahren 2012 bis 2014 kein Online-Portal für Stellen-Rubrikanzeigen in den Markt eingetreten ist, das einen Marktanteil von mehr als [0-10] % (Inserentenmärkte) bzw. [10-20] % (Nutzermärkte) erreicht hätte. Gerade die genannten Marktzutritte der letzten Jahre (vgl. Rz 146) verfügen über Marktanteile von weniger als [0-10] % (Inserentenmärkte) bzw. [10-20] % (Nutzermärkte). Somit haben die in den letzten Jahren in den Markt eingetretenen Online-Portale für Stellen-Rubrikanzeigen keine nennenswerten Marktanteile erreicht.

Tabelle 7: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Inserentenmärkte)

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: NZZ AG	Jahr
[30-40]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[30-40]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[30-40]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	2012
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: ESH Médias	Jahr
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%	2012

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Jahr
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	2014
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	2013
[30-40]%	[0-10]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: MC-T (Master Chain Technologies) AG	Jahr
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: VALMO Sàrl	Jahr
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	2014
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[0-10]%	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Jahr
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	2012

Tabelle 8: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Nutzermärkte)

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: ESH Médias	Wettbewerber 3: Intervog Sarl	Jahr
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	2012
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	Jobscout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Intervog Sarl	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Jahr
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2014
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2013
[40-50]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	2012
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz					
Tamedia & Ricardo	JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: WEB-SET interactive GmbH	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Jahr
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	2014

[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%	[0-10]%	2013
[30-40]%	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%	[0-10]%	2012

152. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Meldung betreffend die Inserentenmärkte Spider-Inserate bei der Marktanteilsberechnung grundsätzlich nicht berücksichtigt wurden, da gespiderete Objekte nicht direkt auf eine Buchung durch einen Werbetreibenden zurück zu führen sind (vgl. auch Rz 121). Tamedia nennt zudem kein konkretes Beispiel eines Metaportals mit Spider-Inseraten, das von den stellenausschreibenden Unternehmen kostenpflichtige Angebote verlangen könnte. Es ist somit auch nicht ersichtlich, dass die Metaportale in naher Zukunft kostenpflichtige Angebote für die Unternehmen lancieren werden. Dementsprechend sind diese zumindest nicht als starke potenzielle Konkurrenz einzustufen.

153. Tamedia macht in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sodann geltend, auch die Personaldienstleister seien starke potenzielle Konkurrenten. Zwar würden sie sich im Moment noch mehrheitlich auf Stellen, für welche sie ein Vermittlungsmandat hätten, fokussieren, da aber die gesamte Technologie für ein Stellenportal vorhanden sei, könnten sie ihre Angebotspalette jederzeit problemlos erweitern.

154. Gleichzeitig wird jedoch geltend gemacht, dass die grösseren Personaldienstleister bereits heute schon Anbieter von Online-Stellenplattformen seien. Insofern können diese nicht mehr als potenzielle Konkurrenz angesehen werden, sondern es handelt sich dabei um bereits berücksichtigte, aktuelle Konkurrenz. Der Umstand, dass die meisten grossen, vom Sekretariat befragten Personaldienstleister ihre Stellen auch auf anderen Portalen wie z. B. jobs.ch ausschreiben und dabei geltend machen, dass gewisse Stellenportale (insb. jene der JobCloud) bei der Stellenausschreibung unumgänglich sind, zeigt, dass es auch für die Personaldienstleister nicht einfach ist, ein erfolgreiches Stellenportal aufzubauen. Ansonsten wären sie wohl kaum bereit, ihre Inserate weiterhin kostenpflichtig auf Stellenportalen zu publizieren, wenn es so einfach wäre, ein Stellenportal mit genügend hoher Reichweite aufzubauen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die geltend gemachte von Berufs-/Branchenverbänden ausgehende potenzielle Konkurrenz.

155. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht von einer genügend starken potenziellen Konkurrenz ausgegangen werden kann, die gegen eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia bzw. JobCloud bzw. JobCloud/olx.ch im Sinne von Art. 10 Abs. 1 bzw. 4 Abs. 2 KG spricht.

B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

156. Die obigen Ausführungen zeigen, dass Tamedia bzw. JobCloud bzw. JobCloud/olx.ch in den betroffenen Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen sowohl inserentens als auch nutzerseitig über hohe Marktanteile bis zu [40-50] % verfügt. Zudem sind die Abstände zur zweitgrössten Wettbewerberin gemessen in Marktanteilen hoch bis sehr hoch (bis zu [30-40] %). Weiter konnte JobCloud vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 die Reichweite deutlich

erhöhen und die Preise für Online-Stellen-Rubrikanzeigen um ungefähr 10 % erhöhen. Aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz ist davon auszugehen, dass Tamedia bzw. JobCloud bereits heute zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. die Übernahme von olx.ch kommt es zudem – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Zudem kann nicht von einer genügend starken disziplinierenden Wirkung durch potenzielle Konkurrenz ausgegangen werden.

157. Anhand der Angaben der Meldung sowie wegen des hohen Konzentrationsgrades und der Verteilung der Marktanteile stellt sich die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia (nach Erwerb von Ricardo) und der Ringier AG vorrangig auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

B.4.2.3 Kollektive Marktbeherrschung auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

158. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. In diesem Fall ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheidungen behandelt.⁶⁴

159. In diesem Zusammenschlussvorhaben erfolgt die Prüfung einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia (nach Erwerb von Ricardo) und der Ringier AG. Diese betrifft den Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

160. Die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ist die Muttergesellschaft der im Verlags- und Medienbereich aktiven Gesellschaften der Ringier-Gruppe. Diese gibt weltweit Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.⁶⁵ Ringier betreibt auch die beiden Fahrzeugportale autoscout24.ch und motoscout24.ch.⁶⁶

⁶⁴ Vgl. RPW 2008/1, 184 ff., *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 422 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 499 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁶⁵ Vgl. RPW 2012/1, 146 Rz 10, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

⁶⁶ Vgl. <[http://www.ringier.com/de/portfolio/uebersicht/alle?f\[0\]=field_product_category%3A307](http://www.ringier.com/de/portfolio/uebersicht/alle?f[0]=field_product_category%3A307)> (22.07.2015).

161. Der Erwerb von Ricardo durch Tamedia führt gemäss den Angaben in der Meldung zu folgenden Grössenverhältnissen.

Tabelle 9: Darstellung der aktuellen Konkurrenz für den Markt für Inserenten in (Print-/Online) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz für die Jahre 2012 bis 2014

Jahr	Tamedia & Ricardo	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: FAHRZEUGNET AG	Wettbewerber 3: Gratis-Inserate.ch GmbH
2012	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%
2013	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%
2014	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%

162. Aus Tabelle 9 ist ersichtlich, dass vor diesem Zusammenschluss fünf Wettbewerber zusammen ungefähr [90-100] % halten. Davon sind Tamedia (car4you.ch, fahrzeugnetz.ch, auto-online.ch, auto24.ch, moto24.ch, inserate24.ch und ecocar4you.ch), Ricardo (autorcardo.ch) und Gratis-Inserate.ch GmbH (gratisinserate.ch) diejenigen Unternehmen, die eine kostenlose Fahrzeugausschreibung anbieten.⁶⁷ Demgegenüber können die Inserierenden bei Ringier bzw. autoscout24.ch ihre Fahrzeuginserate nicht kostenlos aufschalten.⁶⁸ Bei FAHRZEUGNET AG (fahrzeugnet.ch und seit 2015 autolina.ch) sind Fahrzeuginserate für Händler (bei autolina.ch für Neuwagen) ebenfalls kostenpflichtig.⁶⁹ Nur Gebrauchtwagen können auf autolina.ch gratis und kostenlos inseriert werden. Daraus folgt, dass dieses Zusammenschlussvorhaben die beiden zweitgrössten Online-Plattformen betrifft, die gleichzeitig die beiden grössten Fahrzeug-Plattformen mit einer kostenlosen Insertion von Fahrzeuginseraten sind.

163. Im Folgenden findet auf dieses Zusammenschlussvorhaben die Anwendung der Kriterien statt, die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehen sind.⁷⁰ Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Online-Portal fahrzeugnet.ch ausschliesslich für Fahrzeugangebote von offiziellen Markenvertretungen und angeschlossenen Servicestellen ist. Somit können Private ihre Fahrzeugangebote nicht auf fahrzeugnet.ch aufschalten.⁷¹ Dies wiederum bedeutet, dass das Portal

fahrzeugnet.ch nur beschränkt aktuelle Konkurrenz gegenüber Tamedia, Ricardo und Ringier darstellen kann.

B.4.2.3.1. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

164. Die Angaben gemäss Meldung in Tabelle 9 zeigen, dass der Erwerb von Ricardo durch Tamedia zu einer Situation mit zwei Unternehmen mit hohen Marktanteilen führt. Nach dem Erwerb verfügen Tamedia/Ricardo und die Ringier-Gruppe über einen kumulierten Marktanteil von [80-90] %.

165. Zur Ermittlung des Konzentrationsgrades auf einem Markt kann der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) berechnet werden. Er besteht aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher im Markt tätigen Unternehmen. Die HHI-Werte in Tabelle 10 bestätigen einen hohen Konzentrationsgrad. Die EU-Kommission würde diese HHI-Werte gemäss ihren Leitlinien nicht als bedenkenlos einstufen.⁷² Gemäss Praxis der EU-Kommission ergeben sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1000 liegt. Derartige Märkte bedürfen in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Dasselbe gilt in der Regel für Zusammenschlussvorhaben, bei denen der HHI zwischen 1000 und 2000 und der Δ HHI unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2000 und der Δ HHI unter 150 liegt.⁷³

Tabelle 10: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

HHI ex ante Zusammenschluss	[2000-3000]
HHI ex post Zusammenschluss	[3000-4000]
Δ HHI	[0-1000]

166. Zudem berücksichtigen diese HHI-Werte nur die Wettbewerber, die Tabelle 10 aufführt. Zur Anzahl und den Marktanteilen der übrigen Wettbewerber liegen keine Angaben vor. Weil die übrigen Wettbewerber in der Berechnung der HHI-Werte nicht enthalten sind, stellen die vorliegenden HHI-Werte untere Schwellenwerte dar. Bei Berücksichtigung der übrigen Wettbewerber würden die HHI-Werte höher ausfallen.

⁶⁷ Vgl. <<http://www.car4you.ch/promotion>> (15.05.2015); <<http://auto.ricardo.ch/cms/autos/de-de/preise.aspx>> (15.05.2015); <<http://www.gratis-inserate.ch/inserieren/Fahrzeuge/>> (15.05.2015).

⁶⁸ Vgl. <<http://www.autoscout24.ch/de/produkte-und-preise>> (15.05.2015).

⁶⁹ Vgl. <<http://www.autolina.ch/agb>> (15.05.2015).

⁷⁰ Vgl. RPW 2008/1, 184 ff., *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 451 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 528 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁷¹ Vgl. <<http://www.fahrzeugnet.ch/inserieren>> (15.05.2015).

⁷² Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 S. 5 ff., Rz 19 ff. (im Folgenden: Leitlinien Fusionskontrolle).

⁷³ RPW 2008/1, 169 Rz 319 f., *Migros/Denner*.

167. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht Tamedia geltend, der Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werde nicht dazu führen, dass Tamedia und Ricardo über einen gemeinsamen Marktanteil von [40-50] % erreichen würden. Ringier werde mit deutlichem Abstand von [0-10] % der führende Wettbewerber bleiben, was gegen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung spreche. Es sei weiter irrelevant, ob die EU-Kommission die errechneten HHI-Werte nicht als bedenkenlos einstufen würde. Das schweizerische Kartellgesetz unterscheide sich im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wesentlich vom europäischen Recht. Es stelle deutlich höhere Eingriffsvoraussetzungen auf als das Recht der EU und das Recht der meisten anderen europäischen Länder (insbesondere Deutschland).

168. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die Meldung für die Jahre 2012 bis 2014 für Tamedia und Ricardo jeweils einen Marktanteil von je [20-30] % und für Ringier einen Marktanteil von [40-50] % angibt (vgl. Rz 161, Tabelle 9). Die Wettbewerbsbehörden müssen und können von der Richtigkeit der Angaben in der Meldung ausgehen, zumal die Meldung die Grundlage der vorläufigen Prüfung darstellt und darstellen muss. Das Sekretariat hat bei den Zusammenschlussparteien nach den Grundlagen der Berechnungen der Marktanteile gefragt. Mit der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung korrigiert Tamedia die Marktanteile auf [30-40] % für Tamedia/Ricardo und auf [40-50] % für Ringier. Entgegen der von Tamedia vertretenen Auffassung sprechen diese Marktanteile nicht gegen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. So hat die WEKO im Zusammenschlussvorhaben France Télécom SA/Sunrise Communications AG bei einer Marktanteilsverteilung von ungefähr 60 % von Swisscom und ungefähr 40 % der fusionierten Unternehmung eine Situation festgestellt, die eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begünstigt hätte. Insbesondere hat die WEKO auch im Zusammenschlussvorhaben France Télécom SA/Sunrise Communications AG die HHI-Werte herangezogen, um die Marktkonzentration zu ermitteln.⁷⁴ Für die Bestimmung der Marktkonzentration ist es unerheblich, ob das schweizerische Kartellgesetz höhere Eingriffsvoraussetzungen als das Recht der EU und der meisten anderen europäischen Ländern aufstellt. Unabhängig von der Höhe der Eingriffsvoraussetzungen ist bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses die Marktkonzentration einer der zu berücksichtigenden Faktoren.

B.4.2.3.2. Symmetrien

169. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.⁷⁵

170. Tabelle 9 zeigt, dass das Zusammenschlussvorhaben zu identischen Marktanteilen von Tamedia/Ricardo und Ringier führt. Nach dem Zusammenschluss sind Tamedia/Ricardo und Ringier in Bezug auf die Marktanteile völlig symmetrisch (beide [40-50] %). Selbst bei einem wie von Tamedia nachträglich geltend gemachten

Marktanteilsunterschied von [0-10] % (vgl. Rz 167) liegt immer noch eine sehr hohe Symmetrie vor.

171. Bei der Tamedia-Gruppe handelt es sich gemäss Meldung um ein Medienunternehmen, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe sei Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.

172. Die Ringier-Gruppe ist gemäss eigenen Angaben das grösste international operierende Schweizer Medienunternehmen und führt weltweit mehr als 120 Zeitungen und Zeitschriften, Druckereien, diverse Radio- und Fernsehkanäle und über 80 Web- und Mobile-Plattformen.⁷⁶

173. Somit ist für die Tamedia- und die Ringier-Gruppe von symmetrischen Tätigkeiten und einem symmetrischen Produktportfolio (insbesondere auch betreffend Online-Plattformen) auszugehen. Einziger nennenswerter Unterschied besteht in der stärkeren internationalen Tätigkeit von Ringier. Dieser Unterschied ist für dieses Zusammenschlussvorhaben jedoch weniger relevant, weil der Erwerb von Ricardo durch Tamedia die Schweiz betrifft. Zudem ist festzustellen, dass Tamedia mit dem Erwerb von Ricardo ihre Tätigkeiten im Bereich Online-Marktplätze ausbaut. Online-Marktplätze gehören auch zum Portfolio von Ringier. Somit ist davon auszugehen, dass dieses Zusammenschlussvorhaben die Symmetrie zwischen der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe erhöht.

174. Weil es sich sowohl bei der Tamedia-Gruppe als auch bei der Ringier-Gruppe um Medienunternehmen mit weitestgehend gleichem Produktportfolio handelt, besteht ebenfalls Symmetrie in Bezug auf technologisches Know-How.

175. Bei der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe handelt es sich um Kapitalgesellschaften. Grundsätzlich zeichnen sich beide Gruppen daher in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe in erster Linie symmetrisch. Die WEKO behauptet damit nicht, dass das vorrangige Ziel einer Kapitalgesellschaft, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziert. Trotz des vorrangigen Ziels der Gewinnmaximierung kann es sein, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien

⁷⁴ Vgl. RPW 2010/3, 520 Rz 163, 523 Rz 183, 527 Rz 218, 538 Rz 272 f.

⁷⁵ Vgl. RPW 2008/3, 453 Rz 274, *Heineken/Eichhof*, RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, 147 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 40, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (01.06.2015).

⁷⁶ Vgl. <http://www.ringier.com/de/ueber_ringier> (12.05.2015).

anwenden. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.⁷⁷

176. Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Symmetrie verschiedene Dimensionen betreffen kann. Darunter fallen auch die Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Aus diesem Grund berücksichtigt die Symmetrie auch Dimensionen (Tätigkeiten und Produktportfolios), deren Vergleich unabhängig von den abgegrenzten Märkten erfolgt. Dies wiederum impliziert, dass die Marktabgrenzung bei der Analyse in Bezug auf solche Dimensionen keinen Einfluss hat.

177. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia vor, die Symmetrien zwischen Tamedia und Ringier seien nicht stärker ausgebildet als dies bei Unternehmen, die in den gleichen Märkten tätig seien, regelmässig der Fall sei. Hinsichtlich der Geschäftstätigkeiten würden sich die beiden Unternehmen stark unterscheiden. Ringier weise namentlich eine viel stärkere internationale Ausrichtung auf und fokussiere im Printbereich viel stärker auf Zeitschriften als Tamedia. Entscheidend sei jedoch, dass es für die Effekte des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht auf die Symmetrien der Unternehmen als Ganzes, sondern nur auf die Symmetrien in Bezug auf den relevanten Markt ankomme. Im Bereich der Fahrzeug-Rubrikanzeigen stelle sich die wettbewerbliche Ausgangslage für Ringier einerseits und Tamedia/Ricardo andererseits sehr unterschiedlich dar. Ringier bzw. autoscout24.ch werde auch nach dem Zusammenschluss von autoricardo.ch und car4you.ch der klare Marktführer sein. Die in der Meldung ausgewiesenen Marktanteile, welche auf der Anzahl Inserate basierten, würden dies nur unvollständig wiedergeben. Dies sei darauf zurückzuführen, dass autoricardo.ch und car4you.ch über eine hohe Zahl von identischen Inseraten verfügen würden, weil Händler das gleiche Fahrzeug sowohl auf autoricardo.ch als auch car4you.ch inserieren würden. Rund [...] % der Inserate dürften auf solche Doppelinserate entfallen. Nach der Übernahme werde Tamedia car4you.ch in autoricardo.ch integrieren. Entsprechend werde der Händler auf der „fusionierten“ Plattform pro Fahrzeug nur noch ein Inserat schalten. Selbst wenn alle Händler der neuen Plattform treu bleiben sollten, werde der kombinierte Marktanteil dadurch rund [0-10] % tiefer. Auch seien die Produkte von Ringier und Tamedia/Ricardo keineswegs symmetrisch und würden sich deutlich unterscheiden.

178. Es ist zutreffend, dass Ringier stärker international ausgerichtet ist, als Tamedia (vgl. Rz 173). Allerdings betrifft der Erwerb von Ricardo durch Tamedia wie erwähnt die Schweiz. In Bezug auf die Schweiz ist von symmetrischen Tätigkeiten und einem symmetrischen Produktportfolio der beiden Mediengruppen Tamedia und Ringier auszugehen. So betreiben insbesondere beide Mediengruppen digitale Plattformen in den Bereichen E-Commerce, Immobilien, Stellen, Fahrzeuge und Gratis-Kleinanzeigen. Insbesondere wurde die Ringier-Gruppe ebenfalls als Käuferin von Ricardo gehandelt.⁷⁸ Zudem kommt es entgegen der Auffassung der Parteien nicht nur auf die Symmetrien in Bezug auf den relevanten Markt an. Wie einleitend ausgeführt, kann Symmetrie

verschiedene Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How betreffen. Zudem schliesst Tamedia mit dem Erwerb von Ricardo, namentlich autoricardo.ch, sehr nahe zu Ringier bzw. autoscout.ch auf. Gerade dies erhöht die Symmetrie.

B.4.2.3.3. Marktwachstum und Innovationen

179. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.⁷⁹

180. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.⁸⁰

181. Gemäss den Angaben in der Meldung ist das Marktvolumen in den letzten Jahren in allen Sprachregionen gewachsen. Tabelle 11 zeigt, wie sich der Gesamtmarkt in der Deutschschweiz gemessen anhand der Anzahl Objekte in den Jahren 2012 bis 2014 entwickelt hat. Somit ist der Markt während eines Jahres um ungefähr [0-10] % bzw. [0-10] % gewachsen. Gleichzeitig zeigt Tabelle 11, dass die Marktanteile in den Jahren 2012 bis 2014 für die fünf grössten Wettbewerber gleich geblieben sind.

⁷⁷ Vgl. RPW 2010/3, 542 Rz 299, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁷⁸ Vgl. Tamedia sticht Ringier im Kampf um Ricardo aus, Handelszeitung, <<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/tamedia-sticht-ringier-im-kampf-um-ricardo-aus-737562>> (22.07.2015); Ringier und Tamedia wollen Ricardo.ch, werbewoche, <<http://www.werbewoche.ch/ringier-und-tamedia-wollen-ricardo>> (22.07.2015); Tamedia schlägt Ringier im Online-Duell, NZZ am Sonntag, <http://webpaper.nzz.ch/2015/02/15/wirtschaft/LXXGR/tamedia-schlaegt-ringier-im-online-duell?quest_pass=c1031486b5%3ALXXGR%3Ad26bebb22a95928b6b9b900d2dee920c1b700b5f> (22.07.2015).

⁷⁹ Vgl. RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁸⁰ Vgl. MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (12.05.2015).

Tabelle 11: Entwicklung Gesamtmarkt und Marktanteile in den Jahren 2012 bis 2014 in der Deutschschweiz (anhand der Anzahl Objekte)

Jahr	Gesamtmarkt	Marktanteile			
		Tamedia & Ricardo	Ringier	FAHRZEUGNET AG	Gratis-Inserate.ch GmbH
2012	[...]	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%
2013	[...]	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%
2014	[...]	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%	[0-10]%

182. Die Angaben in Tabelle 11 zeigen, dass anhand des Marktwachstums keine Nachfrageschocks ersichtlich sind. Ebenfalls sind keine Marktanteilsverschiebungen ersichtlich. Folglich ist davon auszugehen, dass die Verhältnisse auf dem Gesamtmarkt stabil sind.

183. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia vor, dass bei zweiseitigen Märkten die Auswirkungen auf beide Märkte berücksichtigt werden müssten. Die WEKO dürfe ihre Analyse nicht allein auf die Werbemärkte beschränken. Eine starke Stellung in den Werbemärkten sei nur denkbar, wenn dieser eine starke Stellung in den Nutzermärkten vorausgehe. Die Marktentwicklungen in den Nutzermärkten würden in der Regel den Entwicklungen in den Werbemärkten vorausgehen. Für die Beurteilung des Marktwachstums (und der kollektiven Marktbeherrschung an sich) seien deshalb auch die Nutzermärkte beizuziehen. Hier zeige sich, dass der Gesamtmarkt von 2012 bis 2014 deutlich gewachsen sei, nämlich rund [...] %. Ein ähnliches Bild zeige sich übrigens auch in den übrigen Sprachregionen. Der Umstand, dass sich die Gesamtmärkte generell noch in der Wachstumsphase befänden, führe dazu, dass sich Investitionen der Unternehmen heute besonders lohnen würden. Für Tamedia/ricardo.ch und Ringier würden heute in der Wachstumsphase des Marktes starke Anreize bestehen, kein koordiniertes Gleichgewicht zu suchen, sondern im Gegenteil zu versuchen, so viele Marktanteilsgewinne wie möglich zu Lasten des jeweils anderen Unternehmens zu erzielen. Weiter zeige sich, dass die Marktanteile von Tamedia, autoricardo.ch und Ringier im Nutzermarkt viel tiefer als im Werbemarkt seien und sich nicht gleichförmig entwickeln würden. Wegen der Zweiseitigkeit der Märkte und den ausgeprägten Netzwerkeffekten hänge der Erfolg im Werbemarkt massgeblich vom Erfolg im Nutzermarkt ab. Entsprechend würden sich schwankende Marktanteile im Nutzermarkt mittelfristig auch auf den Werbemarkt auswirken.

184. Es ist zutreffend, dass bei zweiseitigen Märkten die Wechselwirkungen zwischen den beiden Seiten einer Plattform nicht vernachlässigt werden dürfen. Allerdings zeigt die Entwicklung der letzten drei Jahre stabile Marktverhältnisse, auch wenn man wie von Tamedia geltend gemacht wird, von einem um [0-10] % höheren Marktanteil der Ringier-Gruppe (vgl. Rz 167) ausgeht. Somit sind auch keine Hinweise ersichtlich, in welcher Hinsicht ein etwaiges Wachstum des Nutzermarktes die Marktstellung von Tamedia, Ricardo und Ringier auf der Inserentenseite beeinflusst hat.

185. Tamedia macht weiter geltend, der Markt sei zudem gekennzeichnet durch zahlreiche Innovationen und neue Geschäftsmodelle. Sie verweist in ihrer Stellungnahme namentlich auf die Plattform beepi.com, die erst anfangs 2014 in den Markt eingetreten sei. Fahrzeughalter müssten dabei lediglich ihre Fahrzeuge online erfassen. Fachleute von beepi.com würden daraufhin den Zustand des Fahrzeugs vor Ort prüfen und es fotografieren. Während 30 Tagen werde das Fahrzeug auf der Plattform von beepi.com inseriert. Fände es in der Zeit keinen Käufer, kaufe beepi.com das Fahrzeug. Damit biete beepi.com eine komfortable Alternative zum Verkaufsprozess über klassische Fahrzeugplattformen. Der Verkäufer erspare sich den ganzen Aufwand von Vertragsverhandlungen, Fahrzeugbesichtigungen, Probefahrten etc. Solche innovative Modelle hätten mit kleiner Verzögerung auch bereits in Europa Fuss gefasst. So funktioniere beispielsweise Karasso.de sehr ähnlich wie beepi.com. Es sei davon auszugehen, dass sich solche und ähnliche Geschäftsmodelle für Gebrauchtfahrzeuge auch in der Schweiz etablieren werden. Auch Internetseiten, welche sich auf die Vermittlung von Neuwagen zu guten Konditionen spezialisiert hätten, würden die Stellung der klassischen Fahrzeugplattformen bedrohen. In der Schweiz habe deren Aufschwung mit mycar24.ch erst begonnen und werde sich in den nächsten Jahren fortsetzen.

186. Zu diesem Vorbringen ist anzumerken, dass Tamedia, Ricardo und Ringier die geltend gemachten Geschäftsmodelle ebenfalls anbieten können. Die Plattformen von Tamedia, Ricardo und Ringier verfügen bereits über einen hohen Bekanntheitsgrad und eine hohe Reichweite. Es besteht deshalb ein deutlicher Vorteil gegenüber den geltend gemachten Plattformen mit Innovationen und neuen Geschäftsmodellen.

B.4.2.3.4. Markttransparenz

187. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.⁸¹

⁸¹ Vgl. RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 22 ff. <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (12.05.2015).

188. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht Tamedia geltend, anders als in der vorläufigen Prüfung dargestellt, seien nur die Standardpreise für Einzelkunden öffentlich zugänglich. Die Preise für Händler würden weder auf car4you.ch noch auf autoricardo.ch noch auf autoscout24.ch publiziert. Gerade bei grossen Kunden sei es bei car4you.ch und autoricardo.ch zudem üblich, Konditionen für die Premium-Produkte individuell zu verhandeln und für diese Kunden massgeschneiderte Leistungspakete zu schnüren, deren Preis für jeden Kunden separat kalkuliert werde. Damit seien die Preise für diejenigen Kunden, mit denen ein Grossteil des Umsatzes erzielt werde, nicht öffentlich zugänglich, was gegen eine kollektive Marktbeherrschung spreche.

189. Hierzu gilt es zunächst festzuhalten, dass die Preise von Tamedia, Ricardo und Ringier für Fahrzeug-Inserate für die Verkäuferschaft, die keinen gewerbsmässigen Handel mit Fahrzeugen betreibt, öffentlich zugänglich sind.⁸² Gleichzeitig lassen diese Preise bereits Rückschlüsse auf die Preise für Händler zu.

190. Weiter gilt es festzuhalten, dass Tamedia auf car4you.ch ausdrücklich auch auf Händlerabonnemente hinweist, welche „schon ab CHF 49.- / Monat“ erhältlich seien. Zudem führt car4you.ch die Zusatzleistungen wie z. B. nachgefragte Fahrzeuge von Privaten auf.⁸³ Ricardo bzw. autoricardo.ch führt ein Gebührenreglement, das die Gebühren für das Einstellen von Angeboten bei ricardo.ch und autoricardo.ch regelt. Ausdrücklich weist dieses Gebührenreglement darauf hin, dass in den Fahrzeugkategorien gesonderte Gebühren gelten. Das Gebührenreglement regelt die Einstell- und Abschlussgebühren für Angebote in den Fahrzeugkategorien sowohl für private wie auch für gewerbliche Verkäufe.⁸⁴ Bei autoscout24.ch erhalten die professionellen Händler die Informationen und Preise auf Anfrage.⁸⁵ Somit sind jedenfalls bei car4you.ch und autoricardo.ch zumindest auch die Ausgangspreise und Konditionen für Händler bzw. gewerbliche Verkäufer öffentlich zugänglich. Insgesamt sind die Preise von Tamedia, Ricardo und Ringier für Fahrzeug-Inserate für Händler anhand der öffentlich zugänglichen Informationen genügend genau eingrenzbar.

B.4.2.3.5. Multimarktbeziehungen

191. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.⁸⁶

192. Für Tamedia/Ricardo und Ringier kann von symmetrischen Tätigkeiten und einem symmetrischen Produktportfolio ausgegangen werden (vgl. Rz 173). Darauf deuten ebenfalls die Angaben zu den Wettbewerbern und ihren Marktanteilen hin (vgl. Tabelle 5): Ringier erscheint regelmässig als Wettbewerberin auf den betroffenen Märkten. Somit kann davon ausgegangen werden, dass sich Tamedia/Ricardo und Ringier auf verschiedenen Märkten begegnen.

193. Tamedia bringt vor, die Tatsache, dass sich Tamedia und Ringier in mehreren Märkten begegnen, hänge nicht mit den ausgeprägten Synergien zusammen, sondern vielmehr damit, dass die WEKO im Medienbereich besonders enge und filigrane Marktabgrenzungen vornehme. Dies führe dazu, dass eine grosse Anzahl von

Medienmärkten existieren würde. Naturgemäss seien dann Medienunternehmen immer in vielen Märkten gemeinsam tätig, selbst wenn sich ihre Geschäftsbereiche nur in einzelnen Bereichen überlappen würden.

194. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Wenn sich die Geschäftsbereiche der Medienunternehmen nur in einzelnen Bereichen überlappen würden, wäre bei einer besonders engen Marktabgrenzung die Wahrscheinlichkeit einer Überlappung geringer. Zudem beruht die Betrachtung der Multimarktbeziehungen vor allem auch auf den Tätigkeiten und Produktportfolios der Tamedia- und Ringier-Gruppe (vgl. Rz 192). Der Vergleich der Tätigkeiten und Produktportfolios erfolgt unabhängig von jeglicher Marktabgrenzung (vgl. Rz 176).

195. Die Angaben zu den Wettbewerbern und deren Marktanteilen in Tabelle 5 deuten ebenfalls darauf hin, dass auf den übrigen betroffenen Märkten asymmetrische Grössenverhältnisse zwischen Tamedia/Ricardo und Ringier bestehen.

B.4.2.3.6. Stellung der Marktgegenseite

196. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.⁸⁷

197. Gemäss Meldung handelt es sich bei der Marktgegenseite beim Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz um Nachfrager, die Fahrzeuge zum Verkauf inserieren wollen.

198. Auf car4you.ch, autoricardo.ch und autoscout24.ch können sowohl Private als auch Händler, Garagen oder Markenvertreter Fahrzeuge zum Verkauf inserieren.⁸⁸

⁸² Vgl. <<http://www.car4you.ch/promotion>> (13.05.2015); <<http://auto.ricardo.ch/cms/autos/de-de/preise.aspx>> (13.05.2015); <<http://www.autoscout24.ch/de/produkte-und-preise>> (13.05.2015).

⁸³ Vgl. <<http://www.car4you.ch/haendler-abos>> (07.07.2015).

⁸⁴ Vgl. <https://www.ricardo.ch/ueber-uns/Portals/ch-ueber-uns/Medienbereich/web/Gebuehrenreglement_DE.pdf>, S 8, (07.07.2015).

⁸⁵ Vgl. <<http://www.autoscout24.ch/Contact.aspx?lng=de>> (07.07.2015).

⁸⁶ Vgl. RPW 2008/1, 189 Rz 505, *Migros/Denner*, RPW 2008/3, 457 Rz 300, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 48 ff. <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (12.05.2015).

⁸⁷ Vgl. RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*, RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, 145. <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (12.05.2015).

⁸⁸ Vgl. <<http://auto.ricardo.ch/cms/autos/de-de/preise.aspx>> (15.05.2015), <<http://www.car4you.ch/promotion>> und <<http://www.car4you.ch/haendler-abos>> (15.05.2015), <<http://www.autoscout24.ch/de/produkte-und-preise>> (15.05.2015).

Für diese Marktgegenseite, bestehend aus Privaten, Händlern, Garagen und Markenvertretern, ist davon auszugehen, dass der Konzentrationsgrad niedrig ist. Dies deutet darauf hin, dass die Marktgegenseite über wenig Gegenmacht verfügt.

199. Tamedia macht geltend, die Marktgegenseite verfüge durchaus über Gegenmacht. Sie verfüge über diverse Auswahlmöglichkeiten und könne in glaubwürdiger Weise damit drohen, Plattformen selbst und insbesondere über die Verbände zu lancieren.

200. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es bei der Stellung der Marktgegenseite grundsätzlich um den Konzentrationsgrad bzw. die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite geht. Die Marktgegenseite ist sehr stark fragmentiert. Zudem gibt es im Wesentlichen nur noch die zwei Fahrzeugportale der FAHRZEUGNET AG (fahrzeugnet.ch und autolina.ch), die mit den Plattformen von Tamedia/Ricardo und Ringier (insb. car4you.ch, autoricardo.ch und autoscout24.ch) vergleichbar sind. Diverse Auswahlmöglichkeiten, die mit den Plattformen car4you.ch, autoricardo.ch und autoscout24.ch vergleichbar sind, bestehen somit für die Marktgegenseite nicht. Überdies ist das Online-Portal fahrzeugnet.ch ausschliesslich für Fahrzeugangebote von offiziellen Markenvertretungen und angeschlossenen Servicestellen zugänglich (vgl. Rz 163). Gerade für Private bestehen somit kaum Auswahlmöglichkeiten. Dies zeigt sich auch daran, dass die FAHRZEUGNET AG gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung nicht mehr als [0-10] % an Marktanteil erreicht.

201. Die Verbände dürften zwar über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen. Jedoch besteht beispielsweise zwischen dem Auto Gewerbe Verband Schweiz AGVS⁸⁹ und autoscout24.ch eine Partnerschaft. Im Rahmen eines Partnerangebotes profitieren alle AGVS-Mitglieder von einem Rabatt auf das AutoScout24-Jahresabonnement bei Neuabschluss oder Vertragsverlängerung.⁹⁰ Der ACS Automobil Club der Schweiz⁹¹ hat eine Zusammenarbeit mit car4you.ch, bei der die ACS-Mitglieder von einem Rabatt auf allen kostenpflichtigen Inseraten profitieren.⁹² Folglich dürften für die Verbände nur geringe Anreize bestehen, eine eigene Plattform zu lancieren.

202. Schliesslich geht aus der Marktbefragung hervor, dass den Befragten verschiedene Plattformen für den Verkauf von Fahrzeugen bekannt sind. Im Rahmen der Befragung werden die Plattformen autoscout24.ch, car4you.ch, autoricardo.ch, anibis.ch, tutti.ch, webmobil24, comparis.ch, fahrzeugnet.ch, olx.ch und gratisinsetrate.ch genannt. Allerdings geben ungefähr 51 % der Befragten an, dass unumgängliche Plattformen existieren. Ungefähr 24 % verneinen die Frage nach unumgänglichen Plattformen. Als unumgängliche Plattformen nennen von den Befragten ungefähr 51 % das Portal autoscout24.ch, ungefähr 5 % das Portal autoricardo.ch und ungefähr 5 % das Portal car4you.ch.⁹³

B.4.2.3.7. Potenzielle Konkurrenz

203. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue

Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.⁹⁴

204. Gemäss Meldung sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutrittsschwellen tief. Ein Online-Portal lasse sich schnell, einfach und kostengünstig realisieren. Der notwendige Traffic, um für Inserenten und Nutzer attraktiv zu werden, lasse sich ebenfalls rasch generieren. Das sogenannte Spidern von Inseraten sei in der Schweiz legal. Jeder Anbieter könne dadurch Rubrikanzeigen der grossen Portale übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. Dadurch habe jeder Marktteilnehmer die Möglichkeit, schnell und nahezu kostenlos eine grosse Anzahl von Rubrikanzeigen zu publizieren. Damit locke das Portal Nutzer an und werde für die Inserenten attraktiv. Auch im Bereich der Fahrzeug-Rubriken könne ein neuer Anbieter dank Spidern rasch und bei tiefen Marktzutrittsschwellen in den Markt eintreten. Gemäss Meldung spidert z. B. comparis.ch.

205. Aufgrund der beschriebenen Dynamik im Online-Bereich sei jederzeit mit Marktzutritten zu rechnen. Dazu würden vor allem auch die geringen Marktzutrittsschwellen beitragen. Als kürzlich in den Markt eingetretenes Unternehmen nennt die Meldung autolina.ch. Bei autolina.ch handle es sich um ein übliches Online-Portal für Fahrzeug-Rubrikanzeigen für Private und Händler. Das Online-Portal autolina.ch gehöre zur FAHRZEUGNET AG. Diese betreibe bereits die Plattform fahrzeugnet.ch. Tamedia führt in ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung zudem aus, jüngst seien auch die Fahrzeugportale fahrzueg.ch, occasionen.ch, mycar24.ch und carsb2b.ch in den Markt eingetreten.

206. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt Tamedia zudem vor, dass es nur noch eine Frage der Zeit sein dürfte, bis comparis.ch auch in den Werbemarkt einsteige und den inserierenden Händlern kostenpflichtige Angebote unterbreite. Genau diesen Schritt habe comparis.ch im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen bereits vollzogen: Nachdem sich comparis.ch zunächst

⁸⁹ Der Auto Gewerbe Verband Schweiz (AGVS) ist der Branchen- und Berufsverband der Schweizer Garagisten. Als Dachorganisation unterstützt er seine Mitglieder mit Dienstleistungen, setzt sich für deren Interessen ein und trägt im Bereich Aus- und Weiterbildung aktiv zur Weiterentwicklung und Profilierung des Autogewerbes bei <<http://www.agvs-upsa.ch/de/verband>> (07.07.2015).

⁹⁰ Vgl. <<http://www.agvs-upsa.ch/de/dienstleistungen/partnerangebote/verkauf>> (07.07.2015).

⁹¹ Der Verein ACS bezweckt den Zusammenschluss der Automobilisten zur Wahrung der verkehrspolitischen, wirtschaftlichen, touristischen, sportlichen und aller weiteren mit dem Automobilismus zusammenhängenden Interessen wie Konsumenten- und Umweltschutz <<http://www.acs.ch/ch-de/partner/car4you.asp?navid=18>> (07.07.2015).

⁹² Vgl. <<http://www.acs.ch/ch-de/partner/car4you.asp?navid=18>> (07.07.2015).

⁹³ Bei dieser Frage waren Mehrfachnennungen möglich.

⁹⁴ Vgl. RPW 2008/1, 205 Rz 650, *Migros/Denner*, RPW 2008/3, 458 Rz 311, *Heineken/Eichhof*, RPW 2010/3, 555 Rz 374, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, 143 f.

auf das Spidern von Immobilienportalen beschränkt habe, biete comparis.ch heute die Möglichkeit an, kostenpflichtige Inserate zu buchen. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb comparis.ch im Bereich der Fahrzeug-Rubrikanzeigen nicht den gleichen Weg beschreiten werde. Bereits heute scheine comparis.ch Schnittstellen einzurichten, über welche Händler die Daten ihrer Fahrzeug-Rubrikanzeigen übermitteln könnten, um diese auf einfache Weise auf comparis.ch zu publizieren. comparis.ch sei in der Schweiz eine sehr bekannte Marke und verfüge über hohe Nutzerzahlen. Das in der vorläufigen Prüfung vorgebrachte Argument, dass es für einen neuen Anbieter schwierig sein dürfte, ausreichende Nutzerzahlen zu erreichen, treffe auf comparis.ch definitiv nicht zu. comparis.ch und die weiteren Metaportale seien somit potenzielle Konkurrenten, deren Marktzutritt in die Werbemärkte ohne weiteres möglich sei und – im Falle von comparis.ch – auch unmittelbar bevorstehen dürfte. Gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sei comparis.ch das aktuell grösste Metaportal für Fahrzeug-Rubrikanzeigen. Die Aussage in der vorläufigen Prüfung, dass Metaportale keine potenziellen Konkurrenten in den Werbemärkten seien, sei damit widerlegt.

207. Weiter macht Tamedia geltend, dass Wettbewerbsdruck durch die Autohändler bestehe (z. B. emilfrey.ch, auto-letzi.ch oder globalcartrading.com). Die Autohändler würden eigene Fahrzeug-Plattformen führen. Dank Metaportalen und Suchmaschinen sei gewährleistet, dass die Nutzer und Käufer die Fahrzeug-Rubrikanzeigen der Autohändler auffinden würden. Es sei zu erwarten, dass die Autohändler ihre Plattformen gegenüber Dritten öffnen würden, wenn sich mit der Publikation von Rubrikanzeigen Dritter Geld verdienen liesse.

208. Zudem seien Verbände und Facebook potenzielle Konkurrenten. Bei zu hohen Preisen würden die Autohändler über die Verbände eigene Plattformen betreiben. Facebook habe angekündigt, neue Funktionalitäten für Verkäufer zu implementieren. Damit wolle sich Facebook im Bereich Consumer-to-Consumer als Verkaufsplattform etablieren.

209. Zu diesen Vorbringen ist zunächst anzumerken, dass der Aufbau einer Online-Fahrzeugplattform heutzutage aus technischer Sicht kein Problem darstellen dürfte. Für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften die Kosten bei wenigen zehntausend Franken liegen. Es ist davon auszugehen, dass es für potenzielle Konkurrenten grundsätzlich verhältnismässig einfach und zu niedrigen Kosten möglich ist, eine Online-Fahrzeugplattform zu erstellen.

210. Die Vermarktung der Plattform hingegen dürfte sich als bedeutend schwieriger erweisen, da auf dem Markt bereits etablierte und bei den Nutzern bekannte Portale für den Fahrzeughandel existieren. Zudem ist davon auszugehen, dass Nutzer in der Regel nur wenige ihnen bekannte Online-Portale für den Fahrzeugkauf verwenden. Aus diesem Grund müsste ein neu in den Markt eintretender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades zur Erreichung der notwendigen Reichweite tätigen, um von den Inserenten überhaupt ins Auge gefasst zu werden und mit Tamedia, Ricardo und Ringier ernsthaft in Konkurrenz treten zu können.

211. In diesem Zusammenhang ist auf die stabilen Marktverhältnissen (vgl. Rz 179 ff., insb. Tabelle 11) hinzuweisen. Aufgrund der stabilen Marktverhältnisse ist davon auszugehen, dass in den Jahren 2012 bis 2014 kein Online-Portal für Fahrzeuge in den Markt getreten ist, das einen Marktanteil von mehr als [0-10] % erreicht hätte.

212. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Meldung betreffend die Werbemärkte Spider-Inserate bei der Marktanteilsberechnung nicht berücksichtigt wurden, da der Inserent das gespiderte Inserat nicht gebucht habe. Überdies handelt es sich bei den Metaportalen ooyyo.ch, autos.trovit.ch, sparky.ch, allekleinanzeigen.ch/auto-fahrzeuge/, autos.ch und autokralle.ch, welche die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung als potenzielle Konkurrenz nennt, um Plattformen mit kostenlosen Insertionsmöglichkeiten oder reinen Suchmaschinen ohne Möglichkeit von Inseraten. Es ist nicht ersichtlich, dass die Metaportale in naher Zukunft kostenpflichtige Angebote für die Unternehmen lancieren können. Dementsprechend sind diese zumindest nicht als starke potenzielle Konkurrenz einzustufen (vgl. auch Rz 152).

213. Wie bereits erwähnt, hebt die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung comparis.ch in Analogie zu deren Verhalten im Bereich Immobilien-Rubrikanzeigen als potenzielle Konkurrenz im Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen hervor. Es trifft zu, dass comparis.ch die Möglichkeit für Immobilieninserate anbietet. Allerdings sind dabei comparis.ch und ImmoScout24 Partner, wie aus den Angaben auf der Homepage von comparis.ch bzw. immoscout24.ch hervorgeht: „Ohne Zusatzkosten erscheint Ihr Inserat auch bei unserem Partner ImmoScout24“. Für die Abwicklung der Zahlung und Abwicklung der Inserate ist ImmoScout24 zuständig. Als Kontakt dient die Helpdeskadresse von ImmoScout24. Ebenfalls ist zu sehen, dass die Inseratepreise und die Insertionsdauer von comparis.ch und immoscout24.ch gleich sind.⁹⁵ In Anwendung der von der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend gemachten Analogie ist somit eher davon auszugehen, dass comparis.ch die Möglichkeit von Fahrzeug-Rubrikanzeigen in Zusammenarbeit mit einem grösseren Fahrzeug-Portal anbieten würde. Vor allem ist aufgrund der Angaben von comparis.ch und car4you.ch ersichtlich, dass bei einem Inserat auf einem der grössten Fahrzeugportale⁹⁶ die Anzeige ebenfalls auf comparis.ch erscheint. Das Inserat erscheint gemäss den Angaben auf comparis.ch nicht nur im Web, sondern auch in den Mobile Applikationen, der App für iPhone und iPad und der App für Android von comparis.ch.⁹⁷ Gleichermassen weist car4you.ch bei den Inseratepreisen ausdrücklich darauf hin, dass die Preise für eine Online-Fahrzeug-Rubrikanzeige auf car4you.ch

⁹⁵ Vgl. <<https://www.comparis.ch/immobilien/inserieren/default>> (22.07.2015); <<http://www.immoscout24.ch/public/insertion/ProductsAndPrices>> (22.07.2015).

⁹⁶ Gemäss comparis.ch handelt es sich dabei um AutoSchiess, car4you.ch, Carweb, auto.ricardo.ch, Autobox, auot-online, AutoScout24, drive-in.ch und fahrzeugnet.ch, <<https://www.comparis.ch/carfinder/portal/list>> (22.07.2015).

⁹⁷ Vgl. <<https://www.comparis.ch/carfinder/portal/list>> (22.07.2015).

gleichzeitig die Aufschaltung auf comparis.ch umfassen.⁹⁸ Dementsprechend ist comparis.ch ebenfalls zumindest nicht als starke potenzielle Konkurrenz einzustufen (vgl. auch Rz 152).

214. In Bezug auf die Autohändler zeigt die Marktbefragung, dass die Autohändler Dritten gegenüber die Möglichkeit von Fahrzeug-Rubrikanzeigen bereits anbieten. Soweit ersichtlich ist es bis zu diesem Zeitpunkt keinem Autohändler gelungen, ein Fahrzeugportal aufzubauen, das als vergleichbar zu autoscout24.ch, autoricardo.ch oder car4you.ch zu qualifizieren wäre.

215. Zum Vorbringen hinsichtlich Verbände als potenzielle Konkurrenz ist auf die bereits erwähnte Zusammenarbeit zwischen dem Auto Gewerbe Verband Schweiz AGVS und autoscout24.ch sowie der Zusammenarbeit zwischen dem ACS Automobil Club der Schweiz und car4you.ch hinzuweisen (vgl. Rz 200). Aufgrund dieser Zusammenarbeit dürften für die Verbände nur geringe Anreize bestehen, eine eigene Plattform zu lancieren.

216. Schliesslich ist zurzeit weder abschätzbar noch ersichtlich, in welcher Form und in welchem Umfang Facebook ein Portal für Fahrzeug-Rubrikanzeigen aufschalten oder ein vergleichbares Angebot anbieten wird.

B.4.2.3.8. Zwischenergebnis

217. Die obige Analyse der Kriterien für die Beurteilung der Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung zeigt, dass der Erwerb von Ricardo durch Tamedia Anreize für kollusives Verhalten durch Tamedia/Ricardo und Ringier auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz eröffnet. Zudem ergibt die Analyse, dass ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.

B.4.3 Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

218. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

219. Ein Unternehmenszusammenschluss muss sich laut Bundesgericht auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde ihn untersagen oder lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.⁹⁹

220. Das Bundesgericht stellt damit hohe Anforderungen an die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Es stellt jedoch auch klar, dass das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht ausschliesst. Vielmehr hält es fest, dass wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt beseitigt werden kann, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können.¹⁰⁰ Somit hat ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei einem Restwettbewerb die Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.¹⁰¹

221. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

B.4.3.1 Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen

222. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht in diesem Zusammenhang geltend, eine marktbeherrschende Stellung, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte, werde durch den Zusammenschluss weder begründet noch verstärkt. Die hohen Voraussetzungen, welche das schweizerische Recht und die bundesgerichtliche Rechtsprechung an die Untersagung eines Zusammenschlusses stellten, würden bei Weitem nicht erfüllt.

223. Wie gesehen (vgl. Rz B.4.2.2.1 ff. und 143 ff.), deutet die Prüfung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz darauf hin, dass Tamedia bzw. JobCloud zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen bereits vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der Zusammenschluss bzw. die Übernahme von olx.ch führt – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer spürbaren bzw. wesentlichen Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung kommt, kann offen gelassen werden, da die hohen Anforderungen an

⁹⁸ Vgl. <<https://www.car4you.ch/promotion>> (22.07.2015).

⁹⁹ Vgl. BGE 133 II 104, 107 ff. E. 6 (=RPW 2007/2, 327 E. 6) *Swissgrid*, und Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *Berner Zeitung/Tamedia*. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass „die marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG eine gegenüber der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 7 und 10 Abs. 1 jeweils i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG qualifizierte Marktbeherrschung ist (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl 1995 I 468 ff., 583; BGE 133 II 104, 107 ff. E. 6.3 in fine (=RPW 2007/2, 327 E. 6). *Swissgrid*; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 779-795; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 10 N 6 und 17).

¹⁰⁰ Vgl. dazu Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. 2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4; ferner RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

¹⁰¹ Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 242 f., *Post/NZZ/Tamedia* und *Post/Tamedia*; Vgl. RPW 2009/3, 270 Rz 199 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2008/4, 610 Rz 135 f., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/2, 308 Rz 167 f., *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*.

die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegend nicht gegeben sind. Die Resultate der Befragung sprechen gegen die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs: Bei der Frage nach den Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beantworteten rund 80 % der befragten stellenausschreibenden Unternehmen die Frage gar nicht bzw. gaben an, sie könnten diese Frage nicht beurteilen. Lediglich rund 16 % der befragten stellenausschreibenden Unternehmen und 14 % der Konkurrenten erwarten aufgrund des Zusammenschlusses von JobCloud und olx.ch negative Konsequenzen. Auch die hohe Dynamik der in Frage stehenden Märkte und die technologischen Möglichkeiten lassen nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs schliessen. Vor diesem Hintergrund besteht zumindest eine gewisse disziplinierende Wirkung infolge potenzieller Konkurrenz, so dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ausgegangen werden kann.

224. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aufgrund des derzeitigen Kenntnisstands nicht gegeben ist.

B.4.3.2 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

225. Die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht in diesem Zusammenhang geltend, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könnte, liege nicht vor. Es fehle an der Symmetrie. Zudem sei der Markt sehr dynamisch und die Marktzutrittschranken tief. Die hohen Voraussetzungen, welche das schweizerische Recht und die bundesgerichtliche Rechtsprechung an die Untersagung eines Zusammenschlusses stellten, seien bei Weitem nicht erfüllt.

226. Wie gesehen (vgl. Rz 158 ff.) deutet die Prüfung des Erwerbs von Ricardo durch Tamedia in Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung darauf hin, dass Anreize für kollusives Verhalten zwischen Tamedia/Ricardo und Ringier auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz entstehen. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Allerdings sprechen die Resultate der Befragung gegen die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Bei der Frage nach den Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beantworteten ungefähr 27 % von den befragten Garagen und Verbänden, dass sie negative Auswirkungen erwarten. Es erwarten ungefähr 11 % der befragten Garagen und Verbände positive Auswirkungen (z. B. Tamedia/Ricardo als Konkurrenz zu Ringier). Ungefähr 62 % geben ausdrücklich an, dass sie keine negativen Auswirkungen erwarten oder machen keine Angaben zur Frage. Bei den befragten Konkurrenten erwarten drei von fünf negative Auswirkungen. Zwei Konkurrenten erwarten ausdrücklich keine negativen Auswirkungen. Zudem lassen auch die hohe Dynamik der in Frage ste-

henden Märkte und die technologischen Möglichkeiten nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs schliessen. Vor diesem Hintergrund besteht zumindest eine gewisse disziplinierende Wirkung infolge potenzieller Konkurrenz, so dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ausgegangen werden kann.

227. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aufgrund des derzeitigen Kenntnisstands nicht gegeben ist.

B.5 Schlussfolgerungen

228. Die Prüfung kommt zum Ergebnis, dass Tamedia bzw. JobCloud auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen über eine sehr starke Stellung verfügt. Es ist davon auszugehen, dass Tamedia bzw. JobCloud zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. durch die Übernahme von olx.ch kommt es grundsätzlich – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, kann – wie gesehen – offen gelassen werden.

229. In Bezug auf die Fahrzeug-Rubrikanzeigen deutet die Prüfung des Erwerbs von Ricardo durch Tamedia in Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung darauf hin, dass Anreize für kollusives Verhalten zwischen Tamedia/Ricardo und Ringier auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz entstehen. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.

230. Die Angaben der Parteien, die Resultate der Befragung, die zum aktuellen Zeitpunkt hohe Dynamik der in Rede stehenden Märkte sowie die technischen Möglichkeiten sprechen jedoch jeweils gegen eine mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG.

231. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/Ricardo hat daher ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben zuzulassen ist.

B.6 Nebenabreden

B.6.1 Allgemeines

232. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls

einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.¹⁰²

233. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind¹⁰³ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.¹⁰⁴

234. 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. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.¹⁰⁵

235. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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.¹⁰⁶

B.6.2 Konkurrenzverbot, Abwerbeverbot

236. [...].

237. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.¹⁰⁷

238. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.¹⁰⁸

239. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und

Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu 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 den 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 als unnötig erachtet.¹⁰⁹

240. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.¹¹⁰

241. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.¹¹¹

242. Die in der Meldung genannten Konkurrenz- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

C Kosten

243. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹¹² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Tamedia AG und ricardo.ch AG.

244. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

¹⁰² Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

¹⁰³ ABI. C 56/24 vom 5.3.2005.

¹⁰⁴ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁰⁵ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

¹⁰⁶ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

¹⁰⁷ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁰⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

¹⁰⁹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

¹¹⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

¹¹¹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

¹¹² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

245. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). 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).

246. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz zwischen CHF 200 und 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 121,5 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 25'102.50 Franken.

247. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 30'102.50 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5000 Franken für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von 25'102.50 Franken für die Prüfung.

248. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV¹¹³). Somit haften die Tamedia AG und die ricardo.ch AG solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

¹¹³ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (Allg-GebV; SR 172.041.1).

B 2.3	5. JobCloud/JobScout24
-------	-------------------------------

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. August 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 24. August 2015

A Sachverhalt

1. Am 13. Mai 2015 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung der JobCloud AG (nachfolgend: JobCloud) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt JobCloud, die Kontrolle über den Unterneh-

mensteil JobScout24 (nachfolgend: JobScout24) zu erwerben.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 JobCloud

2. JobCloud ist ein vollfunktionales Gemeinschaftsunternehmen, das unter der gemeinsamen Kontrolle der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und der Ringier AG (nachfolgend: Ringier) steht. Tamedia und Ringier halten beide je 50 % der Kapital- und Stimmrechte von JobCloud.¹ Der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Tamedia und Ringier über JobCloud (bestehend aus der jobs.ch-Gruppe und Jobup-Gruppe) wurde von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Ende Oktober 2012 genehmigt.²

3. JobCloud (früher jobs.ch holding ag) betreibt gemäss Meldung die folgenden Online-Marktplätze für Stellen:

Tabelle 1: Online-Stellen-Marktplätze von JobCloud

Domain-Name	Beschreibung der angebotenen Dienstleistung
jobs.ch	Online-Stellenbörse für allgemeine Stelleninserate
jobwinner.ch	Online-Stellenbörse für allgemeine Stelleninserate
alpha.ch	Online-Stellenbörse für Fach- und Führungskräfte
topjobs.ch	Online-Stellenbörse für Fach- und Führungskräfte
jobup.ch	Online-Stellenbörse für allgemeine Stelleninserate mit Schwergewicht Westschweiz
jobsuchmaschine.ch	Online-Stellenbörse für allgemeine Stelleninserate
jobs4sales.ch	Online-Stellenbörse für Sales-Stellen
ictcareer.ch	Online-Stellenbörse für IT-Stellen
medTalents.ch	Online-Stellenbörse für medizinische Stellen
jobs4finance.ch	Online-Stellenbörse für Finanz-Stellen
ingjobs.ch	Online-Stellenbörse für Ingenieur-Stellen
stellen.ch	Online-Stellenbörse für allgemeine Stelleninserate

4. Unternehmen, Behörden und Organisationen könnten auf diesen Marktplätzen Rubrikanzeigen für Stellen schalten, und Stellensuchende könnten dort eine geeignete Stelle suchen.

5. Weiter biete JobCloud den Inserierenden und Stellensuchenden gewisse mit dem Marktplatz zusammenhängende Dienstleistungen an, wie z. B. „Job.DNA“, dank denen die Stellensuchenden für sich passende Stellen finden könnten oder das Spidering von Inseraten auf der Unternehmenswebsite des Kunden für die Publikation auf jobs.ch.

6. Als weitere, unter der Bezeichnung „jobs.kombi“ vermarktete Dienstleistung übernehme JobCloud im Auftrag von Unternehmen die technische Abwicklung von Stel-

lenausschreibungen, die direkt auf den Websites dieser Unternehmen eingebettet werden.

7. JobCloud verfügt gemäss Meldung zudem über die folgenden drei Tochtergesellschaften:

¹ Vgl. Medienmitteilung Tamedia vom 26. Mai 2014, Ringier gleicht Beteiligung an JobCloud AG aus – Ringier und Tamedia halten beide wieder 50 Prozent, <http://www.tamedia.ch/de/pressekontakt/medienmitteilungen/2014/pressrelease/ringier_gleicht_beteiligung_an_jobcloud_ag_aus_ringier_und_tamedia_halten_beide_wieder_50_prozen/> (12.05.2015); Portfolio Ringier – JobCloud AG, <<http://www.ringier.com/de/produkte/schweiz/e-commerce/jobs/>> (12.05.2015).

² Vgl. RPW 2013/1, 80 ff., Tamedia/Ringier/Jobscout24/Jobup.

8. JobCloud halte [...] % der Aktien an der Jobsuchmaschine AG (nachfolgend: Jobsuchmaschine), die unter der alleinigen Kontrolle von JobCloud stehe. Jobsuchmaschine betreibe unter dem Domainnamen „jobsuchmaschine.ch“ ein Metaportal³ für Stellenangebote.

9. JobCloud halte weiter [...] % an der x28 AG (nachfolgend: x28). Mit der Beteiligung seien Kontrollrechte im fusionskontrollrechtlichen Sinn verbunden. x28 betreibe die Metaportale „jobagent.ch“ sowie „jobs-in-banking“. Ferner betreibe x28 unter anderem in Zusammenarbeit mit der Solothurner Handelskammer den Online-Marktplatz für Stellen „solothurn-jobs.ch“. Daneben erbringe x28 auch noch gewisse Dienstleistungen im Zusammenhang mit Arbeitsmarktdaten, Datenextraktion und Crawling/Spidering.

10. JobCloud halte ferner [...] % an der österreichischen karriere.at Informationsdienstleistung GmbH (nachfolgend karriere.at). Mit dieser Beteiligung seien ebenfalls Kontrollrechte verbunden. Karriere.at betreibe unter den Domain-Namen „karriere.at“, „jobs.at“, „green-jobs.at“ und „stellenangebote.at“ in Österreich Online-Marktplätze für Stellen.

11. Über weitere Beteiligungen verfüge JobCloud nicht. Namentlich sei eine Minderheitsbeteiligung an der karriere.ch AG Ende 2013 veräussert worden.

12. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.

13. Abgesehen von den Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen von JobCloud (vgl. Rz 3) betreibt Tamedia gemäss Meldung noch die folgenden Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen:

- Stellenbörse von „24 heures“ (24Emploi.ch) und Stellenbörse von „Tribune de Geneve“ (tdgeemploi.ch), beide mit Schwergewicht in der französischen Schweiz);
- Stellenbörse auf tio.ch (tuttojob), mit Schwergewicht in der italienischen Schweiz.

14. Stellen-Rubrikanzeigen könnten auch auf tutti.ch inseriert und gesucht werden, wobei tutti.ch in erster Linie eine Online-Plattform für Kleinanzeigen sei. Dasselbe gelte für pa.ghi.ch. Diese Website umfasse unter anderem einen Online-Marktplatz für Kleinanzeigen, für den Raum Genf, auf dem auch Stellen inseriert und gesucht werden können.

15. Ringier ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten der Ringier-Gruppe. Diese gibt in verschiedenen Ländern Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Sie ist auch im Bereich Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.

16. Abgesehen von den Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen von JobCloud (vgl. Rz 3) und von JobScout24 (vgl. unten, Rz 17) betreibt Ringier gemäss Mel-

dung in der Schweiz keine weiteren Online-Plattformen, die auf Stellen-Rubrikanzeigen spezialisiert seien. Allerdings könnten Stellen auf anibis.ch inseriert und gesucht werden, wobei anibis.ch in erster Linie eine Online-Plattform für Kleinanzeigen sei.

A.1.2 JobScout24

17. Der Unternehmensteil JobScout24 betreibt gemäss Meldung einen Online-Marktplatz, der unter dem Domain-Namen „jobscout24.ch“ sowie mittels Weiterleitung auch unter dem Domain-Namen „jobscout.ch“ (der Online-Marktplatz nachfolgend: jobscout24.ch) erreichbar ist. Dabei handle es sich um einen Online-Marktplatz für Stellen, auf welchem Unternehmen, Behörden und Organisationen Rubrikanzeigen für Stellen schalten und Stellensuchende eine für sie geeignete Stelle suchen könnten.

18. Auf jobscout24.ch könne grundsätzlich auch Banner- und Netzwerkwerbung gebucht werden. Die Angebote für Banner- und Netzwerkwerbung würden indes nur in sehr geringem Umfang genutzt.

19. JobScout24 bilde einen Unternehmensteil innerhalb der Scout24 Schweiz AG (nachfolgend: Scout24 Schweiz), dem ein eigener Umsatz zugewiesen werden könne. Neben jobscout24.ch betreibe Scout24 Schweiz in der Schweiz noch weitere Online-Marktplätze in den Bereichen Autos und Motorräder (autoscout24.ch und motoscout24.ch), Immobilien (immoscout24.ch) und Kleinanzeigen (anibis.ch). Diese würden von JobCloud nicht übernommen und seien damit von der vorliegenden Transaktion nicht betroffen.

20. Scout24 Schweiz stehe unter der alleinigen Kontrolle von Ringier, die Ringier mittelbar über dazwischengeschaltete Gesellschaften ausübe.

A.2 Vorhaben

21. JobCloud plant gemäss Meldung, von Scout24 Schweiz die relevanten Vermögenswerte des Unternehmensteils JobScout24 zu übernehmen. JobCloud und Scout24 Schweiz hätten deshalb einen Kaufvertrag über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die zum Unternehmensteil JobScout24 gehörten, geschlossen.

22. [...]

23. [...]

24. [...]

25. [...]

26. [...]

27. Mit dem Erwerb dieser für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Vermögenswerte von JobScout24 Schweiz übernehme JobCloud die Kontrolle über den Unternehmensteil.

³ Ein Metaportal sucht gemäss Meldung mittels Suchrobotern andere Stellenportale und die Unternehmens-Websites nach Stelleninseraten ab und übernimmt diese in die eigene Datenbank.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

28. JobScout24 Schweiz hat sich gemäss Meldung entschieden, JobScout24 in Zukunft nicht mehr selbständig zu betreiben und diesen Geschäftsbereich an JobCloud zu verkaufen. Scout24 Schweiz werde in Zukunft nur noch den technischen Betrieb der Plattform als Dienstleistungserbringerin von JobCloud übernehmen.

29. [...]

A.4 Verfahren

30. Am 12. Januar 2015 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.

31. Mit Schreiben vom 27. Januar 2015 nahm das Sekretariat dazu Stellung.

32. Am 12. Mai 2015 reichte JobCloud eine (erleichterte) Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

33. Mit Schreiben vom 13. Mai 2015 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der gleichentags eingegangenen (erleichterten) Meldung und verlangte weitere Auskünfte und Unterlagen in Anwendung von Art. 15 VKU. Die entsprechenden Auskünfte gingen am 21. Mai 2015 beim Sekretariat ein.

34. Am 13. Mai 2015 versandte das Sekretariat Fragebögen an insgesamt rund 90 Unternehmen. Dabei bestand der Kreis der Befragten aus Konkurrenzunternehmen und aus stelleninserierenden Unternehmen in jeweils der Deutschschweiz und der Romandie. Davon sind 59 Unternehmen der stelleninserierenden Wirtschaft der Deutschschweiz zuzuordnen. Aus der französischsprachigen Schweiz stammen 17 stelleninserierende Unternehmen. Bei der Konkurrenz handelt es sich um 12 Unternehmen aus der Deutschschweiz und zwei Unternehmen aus der französischsprachigen Schweiz.

35. Mit Schreiben vom 11. Juni 2015 mahnte das Sekretariat diejenigen stellenausschreibenden Unternehmen und Konkurrenten im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen, welche auf das Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2015 noch nicht geantwortet hatten.

36. Am 15. Juni 2015 teilte das Sekretariat JobCloud mit, dass aufgrund der Resultate der vorläufigen Prüfung eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt werde. Gleichzeitig mit dem Bericht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung wurden den Parteien auch die Verfahrensakten sowie die Medienmitteilung persönlich überbracht.

37. Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 stellte JobCloud Fristerstreckungsgesuch bis am 6. Juli 2015 zur Stellungnahme zum Bericht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung.

38. Am 26. Juni 2015 erstreckte das Sekretariat die Frist für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bis am 3. Juli 2015.

39. Am 3. Juli 2015 nahm JobCloud zur vorläufigen Prüfung Stellung.

40. Bis am 23. Juli 2015 beantworteten bis auf zwei Anbieter von Stellenplattformen und vier Unternehmen der stelleninserierenden Wirtschaft alle der befragten Unternehmen die Fragebogen des Sekretariats vom 13. Mai 2015.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

41. 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

42. 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).

43. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird. Die Einflussnahme des kontrollierenden Dritten auf den operativen und damit wettbewerbsensiblen Geschäftsbereich ist nicht zwingende Voraussetzung für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit. Vielmehr führt grundsätzlich bereits die Einflussnahme auf strategische Angelegenheiten zum Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Entsprechend stellen bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁴

44. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Muttergesellschaften unterliegt, –

⁴ Vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4 und 2.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

analog einer Konzerntochtergesellschaft – keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen bzw. sein Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen kann und demnach über keine wirtschaftliche Selbständigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG verfügt. Dem steht nicht entgegen, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen „*alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit*“ erfüllen muss. Denn das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen muss. Es genügt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in operativer/funktionaler Hinsicht selbständig ist. Dass auf strategischer Ebene die Muttergesellschaften die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle.⁵

45. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU ist somit von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Muttergesellschaften andererseits auszugehen. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.⁶ Die Muttergesellschaften ihrerseits bilden hingegen untereinander keine wirtschaftliche Einheit.

46. Gestützt auf die obigen Ausführungen sind vorliegend somit einerseits JobCloud zusammen mit Tamedia und Ringier und andererseits die von Ringier kontrollierte Scout24-Gruppe, zu welcher der Unternehmensteil JobScout24 gehört (vgl. Rz 17 ff.), als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

47. 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 Unterneh-

men oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

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

49. JobCloud plant, von Scout24 Schweiz die relevanten Vermögenswerte des Unternehmensteils JobScout24 und damit die Kontrolle zu übernehmen (vgl. Rz 21 ff.). Beim vorliegenden Kontrollwechsel handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

50. 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

51. JobCloud macht geltend, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG noch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

52. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) 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).

53. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2013 (in Mio. CHF)

	JobCloud	JobScout24	insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]

54. Wie aus der Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine 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 oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

55. Im Zusammenschlussverfahren Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation hat die WEKO festge-

halten, dass sich der in Art. 9 Abs. 4 KG verwendete Unternehmensbegriff durch Art. 2 Abs. 1^{bis} KG definiere

⁵ Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 42, NZZ/Ringier/cXense/PPN; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 316. In diesem Sinne auch Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2009 C 43/09 vom 21.2.2009 S. 10 ff., Rz 93 und CHRISTIAN KERSTING, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bussgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW vom 5.12.2014, 1156-1173, 1169.

⁶ In diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 26.9.2013 C-179/12 P *The Dow Chemical Company/European Commission*; KERSTING (Fn 46), 1167.

und nicht notwendigerweise deckungsgleich mit dem Begriff des beteiligten Unternehmens im Sinne von Art. 3 VKU sei. Die in Art. 3 VKU enthaltene Definition des beteiligten Unternehmens stelle nur eine Qualifikation im Sinne der VKU dar und beziehe sich vorab auf die Berechnung der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1 bis 3 KG.⁷

56. Wie erwähnt, stellen bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes (vgl. Rz 43).⁸ Die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht folglich auch dann, wenn nicht die direkt bzw. formal am Zusammenschluss beteiligte, sondern eine mit dieser konzernmässig verbundene Gesellschaft für marktbeherrschend erklärt worden ist und der Zusammenschluss einen Markt betrifft, auf welchem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, oder einen solchen betrifft, der diesem vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.⁹

57. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU – so vorliegend JobCloud – kann ebenfalls von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und dessen Muttergesellschaften andererseits ausgegangen werden. Folglich ist das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit den Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren (vgl. Rz 44). Analog zu einem Konzernrechtsverhältnis besteht die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit auch dann, wenn nicht für das direkt bzw. formal am Zusammenschluss beteiligte Gemeinschaftsunternehmen, sondern für eine der Muttergesellschaften bzw. für eine mit jener konzernmässig verbundenen Gesellschaft eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist, und der Zusammenschluss einen Markt betrifft, auf welchem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, oder einen solchen betrifft, der diesem vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.¹⁰

58. Vorliegend ist JobCloud zusammen mit den kontrollierenden Muttergesellschaften Tamedia und Ringier als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (vgl. Rz 46) und damit auch als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 55). Der Erwerb der Kontrolle über JobScout24 durch JobCloud ist somit gestützt auf die obigen Ausführungen auch dann meldepflichtig, wenn für Tamedia oder Ringier bzw. für eine mit jenen konzernmässig verbundene Gesellschaft eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist, und der Zusammenschluss einen Markt betrifft, auf welchem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, oder einen solchen betrifft, der diesem vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

59. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne)

marktbeherrschend sind.¹¹ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia¹² entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten zudem auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Tamedia hat jedoch 2014 ihre Beteiligung an Le Temps an Ringier verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.¹³

60. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn der geplante Zusammenschluss den Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz oder den Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne betrifft. Andererseits besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, falls der geplante Zusammenschluss einen Markt betrifft, der den genannten Märkten vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

61. Wie erwähnt, betreibt JobScout24 den Online-Marktplatz jobscout24.ch, auf welchem Unternehmen, Behörden und Organisationen Rubrikanzeigen für Stellen schalten und Stellensuchende eine für sie geeignete Stelle suchen können (vgl. Rz 17). jobscout24.ch ist in deutscher und französischer Sprache verfügbar, enthält aber auch Stellenangebote für die italienischsprachige Schweiz, und richtet sich somit an Nutzer und Inserenten in der ganzen Schweiz.¹⁴ Der Online-Stellen-Marktplatz JobScout24 ist somit insbesondere auch auf den folgenden Märkten tätig (vgl. auch Rz 75 ff.):

- Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

⁷ Vgl. RPW 2006/2, 293 Rz 24 f., *Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation*.

⁸ Vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4 und 2.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

⁹ Vgl. RPW 2006/2 293, Rz 24 ff, *Swisscom Eurosport AG/Communications Corporation*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 N 301.

¹⁰ Vgl. RPW 2015/1, 82 Rz 12 f., *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.

¹¹ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

¹² Vgl. RPW 2009/3, 248 Rz 1 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹³ Vgl. RPW 2014/4, 706 Rz 1, *Ringier/Le Temps*.

¹⁴ Vgl. jobscout24.ch.

62. Tageszeitungen richten sich sowohl mit Informationen bzw. News als auch mit Werbung an die Leser.¹⁵ Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung können insbesondere auch Stellen-Rubrikanzeigen sein.¹⁶ Daher umfassen die in der Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Märkte für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne je auch den Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz. Ob diese Märkte auch den Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfassen, kann vorliegend offengelassen werden.

63. Die von Ringier vertriebene überregionale Tageszeitung *Le Temps* und die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich *Tribune de Genève* und *24 heures*) enthalten ebenfalls Stellen-Rubrikanzeigen. Da *JobScout24* auch in der französischsprachigen Schweiz und insbesondere auch in den Regionen Genf und Lausanne Online-Rubrikanzeigen für Stellen anbietet, betrifft der geplante Zusammenschluss auch den (Leser-) Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne, für welchen die marktbeherrschende Stellung von Ringier bzw. Tamedia in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde.

64. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

65. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben jedoch selbst dann als meldepflichtig nach Art. 9 Abs. 4 KG, falls es entgegen der obigen Einschätzung nicht den (Leser-) Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz oder den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betreffen sollte:

66. In diesem Fall würde es sich beim Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zwar entgegen den obigen Ausführungen nicht um einen integralen Bestandteil des mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Märkte für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch nichts daran ändern, dass diese Märkte gleichwohl in einem Nahverhältnis zueinander stehen. Konkret wäre davon auszugehen, dass die Märkte für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in den verschiedenen Sprachregionen nur knapp ausserhalb der Märkte für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne liegen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als dass die Online-Stellen-Rubrikanzeigen von *JobScout24* für die französischsprachige Schweiz bzw. betreffend die Regionen Genf und Lausanne aus Sicht der Leser/Nutzer wie der Inserenten bis zu einem gewissen

Grad mit den Stellen-Rubrikanzeigen in der von Ringier vertriebenen überregionalen Tageszeitung *Le Temps* und den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich *Tribune de Genève* und *24 heures*) substituierbar sind.

67. Gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint gemäss dieser Rechtsprechung etwa auch ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich.¹⁷ Somit würde es sich bei den Märkten für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen nach dem Gesagten unter Berücksichtigung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung um benachbarte Märkte zu den (Leser-) Märkten für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln.

68. Grundsätzlich kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen (vgl. Rz 85).¹⁸

69. Aber selbst wenn separate Print- und Onlinemärkte für Rubrikanzeigen abgegrenzt würden, kann davon ausgegangen werden, dass separat abgegrenzte Märkte ebenfalls nur wenig ausserhalb den Märkten für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne lägen. Insbesondere würde weiterhin zumindest eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen den Online-Stellen-Rubrikanzeigen von *JobScout24* und den Stellen-Rubrikanzeigen in der von Ringier vertriebenen überregionalen Tageszeitung *Le Temps* und den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich *Tribune de Genève* und *24 heures*) bestehen. Durch eine entsprechende Anpassung der Marktabgrenzung würde sich an der Meldepflicht des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund des Vorliegens von mindestens einem benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG somit nichts ändern.

70. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

¹⁵ Vgl. in diese Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

¹⁶ Vgl. RPW 2007/2, 204 Rz 101, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

¹⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

¹⁸ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

71. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirk-samer Wettbewerb beseitigt werden kann, be-gründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nach-teile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

72. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder meh-rere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

76. Gemäss Meldung betreiben JobCloud und Job-Scout24 Online-Marktplätze für Stellen und sind damit im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen tätig. Auf dem Onli-ne-Marktplatz von JobScout24 könne grundsätzlich auch Banner- und Netzwerkwerbung gebucht werden. Ge-mäss Meldung ist davon auszugehen, dass auch JobCloud Banner- und Netzwerkwerbung aufschaltet, wenn auch in geringem Umfang. Entsprechend tangiert das Zusammenschlussvorhaben in erster Linie die Wer-be- und Nutzermärkte für Stellen-Rubrikanzeigen sowie die Märkte für Online-Firmenwerbung.

77. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammen-schlussvorhabens sind somit die folgenden sachlichen Märkte relevant:

B.4.1.1.1 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

78. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Be-treiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nach-frageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten.¹⁹

79. Metaportale werden grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt (vgl. Rz 100). Inserentenseitig gehören

Metaportale bzw. gespiderte²⁰ Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den Stellenausschreibenden geschaltet werden. Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Webseiten übernommen.

80. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird geltend gemacht, die Marktabgrenzung in der vorläufigen Prüfung beschränke sich fälschlicherweise auf den Be-reich der Stellen-Rubrikanzeigen und erwäge sogar, je einen separaten Markt für Print- und für Online-Stellen-Rubrikanzeigen abzugrenzen. Diese Betrachtung sei viel zu eng, da einem Unternehmen, das eine Stelle beset-zen wolle, neben den klassischen Stellen- Rubrikanzeigen (Print oder Online) verschiedenste Re-cruiting-Kanäle zur Verfügung stünden:

- Das Unternehmen könne Stellen-Rubrikanzeigen schalten. Dies werde es primär auf der eigenen Website tun;
- Das Unternehmen könne sich an Personalvermitt-lungen wenden;
- Es bestehe auch die Möglichkeit über Temporär-vermittlungsagenturen Vakanz zu füllen;
- Unternehmen könnten aktiv Kandidatinnen suchen („active sourcing“);
- Unternehmen würden heute gezielt auch die eigen-en Mitarbeiter einsetzen, um geeignete Kandida-ten für eine offene Stelle zu finden (Mitarbeiter-netzwerke, „Referral“-Modelle).

81. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass es bei dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht um den Prozess der Personalvermittlung und bescha-fung in seiner Gesamtheit geht. Vielmehr geht es spezi-fisch um Stellenausschreibungen. Stellenausschreibun-gen stellen eines der Elemente im Prozess Personalver-mittlung und –beschaffung dar. Die Personalvermittlung und beschaffung in ihrer Dienstleistungsform als Ganzes gehört nicht zum Markt der Online-Stellen-Rubrikanzeigen. So grenzt auch die Europäische Kom-mission (nachfolgend: EU-Kommission) einen Markt für die Vermittlung permanenter Stellen („permanent employment services“) durch Personalvermittler ab.²¹ Dieser Markt unterscheidet sich vom Markt für Online-Dienste für Stellenanzeigen.

82. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht JobCloud geltend, das Inserat auf der eigenen Website stelle ein vollwertiges Substitut zum Inserat auf einer

¹⁹ Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*.

²⁰ Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internet-seiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten (z. B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten (vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

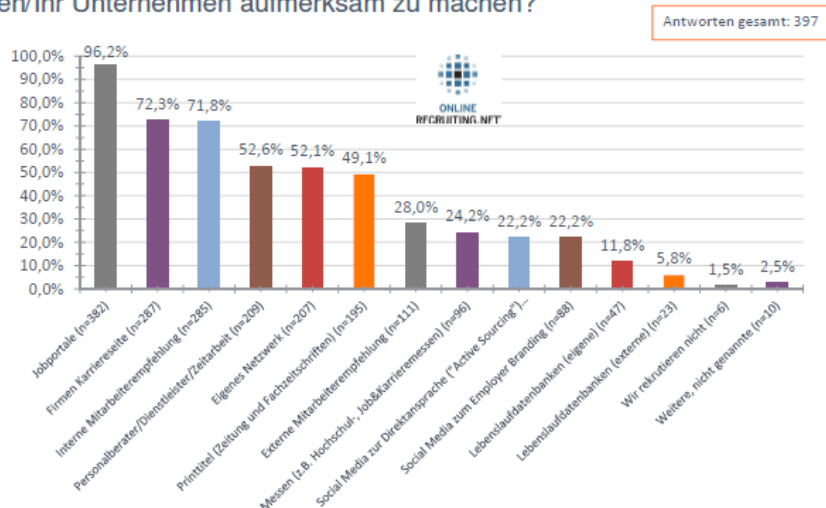
²¹ Vgl. KOMM, CELEX-Nr. 399M1702, Rz 8 f., *Vedior/Select Appoint-ments*; KOMM, 2005, CELEX-Nr. 3200M3872, Rz 10 ff., *United Ser-vices Group/Solvus*; KOMM, 2009, CELEX-Nr. 32009M5626, Rz 8 ff.; KOMM, 2009, CELEX-Nr. 32009M5699, Rz 7 ff., *Adecco/MPS Group*.

Stellenbörse dar. Damit würden beide Publikationsformen zum gleichen Markt gehören. Die Stellenausschreibung auf der eigenen Webseite sei heute eine der wichtigsten Möglichkeiten für Unternehmen, um Stellensuchende anzusprechen. Praktisch alle mittleren und grösseren Unternehmen und Organisationen verfügten heute auf ihren Webseiten über einen ausgebauten Bereich „Offene Stellen“. Die grösseren Unternehmen/Organisationen verfügten häufig über eigentliche Suchmasken, mit denen die Stellensuchenden eine für sie passende Stelle finden könnten. Dank dieser heute zur Verfügung stehenden Möglichkeiten seien die Unternehmen nicht mehr auf einen Anbieter von Stellenrubrikanzeigen angewiesen, sondern könnten ihre Stellen auf der eigenen Webseite ausschreiben. Auch kleine und mittlere Unternehmen würden heute ihre Stellen standardmässig auf ihrer Webseite aufschalten. Unzutreffend sei der in der vorläufigen Prüfung enthaltene Hinweis, die Publikation von Stellen auf der eigenen Webseite sei für Unternehmen kostenlos, was dafür spreche, dass diese Stelleninserate nicht zum relevanten Markt gehörten. Der Aufbau, Betrieb und die die Pflege des Stellenbereichs auf der eigenen Webseite seien für das Unternehmen sehr wohl mit Kosten verbunden. Je-

des Unternehmen stehe vor dem Entscheid, ob es die entsprechenden Beträge dafür ausgeben wolle oder ob es dieses Geld nicht effektiver einsetzen könne, indem es bei Stellenportalen Inserate schalte. Beide Varianten seien für das Unternehmen mit Kosten verbunden und würden dem exakt gleichen Ziel, den für die Stelle geeigneten Mitarbeiter zu finden, dienen.

83. Unternehmen wählen in der Regel nicht zwischen der Ausschreibung auf der eigenen Webseite und Ausschreibung auf einem Stellenportal, sondern schreiben ihre Stellen gleichzeitig über die unternehmenseigene Webseite und über Stellenportale aus. Dass dem so ist, bestätigt auch die Studie Social Media Recruiting Studie 2014. Aus dieser Studie ist ersichtlich, dass 96,2 % den Kanal Jobportale nutzen, um Kandidatinnen auf ihre Stellen aufmerksam zu machen. Gleichzeitig nutzen 72,3 % der befragten Unternehmen die eigene Webseite (vgl. Abbildung 1). Dies und der Umstand, dass Unternehmen bereit sind, für Stellenausschreibungen auf Internetportalen von Dritten zu bezahlen, sprechen gegen eine Substituierbarkeit von Stellenausschreibungen auf Internetportalen von Dritten durch Stellenausschreibungen auf firmeneigenen Webseiten.

3. Welche Kanäle nutzen Sie heute, um Kandidaten auf Ihre Stellen/Ihr Unternehmen aufmerksam zu machen?



ONLINE-RECRUITING.NET

SOCIALMEDIA-RECRUITING.COM

© Online-Recruiting.net 2014

Abbildung 1: Genutzte Kanäle, um Kandidaten auf Stellen/Unternehmen aufmerksam zu machen (Quelle: Social Media Recruiting Studie 2014).

84. Im Rahmen der vom Sekretariat durchgeführten Marktbefragung der inserierenden Wirtschaft geben ungefähr 70 % an, dass Stellenausschreibungen auf unternehmenseigenen Webseiten und auf Stellenportalen nicht austauschbar sind. Demgegenüber erachten (nur) ungefähr 6 % der Befragten die beiden Kanäle als austauschbar. Ungefähr 24 % äussern sich nicht zu dieser Frage. Als Gründe für die mangelnde Substituierbarkeit wurden die fehlende Reichweite der firmeneigene Webseite, die Komplementarität der beiden Kanäle, die Ausrichtung auf unterschiedliche Zielgruppen und der eigentliche Zweck der firmeneigenen Stellenwebseite als Instrument für Arbeitgebermarketing angeführt. Stellenin-

serate über Online-Stellenportale erreichen gemäss Marktbefragung eine höhere Anzahl Nutzer.

85. Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.²² Es stellt sich jedoch

²² RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

die Frage, ob für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht reine Online-Stellen-Rubrikanzeigemärkte abzugrenzen sind.

86. In der Meldung wird diesbezüglich geltend gemacht, die bisherige Praxis sei sachgerecht. Die Korrelation zwischen dem Rückgang der Print-Stelleninserate und dem starken Wachstum der Online-Stelleninserate in den letzten Jahren beweise, dass zwischen den beiden Bereichen starke Interdependenzen bestehen würden. Dies spreche für einen einheitlichen Markt.

87. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird sodann ausgeführt, die Abgrenzung von separaten Onlinemärkten widerspreche der konstanten und jahrelangen Praxis der WEKO und REKO/WEF, wonach Print- und Online-Rubrikanzeigen zum gleichen Markt gehören. Der Entscheid der REKO/WEF sei in diesem Punkt auch höchstrichterlich bestätigt worden. Die neue Marktabgrenzung wäre zudem in der Sache auch falsch. Print- und Online-Rubrikanzeigen seien sowohl aus Sicht der Werbetreibenden als auch aus Sicht der Nutzer Substitute. Dass in den vergangenen Jahren der Print-Bereich zugunsten des Online-Bereichs an Bedeutung verloren habe, sei kein Grund um einen separaten Online-Markt abzugrenzen. Dieser Trend habe schon 2007 bestanden, als das Bundesgericht seinen Entscheid dazu gefällt habe. Auch die vom Sekretariat durchgeführte Marktbefragung bestätige, dass Printinserate nach wie vor eine signifikante Bedeutung haben und zum gleichen Markt gehören.

88. Es ist zutreffend, dass gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF Print- und Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst sind.²³ Allerdings ist eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen.²⁴ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.²⁵ So hat die WEKO auch bereits in der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/home.ch unter Bezug auf die Ausführungen in der Meldung grundsätzlich die Frage aufgeworfen, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen.²⁶ Dieser Strukturwandel kann mit starken Interdependenzen zwischen Online- und Print-Bereich einhergehen. Starke Interdependenzen zwischen Online- und Print-Bereich bedeuten jedoch nicht automatisch, dass die beiden Bereiche dem gleichen Markt zuzuordnen sind. Dies gilt insbesondere für ein starkes Wachstum des Online-Bereichs zu Lasten des Print-Bereichs. Gemäss Meldung ist der Bereich Rubrikanzeigen seit Jahren besonders stark durch die Ablösung der Print- durch Online-Angebote geprägt. Damit bestehen allenfalls Hinweise, dass sich unter Umständen Print-Rubrikanzeigen durch Online-Rubrikanzeigen zu einem gewissen Grad substituieren lassen. Allerdings sagt dies nichts aus über die Substituierbarkeit in umgekehrter Richtung von Online-Rubrikanzeigen durch Print-Rubrikanzeigen. Dies gilt umso mehr, wenn der Online-Bereich – wie von der Meldung ausgeführt – den Print-Bereich ablöst. Weil das Zusammenschlussvorhaben

den Online-Bereich betrifft, stellt dieser Bereich den Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung dar. Die Frage ist demnach, ob Online-Rubrikanzeigen durch Print-Rubrikanzeigen substituierbar sind.

89. Zudem vollzieht sich ein Strukturwandel wie die Ablösung vom Print- durch den Online-Bereich nicht innerhalb weniger Jahre. Dies zeigt sich anhand der Entwicklung der Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanäle veröffentlichten Vakanzen der Top-500-Unternehmen aus der Schweiz, wie sie aus den Studien Recruiting Trends Schweiz 2010 und 2012 hervorgehen. Aus der nachstehenden. Aus Abbildung 2 ist ersichtlich, dass der Anteil des Rekrutierungskanals Printmedien über die Zeit abgenommen hat. Für das Jahr 2006 ist von einem Anteil der Printmedien von ungefähr 42 % auszugehen. Im Jahr 2012 veröffentlichten gemäss der Studie Recruiting Trends 2012 ungefähr 70 % der Unternehmen ihre Vakanzen in Internet-Stellenbörsen. In Printmedien erschienen im Jahr 2012 rund 18 % der offenen Stellen. Anhand von Abbildung 2 ist sogar zu beobachten, dass der Anteil der Printmedien im Jahr 2007 im Vergleich zum Vorjahr zugenommen hat. Damit hat der Trend von Print zu Online, anders als in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend gemacht, im Jahr 2007 noch nicht bestanden. Vielmehr zeigen diese Werte, dass sich der Trend von Print zu Online über mehrere Jahre vollzogen hat.

²³ RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

²⁴ Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 331, *WEKO/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, REKO/WEF*.

²⁵ Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

²⁶ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

[ABBILDUNG 6]: Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanälen veröffentlichten Vakanzten im Zeitverlauf

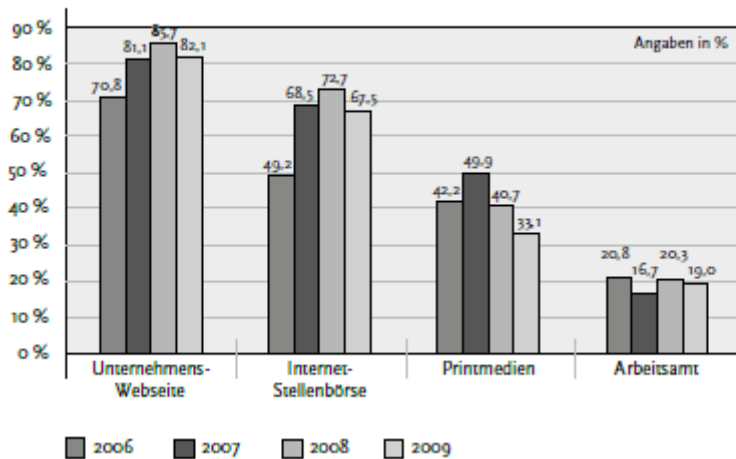


Abbildung 2: Anteile der in verschiedenen Rekrutierungskanälen veröffentlichten Vakanzten im Zeitverlauf (Quelle: Studie Recruiting Trends Schweiz 2010)

90. Im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen veröffentlichten im Jahr 2009 die Top-500-Unternehmen aus der Schweiz mit 82,1 % den grössten Anteil ihrer offenen Stellen auf der eigenen Unternehmens-Webseite. Dies entspricht einem Anstieg um 11,3 Prozentpunkte seit dem Jahr 2006. Weiter folgen Internet-Stellenbörsen. Die befragten Studienteilnehmer veröffentlichten im Jahr 2009 mehr als zwei Drittel ihrer Vakanzten über Internet-Stellenbörsen. Damit ergibt sich für diesen Kanal ein Anstieg um 18,4 Prozentpunkte innerhalb von vier Jahren. Diese Zunahme bei der Nutzung der Internet-Kanäle geht einher mit einer zunehmend geringeren Bedeutung der Printmedien. Etwas weniger als ein Drittel der offenen Stellen wurden von den antwortenden Unternehmen im vergangenen Jahr in Printmedien ausgeschrieben. Dies entspricht einem Rückgang um 9,1 Prozentpunkte seit 2006.²⁷

91. In den darauf folgenden Jahren hat sich dieser Trend gemäss Studie fortgesetzt. Weiterhin dominieren Online-Kanäle bei der Stellenausschreibung. Die Top-500-Unternehmen aus der Schweiz schreiben weitaus die meisten freien Stellen im Internet aus. Demnach werden 86,1 % aller Vakanzten auf der eigenen Unternehmens-Webseite veröffentlicht und etwa 70 % in Internet-Stellenbörsen.²⁸ Eine im Rahmen der Social Media Recruiting Studie Schweiz 2014 durchgeführte Befragung bei Personalverantwortlichen²⁹ ergibt sogar, dass bei der Personalbeschaffung kommerzielle Online-Stellenbörsen am meisten genutzt werden.³⁰ Jeweils rund 18 % aller offenen Stellen werden an Recruiting Agencies/Personalvermittlungen gemeldet sowie in Printmedien ausgeschrieben. Im Jahresvergleich sinkt damit die Bedeutung von Recruiting Agencies und Printmedien für die Stellenausschreibung.³¹

92. Dementsprechend geben die 500 grössten Unternehmen aus der Schweiz mit rund 30 % den grössten Teil ihres Rekrutierungsbudgets für Internet-Stellenbörsen und damit für den Rekrutierungskanal aus, der aus ihrer Sicht das beste Kosten-/Nutzen-Verhältnis aller externen Kanäle aufweist. Etwa ein Viertel des Rekrutierungs-

budgets wird für Headhunter/Personalberatungen (Executive Search) ausgegeben und 22,5 % für Recruiting Agencies/Personalvermittlungen. Rund ein Fünftel ihres Budgets wenden die Studienteilnehmer für Printmedien auf.³²

93. Dieser Strukturwandel identifiziert eine eigenständige Bedeutung von Online-Rubrikanzeigen. Dies deutet auf einen eigenständigen sachlich relevanten Markt von Online-Rubrikanzeigen hin.

94. Auch die EU-Kommission hat sich mit der Frage der Marktabgrenzung in Bezug auf Internetportale auseinandergesetzt. Die EU-Kommission geht bei Internetportalen von eigenständigen Märkten aus, ohne diese abschliessend abzugrenzen. In diesen Märkten sind Printmedien nicht enthalten.³³ Dabei hat die EU-Kommission die Frage nach einer möglichen weiteren Unterteilung dieses

²⁷ Vgl. TIM WEITZEL, ALEXANDER VON STETTEN, SVEN LAUMER, ANDREAS ECKHARDT, Falk von Westarp, Recruiting Trends 2010 Schweiz (Eine empirische Untersuchung mit den Top-500-Unternehmen aus der Schweiz), 2010, 17 f.

²⁸ Vgl. TIM WEITZEL, ANDREAS ECKHARDT, ALEXANDER VON STETTEN, SVEN LAUMER, CHRISTIAN MAIER, MICHEL GANOUCI, Recruiting Trends 2012 Schweiz (Eine empirische Untersuchung mit den Top-500-Unternehmen aus der Schweiz), 2012, 6.

²⁹ Vgl. Social Media Recruiting Studie 2014 Schweiz, 2: Die Befragung kontaktierte mehr als 10 000 Personalverantwortliche. Davon haben 445 Personalverantwortliche geantwortet.

³⁰ Vgl. Social Media Recruiting Studie 2012 Schweiz, 11.

³¹ Vgl. TIM WEITZEL, ANDREAS ECKHARDT, ALEXANDER VON STETTEN, SVEN LAUMER, CHRISTIAN MAIER, MICHEL GANOUCI, Recruiting Trends 2012 Schweiz (Eine empirische Untersuchung mit den Top-500-Unternehmen aus der Schweiz), 2012, 9.

³² Vgl. TIM WEITZEL, ANDREAS ECKHARDT, ALEXANDER VON STETTEN, SVEN LAUMER, CHRISTIAN MAIER, MICHEL GANOUCI, Recruiting Trends 2012 Schweiz (Eine empirische Untersuchung mit den Top-500-Unternehmen aus der Schweiz), 2012, 11.

³³ Vgl. KOMM, ABI. 2003 C 118/25 (COMP/JV.48), Rz 47 ff., *Vodafone/Vivendi/CanalPlus*; KOMM, ABI. 2000 C 311/3 (COMP/M.2050), Rz 22 ff., *Vivendi/Canal+/Seagram*; KOMM, ABI. 2001 C 172/20, Rz 16 ff., *UGC/Liberty Media*.

Marktes offen gelassen.³⁴ Spezifisch für Stellenanzeigen hat die EU-Kommission eine abschliessende Abgrenzung eines Marktes für die Erbringung von Online-Diensten für Stellenanzeigen ebenfalls offen gelassen.³⁵ Diesbezüglich hält die EU Kommission allerdings ausdrücklich fest, dass ihre Praxis eine Unterteilung in nationale Printmedien, regionale Printmedien, Magazine und Online-Bereich in Erwägung zieht.³⁶ Zudem findet die EU Kommission in ihren Ermittlungen, dass die Online- und Offline-Bereiche (dazu gehört auch der Print-Bereich) zwar bis zu einem gewissen Grad miteinander in Konkurrenz stehen. Allerdings könne der Online-Bereich als separater Markt angesehen werden. Im Gegensatz zum Offline-Bereich würden Anzeigen im Online-Bereich als geeignet erachtet werden, auf effektivere Weise einen stärker zielgerichteten Empfängerkreis zu erreichen.³⁷ Im Zusammenschlussvorhaben Google/DoubleClick unterscheidet die EU-Kommission bei der Marktdefinition zwischen Online und Offline-Werbung.³⁸ Ebenfalls im Zusammenschlussvorhaben Microsoft/Yahoo! Search Business erachtet die EU-Kommission Online-Werbung als einen von Offline-Werbung zu unterscheidenden Markt.³⁹

95. Weiter ist auf die US-Praxis hinzuweisen: Bei den Zusammenschlüssen zwischen Monster.com und HotJobs sowie Career-Builder und Headhunter.net in den Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 2011 waren die vier grössten Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen beteiligt. Die Frage der Abgrenzung zwischen Online und Offline war bei diesen Zusammenschlüssen ein zentrales Element. Bei beiden Zusammenschlüssen nahm die FTC eine umfassende Prüfung vor („second request“). Die FTC genehmigte die Übernahme von Headhunter.net durch CareerBuilder. Monster.com zog sein Angebot für HotJobs wegen eines höheren Angebots von Yahoo! zurück.⁴⁰ Bereits im Jahr 2001 verwendete die FTC bei der Prüfung des Zusammenschlusses zwischen Monster.com und HotJobs eine „Internet only“-Marktdefinition.⁴¹

96. Im Dezember 2007 gab die FTC zudem die Übernahme von DoubleClick durch Google frei. Dabei konzentrierte die FTC ihre Prüfung auf die Auswirkungen der Transaktion auf den Wettbewerb im Online-Bereich. In ihrer Erklärung erwähnt die FTC Offline-Medien wie beispielsweise Zeitungen nicht.⁴² Die FTC erachtet das Internet nicht länger als einen Kanal innerhalb eines Marktes, sondern als eigenständiges Medium.⁴³

97. Zusammenfassend zeigt somit das Vorgehen der europäischen und der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden eine Marktdefinition, die Online- und Offline-Bereich als getrennte Märkte abgrenzt. Dies trifft insbesondere auf den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen zu.

98. Schliesslich zeigt die Marktdefinition durch das Sekretariat bei der inserierenden Wirtschaft, dass die Mehrheit der Befragten fast nur noch Online-Stellenausschreibungen verwendet oder ihre Wahl für Print und Online oder ihre Wahl für Print alleine nach bestimmten Kriterien richtet. Grundsätzlich lassen sich die Kriterien für die Wahl zwischen Print und Online in vier Gruppen unterteilen: die Reichweite, die Zielgruppe, das Stellenprofil (z. B. Spezialisten), das Budget und der Preis sowie die Region. Aufgrund der Befragung kann

davon ausgegangen werden, dass die inserierende Wirtschaft mehr als 80 % ihrer Stellenausschreibungen nur über das Internet veröffentlicht. Ungefähr 9 % der Stellenausschreibungen erfolgen nur über Print. Stellenausschreibung im Online- und Print-Bereich gleichzeitig machen ungefähr 21 % aus. Eine gleichzeitige Stellenausschreibung in Print- und Online-Medien erfolgt beispielsweise bei dringendem Bedarf oder bei Bedarf nach Spezialisten. Insgesamt bestätigt die Marktdefinition der stelleninserierenden Wirtschaft grundsätzlich den Strukturwandel von Stellenausschreibungen in Printmedien hin zu Ausschreibungen im Internet.

99. Gestützt auf die obigen Ausführungen werden für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens neben der Abgrenzung von Märkten für Inserenten in bzw. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im Sinne von Alternativbetrachtungen auch separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt (vgl. Rz 114). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass sich die Frage hinsichtlich der Trennung des Online- vom Offline-Bereich grundsätzlich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten stellen kann.

B.4.1.1.2. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

100. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxismässig grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.⁴⁴

101. Entgegen der in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung vertretenen Auffassung ist auch nutzerseitig nicht von einem Markt für Vermittlungsdienstleistung auszugehen, sondern dieser ist spezifisch auf Stellenausschreibungen zu begrenzen (vgl. Rz 81).

³⁴ Vgl. KOMM, ABl. 2000 C 311/3 (COMP/M.2050), Rz 25, *Vivendi/Canal+/Seagram*.

³⁵ Vgl. KOMM, ABl. 2000 C 368/5, (COMP/M.2057), Rz 15, *Randstad/VNU/JV*.

³⁶ Vgl. KOMM, ABl. 2008 C 259/5, (COMP/M.5051), Rz 22 ff. (insb. Fn 14), *APW/GMG/ Emap*.

³⁷ Vgl. KOMM, ABl. 2008 C 259/5, (COMP/M.5051), Rz 27, *APW/GMG/ Emap*.

³⁸ Vgl. KOMM, ABl. 2008 C 184/5, (COMP/M.4731), Rz 44 ff., *Google/DoubleClick*.

³⁹ Vgl. COMP/M.5727, Rz 61, *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

⁴⁰ BRUCE ABRAMSON, Are "Online Markets" Real and Relevant? From the Monster-HotJobs Merger to the Google-DoubleClick Merger, *Journal of Competition Law & Economics* 4(3), 2008, 655-662, 655 ff.

⁴¹ ABRAMSON (Fn 40), 657 f.

⁴² ABRAMSON (Fn 40), 655 ff.; Statement of Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (20.07.2007), <<https://www.ftc.gov/public-statements/2007/12/statement-federal-trade-commission-concerning-googledoubleclick>> (01.06.2015).

⁴³ ABRAMSON (Fn 40), 662.

⁴⁴ Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 11, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

102. In der Meldung wird die Auffassung vertreten, dass zum Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen auch die Nutzung von Unternehmens-Websites dazugehört. Der Umstand, dass die Unternehmen ihre eigenen Websites für die Stellenausschreibung intensiv nutzten, spreche gleichzeitig dafür, dass diese Angebote von den Stellensuchenden intensiv genutzt würden. Dies würden denn auch unabhängige Zahlen belegen: Gemäss dem 6. Trend Report Online-Recruiting Schweiz 2014 würden in der Deutschschweiz zwar 89 % der Arbeitnehmer angeben, Stellen via Stellen-Onlinebörsen zu suchen. Beachtliche 56 % würden aber angeben, dafür (auch oder ausschliesslich) Unternehmens-Websites zu nutzen. In der Westschweiz sei dieser Anteil mit 64 % sogar noch höher. Damit habe die Suche auf Unternehmens-Websites eine derart hohe Bedeutung, dass dieser Bereich bei der Berechnung der Nutzermärkte nicht ausgeblendet werden dürfe. Dementsprechend sei es richtig, in den Nutzermärkten auch die Nutzung der Unternehmens-Websites für die Stellensuche zu berücksichtigen.

103. Entgegen der Auffassung der Meldung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Stellenausschreibungen von Unternehmen auf der firmeneigenen Webseite nutzerseitig zu berücksichtigen sind. Firmeneigene Websites enthalten nur Stellenausschreibungen des jeweiligen Unternehmens. Demgegenüber enthalten Stellenportale von Dritten Stellenausschreibungen von verschiedenen Unternehmen. Aus der Marktbefragung der inserierenden Wirtschaft und von Konkurrenten geht ebenfalls nicht hervor, dass die Publikation von Stellenausschreibungen auf der Webseite eines Unternehmens und die Publikation an anderen Publikationsorten als austauschbar zu erachten ist. Insbesondere ergibt die Befragung von Konkurrenten nach alternativen Anbietern für die Schaltung von Stelleninseraten keine Hinweise auf firmeneigene Webseiten als mögliche Substitute.

104. Wie erwähnt, werden zur Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch nutzerseitig im Sinne einer Alternativbetrachtung separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt (vgl. Rz 99).

B.4.1.1.3. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen

105. Gemäss Meldung ist insgesamt ein Markt für die Bereitstellung für Online-Firmenwerbung abzugrenzen, welcher nicht weiter zu unterteilen sei. Nach Praxis der WEKO ist im Bereich der Online-Firmenwerbung jedoch zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden.⁴⁵

106. Wie erwähnt, kann auf dem Online-Marktplatz von JobScout24 grundsätzlich auch Banner- und Netzwerkwerbung gebucht werden (vgl. Rz 76). Entsprechend sind nachfolgend sowohl der sachlich relevante Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen als auch jener für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen weiter zu analysieren.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Märkte für (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

108. In räumlicher Hinsicht sind im Bereich Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen.⁴⁶

109. In der Meldung werden Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen sprachregional abgegrenzt. Es wird geltend gemacht, dass die WEKO im Entscheid Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup die Märkte sprachregional abgegrenzt habe. Daran sei vorliegend festzuhalten, weil sich das Ausmass der Nutzung der Online-Portale von JobCloud und JobScout24 in den einzelnen Grossräumen nach Auffassung der beteiligten Unternehmen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheide.

110. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben geht es überwiegend darum, die Wettbewerbseffekte im Online-Bereich zu prüfen. Online-Plattformen für Stellenanzeigen sind grundsätzlich in der ganzen Schweiz zugänglich. Da das Zusammenschlussvorhaben vorwiegend auf nationaler bzw. sprachregionaler Ebene Auswirkungen entfaltet, kann für den vorliegend zu beurteilenden Fall daher auf eine regionale bzw. lokale Marktabgrenzung nach Wirtschaftsgebieten verzichtet werden. Die beiden genannten sachlichen Märkte sind daher vorliegend sprachregional abzugrenzen.⁴⁷

111. Damit wird keine Praxis begründet oder bestätigt, wonach für Rubrikanzeigen keine Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei der Marktabgrenzung in einem anderen Fall ist nicht in Frage gestellt. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Marktabgrenzung einzugehen.

⁴⁵ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 296 Rz 32, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/1, 154 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 142 Rz 48 f., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴⁷ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 47 f., *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/3, 362 Rz 71 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 84 Rz 12 *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

B.4.1.2.2. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen

112. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprachregional abgegrenzt.⁴⁸ Auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist eine räumliche Marktabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

113. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national⁴⁹ oder sprachregional⁵⁰ abgegrenzt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die räumliche Abgrenzung vorliegend aufgrund der sehr geringen Marktanteile in diesem Bereich allerdings offengelassen werden.

B.4.1.3 Zusammenfassung relevante Märkte

114. Zusammenfassend sind für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die folgenden Märkte abzugrenzen.

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

115. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Betroffene Märkte

116. Wie erwähnt, ist vorliegend JobCloud zusammen mit Tamedia und Ringier als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren (vgl. Rz 45 f.). Folglich sind die in der Meldung ausgewiesenen Marktanteile von Tamedia und Ringier JobCloud zuzurechnen und – entgegen der in der Meldung vertretenen Auffassung – für die Beurteilung der Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens mit zu berücksichtigen. Würden diese nicht JobCloud zugerechnet, könnte die WEKO bei der Beurteilung der Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation zu falschen Schlussfolgerungen gelangen, da davon auszugehen ist, dass von den beiden Muttergesellschaften Tamedia und Ringier kein Wettbewerbsdruck auf JobCloud ausgeht.⁵¹

117. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von JobCloud (inkl. denjenigen von Tamedia und Ringier) und JobScout24 wie in Tabelle 3. Dabei enthält Tabelle 3 die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter Berücksichtigung von Online und

⁴⁸ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 297 Rz 38, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2012/3, 673 Rz 48, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 142 Rz 51, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁴⁹ Vgl. RPW 2012/1, 156, Rz 114 ff. *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
⁵⁰ Vgl. RPW 2013/3, 363 Rz 73, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

⁵¹ So werden auch die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Mutterunternehmen vollständig zugerechnet, da vom Gemeinschaftsunternehmen kein Wettbewerbsdruck auf die Mutterunternehmen ausgeht (vgl. RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*).

Print im gleichen Markt (vgl. Rz 85 ff.) sowie die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter Berücksichtigung von Online alleine. Tabelle 3 zeigt, dass in beiden Fällen Print und Online zusammen sowie Online alleine für alle abgegrenzten Märkte betroffene Märkte resultieren. Dementsprechend werden diese Märkte im Rahmen der aktuellen Konkurrenz einer weiteren Analyse unterzogen (vgl. Rz 118 ff.).

Tabelle 3: Angaben Marktanteile für das Geschäftsjahr 2014

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2014			Betroffener Markt
	JobCloud (inkl. Ta-media und Ringier)	JobScout24	gemeinsam	
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Inserenten in (Print/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	ja
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	[50-60%]	[0-10%]	[50-60%]	ja
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[60-70%]	[0-10%]	[60-70%]	ja
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[50-60%]	[0-10%]	[50-60%]	ja
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

B.4.2.2.1. Marktanteile

118. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich um Märkte vorwiegend im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

119. Die Analyse der Marktanteile gibt einen ersten Überblick der Situation. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der Zweiseitigkeit von Plattformmärkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann.⁵²

120. Wegen der hohen Anzahl an betroffenen Märkten erfolgt die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in tabellarischer Form.

Tabelle 4: Darstellung der aktuellen Konkurrenz für das Jahr 2014

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: NZZ AG	Bewertung Veränderung ⁵³
[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: ESH Médias	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	+
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: MC-T (Master Chain Technologies) AG	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: VALMO Sàrl	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	+
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: ricardo.ch AG ⁵⁴	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+

⁵² Vgl. RPW 2014/4, 764 Rz 56, *Tamedia/home.ch*.

⁵³ Die Bewertung Veränderung schätzt ein, ob der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Veränderung der Marktstellung von JobCloud führt. Beispielsweise bedeutet 0, dass keine wesentliche Veränderung erfolgt. Das Pluszeichen bedeutet eine Verstärkung der Marktstellung von JobCloud. Nur diese Märkte mit Pluszeichen werden nachfolgend geprüft.

⁵⁴ Den Wettbewerbsbehörden liegt zeitgleich die Meldung über den Erwerb von ricardo.ch AG durch Tamedia vor. Falls die Wettbewerbsbehörden dieses Zusammenschlussvorhaben genehmigen, gilt ricardo.ch AG nicht als aktuelle Konkurrenz. Der Marktanteil von Tamedia würde sich dementsprechend erhöhen.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: NZZ AG	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: ESH Médias	Wettbewerber 3: Intervog Sarl	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 3: WEB-SET Interactive GmbH	Bewertung Veränderung
[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	+
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: NZZ AG	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Intervog Sarl	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: WEB-SET Interactive GmbH	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	+
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: NZZ AG	Wettbewerber 3: GMX.ch	Bewertung Veränderung
[50-60%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	0
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Virtual Networks	Wettbewerber 3: Axel Springer	Bewertung Veränderung
[50-60%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Timedia	Wettbewerber 3: Corriere del Ticino	Bewertung Veränderung
[50-60%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0

121. Die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in Tabelle 4 zeigt, dass JobCloud (bzw. Tamedia und Ringier) auf den Märkten für Inserenten in (Print/Online-) die grösste Marktteilnehmerin ist. Die Abstände zu den grössten Wettbewerberinnen betragen in den meisten Fällen mehr als [20-30 %].

122. Zudem ergibt die Marktbefragung des Sekretariats wesentlich höhere Marktanteile als die Marktanteilsanga-

ben in der Meldung. Hohe Marktanteile ergeben sich sowohl inserenten- als auch nutzerseitig. Einzig bei der Schätzung für die Inserenten- und Nutzermärkte in der italienischsprachigen Schweiz gibt die Konkurrenz eher mittlere gemeinsame Marktanteile von JobCloud und JobScout24 in Höhe von rund 40 % an. Für die Deutschschweiz und die französischsprachige Schweiz liegen die

durchschnittlich geschätzten Marktanteile sowohl inserenten- als auch nutzerseitig jeweils bei 80 % und höher.

123. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung macht JobCloud geltend, die Marktanteilsberechnung in der Meldung sei korrekt und weise für die beteiligten Unternehmen sogar zu hohe Marktanteile aus. Bei denjenigen Portalen, die bekanntermassen einen hohen Anteil an gespiderten Stellen-Rubrikanzeigen aufweisen (z. B. jobscout24.ch), seien diese für die Marktanteilsberechnung in der Meldung – wie in früheren Meldungen – im Bereich der Werbemärkte nicht berücksichtigt worden. Denn gespiderte Objekte seien nicht direkt auf eine Buchung durch einen Werbetreibenden zurück zu führen.

124. JobCloud sei in der Meldung davon ausgegangen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben vollkommen unproblematisch sei. Deshalb sei bei JobCloud darauf verzichtet worden, die gespiderten Anzeigen zusätzlich herauszurechnen. Die Daten von anzeigendaten.de dürften nämlich im Fall von JobCloud nicht berücksichtigen, dass auch die Plattformen von JobCloud einen kleinen Anteil von gespiderten Stellen-Rubrikanzeigen ausweisen. Eine Überprüfung habe gezeigt, dass im Schnitt über alle Plattformen von JobCloud der Anteil der gespiderten und kostenlos publizierten Rubrikanzeigen rund [...] % betrage. Die tatsächlichen Marktanteile von JobCloud würden im Vergleich zu den Angaben in der Meldung [0-10 %] bis [0-10 %] tiefer liegen (sowohl für Print und Online zusammen als auch nur für Online). Eine Überprüfung der Marktanteile von JobScout24 habe ebenfalls ergeben, dass der Anteil gespideter Inserate viel grösser sei als in der Meldung angenommen worden sei. Gemäss jobscout24.ch würden diejenigen Stellen-Rubrikanzeigen, die tatsächlich von Unternehmen auf jobscout24.ch inseriert würden, lediglich rund [...] % aller Objekte auf jobscout24.ch ausmachen. jobscout24.ch sei heute daher in erster Linie ein Metaportal. Die tatsächlichen Marktanteile von jobscout24.ch würden in den Werbemärkten tatsächlich nur zwischen [0-10 %] und [0-10 %] betragen.

125. Aus diesen Marktanteilszahlen für jobscout24.ch sei ersichtlich, dass die Transaktion – selbst bei der engst möglichen Marktabgrenzung – keinen spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb im Markt für Stellen-Rubrikanzeigen haben könne. Eine Marktanteilsaddition von maximal [0-10 %] sei schlicht irrelevant, weil die Marktstruktur durch den Zusammenschluss nicht verändert werde.

126. Die belegten Zahlen und Marktanteile würden zudem ein völlig anderes Bild zeigen, als die Marktanteile, welche die vom Sekretariat befragten Unternehmen geschätzt hätten. Mängel in der Befragung und der Umstand, dass die befragten Unternehmen es unterlassen hätten, ihre Schätzungen zu plausibilisieren, würden dazu führen, dass aus den Antworten keine verwertbaren Schlüsse gezogen werden dürften. Aus beweisrechtlicher Sicht müsse den belegten und begründeten Zahlen ein deutlich höherer Beweiswert zukommen als den unbegründeten und nicht belegten Schätzungen der befragten Unternehmen.

127. Zu diesen Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden von der Richtigkeit der Angaben in der Meldung ausgehen müssen und können, zumal die Meldung die Grundlage der vorläufigen Prü-

fung darstellt und darstellen muss. Das Sekretariat hat auch mehrmals nach den Grundlagen der Berechnungen der Marktanteile gefragt und auf verschiedene Aspekte der Marktanteilsberechnungen hingewiesen. Dass insbesondere auch die Plattformen von JobCloud gespiderte Inserate enthalten, ist aus der Meldung nicht ersichtlich. Selbst wenn man indes von den von JobCloud neu berechneten Marktanteilen gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeht, sind die Marktanteile von JobCloud immer noch hoch und es kommt immer noch zu einer Marktanteilsaddition.

128. Zum Vorbringen betreffend die Marktbefragung ist schliesslich anzumerken, dass die Höhe der Marktanteile lediglich einen ersten Überblick gibt und nicht alleine ausschlaggebend sind bei der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens. Solche Befragungen liefern jedoch wichtige Hinweise darauf, wie die Marktstellung der betroffenen Unternehmen im Marktumfeld wahrgenommen wird.

129. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung führt JobCloud weiter aus, dass sich die aussergewöhnlich hohe Dynamik des Marktes auch darin zeige, dass die Anbieter laufend neue Bezahlmodelle testen und lancieren würden. Heute gäbe es eine Vielzahl alternativer Modelle für eine klassische Stellenausschreibung zu einem fixen Preis. Beispielsweise könnten Unternehmen bei verschiedenen Anbietern ihre Stelle kostenlos ausschreiben; eine privilegierte Positionierung der Stellenausschreibung sei kostenpflichtig. jobdirectory.ch sei ein Portal im Bereich Bank- und Versicherungswesen, das diese Möglichkeit anbiete. Oder das inserierende Unternehmen bezahle erst, wenn ein Nutzer seine Stellenausschreibung anklicke (z. B. careerjet.ch). Ein Trend zu solchen kostenlosen Angeboten verbunden mit Performance-basierten Möglichkeiten bestünde generell. Deshalb seien die Unternehmen je länger je weniger bereit, für eine simple Publikation eines Stelleninserats auf einem Online-Stellenportal zu bezahlen.

130. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass kostenlose Angebote verbunden mit Performance-basierten Möglichkeiten ohne Wirkung bleiben, wenn der Bekanntheitsgrad nicht genügend hoch ist. Für den Erfolg eines Stellenportals gegenüber Inserenten ist es von wesentlicher Bedeutung, dass das Stellenportal über einen hohen Bekanntheitsgrad bzw. eine hohe Reichweite bei den Nutzern verfügt. Je bekannter ein Stellenportal ist bzw. je mehr Nutzer das Portal hat, desto grösser der Rücklauf bei einer Stellenausschreibung. Die Erfolgchance für die Inserenten steigt. Somit ist das Stellenportal für die Inserenten interessanter. Das Stellenportal verfügt über eine stärkere Marktstellung. Dies bestätigt auch die Befragung. Aus der Befragung geht hervor, dass für die Wahl von Publikationsort und Anbieter vier entscheidende Kriterien bestehen:

- Reichweite, Bekanntheitsgrad d. Plattform, Rücklauf;
- Zielgruppe, Stellenprofil;
- Kosten, Preis;
- Region, Ort.

131. Auch JobCloud geht gemäss einem Beitrag auf dem Blog von jobs.ch davon aus, dass es wichtig ist, „Berühmtheit“ zu erlangen. Für Jobportale sei es wichtig, eine bekannte Grösse zu sein. Diese öffentliche Wahrnehmung werde durch regelmässige Werbemassnahmen und eine gute Produktleistung geschaffen. Aus diesem Grund führe JobCloud seit dem Jahr 2010 jedes Jahr eine Studie zusammen mit dem LINK Insitut durch, um den Bekanntheitsgrad der Stellenportale von JobCloud zu untersuchen. Gemäss dieser Studie erreicht jobs.ch in der Deutschschweiz einen spontanen Bekanntheitsgrad von 54 %.⁵⁵ Für die französischsprachige Schweiz hält die Studie fest: „...le panel romand cite jobup.ch à 67 %, suivi de loin par monster.ch (13 %) et Indeed (12 %)“.

132. Daraus folgt, dass JobCloud die mit Abstand bekanntesten Stellenportale unter sich vereinigt. Damit verfügt JobCloud in Bezug auf Reichweite bzw. Bekanntheitsgrad inserenten- und nutzerseitig über eine sehr starke Stellung.

133. JobCloud macht in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sodann geltend, die sogenannten Professional Social Media hätten sich in kurzer Zeit zu eigentlichen Marktplätzen für Stellen entwickelt. Sowohl Unternehmen als auch Stellensuchende würden Social Media wie beispielsweise XING und LinkedIn schon heute sehr aktiv nutzen. Gerade die Plattformen XING und LinkedIn würden eigene Plattformen mit Stellen-Rubrikanzeigen betreiben. XING habe im Jahr 2014 über einen Marktanteil von rund [0-10 %] und LinkedIn über einen solchen von rund [0-10 %] am Onlinemarkt in der gesamten Schweiz verfügt. Ebenfalls seien Personaldienstleister und Berufs- und Branchenverbände starke aktuelle Konkurrenz. Bereits heute würden Personaldienstleister (z. B. Mercuri Urval, Manpower oder Randstad) vollwertige Stellenportale betreiben. Auch zahlreiche Berufs- und Branchenverbände sowie die öffentliche Verwaltung hätten eigene Stellenportale, auf denen Stellen der entsprechenden Branche publiziert und gesucht werden könnten (z. B. hoteljob.ch, Medi-jobs.ch, itjobs.ch oder stelle.admin.ch).

134. Zunächst ist noch einmal festzuhalten, dass Personalvermittlungsunternehmen nicht zum Markt für Inserenten in (Print-/Online-)Stellen- bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen zu zählen sind (vgl. Rz 81). Sofern auf den genannten Webseiten der Professional Social Media, Personaldienstleister und Berufs- und Branchenverbände – ohne Inanspruchnahme übriger Dienstleistungen wie z. B. eines Vermittlungsmandats – allgemeine Stellen-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, sind diese als aktuelle Konkurrenz zu betrachten. Es ist jedoch anzumerken, dass gemäss den Angaben in der Meldung deren Marktanteile bis anhin in der Regel gering bis sehr gering ausfallen. Sofern in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung geltend gemacht wird, einem Unternehmen, das eine Stelle besetzen wolle, stünden neben den klassischen Stellen-Rubrikanzeigen auch noch andere Recruiting-Kanäle wie etwa „active sourcing“, „Silp“, Referral“-Modelle oder verschiedene auf Facebook basierende „Recruiting Solutions“ zur Verfügung, ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht um den Prozess der Personalvermittlung und beschaffung in seiner Gesamtheit geht. Vielmehr geht es spezifisch um Stellenausschreibungen. Daher sind vorliegend lediglich die

Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen von Bedeutung (vgl. Rz 78 ff.)

135. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird schliesslich geltend gemacht, dass auch Suchmaschinenanbieter – allen voran Google – eine direkte Konkurrenz der klassischen Stellenplattformen seien und die technische Entwicklung den von diesen Anbietern ausgehenden Wettbewerbsdruck noch verstärken werde. Schon heute fände man mit Suchanfragen auf Google nicht nur Stellen auf den eigentlichen Stellenportalen, sondern auch auf den Websites der Unternehmen. Die Unternehmen könnten ihrerseits mittels SEO ihre Inserate auf der eigenen Website so gestalten, dass sie von den Suchmaschinen schnell und zuverlässig gefunden werden bzw. mittels SEM dafür sorgen, dass ihr Inserat bei einer entsprechenden Suchanfrage ganz oben erscheine. Suchmaschinen seien bereits heute ein wichtiges Mittel für Arbeitnehmer, um eine Stelle zu finden. 42 % der im Rahmen von Prospective Media Services AG, 7. Trend Report, Online-Recruiting Schweiz 2015, befragten Arbeitnehmer würden über Google nach einer Stelle suchen.

136. Dazu gilt es in erster Linie anzumerken, dass ein Unternehmen auf Google bzw. anderen Suchmaschinen kein Stelleninserat schalten kann. Damit sind Suchmaschinen inserentenseitig von vornherein nicht als aktuelle Konkurrenten zu betrachten. Daran ändert auch nichts, dass ein Unternehmen durch verschiedene Methoden erreichen kann, dass sein Inserat von den Suchmaschinen besser gefunden bzw. besser platziert wird. Auch nutzerseitig gehören Suchmaschinen nicht zu den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen. Die Suche über eine allgemeine Suchmaschine ist mit der Suche über ein auf Stellen spezialisiertes Portal nicht vergleichbar. Wird beispielsweise über Google eine Stelle gesucht, erscheinen in erster Linie Stellen-Portale. Nur vereinzelt gelangt man direkt auf ein Inserat einer Unternehmenswebseite. Unternehmenswebseiten gehören jedoch – wie bereits ausführlich erläutert – nicht zu den Märkten für Stellenrubrikanzeigen (vgl. Rz 82 ff.).

B.4.2.2.2. Preisentwicklung JobCloud (Stellen-Rubrikanzeigen inserentenseitig)

137. Wie bereits erwähnt, geben Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation (vgl. Rz 119 ff.). Zum Bereich Online-Stellen-Rubrikanzeigen ist zusätzlich auf die Preiserhöhung für Stelleninserate auf den Online-Plattformen von JobCloud einzugehen.

⁵⁵ Der spontane Bekanntheitsgrad gibt an, welche Stellen-Portale die befragten Personen spontan nennen, nachdem man sie nach den ihnen bekannten Portale gefragt hat.

138. Eine Zusammenstellung der Preise von jobs.ch zeigt, dass vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 eine Preiserhöhung stattgefunden hat. Gemäss Meldung veröffentlicht jobs.ch die Insertionspreise jeweils auf der Webseite. Diese Insertionspreise stellt die Meldung mit dem Internetarchiv web.archive.org für die fünf Jahre 2011 bis 2015 wie Abbildung 3 dargestellt zusammen. Dabei würden sich die verschiedenen Produkte darin unterscheiden,

dass die gebuchte Rubrikanzeige je nach Produkt auf weiteren Plattformen geschaltet werde. Die Zusammensetzung der Plattformen habe sich im Verlauf der Jahre geändert, weshalb die Preise nur beschränkt vergleichbar seien. Diese Preise kämen bei der Buchung einzelner Rubrikanzeigen zur Anwendung. Bei grösseren Kunden mit mehreren Rubrikanzeigen arbeite JobCloud ein individuelles Angebot aus.

Zusammenstellung der Preise von jobs.ch

Preise für 1 Inserat mit Laufzeit 1 Monat

[CHF]	Topjobs	Premium	Plus	Classic
2015	n/a	920	750	650
2014	n/a	920	750	650
2013	n/a	840	680	590
2012	940	n/a	890	590
2011	940	n/a	885	590

Abbildung 3: Zusammenstellung der Preise von jobs.ch gemäss Meldung

139. Zur besseren Übersicht, für welche Insertionsangebote diese Preise gelten, hat das Sekretariat mittels web.archive.org einen Vergleich zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 vorgenommen. Tabelle 5 stellt die verschiedenen Insertionsangebote dar: Classic, Plus und Premium. Diese Insertionsangebote bieten entsprechend ihrer Namen zusätzliche Leistungen wie beispielsweise Veröffentlichung auf mehreren Online-Portalen oder E-

Mail-Versand an Stellensuchende. Abgesehen von den Preisen sind diese Angebote bis heute unverändert.⁵⁶

140. Wie Tabelle 5 zeigt, erhöhte JobCloud im Zeitraum zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 die Preise für Stelleninserate. Weiter zeigt Tabelle 5 die Veränderung in Prozent der Insertionspreise zwischen den Jahren 2013 und 2014.

Tabelle 5: Übersicht Insertionsmöglichkeiten und Preise von JobCloud (bzw. Tamedia und Ringier) für Stelleninserate

	Insertionsangebote ⁵⁷		
	Premium	Plus	Classic
jobs.ch	x	x	x
jobwinner.ch	x	x	
Partnernetzwerke & spez. Stellenmärkte	x	x	
alpha.ch	x		
topjobs	x		
Power Update	x		
Traffic Optimierung	x		
Preise Oktober 2013	840.-	680.-	590.-
Preise Februar 2014	920.-	750.-	650.-
Veränderung zwischen 2013 und 2014 in Prozent	9,5 %	10,3 %	10,2 %

⁵⁶ Vgl. Insertions-Angebote unter jobs.ch <<https://www.jobs.ch/de/ecom>> (18.05.2015).

⁵⁷ Bei den Produkten „Premium“ und „Plus“ bucht der Inserent gemäss Angaben von JobCloud eine Kombination von Rubrikanzeigen auf verschiedenen Plattformen von JobCloud, wobei sich die Zusammen-

stellung der Plattform im Verlaufe der Jahre geändert hat. Es würden keine Preise für die einzelnen Stellenportale existieren. Eine Ausnahme bilde das Produkt „Classic“, welches ausschliesslich die Plattform jobs.ch umfasse.

141. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird geltend gemacht, die Aussage, JobCloud habe 2014 die Preise erhöht, treffe zwar auf die absolute Höhe des Preises zu. In der gesamten Werbebranche sei indes unbestritten, dass der absolute Preis ohne Bedeutung sei. Massgebend sei allein, wie viele Leser, Zuschauer, Hörer oder Nutzer man mit dem eingesetzten Betrag erreiche. Deshalb sei in der Werbebranche nicht der absolute Preis von Bedeutung, sondern der Preis pro Leser, Zuschauer oder Nutzer. Die Analyse des Preises pro Nutzer auf jobs.ch von 2010 bis 2015 zeige, dass der Preis pro Nutzer gesunken sei und weiterhin sinke. Der Werbetreibende erhalte somit jedes Jahr mehr Leistung (d.h. mehr Nutzer, die sein Inserat sehen), ohne dass der Preis laufend angepasst worden sei. Dass die Preise 2014 an die deutlich gestiegenen Nutzerzahlen angepasst worden seien, sei kein Indiz für Marktbeherrschung, sondern das vollkommen normale Verhalten eines Mediums, das seine Reichweite erhöhen konnte. Die Preisanpassung im Jahr 2014 habe nicht zu einer Preiserhöhung geführt. 2013 habe der Preis pro Tausend Nutzer [...] Franken, 2014 nur noch [...] Franken betragen. In der Zwischenzeit sei der Preis pro Tausend Nutzer bereits auf [...] Franken gesunken, was im Vergleich zu 2013 bereits wieder einer Preissenkung entspreche. Es sei deshalb unzutreffend, wenn die vorläufige Prüfung davon ausgehe, JobCloud habe die Preise erhöht und dies als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung werte. Die Preisentwicklung spreche gerade gegen eine marktbeherrschende Stellung von JobCloud. Ein marktbeherrschendes Unternehmen würde seine Preise nicht senken, sondern erhöhen.

142. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass JobCloud keinen Preis pro Reichweite gegenüber ihren Kunden verlangt. JobCloud bzw. jobs.ch verlangt von ihren Kunden einen Preis pro Inserat oder einen Preis für ein Inserateabonnement. Zudem ist auf die gestiegene Reichweite einzugehen, mit der die Parteien die geltend gemachte Preissenkung begründen. Für den Erfolg eines Stellenportals gegenüber Inserenten ist es von wesentlicher Bedeutung, dass das Stellenportal über einen hohen Bekanntheitsgrad bzw. eine hohe Reichweite bei den Nutzern verfügt (vgl. Rz 130 ff). In diesem Zusammenhang hält JobCloud fest, dass bei JobCloud bzw. jobs.ch die Anzahl Nutzer deutlich gestiegen seien. Somit hat JobCloud bzw. jobs.ch seine Reichweite erhöht. Das Interesse der Inserenten an JobCloud bzw. jobs.ch ist grösser. Somit ist die Marktstellung von JobCloud bzw. jobs.ch stärker geworden.

B.4.2.2.3. Zwischenergebnis

143. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass JobCloud bzw. JobCloud/JobScout24 in den betroffenen Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen über hohe Marktanteile verfügt. Dies sowohl inserenten- als auch nutzerseitig. Zudem sind die Abstände zur zweitgrössten Wettbewerberin gemessen in Marktanteilen hoch bis sehr hoch. Weiter konnte JobCloud die Reichweite deutlich erhöhen und vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 die Preise für Online-Stellen-Rubrikanzeigen um ungefähr 10 % erhöhen. Somit ist aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz davon auszugehen, dass JobCloud bereits vor dem Zusammenschluss zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-

Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. durch die Übernahme von JobScout24 kommt es – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, kann offen gelassen, da – wie nachfolgend aufgezeigt wird – nicht davon auszugehen ist, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) [vgl. Rz 160 ff.].

B.4.2.3 Potenzieller Wettbewerb

144. Gemäss Meldung sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutrittsschwellen tief. Ein Online-Portal lasse sich schnell, einfach und kostengünstig realisieren. Der notwendige Traffic, um für Inserenten und Nutzer attraktiv zu werden, lasse sich ebenfalls rasch generieren. Jeder Anbieter könne durch Spidern Rubrikanzeigen der grossen Portale übernehmen und auf dem eigenen Portal publizieren. Spidern sei in der Schweiz legal. Dadurch habe jeder Marktteilnehmer die Möglichkeit, schnell und nahezu kostenlos eine grosse Anzahl von Rubrikanzeigen zu publizieren. Damit locke das Portal Nutzer an und werde für die Inserenten attraktiv.

145. Gemäss Einschätzung von JobCloud würden z. B. folgende Stellen-Portale spidern: jobdirectory.ch, indeed.ch, jobrapido.com, kimeta.ch, jobisjob.com, careerjet.ch, jobcrawler.org, jobboerse.com, jobsmart.ch, jobtonic.ch, neuvo.ch oder zapmeta.ch.

146. In der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung wird zudem geltend gemacht, Metaportale würden sich zunächst mittels Spidern als für die Nutzer attraktives Portal etablieren, um anschliessend die Nutzerzahlen gegenüber den inserierenden Unternehmen zu monetarisieren. Damit seien Metaportale in einem ersten Schritt starke Konkurrenten in den Nutzermärkten und in einem zweiten Schritt auch in den Werbemärkten. Metaportale würden typischerweise zunächst mittels Spidern möglichst viele Stellen-Rubrikanzeigen von den Stellenportalen, den Unternehmenswebsites und den Websites von Personaldienstleistern sammeln und diese auf ihrem Metaportal publizieren. Damit würde es ihnen gelingen, den Nutzern ein umfassendes Bild des Stellenmarktes anzubieten, wodurch sie für die Nutzer attraktiv würden, und damit ihre Reichweite vergrössern könnten. Diese Reichweite erlaube es ihnen, anschliessend auf die Unternehmen zuzugehen und diesen kostenpflichtige Angebote zu unterbreiten. Diese könnten darin bestehen, dass das Unternehmen einen bestimmten Betrag zahle, wenn ein Nutzer auf das Inserat des Unternehmens klicke, oder dass das Unternehmen für die präferierte Platzierung seiner Stelleninserate bezahle (z. B. zu Beginn der Suchergebnisse). Oder das Metaportal beginne ebenfalls damit, kostenpflichtige Stellen-Rubrikanzeigen anzubieten.

147. Mit Marktzutritten in Online-Bereich ist gemäss Meldung jederzeit zu rechnen. Dazu würden vor allem auch die geringen Marktzutrittsschwellen beitragen. In den letzten Jahren seien zahlreiche Online-Plattformen für Stellen neu in den Markt eingetreten. Beispiele hierfür seien etwa jacando.com, workerjobs.ch, jobtic.ch, jobe-

o.ch oder johdi.ch. Im Bereich der Nutzermärkte sei zudem auf die zahlreichen neuen Metaportale hinzuweisen, wie z. B. mapmeo.ch, metapage.ch, arca24.com. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bringt JobCloud zudem vor, dass es im Ausland eine Vielzahl von Anbietern von Stellen-Plattformen gäbe, die jederzeit in den schweizerischen Markt eintreten könnten (z. B. stepstone.de, careerbuilder.de, cadreemploi.fr, keljob.fr). Bei hohen Preisen in der Schweiz würden die ausländischen Anbieter in den Markt eintreten, weil die damit verbundenen Kosten eines Markteintritts gering seien.

148. Das Beispiel von indeed.ch zeige, dass es indeed.ch offenbar gelungen sei, hinsichtlich der Nutzerzahlen praktisch mit jobs.ch gleichzuziehen, ohne dass – soweit ersichtlich – indeed.ch dafür in der Schweiz substantielle Beiträge für klassische Werbung habe investieren müssen. Dies sei typisch für die Online-Welt und die Welt von Social Media: Gute Angebote würden sich unter Nutzern schnell herumsprechen und würden dank Social Media Bekannten und Freunden weiterempfohlen. Dadurch würden attraktive neue Onlinesites dank sog. „viralen Marketings“ grosse Bekanntheit erlangen, ohne dass der Inhaber der Website dafür grosse Investitionen tätigen müsse.

149. Zu diesen Vorbringen ist zunächst anzumerken, dass der Aufbau einer Online-Stellen-Plattform heutzutage aus technischer Sicht kein Problem darstellen dürfte. Für die Programmierung einer entsprechenden Plattform dürften die Kosten bei wenigen zehntausend Franken liegen. Es ist davon auszugehen, dass es für potenzielle Konkurrenten grundsätzlich verhältnismässig einfach und zu niedrigen Kosten möglich ist, eine Online-Stellenplattform zu erstellen.

150. Die Vermarktung der Plattform hingegen dürfte sich als bedeutend schwieriger erweisen, da auf dem Markt bereits etablierte und bei den Nutzern bekannte Portale für die Stellensuche existieren. Zudem ist davon auszugehen, dass Nutzer in der Regel nur wenige ihnen bekannte Online-Portale für die Stellensuche verwenden. Aus diesem Grund müsste ein neu in den Markt eintre-

tender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Marke und der Steigerung des Bekanntheitsgrades tätigen, um von den Inserenten überhaupt ins Auge gefasst zu werden. Betreffend Indeed ist entgegenzuhalten, dass dieses Portal – wie in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung ausgeführt wird – in den USA der klare Marktführer unter den Online-Marktplätzen ist. Indeed ist somit ein grosser internationaler Player, der grundsätzlich über die Mittel und Kenntnisse verfügt, um ein erfolgreiches Portal aufzubauen. Deswegen handelt es sich bei Indeed (bzw. Recruit Holdings Co., Ltd.) auch grundsätzlich um den aktuell grössten Konkurrenten auf den Nutzermärkten. Aus diesem Einzelfall kann jedoch nicht geschlossen werden, dass erfolgreiche Markteintritte jederzeit und mit einfachen Mitteln möglich wären.

151. Dies zeigt sich auch anhand der Marktbefragung: Die Schätzungen der Kosten für einen erfolgreichen und profitablen Markteintritt liegen gemäss den Angaben der Konkurrenten für eine schweizweite Plattform durchschnittlich im Bereich von 6 Millionen Franken. Für eine regionale Plattform lassen sich aus der Befragung Kosten im Bereich mehrere Hunderttausend Franken ableiten.

152. Weiter bestätigen auch die stabilen Marktanteile von Tamedia bzw. JobCloud (vgl. Tabelle 6 und Tabelle 7), dass ein neu in den Markt eintretender Betreiber einer Plattform erhebliche Investitionen in deren Aufbau tätigen müsste. Zudem ist aufgrund der stabilen Marktverhältnisse davon auszugehen, dass in den Jahren 2012 bis 2014 kein Online-Portal für Stellen-Rubrikanzeigen in den Markt eingetreten ist, das einen Marktanteil von mehr als [0-10 %] (Inserentenmärkte) bzw. [10-20 %] (Nutzermärkte) erreicht hätte. Gerade die genannten Marktzutritte der letzten Jahre (vgl. Rz 147) verfügen über Marktanteile von weniger als [0-10 %] (Inserentenmärkte) bzw. [10-20 %] (Nutzermärkte). Somit haben die in den letzten Jahren in den Markt eingetretenen Online-Portale für Stellen-Rubrikanzeigen keine nennenswerten Marktanteile erreicht.

Tabelle 6: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Inserentenmärkte)

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: NZZ AG	Jahr
[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2012
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: ESH Médias	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	2012

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Jahr
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2014
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2013
[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 3: MC-T (Master Chain Technologies) AG	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[0-10%]	[10-20%]	[0-10%]	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: VALMO Sàrl	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2014
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2012
Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: Ricardo.ch AG	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2012

Tabelle 7: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Nutzermärkte)

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: NZZ AG	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Jahr
[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2012
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: ESH Médias	Wettbewerber 3: Intervog Sarl	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[40-50%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	2012
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 3: WEB-SET Interactive GmbH	Jahr
[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	2014
[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	2013

[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	2012
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: NZZ AG	Jahr
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[30-40%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2012
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: Intervog Sarl	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[50-60%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[50-60%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2012
Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz				
JobCloud, Tamedia, Ringier und JobScout24	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co., Ltd.	Wettbewerber 2: WEB-SET Interactive GmbH	Wettbewerber 3: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Jahr
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	2014
[30-40%]	[10-20%]	[20-30%]	[0-10%]	2013
[30-40%]	[10-20%]	[20-30%]	[0-10%]	2012

153. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Meldung betreffend die Inserentenmärkte Spider-Inserate bei der Marktanteilsberechnung grundsätzlich nicht berücksichtigt wurden, da gespiderete Objekte nicht direkt auf eine Buchung durch einen Werbetreibenden zurück zu führen sind (vgl. Rz 123). JobCloud nennt zudem kein konkretes Beispiel eines Metaportals mit Spider-Inseraten, das von den stellenausschreibenden Unternehmen kostenpflichtige Angebote verlangen könnte. Es ist somit auch nicht ersichtlich, dass die Metaportale in naher Zukunft kostenpflichtige Angebote für die Unternehmen lancieren werden. Dementsprechend sind diese zumindest nicht als starke potenzielle Konkurrenz einzustufen.

154. JobCloud macht in der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung sodann geltend, auch die Personaldienstleister seien starke potenzielle Konkurrenten. Zwar würden sie sich im Moment noch mehrheitlich auf Stellen, für welche sie ein Vermittlungsmandat hätten, fokussieren, da aber die gesamte Technologie für ein Stellenportal vorhanden sei, könnten sie ihre Angebotspalette jederzeit problemlos erweitern.

155. Gleichzeitig wird jedoch geltend gemacht, dass die grösseren Personaldienstleister bereits heute schon Anbieter von Online-Stellenplattformen seien. Insofern können diese nicht mehr als potenzielle Konkurrenz angesehen werden, sondern es handelt sich dabei um bereits berücksichtigte, aktuelle Konkurrenz. Der Umstand, dass die grossen, vom Sekretariat befragten Personaldienstleister ihre Stellen auch auf anderen Portalen wie z. B. jobs.ch ausschreiben und dabei geltend machen, dass gewisse Stellenportale (insb. jene der JobCloud) bei der Stellenausschreibung unumgänglich sind, zeigt, dass es auch für die Personaldienstleister nicht einfach

ist, ein erfolgreiches Stellenportal aufzubauen. Ansonsten wären sie wohl kaum bereit, ihre Inserate weiterhin kostenpflichtig auf Stellenportalen zu publizieren, wenn es so einfach wäre, ein Stellenportal mit genügend hoher Reichweite aufzubauen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die geltend gemachte von Berufs-/Branchenverbänden ausgehende potenzielle Konkurrenz.

156. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht von einer genügend starken potenziellen Konkurrenz ausgegangen werden kann, die gegen eine marktbeherrschende Stellung von JobCloud bzw. JobCloud/JobScout24 im Sinne von Art. 10 Abs. 1 bzw. 4 Abs. 2 KG spricht.

B.4.2.4 Zwischenergebnis

157. Die obigen Ausführungen zeigen, dass JobCloud bzw. JobCloud/JobScout24 in den betroffenen Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen sowohl inserenten- als auch nutzerseitig über hohe Marktanteile bis zu [40-50 %] verfügt. Zudem sind die Abstände zur zweitgrössten Wettbewerberin gemessen in Marktanteilen hoch bis sehr hoch (bis zu [30-40 %]). Weiter konnte JobCloud die Reichweite deutlich erhöhen und vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 die Preise für Online-Stellen-Rubrikanzeigen um ungefähr 10 % erhöhen. Aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz ist davon auszugehen, dass JobCloud bereits heute zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. die Übernahme von JobScout24 kommt es zudem – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Zudem kann nicht von einer genügend starken disziplinierenden Wirkung durch potenzielle Konkurrenz ausgegangen werden.

B.4.2.5 Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

158. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

159. Ein Unternehmenszusammenschluss muss sich laut Bundesgericht auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde ihn untersagen oder lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.⁵⁸

160. Das Bundesgericht stellt damit hohe Anforderungen an die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Es stellt jedoch auch klar, dass das bloss Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht ausschliesst. Vielmehr hält es fest, dass wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt beseitigt werden kann, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können.⁵⁹ Somit hat ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei einem Restwettbewerb die Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.⁶⁰

161. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

162. JobCloud macht in diesem Zusammenhang geltend, eine marktbeherrschende Stellung, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte, werde durch den Zusammenschluss weder begründet noch verstärkt. Die hohen Voraussetzungen, welche das schweizerische Recht und die bundesgerichtliche Rechtsprechung an die Untersagung eines Zusammenschlusses stelle, würden bei Weitem nicht erfüllt.

163. Wie gesehen (vgl. Rz 143 und 157), deutet die Prüfung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz darauf hin, dass JobCloud zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen bereits vor dem Zusam-

menschluss über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der Zusammenschluss bzw. die Übernahme von JobScout24 führt – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer spürbaren bzw. wesentlichen Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung kommt, kann offen gelassen werden, da die hohen Anforderungen an die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegend nicht gegeben sind. Die Resultate der Befragung sprechen gegen die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs: Bei der Frage nach den Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beantworteten rund die Hälfte der befragten stellenausschreibenden Unternehmen die Frage gar nicht bzw. gaben an, sie könnten diese Frage nicht beurteilen. Rund 40 % der befragten stellenausschreibenden Unternehmen und rund die Hälfte der Konkurrenten erwarten aufgrund des Zusammenschlusses von JobCloud und JobScout24 negative Konsequenzen, während demgegenüber 8 % der stellenausschreibenden Unternehmen sogar angaben, sie würden positive Konsequenzen erwarten. Seitens der befragten Konkurrenten von JobCloud erwarten knapp die Hälfte keine negativen Auswirkungen. Auch die hohe Dynamik der in Frage stehenden Märkte und die technologischen Möglichkeiten lassen nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs schliessen. Vor diesem Hintergrund besteht zumindest eine gewisse disziplinierende Wirkung infolge potenzieller Konkurrenz, so dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ausgegangen werden kann.

164. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen aufgrund des derzeitigen Kenntnisstands durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht gegeben ist.

B.5 Schlussfolgerungen

165. Die Prüfung kommt zum Ergebnis, dass JobCloud auf den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen über eine sehr starke Stellung verfügt. Es ist davon auszugehen, dass JobCloud zumindest in den Märkten für Inserenten

⁵⁸ Vgl. BGE 133 II 104, 107 ff. E. 6 (=RPW 2007/2, 327 E. 6) *Swissgrid*, und Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *Berner Zeitung/Tamedia*. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass „die marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG eine gegenüber der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 7 und 10 Abs. 1 jeweils i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG qualifizierte Marktbeherrschung ist (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl 1995 I 468 ff., 583; BGE 133 II 104, 107 ff. E. 6.3 in fine (=RPW 2007/2, 327 E. 6). *Swissgrid*; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 779-795; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 10 N 6 und 17).

⁵⁹ Vgl. dazu Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4; ferner RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

⁶⁰ Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 242 f., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; Vgl. RPW 2009/3, 270 Rz 199 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2008/4, 610 Rz 135 f., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/2, 308 Rz 167 f., *fenaco/Steffen-Ris Holding AG*.

in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. durch die Übernahme von JobScout24 kommt es grundsätzlich – wenn auch zu einer eher geringen – Marktanteilsaddition. Ob es dadurch zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, kann – wie gesehen – offen gelassen werden.

166. Die Angaben der Parteien, die Resultate der Befragung, die zum aktuellen Zeitpunkt hohe Dynamik der in Rede stehenden Märkte sowie die technischen Möglichkeiten sprechen jedoch jeweils gegen eine mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG.

167. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens JobCloud/JobScout24 hat daher ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben zuzulassen ist.

B.6 Nebenabreden

168. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁶¹

169. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁶² (EU-Bekanntmachung) gerichtet.⁶³

170. 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. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁶⁴

171. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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.⁶⁵

172. [...] Solche Bestimmungen würden praxisgemäss als mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Nebenabreden gelten.

173. Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.⁶⁶

174. Die WEKO hat diese Praxis ebenfalls übernommen,⁶⁷ hat dabei aber festgehalten, dass es den Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz ohnehin nicht frei steht, den Verfahrensgegenstand während der Dauer des Verfahrens zu verändern.

175. Die oben genannte Klausel dient der ordentlichen Geschäftsführung zwischen der Unterzeichnung des Kaufvertrages und dem Vollzugsdatum. Entsprechend dem soeben Ausgeführten kann die Abrede daher grundsätzlich als für den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens notwendige Nebenabrede angesehen werden, die vom Zusammenschlussvorhaben umfasst wird. [...] wurden dabei jedoch mangels konkreter Umschreibung in der Meldung nicht näher geprüft.

C Kosten

176. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁶⁸ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen JobCloud AG und JobScout24.

177. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

178. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). 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).

⁶¹ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

⁶² ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

⁶³ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁶⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁶⁵ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁶⁶ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14.

⁶⁷ Vgl. RPW 2012/1, 116 Rz 43, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁶⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

179. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz zwischen CHF 200 und 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 67 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 14'320 Franken.

180. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 19'320 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5000 Franken für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von 14'320 Franken für die Prüfung.

181. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁶⁹). Somit haften die JobCloud AG und die JobScout24 solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

⁶⁹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (Allg-GebV; SR 172.041.1).

B 2.3

6. Goldman Sachs/Altor/Hamlet

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 11. August 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 13. August 2015

A Sachverhalt

1. Am 17. Juli 2015 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen The Goldman Sachs Group, Inc. (nachfolgend: Goldman Sachs) und die Altor Funds (nachfolgend: Altor), indirekt durch verbundene Konzerngesellschaften, die gemeinsame Kontrolle über die Hamlet Protein A/S (nachfolgend: Hamlet) zu übernehmen.

2. **Goldman Sachs** ist tätig im Investmentbanking, Wertpapier- und Investmentmanagement und erbringt weltweit eine Vielzahl von Banken-, Wertpapier- und Investitionsdienstleistungen gegenüber einem grossen Kundenstamm, der Gesellschaften, Finanzinstitute, Regierungen und vermögende Privatpersonen umfasst. Die globale Geschäftstätigkeit von Goldman Sachs kann allgemein in vier Segmente unterteilt werden: (i) Investmentbanking, (ii) Betreuung von institutionellen Kunden, (iii) Investitionen und Kredite, und (iv) Investmentmanagement. Goldman Sachs hat diverse Tochtergesellschaften, darunter die Goldman Sachs Bank AG mit Sitz in Zürich.

3. **Altor** besteht aus vier Private Equity Fonds und ihren jeweiligen Portfoliogesellschaften. Die vier Private Equity Fonds sind (i) Altor 2003 Fund, mit einem gebundenen Kapital von EUR 650 Mio., (ii) Altor Fund II, mit einem gebundenen Kapital von EUR 1'150 Mio., (iii) Altor Fund III, mit einem gebundenen Kapital von EUR 2'000 Mio. und (iv) Altor Fund IV, mit einem gebundenen Kapital von EUR 2'000 Mio. Altor Fund IV, welcher die für die Kontrolle über Hamlet notwendigen Beteiligungen in sein Portfolio übernehmen wird, ist auf Investitionen im „mid-market“ Segment (mittelgrosse Unternehmen) in der nordischen Region ausgerichtet. Verschiedene der von Altor kontrollierten Gesellschaften haben Tochtergesellschaften in der Schweiz.

4. **Hamlet** ist tätig in der Entwicklung, Produktion und dem Verkauf von Soja-Proteinen, die in hochwertigen Tierfuttermitteln, primär für Jungtiere wie Ferkel, Kälber und Geflügel, verwendet werden. Die Produkte von Hamlet werden ausschliesslich als Zutaten von Tierfuttermittelformulierungen verwendet. Alle Produkte bestehen aus Sojamehl, das mit dem von Hamlet patentierten Enzymbehandlungsprozess bearbeitet wurde. Hamlet erzielt Umsätze von ca. CHF [...] weltweit und von ca. CHF [...]

in der Schweiz. Sie beschäftigt ca. [...] Mitarbeiter an Standorten in Dänemark und den USA.

5. Die Transaktion stellt sowohl für Goldman Sachs und Altor eine reine Finanzinvestition dar; sie erwarten keine industriellen Synergien.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

6. Das KG¹ gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gelten die Fusion und die Kontrollübernahme (Art. 4 Abs. 3 KG). Ein Unternehmen übernimmt in diesem Sinne die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU²). Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

9. Gemäss den meldenden Unternehmen wird die Transaktion durchgeführt, indem [...].

10. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Goldman Sachs und Altor gemeinsam die Kontrolle über Hamlet übernehmen.

11. Hamlet stellt ein Vollfunktionsunternehmen dar. So verfügt Hamlet über ein eigenes Management und tritt als Anbieter von Soja-Proteinen (Entwicklung, Produktion und Verkauf) am Markt auf. Es handelt dabei als selbständige, wirtschaftliche Einheit, wobei es in der Lage ist, eine eigene Geschäftspolitik zu verfolgen, da weder die Goldman Sachs noch die Altor im relevanten Markt tätig sind. Weiter ist geplant, dass Hamlet ihre Tätigkeit langfristig ausübt.

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

² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

12. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne des KG und der VKU vorliegt.

B.2 Meldepflicht

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

beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

14. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Am Zusammenschlussvorhaben sind demnach Goldman Sachs und Altor als die kontrollierenden und Hamlet als kontrolliertes Unternehmen beteiligt. Die gesetzlichen Umsatzschwellen werden gemäss der nachfolgenden Tabelle erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen (2014).

Unternehmen	Weltweite Umsätze (in Mio.)		Nationale Umsätze (in Mio.)	
	EUR	CHF	EUR	CHF
Goldman Sachs	[...]	[...]	[...]	[...]
Altor	[...]	[...]	[...]	[...]
Hamlet	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen und Geschäftsberichte aus dem Jahr 2014.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufige Prüfung

15. 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). 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.

16. In erster Linie sind Veränderungen aufgrund von Marktanteilsadditionen zu untersuchen. Gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen bestehen keine horizontalen Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten von Goldman Sachs und Hamlet einerseits sowie zwischen Altor und Hamlet andererseits. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen führt.

17. Des Weiteren sind vertikale (potentielle) Beziehungen zu prüfen, sofern mindestens ein Unternehmen in einem Markt Marktanteile von mindestens 30 % hält (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Vorliegend besteht zumindest potentiell eine solche vertikale Beziehungen zwischen Altor (bzw. der von ihr kontrollierten EWOS³) und Hamlet. Diese wird nachfolgend näher geprüft.

18. Daneben bestehen gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen keine weiteren Märkte, welche einer näheren Prüfung zu unterziehen wären.⁴

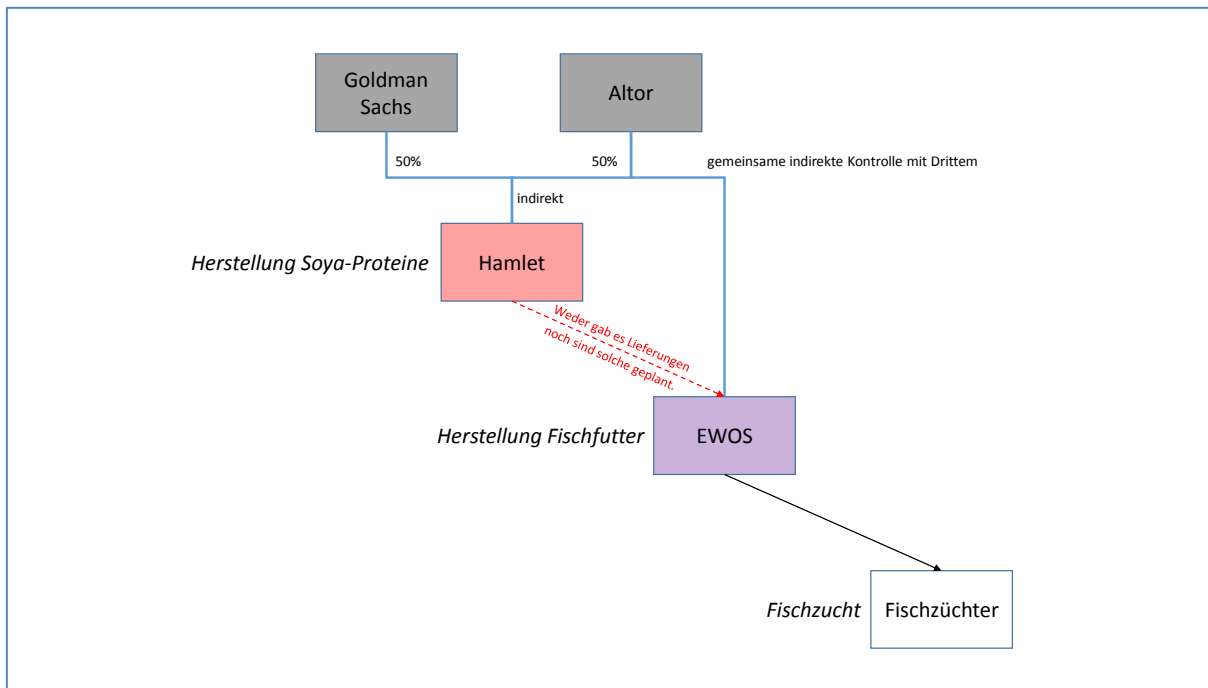
B.3.1 Relevante Märkte

19. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist nur eine potentielle vertikale Beziehung von Interesse. Die von Altor kontrollierte EWOS verfügt je nach Marktabgrenzung über hohe Marktanteile und produziert komplettes Fischfutter für Lachsfische (Salmonidae) und andere Fische, welches unter anderem Soja-Proteine enthält. [...] Die Produkte von Hamlet könnten jedoch für Fischfutter in der Art des von EWOS hergestellten verwendet werden.

20. Somit sind nachfolgend die Auswirkungen im Bereich Fischfutter und Soja-Proteine zu prüfen.

³ Eine Gesellschaft, die gemeinsam von Altor Fund III und Bain Capital kontrolliert wird (vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 1.10.2013, COMP/M.7015 - Bain Capital/Altor/EWOS, Rz 6).

⁴ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission „Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen“, Version 3 vom 19.9.2014, Ziff. IV (abrufbar unter: www.weko.ch >Dienstleistungen).



Grafik des Sekretariats

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

21. 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).

Produkte von EWOS (Fischfutter)

22. Im Bereich des Verkaufs von Tier- oder Fischfutter hat die WEKO bisher keine Marktabgrenzungen vorgenommen. Die EU-Kommission ging in der Vergangenheit von einem Markt für Aqua-Futter aus und liess offen, ob dabei ein besonderer Markt für Lachsfutter abzugrenzen ist.⁵

23. Da der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsbedenken führt, kann diese offen gelassen werden.

Produkte von Hamlet (Soja-Proteine)

24. Nach Angaben der meldenden Unternehmen ist Protein eine der Hauptzutaten in Tier- und Fischfutter und kann einer Vielzahl unterschiedlicher Quellen (tierischen oder pflanzlichen Ursprungs) entnommen werden. Sojamehl ist in Tier- und Fischfutter weit verbreitet. Es kann entweder in unbehandelter Form oder in Form von Soja-Proteinkonzentrat (soya protein concentrate „SPC“)⁶ verwendet werden.

25. Zur Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte im Bereich von Soja-Proteinen gibt es keine schweizerische Fallpraxis. Die WEKO hat bis jetzt nur einen Markt für den Handel von Sojabohnen in Betracht gezogen, die Marktabgrenzung aber offen gelassen.⁷

26. In früheren Entscheiden der EU-Kommission betreffend Ölsaatenmehle (wozu insb. Mehle aus Soja, Raps

und Sonnenblumen gehören), wurde von einem hohen Mass an Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Arten von Ölsaatenmehlen ausgegangen, wobei offengelassen wurde, ob Ölsaatenmehle einen einzigen Produktmarkt bilden.⁸ Die EU-Kommission hat auch schon geprüft, ob SPC einen eigenen sachlichen relevanten Markt bilden könnten, das Ergebnis aber offen gelassen.⁹

27. Da der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsbedenken führt, kann diese offen gelassen werden.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

28. 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).

⁵ Entscheid der EU-Kommission vom 12.4.2005, COMP/M.3722 - Nutreco/Stolt-Nielsen/Marine Harvest JV, Rz 20 ff.

⁶ SPC zeichnen sich durch eine erhöhte Proteinkonzentration aus und können durch Alkoholextraktion, Dampfextrusion, Fermentation oder biotechnologische Prozesse gewonnen werden. Hamlet stellt ein SPC in einem patentierten biotechnologischen Verfahren her.

⁷ RPW 2015/1, 95 Rz. 23 ff., *Chiquita Brands International INC./Cutrale/Safra*.

⁸ Entscheid der EU-Kommission vom 17.6.2013, COMP/M.6626 - DLG/Danish Agro/DanHatch, Rz 25; Entscheid der EU-Kommission vom 16.11.2011, COMP/M.6383 - Cargill/Korofrance, Rz 35 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 19.2.2001, COMP/M.2271 - Cargill/Agribrands, Rz 9; Entscheid der EU-Kommission vom 20.7.1998, IV/M.1126 - Cargill/Vandemoortele, Rz 11; Entscheid der EU-Kommission vom 11.8.1997, IV/M.941 - ADM/Actos & Hutcheson - Soya Mainz, Rz 14 f.

⁹ Entscheid der EU-Kommission vom 20.7.1998, IV/M.1126 - Cargill/Vandemoortele, Rz 12; Entscheid der EU-Kommission vom 11.8.1997, IV/M.941 - ADM/Actos & Hutcheson - Soya Mainz, Rz 17.

Produkte von EWOS (Fischfutter)

29. Die EU-Kommission hielt in der Vergangenheit fest, dass der Markt für Aqua-Futter bzw. Lachsfutter wahrscheinlich national sei, dass aber eine Tendenz zur Regionalisierung bestehe.¹⁰

30. Da der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss unabhängig von der Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsbedenken führt, kann diese offen gelassen werden.

Produkte von Hamlet (Soja-Proteine)

31. Die meldenden Unternehmen erachten den räumlich relevanten Markt für die Produkte von Hamlet zumindest als EWR-weit. Die Betrachtung des räumlichen relevanten Marktes als mindestens EWR-weit würde sich mit den Erwägungen der EU-Kommission in früheren Entscheidungen zum räumlichen relevanten Markt für Ölsaatenmehl¹¹ und SPC¹² decken.

32. Da der vorliegend zu beurteilende Zusammenschluss unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung zu keinen Wettbewerbsbedenken führt, kann diese offen gelassen werden.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

33. EWOS verfügt je nach Marktabgrenzung über Marktanteile im Verkauf von Fischfutter von max. [60-70] % (unter der Annahme nationaler Märkte) bzw. über [30-40] % (unter der Annahme regionaler Märkte¹³). Nur wenn von einem überregionalen bzw. europaweiten Markt ausgegangen wird, könnte überhaupt ein die Schweiz umfassender betroffener Markt vorliegen. Aufgrund fehlender vertikaler Wettbewerbsbedenken, kann die Marktabgrenzung aber offen gelassen werden.

34. Hamlet kommt als Lieferant von EWOS in Frage, weshalb ihre vertikale Beziehung kurz zu beleuchten ist. Hierzu wird untersucht, ob das Zusammenschlussvorhaben zu einer Abschottung von Einsatzmitteln (*input foreclosure*) und/oder zu einer Abschottung von Kunden (*customer foreclosure*) führen kann.¹⁴

35. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beziehung zwischen Hamlet und EWOS nur potentieller Art ist. [...] Es sind auch keine Lieferungen an EWOS geplant.

36. Selbst wenn von einer vertikalen Beziehung zwischen Hamlet und EWOS ausgegangen wird, besteht keine ausreichende Basis für Bedenken, dass die Transaktion zu wettbewerbswidrigen vertikalen Effekten führen könnte. Wie nachfolgend gezeigt wird, besteht weder das Risiko einer Abschottung von Einsatzmitteln noch das Risiko einer Abschottung des Zugangs für die Kunden.

Keine Abschottung von Einsatzmitteln (Input Foreclosure)

37. Eine Abschottung von Einsatzmitteln oder Vorleistungen kann erfolgen, falls ein vertikal integriertes Unternehmen Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten nicht mehr oder nur zu höheren Preisen beliefert. In beiden Fällen kann dies im Ergebnis zu einem Anstieg der Vorleistungspreise (Inputpreise) nach dem Zusammenschluss führen, womit die Vorleistungskosten für Wettbewerber von EWOS angehoben werden.¹⁵ In diesem

Fall ist zu untersuchen, ob die gestiegenen Einsatzmittelkosten auch höhere Verbraucherpreise zur Folge haben. Denn möglicherweise ergeben sich aus dem Zusammenschlussvorhaben Effizienzgewinne, welche eine Erhöhung der Endverbrauchspreise verhindern.

38. Bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Einsatzmitteln ist erstens zu untersuchen, ob das Unternehmen nach dem Zusammenschluss die Möglichkeit hätte den Zugang zu den Einsatzmitteln abzuschotten, zweitens ob es den Anreiz dazu hätte, und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den nachgelagerten Wettbewerb hätte. In der Praxis werden diese Faktoren häufig gemeinsam untersucht, da sie eng miteinander verflochten sind.¹⁶

39. Folgende Elemente legen nahe, dass Hamlet keine **Fähigkeit** zur Abschottung von Einsatzmitteln zu Lasten der Wettbewerber von EWOS hat: Hamlet verfügt über einen maximalen Marktanteil von [0-10] % (unter der Annahme eines EWR-weiten SPC-Marktes).¹⁷ Neben Hamlet sind weitere umsatzmässig wichtige Unternehmen auf dem Markt tätig. [...] Hamlet hat in der Vergangenheit [...], welches dessen besondere Anforderungen berücksichtigt. Ausserdem produziert Hamlet SPC-Produkte, die gemäss den Angaben der meldenden Unternehmen [...] teurer sind, als andere SPC, die für Fischfutter verwendet werden können.

40. Basierend auf den Angaben der meldenden Unternehmen ist zusammenfassend davon auszugehen, dass die Hersteller von Fischfutter ausreichende Ausweichmöglichkeiten auf andere Lieferanten neben Hamlet verfügen. Gemäss den meldenden Unternehmen gehört die Methode von Hamlet auch [...].

41. Sodann stellt sich die Frage, ob überhaupt ein **Anreiz** zur Abschottung von Einsatzmitteln besteht. Der Abschottungsanreiz hängt davon ab, in welchem Masse

¹⁰ Entscheid der EU-Kommission vom 12.4.2005, COMP/M.3722 - Nutreco/Stolt-Nielsen/Marine Harvest JV, Rz 31 f.

¹¹ Entscheid der EU-Kommission vom 19.2.2001, COMP/M.2271 - Cargill/Agribands, Rz 11; Entscheid der EU-Kommission vom 20.7.1998, IV/M.1126 - Cargill/Vandemoortele, Rz 13; Entscheid der EU-Kommission vom 11.8.1997, IV/M.941 - ADM/Actos & Hutcheson - Soya Mainz, Rz 18; im Entscheid der EU-Kommission vom 17.6.2013, COMP/M.6626 - DLG/Danish Agro/DanHatch, Rz 25 wurde allerdings auch eine nationale Marktabgrenzung als möglich erachtet.

¹² Entscheid der EU-Kommission vom 20.7.1998, IV/M.1126 - Cargill/Vandemoortele, Rz 13; Entscheid der EU-Kommission vom 11.8.1997, IV/M.941 - ADM/Actos & Hutcheson - Soya Mainz, Rz 19.

¹³ Unter der Annahme eines Marktes für Fischfutter für Lachsfische im Nordseebecken (Norwegen, Grossbritannien, Färöer-Inseln, Irland, Finnland, Frankreich, Dänemark, Schweden).

¹⁴ RPW 2014/4, 752 Rz 17 ff., 755 Rz 40, KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta; für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Zusammenschlüssen siehe weiter RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG und Mitteilung der Kommission – Leitlinie zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüssen gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 (nachfolgend: EU-Leitlinien).

¹⁵ RPW 2014/4, 752 Rz 41, KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta; RPW 2007/4, 582 Rz 186, SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Federal Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG.

¹⁶ EU-Leitlinie (Fn 14), Rz 32.

¹⁷ Unter der Annahme eines EWR-weiten Marktes für Soja-Proteine wäre Hamlet ein Marktanteil von weniger als [0-10] % zuzurechnen.

eine Abschottung gewinnbringend wäre. Selbst wenn die Hersteller von Fischfutter die Produkte von Hamlet in Betracht ziehen würden, würde Goldman Sachs eine Strategie, welche die Rentabilität von Hamlet beeinträchtigt, kaum unterstützen.

42. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine wettbewerbswidrige Abschottung von Einsatzmitteln aufgrund des Zusammenschlusses unwahrscheinlich ist.

Keine Abschottung von Kunden (Customer Foreclosure)

43. Eine Kundenabschottung kann stattfinden, wenn sich ein Lieferant mit einem wichtigen Kunden im nachgelagerten Markt zusammenschliesst und damit den Zugang der Wettbewerber im vorgelagerten Markt zu wichtigen Absatzkanäle beschränkt, so dass die Fähigkeit und der Anreiz dieser Wettbewerber verringert werden, in Wettbewerb mit der fusionierten Einheit zu treten. Folge davon könnten erhöhte Kosten der Wettbewerber von Hamlet sein. Dies kann die neue Einheit in die Lage versetzen, höhere Preise im nachgelagerten Markt gewinnbringend durchzusetzen. Möglicherweise verhindern jedoch Effizienzgewinne, welche durch den Zusammenschluss entstehen, dass sich nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucher ergeben.¹⁸

44. Die meldenden Unternehmen machen gelten, dass EWOS keine **Fähigkeit** zur Kundenabschottung zu Lasten der Wettbewerber von Hamlet hätte. Selbst wenn EWOS ihre gesamte Nachfrage nach Soja-Proteinen von Hamlet beziehen würde, würden weitere bedeutende Nachfrager von Soja-Proteinen bestehen. Die Nachfrage von EWOS betreffend Soja-Proteinen beträgt weniger als [0-10] % der gesamten Bezüge im EWR. Somit verfügen die Konkurrenten von Hamlet über ausreichende wirtschaftliche Alternativen für den Verkauf ihrer Produkte, falls sie EWOS als Kunde verlieren würden.

45. Folgende Elemente legen nahe, dass EWOS erst gar keinen **Anreiz** zur Kundenabschottung hätte: [...]. EWOS braucht Proteine verschiedenen Ursprungs. [...]. EWOS bezieht alle ihre SPC von [...] Lieferanten, [...].

46. Vor diesem Hintergrund ist es unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Kunden führt.

C Ergebnis

47. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen Wettbewerbsbedenken in horizontaler Hinsicht. In vertikaler Hinsicht ist sodann unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Abschottung von Einsatzmitteln oder Kunden führt.

48. 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.

¹⁸ RPW 2014/4, 752 Rz 51, KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta.

B 2.	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Verfügung vom 23. September 2013 in Sachen BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten

A Sachverhalt

1. Mit einem Zugangsgesuch per E-Mail vom 1. Januar 2012 verlangte der Gesuchsteller mittels Zugangsgesuch gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3) Zugang zu amtlichen Dokumenten des Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat). Unter anderem verlangte der Gesuchsteller eine Liste der Personen, die auf den beiden Zusammenschlusskontrollverfahren Migros/Denner und Emmi/Fromalp gearbeitet haben. Namentlich stellte er folgendes Zugangsgesuch: „Ich benötige also die Liste der involvierten und beteiligten Mitarbeiter/Sachbearbeiter, die an den beiden Fällen gearbeitet haben. Je eine vollständige Auflistung aller Sachbearbeiter für den Migros-Denner-Fall, und je eine vollständige Auflistung für den Emmi-Fromalp-Deal „.

2. Da das Sekretariat keine entsprechende Listen führt, hat sie aus dem Zeiterfassungssystem durch einen einfachen elektronischen Vorgang eine Liste von Mitarbeitern generiert, aus welcher ersichtlich ist, welche Mitarbeiter auf den beiden Fällen Arbeitszeiten verbucht haben. Diese Dokumente enthalten zwar je eine Liste mit zahlreichen Namen, lassen jedoch keine quantitativen und qualitativen Rückschlüsse darauf zu, ob ein Mitarbeiter massgebend (z.B. Ausarbeitung von Entscheidungsentwürfen etc.) oder nur punktuell und hilfsweise (z.B. Aktualisierung des Aktenverzeichnisses etc.) Beiträge im jeweiligen Verfahren geleistet hat. Da es sich bei den beiden generierten Listen um Dokumente handelt, welche unzweifelhaft Personendaten enthalten (nämlich die Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats), hat das Sekretariat diese gemäss den gesetzlichen Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 BGÖ – wonach amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit zu anonymisieren sind – durch die Verwendung von eindeutigen Pseudonymen anonymisiert. Diese anonymisierte Liste hat das Sekretariat dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 17. Januar 2012 zugestellt.

3. In der Folge hat der Gesuchsteller am 6. Februar 2012 einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gestellt.

4. Eineinhalb Jahre später, am 3. September 2013, richtete der EDÖB eine Empfehlung an die Wettbewerbskommission, wonach der EDÖB empfiehlt:

„(34) Die Wettbewerbskommission gewährt dem Antragsteller den Zugang zur verlangten Liste mit den Namen der „Mitarbeitenden Emmi AG/Fromalp AG und Migros Denner“. [recte: ... Mitarbeitenden des Sekretariats in den Verfahren „Emmi AG/Fromalp AG“ und „Migros/Denner“].

(35) Die Wettbewerbskommission erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn sie in Abweichung von Ziffer 34 den Zugang nicht gewähren will. Die Wettbewerbskommission erlässt die Verfügung innert 20 Tage nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

(36) Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Wettbewerbskommission den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). [...]“.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

5. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ gilt das BGÖ für die Bundesverwaltung. Die Wettbewerbskommission (im Folgenden: WEKO) ist Teil der Bundesverwaltung, daher gilt das BGÖ für die WEKO. Das Zugangsgesuch wurde vom Gesuchsteller an das Sekretariat der WEKO gestellt. Gemäss Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung betreffend Zugangsgesuche nach BGÖ sind keine Spezialnormen ersichtlich, weshalb die WEKO für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig ist.

B.2 Amtliches Dokument

6. Ein amtliches Dokument ist jede Information, (a) die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist; (b) sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist; und (c) die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 BGÖ). Als amtliche Dokumente gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ erfüllen. Im vorliegend zu beurteilenden Fall führt das Sekretariat der WEKO keine entsprechende Mitarbeiterliste. Dennoch kann eine solche aus dem Zeitma-

nagementsystem durch einen einfachen elektronischen Vorgang generiert werden. Die Datenbank zur Verbuchung der Arbeitszeit der Mitarbeiter dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Damit ist die Mitarbeiterliste als amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ zu qualifizieren.

B.3 Recht auf Zugang

7. Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Der Gesuchsteller ist eine natürliche Person und daher grundsätzlich Recht auf Zugang zu dem amtlichen Dokument, sofern keine Ausnahmen gemäss den Art. 7 bis 9 BGÖ vorliegen.

B.4 Gesetzliche Pflicht zur Anonymisierung von Personendaten

8. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Bei den Namen der Mitarbeiter handelt es sich – wohl auch aus Sicht des EDÖB – um Personendaten gemäss Art. 3 Bst. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1), da sich die Namen der Mitarbeiter auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. In der vom Sekretariat erstellten Liste können die Namen der Mitarbeiter auch ohne weiteres anonymisiert werden. Das Sekretariat hat sich für die Form der Pseudonymisierung entschieden. Denn diese erschien als milderer Mittel als die absolute Anonymisierung im Sinne einer Schwärzung, da sie dem Gesuchsteller zumindest aufgezeigt hat, ob und wie viele Mitarbeitende Beiträge zu beiden WEKO-Verfahren geleistet haben, ohne jedoch die individuellen Personendaten offenzulegen.

9. Das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung stellt ein verfassungsmässiges Prinzip dar. Als solches ist es zwar unbestritten, gilt jedoch nicht absolut und vorrangig gegenüber anderen Prinzipien. In der Normenhierarchie hat es grundsätzlich hinter den Grundrechten, zu denen gemäss Art. 13 BV der Schutz auf Privatsphäre gehört, zurückzustehen. Dies hat auch der Gesetzgeber in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (BBI 2003 2016) klargestellt, indem er formuliert, dass der Schutz von Personendaten als Aspekt des verfassungsmässigen garantierten Persönlichkeitsschutz (Art. 13 Abs. 2 BV) dem Recht auf Zugang grundsätzlich – wenn auch nicht absolut – vorgeht. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass im Einzelfall eine Interessenabwägung zu erfolgen hat.

10. Einschränkungen aufgrund einer Interessenabwägung sind insb. möglich, wenn eine Anonymisierung im konkreten Fall unmöglich ist. In diesem Sinne sieht Art. 9 Abs. 2 BGÖ vor, dass „Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, ... nach Artikel 19 des Datenschutzgesetzes zu beurteilen“ sind (Hervorhebung hinzugefügt). Art. 9 Abs. 1 BGÖ hingegen fordert ohne Wenn und Aber: „Amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, sind nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren“. Diese unmissverständliche Pflicht der Behörden zur Anonymisierung ergibt sich auch aus dem französischen und italienischen Wortlaut

des Gesetzes („Les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés“, „I documenti ufficiali che contengono dati personali devono, se possibile, essere resi anonimi prima di essere consultati“). Die Auslegung nach dem Wortlaut und der Systematik lassen nur den einen Schluss zu, dass i.c. die Namen der Mitarbeitenden – da sie ohne Weiteres anonymisiert werden können – anonymisiert werden müssen.

11. Auch die Berücksichtigung der ratio legis des BGÖ führt zu keinem anderen Schluss: Im vorliegenden Zugangsgesuch geht es um die Zugänglichmachung der Namen von einfachen Verwaltungsmitarbeitern in Zusammenhang mit zwei Unternehmenszusammenschlüssen. Da Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 10 KG ein WEKO-Geschäft sind, verfügen die Mitarbeiter des Sekretariats über keinerlei Entscheidkompetenz. Sie arbeiten vielmehr als (wissenschaftliches) „Sekretariat“ in der Vorbereitung sowie Schlussredaktion des Entscheids der WEKO. Die Namen der Mitglieder des relevanten Entscheidorgans, nämlich der WEKO, sind auf der Homepage der WEKO publiziert, und zwar unter Offenlegung sämtlicher Interessenbindungen. Der Homepage ebenfalls entnommen kann der Name des für die jeweiligen Branche – i.c. Produkte/Lebensmittel bzw. Infrastruktur/Landwirtschaft – zuständigen Vizedirektor des Sekretariats, unter dessen Verantwortung der materielle WEKO-Entscheid vorbereitet wird. Ebenfalls veröffentlicht werden die Entscheide der WEKO, nämlich auf der Homepage sowie im Publikationsorgan „RPW“, welches ebenfalls im Internet frei zugänglich ist. Damit ist dem Sinn und Zweck des BGÖ – nämlich den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen (BBI 2003 1976) – Genüge getan.

12. Es ist auch keinerlei zusätzliches öffentliches Interesse ersichtlich, für welches eine Offenlegung der Namen der nicht entscheidbefugten Mitarbeitenden des Sekretariats in Zusammenhang mit den Zusammenschlussvorhaben zur Realisierung der Ziele des BGÖ, namentlich den Entscheidungsprozess der Verwaltung transparenter zu machen und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Behörden zu verbessern, notwendig wäre. Dies gilt umso mehr, als die betroffenen Mitarbeiter in der Öffentlichkeit ohnehin allesamt unbekannt sind und sie auch nicht Teil des öffentlichen Lebens (im Gegensatz zu den betroffenen Personen im Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Februar 2011, A-3609/2010) sind. Vielmehr wurde durch die Ersetzung der Namen mit Pseudonymen dem Transparenzanspruch am Entscheidungsprozess der Verwaltung, unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte weitestmöglich entsprochen, so dass hieraus sogar ersichtlich ist, dass eine gewisse Anzahl von Mitarbeitern auf beiden Fällen gearbeitet haben.

13. Das Sekretariat hat vor Gewährung des Zugangs den gesetzlichen Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 BGÖ entsprochen und die Namen der Mitarbeiter durch Pseudonyme ersetzt. Hierbei hat das Sekretariat bei der Anonymisierung der Personendaten aufgrund einer Verhältnismässigkeitsabwägung dasjenige Anonymisierungsverfahren gewählt, welches innerhalb der gesetzlichen Anforderungen den Zugang am wenigsten stark einschränkt. So ist es aufgrund der Anonymisierung durch

Pseudonyme nach wie vor möglich, aufgrund der Listen zu identifizieren, ob und wie viele Mitarbeiter auf beiden Fällen gearbeitet haben.

14. Unabhängig von der eindeutigen und unbestreitbaren gesetzlichen Pflicht zur Anonymisierung von Personendaten ist gemäss dem oben gesagten auch nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden konkreten Einzelfall ein überwiegendes Interesse an der Veröffentlichung der Namen der Mitarbeiter vorliegen sollte. Ein solches kann auch nicht aus den Grundsätzen abgeleitet werden, wonach Bundesangestellten im Rahmen ihrer Anstellung unter gewissen Umständen eine Einschränkung ihrer Grundrechte (wie z.B. in Art. 24 BPG festgehalten) hinzunehmen haben. Es wäre also contra legem und nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, wenn im vorliegenden Fall die Liste der Mitarbeiter, die auf einem der beiden oder auf beiden Fällen gearbeitet haben, herausgegeben würden.

15. Würde die WEKO der Empfehlung des EDÖB daher Folge leisten, wäre dies ein Verstoss gegen eine klare Regel im BGÖ und würde die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte des Sekretariatspersonals verletzen. Da die Rechtslage klar ist und die WEKO die Persönlich-

keitsrechte ihres Personals zu wahren hat, kann der unverbindlichen Empfehlung des EDÖB nicht gefolgt werden, selbst wenn diese Rückhalt in Leitfäden der Verwaltung sowie einzelnen Stimmen der Literatur finden sollte.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Gesuchsteller hat Zugang zur Liste mit den pseudonymisierten Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats in den Verfahren «Emmi AG/Fromalp AG» und «Migros/ Denner» erhalten. Zur verlangten Liste mit den offengelegten Namen wird kein Zugang gewährt.
2. Es werden keine Gebühren erhoben.
3. [Eröffnung]
4. [Kopie]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.5

2. Verfügung vom 27. Juli 2015 in Sachen BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten

A Sachverhalt

1. Mit einem Zugangsgesuch per E-Mail vom 1. Januar 2012 verlangte der Gesuchsteller gemäss Art. 6 BGÖ¹ Zugang zu amtlichen Dokumenten des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat). Unter anderem verlangte er eine Liste der Personen, die auf den beiden Zusammenschlusskontrollverfahren „Migros/Denner“ und „Emmi AG/Fromalp AG“ gearbeitet hatten. Namentlich stellte er folgendes Zugangsgesuch: *„Ich benötige also die Liste der involvierten und beteiligten Mitarbeiter/Sachbearbeiter, die an den beiden Fällen gearbeitet haben. Je eine vollständige Auflistung aller Sachbearbeiter für den Migros-Denner-Fall, und je eine vollständige Auflistung für den Emmi-Fromalp-Deal“.*

2. Da das Sekretariat keine entsprechenden Listen führt, hat es durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus dem Zeiterfassungssystem eine Liste von Mitarbeitenden generiert, aus welcher ersichtlich ist, welche Mitarbeitenden auf den beiden Fällen Arbeitszeiten verbucht haben. Diese Dokumente enthalten zwar je eine Liste mit zahlreichen Namen, lassen jedoch keine quantitativen und qualitativen Rückschlüsse darauf zu, ob ein Mitarbeiter bzw. eine Mitarbeiterin massgebend oder nur punktuell und hilfsweise Beiträge im jeweiligen Verfahren geleistet hat. Da es sich bei den beiden generierten Listen um Dokumente handelt, welche unzweifelhaft Personendaten enthalten – nämlich die Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats –, hat das Sekretariat diese gemäss den gesetzlichen Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 BGÖ – wonach amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit zu anonymisieren sind – durch die Verwendung von eindeutigen Pseudonymen anonymisiert. Diese anonymisierte Liste hat das Sekretariat dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 17. Januar 2012 zugestellt.

3. In der Folge hat der Gesuchsteller am 6. Februar 2012 einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gestellt.

4. Eineinhalb Jahre später, am 3. September 2013, richtete der EDÖB folgende Empfehlung an die Wettbewerbskommission (WEKO):

„(34) Die Wettbewerbskommission gewährt dem Antragsteller den Zugang zur verlangten Liste mit den Namen der ‚Mitarbeitenden Emmi AG/Fromalp AG und Migros Denner‘. [recte: ... Mitarbeitenden des Sekretariats in den Verfahren „Emmi AG/Fromalp AG“ und „Migros/Denner“].

(35) Die Wettbewerbskommission erlässt eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), wenn sie in Abweichung von Ziffer 34 den Zugang nicht gewähren will. Die Wettbewerbskommission erlässt die Ver-

fügung innert 20 Tage nach Empfang dieser Empfehlung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

(36) Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung bei der Wettbewerbskommission den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ). [...].“

5. Am 23. September 2013 erliess die WEKO eine Verfügung entgegen der Empfehlung des EDÖB und hielt an den Pseudonymen fest. Das Sekretariat teilte dem Gesuchsteller mit, dass er bereits im Besitz der Liste sei, aus der zwar keine Namen bzw. Personendaten ersichtlich waren, aber immerhin doch wie viele Mitarbeitende an den jeweiligen Verfahren beteiligt gewesen waren und ob (einzelne) Mitarbeitende an beiden Verfahren mitgewirkt hatten.

6. Der Gesuchsteller führte daraufhin am 24. Oktober 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen diese Verfügung der WEKO. Er beantragte, der Zugang zu besagter Namensliste sei ihm zu gewähren. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, ihm den Zugang wie anbegehrt zu gewähren.

7. Die WEKO beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 17. Dezember 2013 die Abweisung der Beschwerde.

8. In den Schlussbemerkungen vom 27. Februar 2014 hielt der Gesuchsteller vor dem Bundesverwaltungsgericht an seinen Rechtsbegehren und seinen Ausführungen fest.

9. Mit Urteil vom 18. Mai 2015 betreffend Öffentlichkeitsprinzip (Zugang zu Mitarbeiterdaten) (A-6054/2013) wurde die Beschwerde des Gesuchstellers teilweise gutgeheissen.² Die Verfügung der WEKO vom 23. September 2013 wurde aufgehoben und die Angelegenheit zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen³:

Aus den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts folgt, dass „[...] ein erhebliches öffentliches Interesse an der Bekanntgabe [der Namen] nur hinsichtlich jener Verwaltungsangestellten bestehen [kann], welche massgebend an einem Geschäft mitgewirkt haben, etwa beratend oder instruierend. Dem Interesse, die Namen auch derjenigen Verwaltungsangestellten zu kennen, welche lediglich in untergeordneter Weise, d.h. ohne massgebenden Einfluss auf die Entscheidung an einem bestimmten Geschäft gearbeitet haben, vermag demgegenüber grundsätzlich kein erhebliches Gewicht beizukommen [...]“⁴

¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

² Urteil des BVer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, Dispositiv Ziff. 1.

³ Urteil des BVer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, Dispositiv Ziff. 2.

⁴ Urteil des BVer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.1.

Zusammenfassend hält das Gericht folglich fest, „[...] dass an der Bekanntgabe der Namen von Verwaltungsangestellten – gestützt auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung – nicht in jedem Fall ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Hiervon ist nur bezüglich jener Mitarbeitenden auszugehen, welche massgebend an einem Geschäft [...] beteiligt waren.“⁵

Des Weiteren ist „[...] die angefochtene Verfügung zwar gesamthaft aufzuheben, dem Beschwerdeführer wird jedoch – vorbehältlich entgegenstehender privater Interessen – Zugang zu der Namensliste lediglich hinsichtlich jener Verwaltungsangestellten zu gewähren sein, welche massgebend an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse mitgewirkt haben.“⁶

10. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Mai 2015 ist mittlerweile in Rechtskraft erwachsen.

11. Der EDÖB hatte es im Schlichtungsverfahren unterlassen, die betroffenen Mitarbeitenden anzuhören, deren Namen offengelegt werden sollen.⁷ Das Sekretariat holte diese Anhörung in der Folge mit Schreiben vom 26. Juni 2015 nach. Bis am 6. Juli 2015 gingen die Antworten der betroffenen angehörten Mitarbeitenden beim Sekretariat ein.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

12. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGÖ gilt das BGÖ für die Bundesverwaltung. Die WEKO ist Teil der Bundesverwaltung, daher gilt das BGÖ für die WEKO. Das Zugangsgesuch wurde vom Gesuchsteller an das Sekretariat der WEKO gestellt. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG⁸ trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung betreffend Zugangsgesuche nach BGÖ sind keine Spezialnormen ersichtlich, weshalb die WEKO für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig ist.

13. Die WEKO kann gemäss Art. 19 Abs. 1 KG im Einzelfall ein Mitglied des Präsidiums ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen.⁹ Vorliegend sind diese Voraussetzungen erfüllt. Dem Präsidenten der WEKO wurde deshalb anlässlich der Kommissionssitzung vom 29. Juni 2015 per Delegationsbeschluss die Entscheidungsbefugnis für die vorliegende Verfügung gemäss Art. 19 Abs. 1 KG erteilt.

B.2 Amtliches Dokument

14. Ein amtliches Dokument ist jede Information, (a) die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist; (b) sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist; und (c) die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 BGÖ). Als amtliche Dokumente gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die Anforderungen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ erfüllen. Im vorliegenden zu beurteilenden Fall führt das Sekretariat der WEKO keine entsprechende Mitar-

beiterliste. Dennoch kann eine solche aus dem Zeitmanagementsystem durch einen einfachen elektronischen Vorgang generiert werden. Die Datenbank zur Verbuchung der Arbeitszeit der Mitarbeitenden dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Damit ist die Mitarbeiterliste als amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ zu qualifizieren.

B.3 Recht auf Zugang

15. Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Der Gesuchsteller ist eine natürliche Person und hat daher grundsätzlich das Recht auf Zugang zum amtlichen Dokument, sofern keine Ausnahmen gemäss den Art. 7 bis 9 BGÖ vorliegen.

B.4 Gesetzliche Pflicht zur Anonymisierung von Personendaten

16. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Bei den Namen der Mitarbeitenden handelt es sich um Personendaten gemäss Art. 3 Bst. a DSG¹⁰, da sich die Namen der Mitarbeitenden auf bestimmte oder bestimmbare Personen beziehen. In der vom Sekretariat erstellten Liste konnten die Namen der Mitarbeitenden – zumindest formal – auch ohne weiteres anonymisiert werden. Das Sekretariat hatte sich deshalb für die Form der Pseudonymisierung entschieden. Denn diese erschien als milderes Mittel als die absolute Anonymisierung im Sinne einer Schwärzung, da sie dem Gesuchsteller zumindest aufgezeigt hatte, ob und wie viele Mitarbeitende Beiträge zu beiden WEKO-Verfahren geleistet haben, ohne jedoch die individuellen Personendaten offenzulegen.

17. Das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung stellt ein verfassungsmässiges Prinzip dar. Als solches ist es zwar unbestritten, gilt jedoch nicht absolut und vorrangig gegenüber anderen Prinzipien. In der Normenhierarchie hat es grundsätzlich hinter den Grundrechten, zu denen gemäss Art. 13 BV der Schutz auf Privatsphäre gehört, zurückzustehen. Dies hat auch der Gesetzgeber in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung¹¹ betont, indem er formuliert, dass der Schutz von Personendaten als Aspekt des verfassungsmässig garantierten Persönlichkeitsschutzes (Art. 13 Abs. 2 BV) dem Recht auf Zugang grundsätzlich – wenn auch nicht absolut – vorgeht. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass im Einzelfall eine Interessenabwägung zu erfolgen hat.

⁵ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 5.

⁶ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 6.

⁷ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.4; vgl. auch Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 2022 Ziff. 2.3.3.

⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁹ Vgl. auch Art. 7 Abs. 3 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (SR 251.1).

¹⁰ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹¹ Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 2016 Ziff. 2.2.3.4.

18. Einschränkungen aufgrund einer Interessenabwägung sind insbesondere möglich, wenn eine Anonymisierung im konkreten Fall nicht möglich ist. In diesem Sinne sieht Art. 9 Abs. 2 BGÖ vor, dass „Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche *nicht anonymisiert werden können*, [...] nach Artikel 19 des Datenschutzgesetzes zu beurteilen“ sind (Hervorhebung durch das Sekretariat). Art. 9 Abs. 1 BGÖ hingegen fordert: „Amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, *sind nach Möglichkeit* vor der Einsichtnahme zu anonymisieren“. Diese grundsätzliche Pflicht der Behörden zur Anonymisierung ergibt sich auch aus dem französischen und italienischen Wortlaut des Gesetzes. Der Begriff „nach Möglichkeit“ bezieht sich gemäss der Botschaft zum BGÖ auf Schwierigkeiten der Anonymisierung tatsächlicher Art. Wäre die Anonymisierung mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand verbunden oder würde sich das Zugangsgesuch auf ein Dokument beziehen, das eine bestimmte, vom Gesuchsteller bezeichnete Person beträfe, könnte von einer Anonymisierung abgesehen werden.¹² Als Grundsatz ist daher von einer Anonymisierung, d.h. Schwärzung, der Namen im Rahmen von Zugangsgesuchen gemäss BGÖ auszugehen.

B.5 Anonymisierung „nach Möglichkeit“ im konkreten Fall

19. Vorliegend richtet sich das Gesuch aber auf die bestimmten Personendaten an sich, wodurch laut Bundesverwaltungsgericht eine Anonymisierung (bereits) in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich ist, da der Zugang zu diesen Namen in Frage steht. Das Anonymisieren dieser Daten käme daher im Ergebnis einer Verweigerung des Zugangs oder einer Abweisung des Zugangsgesuches gleich. Eine anonymisierte Liste wäre für den Gesuchsteller dann nämlich unbrauchbar.¹³

20. Im Rahmen von Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSG ist eine Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen und den öffentlichen Interessen an der Bekanntgabe vorzunehmen. Die Gewichtung hat insbesondere anhand der Art der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen.¹⁴

21. Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen haben wie Personen des öffentlichen Lebens damit zu rechnen, dass sie sich unter Umständen die Bekanntgabe schützenswerter Personendaten gefallen lassen müssen. Selbst hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte haben gemäss Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich damit zu rechnen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. Im Rahmen einer Interessenabwägung wären diese Daten dann auch nicht zu anonymisieren. Der Sinn und Zweck des BGÖ schränkt diese Auffassung, die zugunsten eines überwiegenden öffentlichen Interesses ausfällt, aber dadurch ein, dass vom Gesetz bezweckt wird, die Entscheidungsprozesse der Verwaltung transparent zu machen (vgl. Art. 1 BGÖ).¹⁵

22. Aus den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts folgt, dass „[...] ein erhebliches öffentliches Interesse an der Bekanntgabe nur hinsichtlich jener Verwaltungsangestellten bestehen [kann], welche massgebend

an einem Geschäft mitgewirkt haben, etwa beratend oder instruierend. Dem Interesse, die Namen auch derjenigen Verwaltungsangestellten zu kennen, welche lediglich in untergeordneter Weise, d.h. ohne massgebenden Einfluss auf die Entscheidung an einem bestimmten Geschäft gearbeitet haben, vermag demgegenüber grundsätzlich kein erhebliches Gewicht beizukommen [...].“¹⁶

23. Zusammenfassend hält das Gericht fest, „[...] dass an der Bekanntgabe der Namen von Verwaltungsangestellten – gestützt auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung – nicht in jedem Fall ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Hiervon ist nur bezüglich jener Mitarbeitenden auszugehen, welche massgebend an einem Geschäft [...] beteiligt waren.“¹⁷

24. Im Folgenden geht es somit darum zu bestimmen, wer an den beiden vorliegend interessierenden Geschäften „*massgebend beteiligt*“ war.

25. Das vorliegende Zugangsgesuch fokussiert auf die Zugänglichmachung der Namen von Verwaltungsmitarbeitenden in Zusammenhang mit zwei konkreten Unternehmenszusammenschlüssen. Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 10 KG sind insofern WEKO-Geschäfte, als die WEKO die entsprechenden Entscheide fällt. Die *Mitglieder der WEKO* wirken folglich in der Terminologie des Bundesverwaltungsgerichts unzweifelhaft „*massgebend an einem Geschäft*“ mit. Entsprechend sind ihre Namen inklusive Offenlegung aller Interessenbindungen auch öffentlich zugänglich, so z.B. auf der Homepage der WEKO.

26. Die Mitarbeitenden des Sekretariats hingegen verfügen grundsätzlich nicht über Entscheidungskompetenz. Sie arbeiten vielmehr als (wissenschaftliches) „Sekretariat“ einerseits in der Vorbereitung sowie andererseits in der Schlussredaktion der Entscheide der WEKO. Die Vorbereitungs- und Instruktionsarbeiten für den jeweiligen WEKO-Entscheid werden vom Sekretariat vorgenommen, und zwar unter der Verantwortung des *Direktors* des Sekretariats. Somit wirkt auch er im Sinne der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts massgebend am Geschäft mit. Sein Name kann der Homepage der WEKO entnommen werden. Auf der Homepage ebenfalls aufgeführt sind die Namen der vier für die jeweiligen Branchen zuständigen *Dienstleiter* bzw. *Dienstleiterinnen* im Rang eines *Vizedirektors* bzw. einer *Vizedirektorin* des Sekretariats, unter deren Leitung die materiellen WEKO-Entscheide vorbereitet werden. Auch diese Leitung der Dienste und damit der zuständigen Fallteams kann als massgebend im genannten Sinn qualifiziert werden. Unter dieser Leitung durch die Vizedirektoren bzw. Vizedirektorinnen sind generell einfache Verwaltungsmitarbeitende tätig. Massgebenden Einfluss im

¹² Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.1.

¹³ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.1.

¹⁴ Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011, E. 4.4.

¹⁵ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.2.

¹⁶ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.2.2.

¹⁷ Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 5.

Sinne von instruierend und beratend haben sie höchstens sehr eingeschränkt. In grösseren und wichtigeren Fällen gibt es meist Fallteams, in welchen ein spezifisch eingesetzter sog. „Case-Handler“ bzw. eine „Case-Handlerin“ das Verfahren unter Leitung seines oder ihres Chefs bzw. seiner oder ihrer Chefin, des Vizedirektors bzw. der Vizedirektorin, führt. Diese Funktion ist vielleicht ein wenig vergleichbar mit der Funktion eines Gerichtsschreibers oder einer Gerichtsschreiberin, der bzw. die im Rahmen eines Urteils mitwirkt. Da der „Case-Handler“ bzw. die „Case-Handlerin“ besonders gute materielle Kenntnis vom jeweiligen Fall, den Akten und den beteiligten Parteien hat, tauscht er bzw. sie sich regelmässig mit dem verantwortlichen Vizedirektor bzw. der Vizedirektorin aus. Insofern könnte auch bei ihm bzw. ihr – und allenfalls auch noch bei dem oder der zur Stellvertretung betrauten Mitarbeitenden im jeweiligen Fallteam – ein gewisser Einfluss auf das Verfahren bejaht werden. Nicht massgebend an einem Geschäft beteiligt sind in der Regel die *übrigen Mitarbeitenden*, welche nur beschränkt oder punktuell an einem Verfahren mitwirken. Als solche mitwirkende Tätigkeiten genannt werden können z.B. ökonomische Berechnungen, Aktenführung, Registratur, Abklärung einzelner juristischer oder ökonomischer Fragen, Verfassen von Dokumenten auf Anweisung des Vizedirektors bzw. der Vizedirektorin oder des Case-Handlers bzw. der Case-Handlerin, interne Qualitätskontrolle etc.

27. Zusammenfassend können in vielen WEKO-Geschäften und speziell auch in den beiden vorliegend interessierenden folgende Funktionen der Mitarbeitenden des WEKO-Sekretariats als „massgebend an einem Geschäft beteiligt“ qualifiziert werden: der Direktor (die Direktorin), der zuständige Vizedirektor bzw. die zuständige Vizedirektorin (= Dienstleiter), der Case-Handler bzw. die Case-Handlerin und dessen bzw. deren Stellvertreter bzw. Stellvertreterin. Es sind dies diejenigen Funktionen, in denen die Mitarbeitenden – zumindest einen gewissen – beratenden und instruierenden Einfluss auf die Verfahren haben und dabei den Verfahrensgang teilweise (mit-)prägen.

28. Aus der Interessenabwägung folgt in casu, dass an der Bekanntgabe der Namen derjenigen Mitarbeitenden auf der genannten Liste, welche in den Funktionen Vizedirektor/Dienstleiter, Case-Handler bzw. Case-Handlerin und dessen oder deren Stellvertretung tätig waren, ein öffentliches Interesse besteht und diese Namen somit grundsätzlich offenzulegen sind, sofern dem nicht ein überwiegendes privates Interesse entgegensteht. Alle anderen in die beiden Fälle involvierten Mitarbeitenden fallen in die Kategorie der übrigen Mitarbeitenden ohne massgebende Beteiligung. Ihre Namen sind demnach nicht offenzulegen.

B.6 Anhörung

29. Art. 11 Abs. 1 BGÖ ist zu entnehmen, dass eine Anhörung im folgenden Fall durchzuführen ist: „Betrifft das Gesuch amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, und zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht, so konsultiert sie die betroffene Person und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme innert zehn Tagen.“

30. Bei der Liste im vorliegenden Fall handelt es sich um ein amtliches Dokument, welches Personendaten enthält (siehe Rz 14 und 16).

31. Laut der Botschaft zum BGÖ gilt Art. 11 BGÖ (betreffend die Anhörung) auch für den EDÖB.¹⁸ Demnach hätte der EDÖB bereits im Schlichtungsverfahren die betroffenen Personen, deren Daten in Frage standen, anhören sollen, wenn er die Zugänglichmachung der betreffenden Dokumente – wie im vorliegenden Fall – empfehlen wollte.

32. Da diese Anhörung der betroffenen Personen im Rahmen des Schlichtungsverfahrens vor dem EDÖB aus Gründen, die den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt sind, unterblieben ist, holte das Sekretariat sie nach.

33. Es konsultierte mit Schreiben vom 26. Juni 2015 die betroffenen Mitarbeitenden zwecks Anhörung gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ und informierte dabei über das laufende Verfahren und die in Betracht gezogene Offenlegung der Namen. Die betroffenen Mitarbeitenden hatten dabei die Möglichkeit zur Stellungnahme innert zehn Tagen.

34. Alle sechs betroffenen Mitarbeitenden, die in ihren jeweiligen Funktionen massgebend an einem der beiden Zusammenschlussverfahren beteiligt waren, haben eingewilligt, dass ihre Namen offengelegt werden.

B.7 Ergebnis

35. Die WEKO ist aufgrund des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts gehalten, die Namen der an *beiden* Verfahren massgeblich Beteiligten offenzulegen. So besagt das Urteil in E. 4.5., dass die allfällige „Bekanntgabe der Namen derjenigen Mitarbeitenden, welche massgebend *an den beiden* interessierenden Geschäften mitgearbeitet haben [...]“¹⁹ (Hervorhebung durch das Sekretariat), von der Vorinstanz (der WEKO) vorzunehmen sei.

36. Vorliegend gibt es keine Mitarbeitenden des Sekretariats, die massgebend *an beiden* Verfahren beteiligt gewesen waren. Es existiert m.a.W. keine Schnittmenge der massgebend beteiligten Mitarbeitenden dieser zwei Zusammenschlussverfahren. Die WEKO legt das BGÖ-Gesuch sowie die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts jedoch nach Treu und Glauben so aus, dass die jeweils im einen oder im anderen oder in beiden Verfahren massgebend beteiligten Mitarbeitenden zu nennen sind.

37. Folglich werden dem Gesuchsteller mittels beiliegender Liste die Namen der je drei massgebend beteiligten Mitarbeitenden an den Zusammenschlussvorhaben „Migros/Denner“ wie auch „Emmi AG/Fromalp AG“ (d.h. je Vizedirektor, Case-Handler bzw. Case-Handlerin und dessen bzw. deren Stellvertretung) offengelegt

¹⁸ Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 2022 Ziff. 2.3.3.

¹⁹ Urteil des BVerger A-6054/2013 vom 18. Mai 2015, E. 4.5 und 5.

B.8 Gebühren

38. Im Rahmen eines Zugangsverfahrens nach BGÖ werden für Verfahren auf Erlass einer Verfügung (vgl. Art. 15 BGÖ) gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. c BGÖ keine Gebühren erhoben. Art. 15 Abs. 2 Bst. a BGÖ konkretisiert, dass im Übrigen eine Verfügung erlassen wird, wenn die Behörde das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken oder verweigern will. Vorliegend handelt es sich um eine Verfügung im Rahmen eines BGÖ Gesuchs, in welcher der Zugang zu allen Namen nicht vollständig gewährt, sondern – den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts folgend – auf gewisse Mitarbeitende eingeschränkt wird. Dem Gesuchsteller werden folglich keine Kosten auferlegt.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts, der vorangehenden Erwägungen sowie des Delegationsbeschlusses der Wettbe-

werbskommission vom 29. Juni 2015 verfügt der Präsident der Wettbewerbskommission:

1. Der Gesuchsteller erhält Zugang zur Liste mit den Namen der sechs massgebend beteiligten Mitarbeitenden des Sekretariats in den Verfahren „Migros/Denner“ bzw. „Emmi AG/Fromalp AG“ (vgl. Beilage).
 2. Es werden keine Gebühren erhoben.
 3. [Eröffnung]
 4. [Kopie]
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 2.	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Empfehlung der WEKO zum Gesetz des Kantons St. Gallen über die Nutzung des Untergrunds

1. Das Baudepartement des Kantons St. Gallen hat am 4. Juni 2015 die Vernehmlassung über das neue Gesetz zur Nutzung des Untergrundes (GNU) sowie den dazu gehörigen erläuternden Bericht eröffnet. Die Wettbewerbskommission (WEKO) und deren Sekretariat sind zuständig für die Überwachung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes (BGBM). Die WEKO kann den Kantonen Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM). Da die kantonale Gesetzesvorlage eine binnenmarktrechtliche Relevanz aufweist, nutzt die WEKO die Gelegenheit der laufenden Vernehmlassung, um dazu eine Empfehlung abzugeben.

2. Die kantonale Gesetzesvorlage sieht in Art. 9 GNU vor, dass die Gewährung von Regalkonzessionen zum Abbau von Bodenschätzen an Private nach der Vorschrift von Art. 2 Abs. 7 BGBM in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren erfolgen muss (vgl. auch die Bejahung der Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf kantonale Schürfkonzessionen in VGer ZH, VB.2013.00439 vom 3. Oktober 2013 E. 6.5 und VGer GL, VG.2013.00061 vom 6. November 2013 E. 4b, beide in: RPW 2013/4, 860). Die WEKO begrüsst die Verankerung und Konkretisierung des binnenmarktrechtlichen Ausschreibungsverfahrens für Konzessionen zum Abbau von Bodenschätzen und befürwortet diese Regelung ausdrücklich. Die WEKO empfiehlt indessen in Art. 10 Abs. 2 GNU, einer allfälligen Verordnung oder in der jeweiligen Ausschreibung zu definieren, welche „öffentlichen Interessen“ mit welcher Gewichtung in der Evaluation bewertet werden. Andernfalls wird es einer Mitbewerberin kaum je möglich sein, ein konkurrenzfähiges Konzessionsgesuch einzureichen.

3. Im Zusammenhang mit Art. 9 GNU führt der Bericht unter Ziff. 2.4.2.a auf Seite 17 aus, dass „Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole nicht anwendbar“ sei und demzufolge „die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen (...) keiner öffentlichen Ausschreibung“ bedürfe. Als Grundlage für diese Auffassung wird auf den Aufsatz von H.R. Trüb/D. Zimmerli, „Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber“ (ZBI 2011, 113), verwiesen.

4. Das Bundesgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Sondernutzungskonzessionen bis anhin explizit unbeantwortet gelassen (BGE 135 II 49 E. 4.1, Ville de Genève; BGer, 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 6, Basel-Stadt; BGer, 2C_857/2012 vom 5. März 2013 E. 5.2, Ville de Genève). Der erläuternde Bericht zum GNU weist darauf hin, dass sich die

WEKO im Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend die Erneuerung der Konzessionsverträge über die Nutzung von öffentlichem Grund (RPW 2011/2, 345) für die Ausschreibung von Sondernutzungskonzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgesprochen hat. Diese Meinung hat die WEKO inzwischen mehrfach und in verschiedenen Zusammenhängen bestätigt:

- 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 53;
- WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438, Rz 58;
- WEKO-Jahresbericht 2012, Spezialthema Binnenmarkt Schweiz, RPW 2013/1, 13, Rz 16;
- WEKO-Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, RPW 2014/4, 801, Rz 42.

5. Wir erlauben uns den Hinweis, dass sich neben der WEKO inzwischen auch die herrschende Lehre grundsätzlich für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole bzw. Sondernutzungskonzession ausspricht, so insb.:

- BELLANGER FRANÇOIS, Marchés publics et concessions?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 167, N 101 ff.;
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, N 815 f.;
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219, 249;
- ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203, 203 f.;
- GALLI PETER/ MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung

lung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013, N 211;

- KUNZ DANIEL, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012*, Zürich 2012, 205, N 26 ff.; DERS. Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich 2011, 27 ff., 36;
 - MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011, 329 f.;
 - POLTIER ETIENNE, *Loi fédérale sur le marché intérieur*, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éds), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2e éd., Bâle 2013, 1879 ff., LMI 2 VII N 23;
 - REY ALEXANDER/WITTMER BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, *AJP* 2007, 585, 590 f.;
 - RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Hrsg.), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 f. (erhältlich auf www.avenir-suisse.ch);
 - VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4. Aufl., Bern 2006, § 5 N 136;
 - ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, *Die Volkswirtschaft* 2010/3, 28 ff., 30.
6. Die gegenteilige Meinung wird neben dem bereits erwähnten Aufsatz von H.R. Trüb und D. Zimmerli insbesondere auch durch folgende Autoren vertreten:
- GISELA OLIVER, *Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes*, *URP* 2014, 382, 482;
 - RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, *Netzgebietenzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben*, *AJP* 2007, 1288, 1296 f.;
 - REICH JOHANNES, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zürich 2011, N 950 ff.;
 - WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie*, *ZBl* 2014, 639 ff., 651.

7. In diesem Sinne erscheint es uns zumindest fragwürdig, im Bericht unter Hinweis auf die Minderheitsmeinung festzuhalten, dass die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM für faktische Monopole bzw. für Sondernutzungskonzessionen nicht gelte. Dies umso mehr, als zumindest auch das Kantonsgericht Luzern – in für den Kanton St. Gallen selbstverständlich unverbindlicher Weise – die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Vergabe von Rechten zur wirtschaftlichen Nutzung des öffentlichen Grundes gerichtlich bestätigt hat (KGer LU, Urteil 7H 14 136 vom 21. Juli 2014 E. 3.5, in: *RPW* 2014/3, 650).

8. Entscheidend ist aus unserer Sicht nicht die verwaltungsrechtliche Qualifizierung einer Konzession als Monopolkonzession, Regalkonzession oder Sondernutzungskonzession, sondern vielmehr die Frage, ob sich mehrere Marktteilnehmer für eine beschränkt verfügbare Anzahl von Nutzungsrechten interessieren. Ob der Staat für die Beschränkung der Anbieterzahl auf eine gesetzliche Grundlage (rechtliches Monopol oder Bedürfnisklausel), die kantonale Verfassung (Regal) oder die staatliche Hoheitsgewalt über den öffentlichen Grund (faktisches Monopol) abstützt, spielt für die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Rolle. In jedem Fall liegt ein „Monopol“ im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM vor, wobei unerheblich ist, ob nur eine einzige Anbieterin oder mehrere (aber beschränkte Anzahl) Anbieterinnen zum Markt zugelassen werden. Interessieren sich mehrere Marktteilnehmer für einen beschränkt verfügbaren Marktzugang, vermag grundsätzlich nur ein Ausschreibungsverfahren den Anforderungen der Grundsätze der Gleichbehandlung von Konkurrenten, der staatlichen Wettbewerbsneutralität, der Transparenz und des einheitlichen Wirtschaftsraums gerecht zu werden (vgl. WEKO-Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz, *RPW* 2014/4, 801, Rz 41 f.).

9. Werden folglich aufgrund einer beschränkt verfügbaren Anzahl von Sondernutzungsrechten auch nur eine beschränkte Anzahl von Anbieterinnen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit im relevanten Markt zugelassen (geschlossener Markt, vgl. RÜTSCHÉ/DIEBOLD, a.a.O., S. 83-107), so muss die Vergabe der Marktzugangsrechte in Form von Sondernutzungskonzessionen nach den Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfolgen.

10. Gestützt auf diese Erläuterungen empfiehlt die WEKO dem Gesetzgeber des Kantons St. Gallen zu prüfen, ob auch die Konzessionen im Sinne von Art. 8 Bst. b (Einlagerung von Stoffen) und Bst. c (Nutzung der Erdwärme) GNU für den Zugang zu einem Monopol im Sinne eines geschlossenen Marktes erforderlich sein können. Besteht für die durch diese Konzessionen ermöglichte wirtschaftliche Tätigkeit ein Markt, um den sich mehrere Interessentinnen bewerben, muss die Vergabe der Sondernutzungsrechte nach Art. 2 Abs. 7 BGBM im Einzelfall öffentlich ausgeschrieben werden.

B 2.8

2. Recommandation du 19 octobre 2015 à l'attention du canton de Fribourg concernant son avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol

1. La Commission de la concurrence (COMCO) a été rendue attentive à une procédure de consultation concernant un avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol (AP-LUSS) que le canton de Fribourg a menée fin 2014. Les autorités de la concurrence n'ont pas été invitées à participer à la procédure de consultation.¹

2. La COMCO et son Secrétariat sont chargés de veiller à ce que les cantons respectent la loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). Afin de garantir l'exécution de la LMI, la COMCO peut notamment émettre des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

1 Analyse juridique

1.1 Application de la LMI

3. Aux termes du rapport explicatif² concernant l'article 15 AP-LUSS (p. 12), l'avant-projet de loi³ part à juste

titre du principe que l'octroi de concessions pour l'usage de ressources naturelles du sous-sol tombe dans le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI et est par conséquent soumis à une obligation de publication.⁴ L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI vaut en principe pour le transfert de l'exploitation tant de monopoles de droit et de régales que pour les monopoles de fait.⁵ Cet avis est partagé par une majorité de la doctrine.⁶ En conséquence, les concessions d'usage accru du domaine public sont, à certaines conditions, également soumises à l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.⁷

4. Du point de vue de la COMCO, la qualification juridique administrative d'une concession en tant que concession de monopole, de régale ou d'usage accru n'est pas déterminante, mais bien plutôt le fait que plusieurs acteurs du marché s'intéressent à des droits exclusifs,

¹ Cf. liste des destinataires: http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/06_fr_DIV_Liste_instances_consultes.pdf (dernière consultation le 19 octobre 2015).

² Disponible sous: http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/04_fr_RAP_projet_loi_sous-sol.pdf (dernière consultation le 19 octobre 2015).

³ Disponible sous: http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/02_fr_ACT_projet_loi_sous-sol.pdf (dernière consultation le 19 octobre 2015).

⁴ S'agissant de la confirmation de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI aux concessions cantonales de prospection d'hydrocarbures, cf. TA ZH, VB.2013.00439 du 3 octobre 2013 consid. 6.5 et TA GL, VG.2013.00061 du 6 novembre 2013 consid. 4b, tous deux publiés in: DPC 2013/4, 860 ss.

⁵ Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schyz concernant le renouvellement de la concession hydraulique au bénéfice de Elektrizitätswerk des Bezirks Schyz AG, DPC 2011/2, 353, ch. 53; Expertise de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi non-locaux à l'exemple des prescriptions d'accès des cantons BE, BS, BL de même que des villes de Zurich et Winterthur, DPC 2012/2, 438, ch. 58; Rapport annuel 2012 de la COMCO, Thème spécial: le marché intérieur suisse, DPC 2013/1, 29, 32; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 42; Expertise de la COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession sur l'usage du domaine public, DPC 2011/2, 345.

⁶ **Dans ce sens:** BELLANGER FRANÇOIS, Marchés publics et concessions ?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, Zurich 2012, 167, ch. 101 ss; BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich 2012, ch. 815 s.; DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219, 249; ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203, 203 s.; GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3^{ème} éd., Zurich 2013, ch. 211; KUNZ DANIEL, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, Zurich 2012, 205, ch. 26 ff.; LE MÊME, Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), Die Konzession, Zurich 2011, 27 ss, 36; MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011, 329 s.; POLTIER ETIENNE, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Bâle 2013, 1879 ss, LMI 2 VII ch. 23; REY ALEXANDER/WITTWER BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, 585, 590 s.; RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Chap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Chap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, 2014, 105 s. (disponible en allemand, sous: http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/141723_avenir-suisse_br_de-internet.pdf); VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4^{ème} éd., Bern 2006, § 5 ch. 136; ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 2010/3, 28 ss, 30.

D'un autre avis: GISELA OLIVER, Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes, URP 2014, 382, 482; RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, PJA 2007, 1288, 1296 s.; REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zurich 2011, ch. 950 ss; TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, 113 ss; WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, ZBI 2014, 639 ss, 651.

⁷ Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent explicitement laissé ouverte la question de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI aux concessions d'usage accru du domaine public (ATF 135 II 49, consid. 4.1, ville de Genève; arrêt du TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6, Bâle-Ville; arrêt du TF 2C_857/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.2, ville de Genève); à tout le moins le tribunal cantonal lucernois a admis l'application de l'art. 2 al. 7 LMI à l'octroi de droit d'usage du domaine public à des fins commerciales (TC LU, Jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5, in: DPC 2014/3, 650). Cf. dans ce sens également la Recommandation de la Commission de la concurrence du 20 août 2015 concernant la loi saint-galloise sur l'usage du sous-sol (en annexe, à paraître dans la DPC 2015/3).

disponibles uniquement en quantité limitée. Que l'État s'appuie sur une base légale (monopole de droit ou clause du besoin), la constitution cantonale (régale) ou son pouvoir de disposition sur le domaine public (monopole de fait) pour limiter le nombre d'acteurs présents sur le marché n'est pas pertinent en regard de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, il y a dans tous ces cas un « monopole » au sens de cette disposition; le nombre d'intéressés – un seul ou un nombre restreint – à qui l'on accorde l'accès au marché n'est pas important à cet égard. Si plusieurs acteurs économiques s'intéressent à un marché à l'accès limité, seule une procédure avec un appel d'offres sera en principe à même de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents, la neutralité économique de l'État, la transparence et l'unité du marché intérieur.⁸ En conséquence, si sur la base d'un nombre limité de droits d'usage accru, seule une quantité restreinte d'offreurs peut se voir octroyer un accès à une activité économique dans un marché déterminé (« marché fermé »), alors l'attribution du droit d'accès au marché sous la forme d'une concession d'usage accru doit se dérouler conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.

1.2 L'avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol

5. Selon l'avant-projet, celui qui désire obtenir une **concession** pour l'exploitation de ressources naturelles du sous-sol doit déposer une requête idoine et prouver, conformément à l'article 18 AP-LUSS:

- que la quantité et la nature des ressources naturelles disponibles permettent vraisemblablement une utilisation commerciale;
- que le sous-sol se prête à l'utilisation prévue;
- que la technique prévue permet d'utiliser les ressources du sous-sol sans provoquer un danger important;
- sa capacité à construire, exploiter et entretenir les installations prévues;
- que le financement de la mise en place, de l'utilisation, du démontage et du suivi ultérieur de l'installation est assuré.

6. Selon les termes du rapport explicatif, ces conditions ne peuvent être remplies que par un requérant qui « a procédé à des examens correspondant dans le cadre de mesures exploratoires autorisées ou s'il a acquis les résultats d'examens de tiers »¹⁰. En d'autres termes, dans les faits, seul le détenteur d'un permis de recherche sera à même d'obtenir une concession.

7. L'AP-LUSS prévoit à son art. 15 al. 1 que la demande de **permis de recherche** en sous-sol est publiée dans la Feuille officielle. D'autres intéressés peuvent, dans un délai de 30 jours, faire parvenir une demande pour le même périmètre. Si le requérant d'un permis de recherche en sous-sol est déjà au bénéfice d'un permis de recherche en surface, sa demande est dispensée de la publication (art. 15 al. 2 AP-LUSS). À première vue, il ne sera possible d'accorder qu'un seul permis de recherche par périmètre et par ressource à exploiter. Si pour le même périmètre et la même ressource plusieurs permis de recherche sont demandés, priorité sera accordée au requérant qui donne le plus de garanties de réaliser les

travaux de manière complète et rapide, en particulier en fonction de son expérience, de son mode d'organisation et de ses moyens (art. 15 al. 3 AP-LUSS).

8. Pour la procédure d'octroi d'une **concession**, l'AP-LUSS ne prévoit aucune mise en concurrence par voie de publication. Certes, la demande de concession est publiée (art. 17 al. 1 AP-LUSS), mais dans ce cas la publication ne vise pas à permettre d'autres demandes de concession, mais plutôt à permettre aux personnes touchées de faire opposition ou de faire valoir des griefs. Toutefois, si plusieurs demandes devaient être déposées, la concession sera octroyée au requérant qui est déjà en possession d'un permis de recherche (art. 18 al. 2 AP-LUSS). Ce droit préférentiel d'octroi d'une concession ne respecte pas les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI, en particulier l'obligation de publication d'un appel d'offres et le principe de non-discrimination.

9. L'AP-LUSS a fixé la durée maximale de la concession à 50 ans, voire **exceptionnellement plus**, au **motif avéré** d'une durée d'amortissement des investissements supérieure à 50 ans (cf. art. 16 al. 1 AP-LUSS). En outre, à teneur de l'art. 16 al. 2 AP-LUSS, la concession peut, à son échéance (et quelle que soit sa durée), être **prolongée pour « de nouvelles périodes de dix ans »**, si la ou le concessionnaire a satisfait à toutes ses obligations et en fait la demande un an avant ladite échéance. Il découle de cette disposition qu'une concession peut être prolongée au-delà de sa durée initiale sans motif et sans publication pour une durée indéterminée (cf. art. 16 al. 2 AP-LUSS: « [...] de nouvelles périodes de dix ans » [soulignement par la COMCO]).¹¹

10. Ainsi, dans le système d'octroi de concession esquissé par l'AP-LUSS, la mise en concurrence a lieu déjà au moment de l'attribution d'un **permis de recherche**. Comme cette mise en concurrence précède la procédure d'octroi d'une concession et compte tenu des avantages offerts par la détention d'un permis de recherche, il apparaît que globalement les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI peuvent être considérées comme respectées.

2 Points faibles de l'avant-projet

2.1 Absence de mention de la loi sur le marché intérieur

11. En considérant tant l'AP-LUSS que le rapport explicatif, la COMCO a constaté qu'il n'est fait qu'une seule fois mention de la LMI, et ce dans une note de bas de

⁸ Cf. Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 41 s.

⁹ Cf. RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, *Geschlossene Märkte* (Chap. 5) und *Zugang zu geschlossenen Märkten* (Chap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 s. (disponible uniquement en allemand sous: http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/14172_3_avenir-suisse_br_de-internet.pdf).

¹⁰ Cf. Rapport explicatif ad art. 18, p. 13.

¹¹ La COMCO relève le silence du rapport explicatif à ce sujet.

page (n° 11, p. 12 du rapport explicatif). Compte tenu du champ d'application et de la portée de cette loi évoqués ci-dessus (cf. ch. 3 s.) ainsi que des liens en cascade établis entre l'octroi de la concession, qui est liée au permis de recherche en sous-sol (art 18 al. 2) lui-même lié au permis de recherche en surface (art. 15 al. 2), un nouvel article devrait poser les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence pour l'octroi de ces trois types d'autorisation (art. 2 al. 7 LMI). Le début de la Section 1 de l'AP-LUSS (p. ex. art. 5^{bis}) constituerait un emplacement idoine. S'agissant du contenu de cette disposition, l'article 3 de la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession¹² (ci-après: « la directive ») peut servir de modèle.

2.2 Procédure d'octroi des permis de recherche

12. Comme relevé ci-dessus (ch. 7 et 11) et répété plus bas (ch. 14), un permis de recherche donne en pratique le droit à une concession, mais la détention d'un permis de recherche en surface dispense de publication la requête d'un permis de recherche en sous-sol (art. 15 al. 2 AP-LUSS). Il apparaît ainsi que, dans le cadre de la procédure menant à l'octroi d'une concession, la mise en concurrence des intéressés n'intervient avec certitude que lors de la publication en vue de l'octroi du permis de recherche en surface. De plus, le contenu de la publication visant à la soumission d'offres concurrentes n'est pas fixé dans la loi et n'est pas non plus évoqué dans le rapport explicatif. Par ailleurs, le principe de la transparence concrétisé par l'obligation de publication de l'art. 2 al. 7 LMI, impose de procéder à un **appel d'offres** comprenant notamment l'objet ainsi que les critères d'aptitude et d'attribution.

2.2.1 Transparence dans la publication de la demande de permis de recherche

13. En conséquence, il est indispensable de fixer dans la loi le contenu de la publication. Celle-ci devra comprendre l'objet (du permis ou de la concession), la durée et le périmètre (lorsque ce n'est pas le canton dans son ensemble), les **critères d'aptitude et d'attribution** qui départageront les intéressés (sur la base de la première demande de permis de recherche) et **attirer l'attention** de ces derniers de manière appropriée sur l'importance de soumettre une offre concurrente en vue de l'obtention d'un permis de recherche compte tenu des **avantages** qui en découlent (absence de publication de la demande de permis de recherche en sous-sol et droit préférentiel à l'octroi d'une concession [pour les détenteurs des deux types de permis]).¹³

2.2.2 Délai après publication d'une demande de permis

14. À réception d'une demande de permis de recherche en surface ou en sous-sol, celle-ci est publiée conformément à l'art. 15 al. 1 AP-LUSS, à moins que le requérant – d'un permis de recherche en sous-sol – soit déjà en possession d'un permis de recherche en surface (cf. ch. 7). En conséquence, il y a tout lieu de considérer qu'un permis de recherche donne un droit préférentiel à l'octroi d'une concession, pour autant que les conditions de l'art. 18 al. 1 soient remplies (cf. rapport explicatif *ad* art. 16, p. 13) quand bien même l'art. 5 al. 3 AP-LUSS

statue le contraire.¹⁴ Vu les facilités octroyées au détenteur d'un permis de recherche, il apparaît qu'un délai de 30 jours est insuffisant pour qu'un intéressé puisse constituer un projet pouvant faire concurrence à une demande de permis déjà déposée. En effet, même s'il aura éventuellement connaissance (d'une partie) du contenu de la demande (ni le rapport, ni la loi n'indique le contenu de la publication), cela ne dispensera pas le(s) requérant(s) suivant(s) d'un important travail de conception de projet et de recherche de financement.

15. À défaut d'un délai plus long, permettant le dépôt d'une requête valable, il y a un risque que la publication, dont le but est une mise en concurrence de différents intéressés, ne la réduise à un exercice alibi en termes de recherche d'offres concurrentes de qualité. La COMCO considère qu'un délai pour faire parvenir une demande concurrente de permis devrait être porté à **90 jours au moins**. En tout état de cause, il semble qu'un délai plus long puisse être nécessaire pour des projets de grande envergure ou complexes de sorte que, comme évoqué plus haut au sujet de la concession (ch. 9), la durée entre la publication de l'appel d'offres et les dépôts des offres devrait pouvoir être défini de manière **flexible** de cas en cas. Ainsi, il conviendrait d'adopter à l'art. 15 al. 1 AP-LUSS une formule plus générale permettant de fixer des délais de candidature plus longs, en fonction de la nature et de la complexité de la concession ainsi que du **temps nécessaire** pour élaborer une **offre concurrente**.

2.2.3 Garantie d'une voie de droit

16. Comme évoqué à plusieurs reprises ci-dessus (cf. ch. 7, 11 et 14), l'octroi d'un permis de recherche donne un privilège en vue de la délivrance d'une concession pour l'exploitation d'une ressource du sous-sol; ainsi, l'appel d'offres pour le permis comporte un **droit d'accès au marché au sens de l'art. 2 al. 7 LMI**. L'appel d'offres relatif au (premier) permis de recherche garantit que l'accès au marché satisfasse aux exigences de l'art. 2 al. 7 LMI. En outre, au sens de l'art. 9 al. 2 LMI, toute restriction de l'accès au marché, dans le cas présent une décision refusant un permis, doit faire l'objet d'une **décision sujette à recours**. En conséquence, la délivrance du permis doit avoir lieu par le biais d'une décision (art. 9 al. 1 LMI) sujette à recours (art. 9 al. 2 LMI).¹⁵

¹² Disponible sous: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=FR> (dernière consultation le 19 octobre 2015).

¹³ D'autres éléments peuvent revêtir une importance en fonction des cas, cf. annexe V (relative à l'article 31) de la directive.

¹⁴ Cf. art. 5 al. 3 AP-LUSS: « Il n'existe pas de droit à un permis de recherche. Un permis de recherche ne donne pas droit à une concession ».

¹⁵ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 131 I 137 [arrêt Sigriswil]), une restriction de la garantie à une voie de droit au sens de l'art. 9 al. 2 LMI est admissible dans les marchés publics dont la valeur est de moindre importance. Toutefois, cette limitation de la voie de droit ne vaut que dans le domaine des marchés publics (art. 5 LMI), à l'exclusion des procédures d'octroi de concession (art. 2 al. 7 LMI). Même dans l'hypothèse où cette jurisprudence devait également valoir pour les concessions, cela n'aurait aucune conséquence, attendu qu'il ne saurait être question de limiter le calcul de la valeur du droit d'accès au marché à celle du seul permis demandé, mais plutôt de l'établir à l'aune des revenus potentiels futurs de la concession – si tant est que les recherches soient fructueuses.

17. En l'état, l'AP-LUSS prévoit à son article 30 un droit de recours contre les décisions prises en application de l'AP-LUSS. Selon la systématique de l'AP-LUSS, il semble que l'article 30 AP-LUSS s'applique à la procédure du permis de recherche. Néanmoins, ni le rapport explicatif, ni l'article 15 AP-LUSS ne sont explicites à ce sujet. Or, compte tenu des **liens étroits** qui lient les **permis** de recherche en surface puis en sous-sol avec la **concession**, il est important que les intéressés (et futurs concurrents) soient conscients des enjeux dès la première publication d'une demande de permis (cf. pt. 2.2.1, ch. 13), mais également qu'ils puissent faire usage d'une **voie de droit** pour obtenir une décision d'une autorité judiciaire indépendante de l'administration.

2.3 Durée et prolongation de la concession

18. La **durée** maximale d'une concession fixée à 50 ans est problématique. Compte tenu de la possibilité offerte par l'art. 6 al. 1, 2^e phrase AP-LUSS de se voir octroyer exceptionnellement une concession plus longue au motif de la rentabilisation de l'investissement, il apparaît plus judicieux de renoncer à fixer une durée maximale de concession *ab initio*, en privilégiant une fixation de la durée en fonction de la nature de la concession et d'un amortissement raisonnable de l'investissement, à l'instar de ce que prévoit l'article 18 de la directive.

19. Comme exposé ci-dessus (ch. 9), à l'échéance de la concession, le concessionnaire peut demander la **prolongation** de sa concession, sans motif, pour une durée de 10 ans; le nombre de ces prolongations n'est pas limité. La possibilité de pouvoir prolonger une concession sans motif paraît incongrue compte tenu de la possibilité d'obtenir une concession initiale dépassant 50 ans au motif d'une durée d'amortissement des investissements supérieure (cf. ch. 9). Or, comme exposé plus haut (ch. 3 s.), une concession ne peut être octroyée qu'après la publication d'un appel d'offres (art. 2 al. 7 LMI). En conséquence, la possibilité de prolonger la concession initiale constitue une violation du principe de la transparence et de non-discrimination, dans la mesure où le titulaire de la concession est avantagé de manière injustifiée (les investissements réalisés devraient avoir été recouverts de même qu'un retour sur les capitaux investis devrait avoir été réalisé). En conséquence, le **deuxième alinéa de l'article 16 AP-LUSS devrait être supprimé**.

3 Recommandations

20. Vu ce qui précède, la Commission de la concurrence recommande au canton de Fribourg de:

1. Introduire dans l'AP-LUSS une disposition relative aux **principes généraux** d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence dans l'octroi des permis de recherche en surface, des permis de recherche en sous-sol et des concessions.
2. Modifier la procédure de publication de l'art. 15 al. 1 AP-LUSS afin qu'elle soit conforme à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI; à savoir:
 - a. définir le **contenu de l'appel d'offres**; à savoir que celui-ci:

- i. indique notamment l'objet, la durée, le périmètre concernés par la demande ainsi que les critères d'aptitude et d'attribution qui départageront les intéressés, et
 - ii. attire leur attention de manière appropriée sur l'importance de soumettre une offre concurrente en vue de l'obtention d'un permis de recherche en surface/en sous-sol compte tenu des avantages qui en découlent;
- b. introduire une clause générale permettant de fixer le **déla** de dépôt d'offres concurrentes en fonction de la **complexité** de la concession ainsi que du **temps** nécessaire pour **l'élaboration** d'une **offre** et le fixer à **90 jours au moins**; et
 - c. introduire une clause prévoyant la délivrance du permis de recherche par le biais d'une **décision** dans tous les cas sujette à **recours** au sens des art. 30 AP-LUSS et 9 al. 2 LMI.
3. Modifier l'article 16 AP-LUSS, à savoir:
- a. **renoncer** à fixer une **durée maximale** de concession *ab initio*, en privilégiant une fixation de la durée en fonction de la **nature de la concession et d'un amortissement raisonnable** de l'investissement;
 - b. **supprimer** le deuxième alinéa.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Öffentlichkeitsprinzip (Zugang zu Mitarbeiterdaten)

Urteil A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 des Bundesverwaltungsgerichts Andreas Volkart in Steinmaur vertreten durch [...], Beschwerdeführer, gegen Wettbewerbskommission WEKO in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Öffentlichkeitsprinzip (Zugang zu Mitarbeiterdaten)

Sachverhalt:

A.

Andreas Volkart suchte mit E-Mail vom 1. Januar 2012 bei der Wettbewerbskommission (WEKO) um Zugang zu verschiedenen Dokumenten nach. Er verlangte u.a., es sei ihm der Zugang zu einer Liste mit den Namen jener Mitarbeiter bzw. Sachbearbeiter (des Sekretariats) zu gewähren, welche an der Prüfung der Zusammenschlüsse des Migros-Genossenschafts-Bundes und der Denner AG (nachfolgend: Unternehmenszusammenschluss Migros/Denner) sowie der Emmi AG und der Fromalp AG (nachfolgend: Unternehmenszusammenschluss Emmi) gearbeitet bzw. an den betreffenden Verfahren mitgewirkt hätten (nachfolgend: Namensliste).

Andreas Volkart stützte sein Gesuch auf das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ, SR 152.3) und die Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ, SR 152.31) und ersuchte um Zustellung der Unterlagen in elektronischer Form. Konkrete Angaben etwa zu den Hintergründen seines Gesuchs machte er nicht. Schliesslich ersuchte er die WEKO, von der Erhebung einer Gebühr abzusehen.

B.

Die WEKO teilte Andreas Volkart mit Stellungnahme vom 17. Januar 2012 mit, den Zugang zur Namensliste zu beschränken und lediglich eine Liste mit Pseudonymen zugänglich zu machen. Diese Liste wurde Andreas Volkart zugestellt.

Zur Begründung verwies die WEKO im Allgemeinen auf das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) und hielt sodann fest, dass nach den Bestimmungen des BGÖ Dokumente, welche Personendaten enthielten, zu anonymisieren seien und aus diesem Grund vorliegend lediglich eine Liste mit Pseudonymen zugänglich gemacht werde.

C.

Andreas Volkart stellte in der Folge dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) einen Schlichtungsantrag, woraufhin dieser ein Schlichtungsverfahren einleitete.

D.

In seiner Stellungnahme vom 20. Februar 2012 zu Handen des EDÖB hielt die WEKO zunächst fest, dass keine Liste existiere, aus der die Zuteilung von Mitarbeiten-

den zu einem Verfahren ersichtlich sei. Die von Andreas Volkart zur Einsicht verlangte Namensliste habe jedoch gestützt auf die Datenbank, in welcher die Arbeitsstunden der Mitarbeitenden auf die einzelnen Verfahren verbucht würden, erstellt werden können. Insofern liege ein (einfach erstellbares) amtliches Dokument vor. In Nachachtung der Bestimmungen des BGÖ, welche eine Anonymisierung von Personendaten verlangten, seien die Namen der Mitarbeitenden jedoch durch Pseudonyme ersetzt worden. Die WEKO verwies sodann zusammenfassend auf die ihrer Ansicht nach sinngemäss anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR, wonach der Arbeitgeber Daten über Arbeitnehmer nur bearbeiten bzw. herausgeben dürfe, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich seien. Davon sei vorliegend nicht auszugehen, weshalb der Zugang zu verweigern sei.

E.

Der EDÖB gab am 3. September 2013 gegenüber der WEKO die Empfehlung ab, Andreas Volkart den nachgesuchten Zugang zu der Namensliste zu gewähren.

In seiner Begründung hielt der EDÖB zunächst und in Übereinstimmung mit der WEKO fest, die zur Einsicht verlangte Namensliste stelle ein amtliches Dokument im Sinne des BGÖ dar. Anders als die WEKO ging der EDÖB jedoch davon aus, dass Dokumente mit Personendaten von Verwaltungsangestellten wie vorliegend die Namensliste nicht generell vom Anwendungsbereich des BGÖ ausgenommen seien. Der nachgesuchte Zugang könne daher nicht gestützt auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) verweigert bzw. beschränkt werden; weder die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des BPG noch die vorliegend ohnehin nicht anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR stellten spezielle, dem BGÖ vorgehende Bestimmungen dar. Das Zugangsgesuch von Andreas Volkart sei daher (allein) nach den Bestimmungen des BGÖ zu beurteilen.

In der Sache hielt der EDÖB sodann und unter Verweis auf frühere Empfehlungen fest, Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung könnten sich im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung nicht in gleichem Umfang auf den Schutz ihrer Privatsphäre berufen wie private Dritte; die blosser Nennung von Namen und Funktionsbezeichnung in amtlichen Dokumenten bringe in der Regel kein Risiko einer Persönlichkeitsverletzung mit sich. Und auch vorliegend sei nicht ersichtlich, inwiefern den Mitarbeitenden der WEKO durch das Zugänglichmachen ihrer Namen ein (erheblicher) Nachteil entstünde. Jedenfalls aber überwiege das öffentliche Interesse an der Transparenz der

Verwaltung und somit am Zugang zu der Namensliste gegenüber einer (allfälligen) geringfügigen Beeinträchtigung der Privatsphäre der Betroffenen. Der Zugang sei aus diesem Grund entsprechend dem Zugangsgesuch zu gewähren, zumal andere Gründe, welche eine Einschränkungen des Zugangs rechtfertigen würden, nicht ersichtlich seien.

F.

Die WEKO verweigerte in der Folge und entgegen der Empfehlung des EDÖB mit Verfügung vom 23. September 2013 den Zugang zu der Namensliste und hielt im Gleichen fest, Andreas Volkart habe Zugang zu einer Liste mit Pseudonymen erhalten.

In ihrer Begründung verweist die WEKO vorab auf die Pflicht, amtliche Dokumente, welche Personendaten enthielten, vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Sie habe sich aus diesem Grund - im Sinne eines mildereren Mittels - dafür entschieden, die Namen der Mitarbeitenden durch Pseudonyme zu ersetzen, anstatt den Zugang vollständig zu verweigern. So werde immerhin offen gelegt, wie viele Mitarbeitende an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüssen beteiligt gewesen seien und ob (einzelne) Mitarbeitende an beiden Verfahren mitgewirkt hätten.

Im Weiteren verwies die WEKO auf den verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Privatsphäre, welcher dem Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten grundsätzlich vorgehe. Gefordert sei eine Abwägung der berührten Interessen im Einzelfall, wobei nach Ansicht der WEKO vorliegend kein überwiegendes öffentliches Interesse an einem (weitergehenden) Zugang zu der Namensliste auszumachen ist; die Mitarbeitenden des Sekretariats seien in der Sache nicht entscheidbefugt und in der Öffentlichkeit unbekannt, weshalb ihr Interesse am Schutz der Privatsphäre überwiege. Zudem seien die Namen der Kommissionsmitglieder und die Entscheide zu den beiden Unternehmenszusammenschlüssen in Internet publiziert und somit öffentlich zugänglich gemacht worden.

G.

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2013 liess Andreas Volkart (Beschwerdeführer) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO (Vorinstanz) vom 23. September 2013 führen mit dem Begehren, es sei ihm Zugang zu besagter Namensliste zu gewähren. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, ihm den Zugang wie anbegehrt zu gewähren.

Der Beschwerdeführer wendet sich - unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVGer und die Empfehlung des EDÖB - zunächst gegen die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats in jedem Fall zu anonymisieren seien. Eine solche Pflicht bestehe nicht, zumal sich sein Gesuch gerade auf die Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO beziehe. Des Weiteren ist er der Ansicht, dass mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung sehr wohl ein (überwiegendes) öffentliches Interesse an der Bekanntgabe der Namen der Mitarbeitenden bestehe. Das Sekretariat setze sich mehrheitlich aus Fachspezialisten zusammen, welche die Geschäfte bzw. Entscheid der Kommission vorbereiten würden und so-

mit die Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Entscheid der WEKO bestehe. Zudem hätten die beiden Unternehmenszusammenschlüsse erhebliche Auswirkungen u.a. auf den Milchmarkt, weshalb an die Unabhängigkeit (auch) der Mitarbeitenden des Sekretariats hohe Anforderungen zu stellen seien. Der Einzelne solle sich ein Bild über die Tätigkeit der Behörden machen und diese - auch hinsichtlich der Unabhängigkeit ihrer Tätigkeit - kontrollieren können. Demgegenüber sei nicht ersichtlich und von der Vorinstanz auch nicht dargelegt worden, welche konkreten Nachteile den Mitarbeitenden durch die Bekanntgabe ihrer Namen entstünden.

H.

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 17. Dezember 2013 auf Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung verweist die Vorinstanz vorab auf die (kartellrechtliche) Verfahrensordnung im Zusammenhang mit der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen und hält wie schon in der angefochtenen Verfügung fest, dass die Kompetenz zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen allein bei der WEKO liege, während den Mitarbeitenden des Sekretariats gegen aussen keinerlei (Entscheid-)Kompetenz zukomme. In der Sache führt die Vorinstanz sodann zusammenfassend und unter Verweis auf die vom Bundesgericht entwickelte Sphärentheorie aus, dass Informationen darüber, welche Dossiers ein Mitarbeitender betreue, zur grundrechtlich geschützten Privatsphäre gehörten. Würde der Zugang zu besagter Namensliste gewährt, wäre damit ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden, der durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein müsse. Ein solch überwiegendes öffentliches Interesse sei jedoch nicht auszumachen; weder das allgemeine öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung noch das Interesse an einer Überprüfung der Unbefangenheit einzelner, der Öffentlichkeit unbekannter Verwaltungsangestellter vermag nach Ansicht der Vorinstanz das Interesse am Schutz der Privatsphäre zu überwiegen. Schliesslich wendet sich die Vorinstanz, was das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft, gegen eine unterschiedliche Behandlung von Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Hätte der Gesetzgeber Verwaltungsangestellte generell anders behandeln wollen als private Dritte, hätte er dies in generell-abstrakter Weise im BGÖ vorsehen können und müssen. Entsprechende Hinweise fänden sich indes weder im Gesetz noch in den Materialien, weshalb sich (auch) Verwaltungsangestellte gleich wie private Dritte auf den Schutz ihrer Privatsphäre berufen könnten.

I.

Der Beschwerdeführer hält mit Schlussbemerkungen vom 27. Februar 2014 an seinen Rechtsbegehren und seinen Ausführungen fest. Ergänzend weist er darauf hin, die Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO würden eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen und an Entscheiden mit weitreichenden (volks-)wirtschaftlichen Folgen mitwirken. Das Sekretariat führe selbständig die kartellrechtlichen Verfahren und redigiere die Entscheide der WEKO. Es liege daher - entsprechend dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung - (auch) im öffentlichen Interesse, die Tätigkeit der Verwaltung bzw. des

Sekretariates der WEKO hinsichtlich Befangenheit und Interessenkollisionen überprüfen zu können. Inwieweit auf der anderen Seite der Zugang zu der Namensliste für die einzelnen Mitarbeitenden des Sekretariats einen konkreten Nachteil bewirken könnte, lege die Vorinstanz demgegenüber auch in ihrer ausführlichen Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren nicht dar.

J.

Auf weitergehende Ausführungen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit für den Entscheid erheblich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen i.S.v. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Vorinstanz i.S.v. Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt. Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine eidgenössische Kommission i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG und bei der angefochtenen Verfügung um ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Da zudem kein Ausnahmegrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung besitzt. Verlangt ist somit nebst der formellen Beschwerde, dass der Beschwerdeführer über eine besondere Beziehung zur Streitsache verfügt und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zu ziehen vermag. Davon ist vorliegend auszugehen. Der Beschwerdeführer ist Adressat der angefochtenen Verfügung und mit seinem Begehren um Zugang zu der Namensliste nicht (vollständig) durchgedrungen. Er besitzt daher ohne Weiteres ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung und ist daher als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

3.

3.1 In der Sache ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den angebehrten Zugang zu der Namensliste, also der Liste mit den Namen jener Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO, welche an den beiden Unternehmenszusammenschlüssen Migros/Denner und Emmi/Fromalp gearbeitet haben, zu Recht eingeschränkt bzw. verweigert hat. Der Beschwerdeführer ist - anders als die Vorinstanz - der Ansicht, dass die Bekanntgabe der Namen zu keiner Beeinträchtigung der Privatsphäre der betreffenden Mitarbeitenden führe, sondern - mit Blick insbesondere auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung - ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang bestehe.

Zum Verständnis und zur Prüfung der Vorbringen des Beschwerdeführers sind vorweg die gesetzliche (Verfahrens-)Ordnung betreffend Gesuche um Zugang zu amtlichen Dokumenten darzustellen (nachfolgend E. 3.2 f.). Vor diesem Hintergrund ist alsdann zu prüfen, ob die Vorinstanz den nachgesuchten Zugang zu der Namensliste zu Recht eingeschränkt bzw. verweigert hat (nachfolgend E. 4).

3.2 Der Zugang zu amtlichen Dokumenten richtet sich grundsätzlich nach dem BGÖ. Dieses bezweckt, die Transparenz der Verwaltung und das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen zu fördern (Art. 1 BGÖ). Hierzu kehrt das BGÖ den Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips um und gewährt jeder Person, die amtliche Dokumente einsehen will, im persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des BGÖ einen subjektiven, individuellen Anspruch hierauf (Art. 2, Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 BGÖ; vgl. BGE 136 II 399 E. 2.1 mit Hinweisen). Als amtliches Dokument gilt dabei jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz der Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 BGÖ).

Aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips, wie es in Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankert ist, besteht eine Vermutung zu Gunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Es liegt somit seit dem Inkrafttreten des BGÖ nicht mehr im freien Ermessen der Behörde, ob sie Informationen und amtliche Dokumente zugänglich machen will oder nicht (BVGE 2014/6 E. 4.2). Das Öffentlichkeitsprinzip gilt allerdings nicht absolut. Die Bestimmungen von Art. 7 und Art. 8 BGÖ sehen Ausnahmetatbestände vor, bei deren Vorliegen der Zugang zu amtlichen Dokumenten abweichend von Art. 6 Abs. 1 BGÖ einzuschränken, aufzuschieben oder ganz zu verweigern ist (COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [Hrsg], Öffentlichkeitsgesetz, 2008, Art. 7 N. 1 f.). Darüber hinaus ist dem Schutz der Persönlichkeit bzw. der Privatsphäre Dritter Rechnung zu tragen; amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, sind vor der Einsichtnahme grundsätzlich zu anonymisieren und die Bekanntgabe steht unter dem Vorbehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 9 BGÖ i.V.m. Art. 19 [Abs. 1^{bis}] DSG). Die Vermutung des freien Zugangs ist entsprechend widerlegbar. Allerdings führt das Öffentlichkeitsprinzip zu einer Umkehr der objektiven Beweislast. Die-

se liegt bei der Behörde; die Behörde hat darzulegen, aus welchen Gründen der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird (BVGE 2013/50 E. 8.1). Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren.

3.3 Das Verfahren betreffend den Zugang zu amtlichen Dokumenten ist in den Art. 10 ff. BGÖ geregelt. Demnach ist das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten an die Behörde zu richten, die das amtliche Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht dem BGÖ unterstehen, erhalten hat (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Das Gesuch kann formlos gestellt und braucht - auch rechtlich - nicht begründet zu werden (Art. 7 Abs. 1 VBGO). Insbesondere muss die vorgesehene Verwendung - ob zu kommerziellen oder privaten Zwecken etwa - nicht offengelegt werden und ist somit grundsätzlich unerheblich (Urs Steimen, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 6 BGÖ N. 11; BHEND/SCHNEIDER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 10 BGÖ N. 38 mit Hinweisen; vgl. zudem BVGE 2013/50 E. 7.2 f.). Die zuständige Behörde nimmt so rasch als möglich Stellung zu dem Gesuch (Art. 12 BGÖ). Betrifft das Gesuch amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, und zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht, so konsultiert sie die betroffene Person und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme (Art. 11 Abs. 1 BGÖ). Entspricht die Behörde dem Gesuch nicht oder nicht vollständig, so besteht für die gesuchstellende Person die Möglichkeit, mit einem Schlichtungsantrag an den EDÖB zu gelangen. Dasselbe Recht steht auch jener Person zu, die nach Art. 11 BGÖ angehört worden ist (Art. 13 Abs. 1 Bst. a und c BGÖ). Kommt keine Schlichtung zu Stande, gibt der EDÖB innert 30 Tagen nach Empfang des Schlichtungsantrags eine Empfehlung über die Gewährung des Zugangs ab (Art. 14 BGÖ). Weicht die Behörde - wie vorliegend - von der Empfehlung des EDÖB ab, so erlässt sie eine Verfügung (Art. 15 Abs. 2 Bst. a BGÖ). Die Verfügung der Behörde kann schliesslich das Anfechtungsobjekt einer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht sein (vgl. Art. 16 Abs. 1 BGÖ).

4.

4.1 Zunächst ist zu prüfen, ob das streitbetroffene Zugangsgesuch in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt (vgl. Art. 2 und Art. 3 BGÖ).

Der Beschwerdeführer hat sein Zugangsgesuch bei der WEKO eingereicht. Diese gehört als dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zugeordnete Behördenkommission zur dezentralen Bundesverwaltung und untersteht somit in persönlicher Hinsicht dem BGÖ (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ i.V.m. Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG, SR 172.010] und Art. 7a Abs. 1 Bst. a sowie Anhang 2 Ziff. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung [RVOV, SR 172.010.1]; CHRISTA STAMM-PFISTER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 2 BGÖ N. 1 und 4 f.). Es fragt sich allerdings, ob die Namensliste, welche (mittelbar) zwei erstinstanzliche Verfahren der Prüfung von Unter-

nehmenszusammenschlüssen betrifft, in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ fällt.

Ausgenommen vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ sind im Wesentlichen die amtlichen Dokumente betreffend die Justizverfahren und somit auch Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege (Art. 3 Abs. 1 Bst. a [Ziff. 5] BGÖ). Die Bestimmung bezieht sich auf die streitigen staats- und verwaltungsrechtlichen Verfahren, für welche nach Art. 30 Abs. 3 BV das Prinzip der Justizöffentlichkeit gilt (vgl. hierzu BGE 139 I 129 E. 3, insbes. E. 3.3 und 3.6 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; GEROLD STEINMANN, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 30 Rz. 61 ff., insbes. Rz. 63). Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ ist sodann die Einsichtnahme der Parteien in die Akten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen; während des Verfahrens richtet sich das Akteneinsichtsrecht der Parteien nach dem anwendbaren Verfahrensrecht und nach Abschluss des Verfahrens kann eine Partei - bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses - gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV Akteneinsicht verlangen (vgl. STEPHAN C. BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 19 zu Art. 26). Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sind dem BGÖ somit - e contrario - grundsätzlich unterstellt, wobei der Zugang in jedem Fall erst zu gewähren ist, wenn der verwaltungsrechtliche Entscheid rechtskräftig ist (vgl. Art. 8 Abs. 2 BGÖ; STAMM-PFISTER, a.a.O., Art. 3 BGÖ N. 26). Diese Rechtsauffassung findet sich in den Materialien bestätigt. Nach den Voten von Bundesrat Christoph Blocher und Nationalrätin Ursula Wyss gilt das BGÖ nicht für Akteneinsicht einer Partei im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und für Dokumente, die ein Justizverfahren betreffen. Im Übrigen sei über die Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten jedoch nicht generell über Kategorien von Dokumenten, sondern im Einzelfall zu entscheiden (Votum von Bundesrat Christoph Blocher, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 1258 und das Votum von Nationalrätin Ursula Wyss für die Kommission, AB 2004 N 1258; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung [nachfolgend: Botschaft zum BGÖ], Bundesblatt [BBl] 2003 2009; Bundesamt für Justiz [BJ]/EDÖB, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013, hiernach: Umsetzung Öffentlichkeitsprinzip, Ziffn. 2.2.3. und 3.1.1. publiziert auf der Internetseite des EDÖB < <http://www.edoeb.admin.ch> > Öffentlichkeitsprinzip > FAQ zur Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips, abgerufen am 13. Mai 2015; zudem Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ, wonach das BGÖ auch für Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts gilt, soweit sie zum Erlass erstinstanzlicher Verfügungen berechtigt sind).

Die Vorinstanz hat sich daher zu Recht als zuständig erachtet und das Gesuch gestützt auf die Bestimmungen des BGÖ beurteilt; eine spezialgesetzliche Regelung i.S.v. Art. 4 BGÖ ist weder in den kartellrechtlichen noch in den bundespersonalrechtlichen Bestimmungen auszumachen (zum Bundespersonalrecht vgl. HARRY NÖTZLI, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz

[BPG], 2013, Art. 27 N. 10 f.). Die Vorinstanz ging sodann zutreffend und in Übereinstimmung mit dem EDÖB davon aus, dass es sich bei der zur Einsicht verlangten Namensliste um ein amtliches Dokument handelt, da es im vorliegenden Fall durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen hat erstellt werden können (Art. 5 Abs. 2 BGÖ). Im Folgenden ist somit zu überprüfen, ob die Vorinstanz den Zugang zu der Namensliste zu Recht beschränkt bzw. verweigert hat (nachfolgend E. 4.3), wobei vorab auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Personendaten bzw. dem Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, einzugehen ist (nachfolgend E. 4.2).

4.2

4.2.1 Amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, sind nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Dabei sind unter Personenangaben alle Angaben zu verstehen, die sich - wie vorliegend die Namen einzelner Mitarbeitender der öffentlichen Verwaltung - auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (vgl. Art. 3 Bst. a DSG). Anonymisierung bedeutet, die Personendaten zu entfernen oder soweit unkenntlich zu machen, dass eine Reidentifizierung ohne unverhältnismässigen Aufwand vernünftigerweise nicht mehr möglich ist (BVGE 2011/52 E. 7.1; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, § 25 Rz. 25.60; ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz [nachfolgend: Basler Kommentar], 3. Aufl. 2014, Art. 9 BGÖ N. 5 mit Hinweisen).

Die Anonymisierungspflicht ist - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - keine absolute: Amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, sind „nach Möglichkeit“ zu anonymisieren. Nach der Botschaft zum BGÖ bezieht sich dieser Begriff auf Schwierigkeiten der Anonymisierung tatsächlicher Art; etwa, weil das Zugangsgesuch sich auf ein Dokument bezieht, das eine bestimmte, vom Gesuchsteller bezeichnete Person betrifft oder weil die Anonymisierung mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand verbunden wäre (vgl. Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2016). Nach Ansicht der Lehre und des EDÖB kommt dem Begriff demgegenüber (auch) eine weitergehende rechtliche Bedeutung zu. Die Behörde verfüge bei ihrem Entscheid über die Anonymisierung über einen Ermessensspielraum, welcher pflichtgemäss und somit unter Beachtung insbesondere des Verhältnismässigkeitsprinzips auszuüben sei. Nach diesem Verständnis steht die Anonymisierung von Personendaten - soweit in tatsächlicher Hinsicht und ohne übermässigen Aufwand möglich - (stets) unter dem Vorbehalt der Interessenabwägung und bedürfte insofern einer rechtlichen Rechtfertigung (AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.61 mit Hinweisen; HÄNER, Basler Kommentar, Art. 9 BGÖ N. 2-4 mit Hinweisen; MARKUS SCHEFER, Öffentlichkeit und Geheimhaltung in der Verwaltung, in: Epiney/Hobi [Hrsg.], Die Revision des Datenschutzgesetzes, 2009, S. 86 f.). Dieses Verständnis überzeugt grundsätzlich, insbesondere auch mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung (vgl. AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.63). Es kann jedoch letztlich offen bleiben, ob die Ansicht der Lehre und des EDÖB die wahre Tragweite von Art. 9 Abs. 1 BGÖ wie-

dergibt. Diese wäre durch Auslegung zu ermitteln. Bezieht sich - wie vorliegend - ein Zugangsgesuch auf bestimmte Personendaten, ist eine Anonymisierung (bereits) in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich, da gerade der Zugang zu den betreffenden Personendaten verlangt wird, deren Anonymisierung in Frage steht (Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2016; AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.62 mit Hinweisen auch auf die Rechtsprechung). Werden in einem solchen Fall die Personendaten gleichwohl anonymisiert oder - wie vorliegend - durch Pseudonyme ersetzt, kommt dies im Ergebnis einer Verweigerung des Zugangs bzw. einer Abweisung des Zugangsgesuchs gleich; die Liste mit Pseudonymen ist für den Beschwerdeführer, welcher die richtigen Namen der Mitarbeitenden des Sekretariats der Vorinstanz erfahren möchte, unbrauchbar.

4.2.2 Zugangsgesuche, die sich - wie vorliegend - auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, sind nach Art. 19 DSG zu beurteilen. Dabei richtet sich das Zugangsverfahren weiterhin nach dem BGÖ (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Gemäss Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG - es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass vorliegend die Voraussetzungen für eine Bekanntgabe von Personendaten nach Art. 19 Abs. 1 DSG erfüllt sind - darf die Behörde gestützt auf das BGÖ Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Daten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erstgenannte Voraussetzung trägt dem Zweckbindungsgebot Rechnung und ergibt sich für das Öffentlichkeitsprinzip bereits aus der Definition des Begriffs „amtliches Dokument“ in Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Abwägung der berührten Interessen im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung (Urteil des BVGer A-5111/2013 vom 6. August 2014 E. 7.1; JENNIFER EHRENSPERGER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Art. 19 DSG N. 45; SCHEFER, a.a.O., S. 88-90). Sodann dürfen Stammdaten, also Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum einer Person auch bekannt gegeben werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG nicht erfüllt sind (Art. 19 Abs. 2 DSG). Ebenso wie die Bekanntgabe von Personendaten gestützt auf Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG steht jedoch auch die Bekanntgabe von Stammdaten unter dem Vorbehalt einer Interessenabwägung im Einzelfall (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSG; EHRENSPERGER, a.a.O., Art. 19 DSG N. 49). Für die Beurteilung des vorliegenden Zugangsgesuchs, welches sich auf die Namen von Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung bezieht, ergeben sich daher aus Art. 19 Abs. 2 DSG keine weitergehenden Ansprüche.

Im Rahmen der Interessenabwägung gemäss Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSG hat die Behörde - der Zweckbestimmung des DSG entsprechend - stets das Interesse der Drittperson am Schutz ihrer Privatsphäre bzw. ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Betracht zu ziehen (Art. 1 DSG und Art. 13 BV; vgl. auch Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2013, 2016 und 2033). Diese privaten Interessen sind im Einzelfall zu gewichten und schliesslich mit öffentlichen Interessen an der Bekannt-

gabe gegenüber zu stellen. Die Gewichtung hat insbesondere anhand der Art der in Frage stehenden Daten, der Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person sowie möglicher Konsequenzen der Bekanntgabe zu erfolgen (Urteil des BVGer A-3609/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.4). Im Allgemeinen lässt sich anhand der Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der Lehre festhalten, dass der Geheimhaltung besonders schützenswerter Personendaten i.S.v. Art. 3 Bst. c DSG erhebliches Gewicht beikommt und eine Bekanntgabe kaum je in Betracht kommen dürfte (vgl. Urteil A-5111/2013 E. 7.1 mit Hinweisen). Hinsichtlich Funktion bzw. Stellung der betroffenen Person ist zu unterscheiden zwischen Personen des öffentlichen Lebens bzw. Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen, hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten und privaten Dritten. Verwaltungsangestellte können sich mit Blick auf die öffentlichen Aufgaben, welche sie erfüllen oder an deren Erfüllung sie mitwirken, grundsätzlich nicht im selben Mass auf ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen wie private Dritte; ihren, dem Zugang entgegenstehenden privaten Interessen kommt grundsätzlich weniger Gewicht bei als wenn die Personendaten privater Dritter in Frage stehen. Es ist jedoch zu unterscheiden: Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen müssen sich - je nach Gewicht der öffentlichen Interessen an einer Bekanntgabe der Daten - unter Umständen die Bekanntgabe schützenswerter Personendaten gefallen lassen (vgl. Urteil A-3609/2010 E. 4.4). Dagegen haben hierarchisch nachgeordnete Verwaltungsangestellte grundsätzlich damit zu rechnen, dass bekannt wird, wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war; die betreffenden Personendaten wären grundsätzlich und gestützt auf dieselben Überlegungen bzw. dieselbe Interessenabwägung auch nicht zu anonymisieren (Urteil des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 7; zum Ganzen zudem: AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.62; HÄNER, Basler Kommentar, Art. 9 BGÖ Rz. 8; BRUNNER/FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personennamen enthalten, in: Jusletter vom 4. Oktober 2010 Rz. 13; YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, Art. 19 Abs. 1^{bis} N. 48; BJ/EDÖB, Umsetzung Öffentlichkeitsprinzip, Ziff. 5.2.3; vgl. zudem SCHEFER, a.a.O., S. 88). In jedem Fall steht jedoch die Bekanntgabe von Personendaten unter dem Vorbehalt überwiegender Nachteile für die betroffene Person (vgl. Urteil A-3609/2010 E. 5.4; zudem zum Ganzen AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.78 ff.; HÄNER, Basler Kommentar, Art. 7 BGÖ N. 57-60; JÖHRI, a.a.O., Art. 19 Abs. 1^{bis} N. 45 und 48; zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSG vgl. nachfolgend E. 4.2.3).

Auf Seiten der nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSG für eine Bekanntgabe geforderten öffentlichen Interessen steht das Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung (vgl. ISABELLE HÄNER, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen - Neuere Entwicklungen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2003 S. 298). Diesem kommt jedoch nicht in jedem Fall dasselbe Gewicht zu. Vielmehr sind bei der Gewichtung im Hinblick auf die geforderte Interessenabwägung Sinn

und Zweck des BGÖ zu beachten; nach Art. 1 BGÖ bezweckt das Öffentlichkeitsprinzip, die Entscheidungsprozesse der Verwaltung transparent zu machen und (so) eine Kontrolle über die Verwaltung zu ermöglichen (Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 1976; vgl. zudem BGE 139 I 129 E. 3.6). Wird etwa im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verfügung um Bekanntgabe der Namen jener Verwaltungsangestellten ersucht, welche mit dem betreffenden Geschäft befasst waren, kann ein erhebliches öffentliches Interesse an der Bekanntgabe nur hinsichtlich jener Verwaltungsangestellten bestehen, welche massgebend an einem Geschäft mitgewirkt haben, etwa beratend oder instruierend. Dem Interesse, die Namen auch derjenigen Verwaltungsangestellten zu kennen, welche lediglich in untergeordneter Weise, d.h. ohne massgebenden Einfluss auf die Entscheidung an einem bestimmten Geschäft gearbeitet haben, vermag demgegenüber grundsätzlich kein erhebliches Gewicht beizukommen; es ist nicht (ohne Weiteres) ersichtlich, inwiefern eine solche Bekanntgabe der Transparenz und der Kontrolle der Verwaltung dienen würde. Zum (allgemeinen) Interesse an der Öffentlichkeit der Verwaltung können weitere besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit treten. Zu nennen ist etwa das Interesse im Zusammenhang mit wichtigen Vorkommnissen oder wenn die betroffene (private) Person zu einer dem BGÖ unterstehenden Behörde in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung steht, aus welcher ihr bedeutende Vorteile erwachsen (vgl. Art. 6 Abs. 2 VBGÖ; BRUNNER/FLÜCKIGER, a.a.O., Rz. 5; HÄNER, Basler Kommentar, Art. 7 BGÖ N. 61-65 und Art. 9 BGÖ N. 13).

4.2.3 Der Schutz der Privatsphäre Dritter, welchem im Rahmen des BGÖ ein hoher Stellenwert zukommt, ist zusätzlich zu der erwähnten Regelung von Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 (Abs. 1^{bis}) DSG auch im BGÖ selbst geregelt (Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 2013). Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann, wobei ausnahmsweise das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen kann. Besteht die Gefahr einer Beeinträchtigung der Privatsphäre, ist dies in der Regel in der Bekanntgabe von Personendaten begründet; die Verletzung der Persönlichkeit kann grundsätzlich nur stattfinden, wenn die betroffene Person bestimmt oder bestimmbar ist. Es stellt sich somit die Frage, in welchem Verhältnis die Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ zu der vorstehend dargestellten Regelung in Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 (Abs. 1^{bis}) DSG betreffend die Bekanntgabe von amtlichen Dokumenten mit Personendaten steht.

Den Materialien und insbesondere der Botschaft zum BGÖ lässt sich zu dieser Frage unmittelbar nichts entnehmen, wobei immerhin anzumerken ist, dass die Regelung von Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 (Abs. 1^{bis}) DSG erst im Anschluss an die Vernehmlassung in den Entwurf zum BGÖ bzw. zur Änderung des DSG aufgenommen worden ist (Botschaft zum BGÖ, BBI 2003 1982). Beide Bestimmungen, sowohl Art. 7 Abs. 2 BGÖ wie auch Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG, ist jedoch gemein, dass sie die grundrechtlichen Anliegen von Art. 13 BV aufnehmen. Sie verfolgen insofern einen übereinstimmenden Zweck, nämlich den Schutz der Privatsphäre Dritter

(vgl. Art. 1 DSGVO; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 2013). Die Bestimmungen sind hinsichtlich der verwendeten Begrifflichkeit und (somit) hinsichtlich ihres Geltungsbereichs allerdings nicht deckungsgleich; während Art. 7 Abs. 2 BGÖ in Übereinstimmung mit der BV eine Betroffenheit der Privatsphäre verlangt, bezieht sich die Regelung von Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 (Abs. 1^{bis}) DSGVO - in Übereinstimmung mit der Terminologie des DSGVO - auf alle Personendaten. Es dürfte jedoch in der Praxis nicht immer leicht sein, etwa anhand der vom Bundesgericht entwickelten Sphärentheorie, zu bestimmen, ob mit der Bekanntgabe von Personendaten ebenso die Privatsphäre betroffen ist und damit (auch) Art. 7 Abs. 2 BGÖ anzuwenden ist (vgl. HÄNER, Basler Kommentar, Art. 7 BGÖ N. 50-52). Unbesehen dieser Schwierigkeiten ist die Rechtsordnung, wenn immer möglich, gesamthaft zum Tragen zu bringen. Und da beide Bestimmungen eine Interessenabwägung vorsehen, ist in Übereinstimmung mit der von der Lehre geforderten harmonisierenden Auslegung bei der Bekanntgabe von Personendaten bzw. dem Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche Personendaten enthalten, gestützt auf die genannten Bestimmungen eine Abwägung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen (zum Ganzen vgl. HÄNER, Basler Kommentar, Art. 7 BGÖ N. 50-54 und Art. 9 BGÖ N. 13 f. je mit Hinweisen). Dabei ist Art. 7 Abs. 2 BGÖ, wonach das öffentliche Interesse am Zugang lediglich „ausnahmsweise“ überwiegen kann, Rechnung zu tragen: Dem Schutzbedürfnis ist mit zunehmender Persönlichkeitsnähe der Informationen stärkeres Gewicht beizugeben (vgl. RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 1378). Sollte - wie die Vorinstanz vorliegend geltend macht - die Bekanntgabe von Personendaten allenfalls (auch) einen Eingriff in den Schutzbereich der Privatsphäre i.S.v. Art. 13 BV darstellen, so ändert dies am dargestellten Prüfungsrahmen grundsätzlich nichts. Zu Recht wird nicht bestritten, dass mit dem BGÖ eine gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe auch von Personendaten besteht und somit letztlich - wie von Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSGVO gefordert - die sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen abzuwägen sind (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, a.a.O., Art. 7 N. 66). Dies bedeutet schliesslich auch nicht, dass mit der Bekanntgabe von Personendaten diese Daten - entsprechend der vom Bundesgericht entwickelten Sphärentheorie - automatisch dem Gemeinbereich zuzurechnen wären; die Bekanntgabe von Personendaten gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung sagt nur - aber immerhin - aus, dass an der Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Bekanntgabe der fraglichen Personendaten zu Recht verneint hat; es ist weder ersichtlich noch wird von den Parteien geltend gemacht, dass andere Ausnahmetatbestände i.S.v. Art. 7 Abs. 1 oder Art. 8 BGÖ gegeben sind, welche einem Zugang (absolut) entgegenstehen würden, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

4.3 Die Vorinstanz führt zur Begründung ihrer Verfügung aus, es bestehe kein (überwiegendes) öffentliches Interesse am Zugang zu der Namensliste. Darin ist ihr je-

denfalls in Teilen zuzustimmen. Der Beschwerdeführer hat allgemein um Zugang zu der Liste mit den Namen all jener Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO er sucht, welche an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse Migros/Denner und Emmi/Fromalp beteiligt waren. Ein besonderes Informationsinteresse i.S.v. Art. 6 Abs. 2 VBGÖ macht er hierbei nicht geltend. Auf Seiten des öffentlichen Interesses am Zugang zu der Namensliste verbleibt damit jenes an der Öffentlichkeit der Verwaltung. Diesem vermag jedoch, wie vorstehend ausgeführt, in Bezug auf jene Verwaltungsangestellten, welche nicht massgebend an den beiden Geschäften beteiligt waren, kein erhebliches Gewicht beizukommen (vgl. vorstehend E. 4.2.2). Weder mussten die betreffenden Personen damit rechnen, dass ihre Namen (auch) in einem solchen Fall bekannt gegeben werden, noch ist ersichtlich, wieso Verwaltungsangestellte, welche lediglich in untergeordneter, d.h. nicht massgebender Weise an einem Geschäft mitgewirkt haben, anders bzw. schlechter gestellt sein sollen als Private, deren Namen grundsätzlich nicht bekannt gegeben werden. Insoweit hat die Vorinstanz das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers mangels eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu Recht abgewiesen und erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

Die Vorinstanz übersieht hingegen, dass die Mitarbeitenden des Sekretariats insbesondere instruierend an der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen mitwirken und hiernach den Entscheid zuhanden der Kommission vorbereiten (vgl. Art. 23 des Kartellgesetzes [KG, SR 251]; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 23 N. 10 f.; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, Art. 23 N. 4 und 12). Mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung besteht somit ein nicht unerhebliches öffentliches Interesse daran, zu wissen, welche Person an einem Geschäft massgebend beteiligt war; das BGÖ bezweckt wie bereits erwähnt, die Transparenz der Verwaltung als Voraussetzung einer rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung zu fördern und - durch eine gewisse Kontrolle - subjektives Misstrauen zu zerstreuen (Art. 1 BGÖ; Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1976 und 1984; AMMANN/LANG, a.a.O., § 25 Rz. 25.48 mit Hinweisen; vgl. auch STEPHAN C. BRUNNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Öffentlichkeitsgesetz, 2008, Art. 1 N. 6; zudem BVGE 2014/6 E. 6.6.). Der Beschwerdeführer soll sich ein Bild von der Tätigkeit der WEKO bzw. von deren Sekretariat machen und dieses (auch) auf seine Unabhängigkeit hin kontrollieren können. Demgegenüber ist - soweit der Sachverhalt erstellt ist - nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht begründet dargelegt, dass mit der Bekanntgabe der Namen konkrete nachteilige Folgen bzw. mehr als geringfügige oder bloss unangenehme Konsequenzen für die betreffenden Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO verbunden wären (vgl. BVGE 2013/50 E. 10.2; HÄNER, Basler Kommentar, Art. 7 BGÖ N. 60). Das Zugangsgesuch bezieht sich einzig auf die Namen der Mitarbeitenden, welche an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse Migros/Denner und Emmi/Fromalp mitgearbeitet haben. Betroffen sind somit weder besonders schützenswerte Personendaten noch Angaben etwa zum zeitlichen Aufwand, welchen die einzelnen Mitarbeitenden für die betreffenden Geschäfte

verwendet haben (vgl. hierzu BGE 137 I 1 E. 2.5). Hinsichtlich jener Mitarbeitenden des Sekretariats der WEKO, welche massgebend an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse mitgewirkt haben, ist demnach die Gewährung des Zugangs grundsätzlich in Betracht zu ziehen.

4.4 Der Vorinstanz stehen vorliegend verschiedene, nachfolgend nicht abschliessend genannte Möglichkeiten zur Erfüllung der Pflicht der Bekanntgabe offen. Sie kann dem Beschwerdeführer etwa Zugang zu den (inhaltlich anonymisierten) Verfügungen betreffend die beiden Unternehmenszusammenschlüsse gewähren, sofern daraus die massgebend an den beiden Geschäften beteiligten Mitarbeitenden hervorgehen. Auch würde es ausreichen, die ohnehin auf ihrer Internetseite veröffentlichten Verfügungen um entsprechende Angaben zu ergänzen (vgl. Art. 6 Abs. 3 BGO; < www.weko.admin.ch > Dokumentation > Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW], abgerufen am 13. Mai 2015). Selbst die Publikation der Namen der Mitarbeitenden auf der Homepage der Vorinstanz genügt, wenn die Namen der massgebenden Mitarbeitenden ersichtlich sind. Allenfalls ist dem Beschwerdeführer Zugang zu ihrer Homepage zum Zeitpunkt des Erlasses der betreffenden Entscheide zu gewähren, wenn die massgebenden Mitarbeitenden nicht mehr aufgeführt sein sollten. Die Vorinstanz kann sodann - wie von ihr vorliegend in Betracht gezogen - dem Beschwerdeführer Zugang zu einer Liste (allein) mit den Namen derjenigen Mitarbeitenden gewähren, welche massgebend an den beiden Unternehmenszusammenschlüssen mitgewirkt haben. Nach Art. 11 Abs. 1 BGO wären die betreffenden (ehemaligen) Mitarbeitenden jedoch, soweit dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist, vorgängig anzuhören (vgl. BHEND/SCHNEIDER, a.a.O., Art. 11 BGO N. 7); vorliegend wurden die betreffenden Mitarbeitenden - soweit ersichtlich - nicht angehört und die Anhörung wurde auch im Schlichtungsverfahren nicht nachgeholt, obschon der EDÖB der Vorinstanz empfohlen hatte, dem Beschwerdeführer den Zugang zu gewähren (vgl. Botschaft zum BGO, BBl 2003 2022). Die Stellungnahme der Betroffenen ist insbesondere im Hinblick auf die Interessenabwägung i.S.v. Art. 19 Abs. 1^{bis} Bst. b DSG bzw. Art. 7 Abs. 2 BGO ein wesentliches Element der Entscheidungsfindung. In diesem Sinn erscheint - auch aus verfahrensökonomischen Gründen - fraglich, ob eine Vorinstanz auf die Anhörung der betreffenden Personen verzichten kann, wenn sie das Zugangsgesuch aufgrund überwiegender privater Interessen abzuweisen beabsichtigt (BHEND/SCHNEIDER, a.a.O., Art. 11 N. 6; BRUNNER/FLÜCKIGER, a.a.O., Rz. 17 f.).

4.5 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Art. 61 Abs. 1 VwVG in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 225 f. Rz. 3.193 ff.). Es ist mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz berechtigt und nach Art. 61 Abs. 1 VwVG sowie aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich verpflichtet, die Entscheide so weit möglich selbst herbeizuführen. Vorliegend stehen der Vorinstanz jedoch verschiedenen Möglichkeiten der Bekanntgabe offen und es sind die betreffenden Perso-

nen allenfalls vorgängig anzuhören. Es ist Sache der Vorinstanz, über die Art und Weise der Bekanntgabe zu entscheiden und sie ist aufgrund ihrer Nähe zur Streitsache auch besser geeignet, die betreffenden Personen zu bestimmen und allenfalls anzuhören. Die Verfügung der Vorinstanz vom 23. September 2013 ist somit in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und anschliessenden Interessenabwägung sowie zur allfälligen Bekanntgabe der Namen derjenigen Mitarbeitenden, welche massgebend an den beiden interessierenden Geschäften mitgearbeitet haben, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass an der Bekanntgabe der Namen von Verwaltungsangestellten - gestützt auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung - nicht in jedem Fall ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Hiervon ist nur bezüglich jener Mitarbeitenden auszugehen, welche massgebend an einem Geschäft, vorliegend an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse, beteiligt waren. Der Vorinstanz stehen diesbezüglich verschiedene Möglichkeiten der Bekanntgabe offen, wobei die betreffenden Mitarbeitenden allenfalls vorgängig anzuhören sind. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend ist die angefochtene Verfügung zwar gesamthaft aufzuheben, dem Beschwerdeführer wird jedoch - vorbehaltlich entgegenstehender privater Interessen - Zugang zu der Namensliste lediglich hinsichtlich jener Verwaltungsangestellten zu gewähren sein, welche massgebend an der Prüfung der beiden Unternehmenszusammenschlüsse mitgewirkt haben. Der Beschwerdeführer ist daher zu einem überwiegenden Teil als unterliegend zu betrachten und es sind ihm vier Fünftel der Verfahrenskosten, welche auf Fr. 3'000.- festzusetzen sind (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), zur Bezahlung aufzuerlegen. Dieser Betrag in der Höhe von Fr. 2'400.- ist dem Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 600.- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten. Keine Verfahrenskosten trägt die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist sodann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige oder verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn wie vorliegend keine Kostennote eingereicht wurde, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Aufgrund des mutmasslichen Zeitaufwandes und des teilweisen Obsiegens erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. Ausla-

gen und Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) für angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

2.

Die Verfügung der Vorinstanz vom 23. September 2013 wird aufgehoben und die Angelegenheit zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.- werden im Umfang von Fr. 2'400.- dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 600.- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

Der Beschwerdeführer hat dem Bundesverwaltungsgericht hierzu seine Kontoverbindung bekannt zu geben.

4.

Dem Beschwerdeführer wird eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- zugesprochen. Diese ist ihm von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 521-0260; Einschreiben)
- das Generalsekretariat WBF (Gerichtsurkunde)
- den EDÖB

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL
------------	---

Urteil B-7633/2009 vom 14. September 2015 des Bundesverwaltungsgerichts: 1. Swisscom AG in Bern, 2. Swisscom (Schweiz) AG in Bern, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen 1 und 2 gegen Wettbewerbskommission in Bern. Vorinstanz - Gegenstand: Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL.

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	562		
Erwägungen	577		
I. Prozessvoraussetzungen	577		
1) Sachliche Zuständigkeit	577	5) Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts	603
2) Beschwerdefähigkeit und Beschwerdelegitimation	577	6) Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz	606
3) Sonstige Verfahrensvoraussetzungen	578	7) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör	607
II. Rechtliche Grundlage der vorinstanzlichen Verfügung	578	8) Verstoss gegen das Vertrauensprinzip	610
III. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes	578	9) Verstoss gegen das Gebot fristgemässer Beurteilung	614
1) Allgemeine Aspekte	578	10) Zwischenergebnis	617
2) Persönlicher Anwendungsbereich	579	V. Relevanter Markt	617
3) Sachlicher Anwendungsbereich	580	1) Sachlich relevanter Markt	618
a) <i>Massgebliche Wettbewerbsbeschränkung</i>	580	2) Räumlich relevanter Markt	624
b) <i>Vorbehalte zu Gunsten sonstiger Vorschriften</i>	581	3) Zeitlich relevanter Markt	625
c) <i>Spezialgesetzliche Vorschriften</i>	582	4) Zwischenergebnis	626
d) <i>Fazit</i>	582	VI. Marktstellung	626
4) Räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich	582	1) Marktbeherrschendes Unternehmen	626
5) Zeitlicher Geltungs- und Anwendungsbereich	582	2) Einfluss sonstiger Verfahren	626
IV. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens	583	3) Aktueller Wettbewerb	628
1) Rechtskonforme Verfügungsbehörde	583	4) Potentieller Wettbewerb	629
2) Rechtmässige Verfügungsadressaten	585	5) Merkmale des untersuchten Unternehmens	631
3) Rechtmässigkeit der entscheidungsrelevanten Informationen und behördlichen Verfahrensmassnahmen	588	6) Einfluss eines zusammenhängenden Markts	631
a) <i>Verfahrensmassnahmen</i>	588	7) Zwischenergebnis	635
b) <i>Auskunftspflicht</i>	588	8) Isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung	635
c) <i>Geltung und Inhalt des nemo tenetur-Grundsatzes</i>	590	VII. Unzulässige Verhaltensweise	636
d) <i>Fazit</i>	600	1) Formen des unzulässigen Verhaltens	636
4) Kognition des Bundesverwaltungsgerichts	600	2) Kosten-Preis-Schere	636
		a) <i>Entwicklung und Qualifizierung der Kosten-Preis-Schere</i>	636
		b) <i>Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere</i>	638
		c) <i>Wettbewerbswidrige Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere</i>	641
		d) <i>Abgrenzung der Kosten-Preis-Schere</i>	651
		e) <i>Massgebliche Prüfungskriterien</i>	653
		3) Nachweis	656
		a) <i>Fernmelderechtlicher Tatbestandsausschluss</i>	656
		b) <i>Überprüfung</i>	657
		c) <i>Berücksichtigung von Akquisitionskosten</i>	661
		d) <i>Amortisationsberechnungen</i>	665

e)	<i>Berücksichtigung des Wachstumsrabatts 2007</i>	666
f)	<i>Berücksichtigung von Bündelangeboten</i>	668
4)	Kausalität	669
5)	Rechtfertigungsgründe	670
6)	Zwischenergebnis	670
VIII.	Sanktionen	671
1)	Massgebende Sanktionsvorschriften	671
a)	<i>Unschuldsvermutung</i>	671
b)	<i>Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit</i>	671
c)	<i>Bestimmtheit der Rechtsfolge</i>	677
2)	Verschulden	680
a)	<i>Sanktionscharakter des Art. 49a KG</i>	680
b)	<i>Nachweis des Verschuldens</i>	683
3)	Sachverhalts- und Rechtsirrtum	689
4)	Verjährung	690
5)	Sanktionsbemessung	690
a)	<i>Allgemeine Aspekte</i>	691
b)	<i>Ermittlung des massgeblichen Umsatzes</i>	692
c)	<i>Festlegung des Basisbetrags</i>	694
d)	<i>Erhöhungen des Basisbetrags</i>	696
i)	<i>Dauer des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens</i>	696
ii)	<i>Mutmasslicher Gewinn der Wettbewerbsbeschränkung</i>	698
e)	<i>Minderungen des Basisbetrags</i>	699
f)	<i>Maximalsanktion</i>	701
g)	<i>Konkreter Sanktionsbetrag</i>	701
IX.	Vorinstanzliche Verfahrenskosten	701
X.	Gesamtbeurteilung der Beschwerde	701
XI.	Verfahrenskosten und Parteientschädigung	702

Dispositiv **703**

Sachverhalt

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Vorinstanz (nachfolgend auch: WEKO oder Weko) am 19. Oktober 2009 erlassene Verfügung (Preispolitik Swisscom ADSL, Swisscom AG/Swisscom (Schweiz) AG, RPW 2010/1, 116, nachfolgend: angefochtene Verfügung), wonach die Swisscom-Gruppe im Zeitraum von April bis Dezember 2007 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) durch ihre Preisgestaltung für bestimmte Breitbanddienstleistungen (vgl. Sachverhalt [nachfolgend auch: SV] D.a) einerseits auf Grosshandelsstufe gegenüber anderen Anbietern von solchen Internetdienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe und andererseits auf Einzelhandelsstufe direkt gegenüber End-

kunden eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) in Form einer sog. Kosten-Preis-Schere verwirklicht hat.

B. Beschwerdeführerinnen

B.a Die Beschwerdeführerinnen sind beide schweizerische Gruppen-gesellschaften der Swisscom-Gruppe. Die Beschwerdeführerin 1 ist die Top-Holding-gesellschaft der Gruppe, während der Beschwerdeführerin 2 die Stellung einer einfachen Gruppengesellschaft zukommt.

B.b Die Swisscom-Gruppe ist im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen für die Sprach- und Datenkommunikation tätig. Ihre Kerngeschäfte bilden die netzgebundene, die mobile und die Internetprotokoll-basierte Kommunikation. Zusätzlich ist die Swisscom-Gruppe im Bereich Outsourcing von IT-Infrastruktur sowie im Management von Kommunikationsinfrastrukturen tätig. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftete in den Jahren 2005 bis 2007 einen jährlichen Gesamtumsatz in der Höhe von jeweils rund 9,6 Mrd. CHF.

B.c Die Swisscom-Gruppe ging aus einer auf den 1. Januar 1998 gemäss dem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 30. April 1997 (TUG, SR 784.11) durchgeführten Ausgliederung des Telekommunikationsbereichs der früheren PTT hervor. Die Beschwerdeführerin 1 wurde im Juli 1998 als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen und am 5. Oktober 1998 an der Börse in Zürich kotiert; sie ist somit die Rechtsnachfolgerin des früheren staatlichen Monopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. Gemäss Art. 6 Abs. 1 TUG steht der Eidgenossenschaft als Aktionärin auch weiterhin die Mehrheit am Gesellschaftskapital und an den Stimmrechten der Beschwerdeführerin 1 zu.

B.d Die Beschwerdeführerin 1 betrieb die Kerngeschäfte der netzbasierten Kommunikation, der mobilen Kommunikation und der Gesamtsysteme bis zum Jahr 2002 selbst. Im Jahr 2002 erfolgte eine Ausgliederung dieser Bereiche in 100%-ige Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin 1. Dabei übernahm die Beschwerdeführerin 2 unter dem Namen Swisscom Fixnet AG den Bereich der Festnetztelefonie, die Swisscom Mobile AG den Bereich der mobilen Kommunikation und die Swisscom Solutions AG den Bereich der Gesamtsysteme. Auf den 1. Januar 2008 hin wurden die drei Geschäftsbereiche wieder in eine Gesellschaft zusammengeführt. Hierzu wurden die Swisscom Mobile AG und die Swisscom Solutions AG in die Beschwerdeführerin 2 fusioniert.

B.e Die Beschwerdeführerin 2 wurde im Dezember 1997 unter dem Namen Swisscom Network Services Rechte AG gegründet. Im Jahr 2002 wurde die Gesellschaft in Swisscom Fixnet AG umfirmiert und ihr Gesellschaftszweck auf die Erbringung von Fernmelde- und Informatikdienstleistungen ausgerichtet. Ihre Geschäftstätigkeit war nun im Wesentlichen auf das Festnetz ausgerichtet. Im Rahmen der Fusion mit der Swisscom Mobile AG und der Swisscom Solutions AG im Jahr 2008 wurde die Gesellschaft in Swisscom (Schweiz) AG umfirmiert.

B.f Im Jahr 1996 wurde von der PTT der Geschäftsbereich „Blue Window“ lanciert. Dabei handelte es sich um ein Internetportal, über das Kunden eine Einwahl zum Ortstarif in das Internet vornehmen konnten. Im Jahr 1998 wurde dieser Geschäftsbereich in die Swisscom-Gruppe integriert. Im Juni 2000 wurde die Bluewin AG („Bluewin“) durch die Beschwerdeführerin 1 und ein Drittunternehmen gegründet. Dabei wurde der Geschäftsbereich mit dem Namen „Blue Window“ als Kapitaleinlage durch die Beschwerdeführerin 1 eingebracht. Auf den 1. Januar 2002 hin wurde die Beteiligung an der Bluewin AG von der Beschwerdeführerin 1 auf 100 % erhöht. Die Bluewin AG wurde ab diesem Zeitpunkt als Profitcenter der Beschwerdeführerin 2 geführt. Am 18. März 2005 wurde die Bluewin AG durch Fusion in die Beschwerdeführerin 2 eingebracht. Über das Internetportal der Bluewin AG wurden die Onlinegeschäfte der Swisscom abgewickelt. Gleichzeitig wurde das Portal als Nachrichtenplattform ausgestaltet. Nach der Auflösung der Gesellschaft wurde die Bezeichnung „Bluewin“ zunächst als Markenname für das Internetgeschäft gegenüber Endkunden weitergeführt.

B.g Die Beschwerdeführerin 1 veröffentlichte in den Jahren 2000 bis 2008 jeweils im März oder April eines Jahres eine Konzernrechnung für das jeweilige Vorjahr. Die Konzernrechnungen für die Jahre 2003 und 2004 wurden durch den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 am 22. März 2004 bzw. am 7. März 2005 freigegeben und am 24. März 2004 bzw. am 10. März 2005 veröffentlicht. Die Konzernrechnungen schlossen die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 2 und der Bluewin AG sowie der übrigen Gruppengesellschaften mit ein.

B.h Im Zeitraum zwischen den Jahren 2002 und 2007 bestanden ausweislich des Handelsregisters unterschiedliche personelle Verflechtungen zwischen der Beschwerdeführerin 1, der Beschwerdeführerin 2 und der Bluewin AG. So waren Mitglieder des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin 1 auch Mitglieder der Geschäftsleitungen der Beschwerdeführerin 2 und der Bluewin AG.

C. Wettbewerber

C.a Gegenüber der Vorinstanz wurde die Preispolitik der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen durch verschiedene Unternehmen beanstandet. Diese Unternehmen treten auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen in Konkurrenz zur Swisscom-Gruppe.

C.b Die Sunrise Communications AG mit Sitz in Zürich (bis 28.9.2007: TDC Switzerland AG; nachfolgend: Sunrise) war zwischen den Jahren 2000 und 2010 eine Tochtergesellschaft der ausländischen Tele Danmark Communications. Sunrise ging aus einer Fusion der diAX, die von den sechs grössten Schweizer Elektrizitätsgesellschaften Atel, BKW, CKW, EGL, EOS und NOK gegründet worden war, und der Newtelco, die von Migros, SBB und UBS gegründet worden war, im Jahr 2000 hervor. Sunrise bietet festnetzbasierete und mobile Sprach- und Datenkommunikationsdienste an.

C.c Die Tele 2 Telecommunication Services AG mit Sitz in Zürich (heute: TelCommunication Services AG; nach-

folgend: Tele 2) war die Tochtergesellschaft eines gleichnamigen schwedischen Telekommunikationsunternehmens, das seit dem Jahr 1998 in der Schweiz Telekommunikationsdienste in den Bereichen Festnetz- und Mobiltelefonie sowie Internet-dienste anbot. Im November 2008 wurde das gesamte Telekommunikationsgeschäft von Tele 2 durch Sunrise übernommen (vgl. WEKO, 10.11.2008, Sunrise/Tele 2, Sunrise Communications AG und Tele 2 Telecommunications AG, RPW 2008/4, 668).

C.d Weitere Beanstandungen gingen von folgenden Unternehmen ein: BSE Software GmbH, Cyberlink Internet Services AG, Finecom Telecommunications AG, Init Seven AG, Magnet.ch AG, Netstream AG und TIC The Internet Company AG.

D. Breitbandinternet

D.a Die Begriffe „Breitband“, „Breitbandanschluss“, „Breitbanddienste“, „Breitbanddienstleistungen“, „Breitbandinternet“, „Breitbandzugang“ etc. beziehen sich auf einen besonderen elektronischen Zugang zum Internet mit entsprechend schnellen Nutzungskapazitäten.

D.b Der Aspekt der Schnelligkeit verweist darauf, dass ein Breitbandanschluss eine deutlich höhere Datenübertragungsrate und damit gesteigerte Nutzungsmöglichkeiten bietet. In den Anfangsjahren der Internetnutzung erfolgte der elektronische Zugang regelmässig durch die Einwahl über ein Telefonmodem oder ein ISDN-Modem. Die Datenübertragungsraten waren bei diesen Verfahren beschränkt (Telefonmodem: 56 kbit/s; ISDN: 128 kbit/s). Erst hohe Datenübertragungsraten ermöglichen eine praktikable Nutzung von datenintensiven Internetanwendungen (z.B. Videostreaming, Videokonferenzen, Internet-Telefonie oder Internet-TV). Mittlerweile sind Datenübertragungsraten von 100 Mbit/s und mehr technisch möglich und werden auf dem Markt angeboten.

D.c Eine genaue technische Abgrenzung für Breitbanddienstleistungen existiert nicht. Die Internationale Fernmeldeunion verlangt für eine entsprechende Qualifizierung eine Datenübertragungsrate von mehr als 2048 kbit/s, d.h. eine Übertragungsrate, die über die Übertragungsrate bei ISDN hinausgeht. Daneben finden in den verschiedenen Staaten sowohl niedrigere (z.B. Österreich: 144 kbit/s beim Empfangen) als auch höhere Schwellenwerte (z.B. USA 4 Mbit/s beim Empfangen) Anwendung. In der Schweiz wurde durch Art. 16 Abs. 2 Bst. c der Verordnung des Bundesrats vom 31. Oktober 2001 bzw. 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1, zit. Fernmeldedienstverordnung) ein Breitbandanschluss der Grundversorgung zugeordnet, wobei der Breitbandanschluss seit dem Jahr 2008 eine Datenübertragungsrate von 600 kbit/s beim Empfangen (sog. downstream) und 100 kbit/s beim Senden (sog. upstream) aufweisen musste. Im Jahr 2012 wurden die hierfür notwendigen Datenübertragungsraten auf 1000/100 kbit/s und im Jahr 2015 auf 2000/200 kbit/s erhöht.

D.d Breitbandinternet lässt sich durch verschiedene Technologien realisieren. Dabei ist zwischen leitungsgebundenen (Telefonleitungen, TV-Kabelleitungen, Stromleitungen, Glasfaserleitungen) sowie leitungslosen (UMTS- und HSDPA-Funknetze, Wireless Local Area

Networks [WLAN], Wireless Local Loop [WLL], Broadband Wireless Access [BWA], Satellitenverbindungen) Breitbandanschlüssen zu unterscheiden. Alle einsetzbaren Technologien weisen unterschiedliche Voraussetzungen und Nutzungsmerkmale auf.

D.e Beim sog. DSL (Digital Subscriber Line, engl. für digitaler Teilnehmeranschluss) als drahtgebundenes Breitbandprodukt wird das vorhandene Telefonnetz mit seiner Doppelader-Metalleitung, die auch als Kupferkabel bezeichnet wird, für die Datenübermittlung verwendet. Dabei werden durch einen sog. Splitter die vorhandenen Frequenzbänder aufgeteilt, wobei die niederen Frequenzbereiche darüber hinaus für die Sprachtelefonie genutzt werden, während die höheren Frequenzbereiche dem Datentransfer zugeführt werden.

Je nach Art der digitalen Modulation bestehen mehrere DSL-Verfahren (nachfolgend zusammenfassend: xDSL): ADSL (Asymmetric DSL) mit unterschiedlichen Übertragungsraten für das Empfangen und das Senden der Daten; SDSL (Symmetric DSL) mit identischen Übertragungsraten für beide Richtungen; HDSL (High speed DSL) und VDSL (Very high speed DSL), bei denen die erhöhte Datenübertragungsrate durch den Einsatz von Glasfaserkabeln bis zu den Ortsvermittlungsstellen eines Fernmeldedienstanbieters sichergestellt wird. Für die Internetnutzung hat sich in der Schweiz und vielen anderen Ländern zunächst ADSL durchgesetzt, welches in neuerer Zeit durch VDSL verdrängt wird.

Die Datenübertragung erfolgt bei xDSL-Verfahren schematisch vereinfacht in folgender Weise: Zunächst im sog. Anschlussnetz zwischen dem Modem des jeweiligen Anschlusssteilnehmers (sog. Hausanschluss, auch als Teilnehmeranschluss oder Anschlussstelle bezeichnet) und der lokalen Anschlusszentrale (sog. DSLAM, DSL Access Multiplexer), d.h. der nächstgelegenen Ortsvermittlungsstelle des Fernmeldedienstanbieters. Dort werden die eingehenden und abgerufenen Kundendaten im sog. Verbindungsnetz über eine Kupferkabel- oder Glasfaseranbindung zu einem sog. Konzentrador und von dort in den sog. Backbone des Fernmeldedienstanbieters übertragen.

Ein ADSL-Zugang ermöglicht im Download Geschwindigkeiten von bis zu 20 Mbit/s. Seit dem Jahr 2005 besteht ADSL2+, mit dem Übertragungsraten von 24 Mbit/s erzielt werden können. Bei VDSL können inzwischen Übertragungsraten von 50 Mbit/s erreicht werden. Die im Einzelfall tatsächlich erreichte Übertragungsrate hängt aus technischen Gründen massgeblich von der Entfernung zwischen Modem und dem Anschluss an ein Glasfaserkabel ab, weil bei Kupferkabeln aufgrund der physikalisch bedingten Leitungsdämpfung die Datenrate mit der Länge der Leitung stetig abnimmt. Die Bereitstellung von höheren Datenübertragungsraten bedingt bei xDSL daher jeweils einen weiteren kostenintensiven Ausbau des Verbindungs- und Anschlussnetzes mit Glasfaserkabeln.

D.f Bei den TV-Kabelleitungen werden die bestehenden Koaxialkabel nach einer technischen Aufrüstung für die Übertragung der Breitbanddaten genutzt. Diese kabelgebundene Übertragungsform weist für den Endnutzer ähnliche Nutzungsmöglichkeiten auf wie ein Breitbandanschluss über xDSL. Die Kabelnetze weisen technisch

bedingt grundsätzlich eine höhere Übertragungsrate auf als xDSL-Verfahren; hierbei sind heute Übertragungsraten von bis zu 250 Mbit/s möglich. Allerdings ergeben sich bei den kabelgebundenen Breitbandprodukten Nutzungseinschränkungen aufgrund des Umstands, dass sich die vorhandenen Netzkapazitäten mit zunehmendem Ausmass einer gleichzeitigen Benutzung durch die Anschlusssteilnehmer reduzieren.

D.g Die Bereitstellung von Breitbandinternet kann auch vollständig über Glasfaserkabel erfolgen, wobei das Glasfasernetz mindestens bis zum Hausanschluss reichen muss. Glasfaserkabel weisen sehr hohe Übertragungskapazitäten auf, wobei in Zukunft bis zu 1000 Mbit/s erreicht werden sollen. Allerdings ist die Verlegung von Glasfaserkabeln mit sehr hohen Kosten verbunden. Im massgeblichen Zeitraum war daher auch nur eine sehr geringe Verbreitung von entsprechenden Glasfaseranschlüssen gegeben, weshalb die Verfügbarkeit von glasfasergebundenen Breitbandprodukten sehr eingeschränkt war.

D.h Bei der sog. Powerline Communications-/PLC-Technologie bildet das Stromnetz den Träger der Datenübertragung, wobei das elektronische Informationssignal mittels Trägerfrequenztechnik auf die Stromleitung moduliert wird. Dabei wird eine Verbindung zwischen der Steckdose des Endkunden und der nächsten Trafostation des Energieerzeugers hergestellt; von dort wird das elektronische Informationssignal in den Internet-Backbone überführt. Der stromgebundene Breitbandzugang verfügt mit Bezug auf Übertragungsgeschwindigkeit und Stabilität über ähnliche Eigenschaften wie die draht- und kabelgebundenen Breitbanddienstleistungen. Die PLC-Technologie weist allerdings gewisse technische Probleme (z.B. Abstrahlung) auf, die bis heute nicht gelöst sind. Daher hat sich ihre Nutzung nur im Hausstromnetz etabliert.

D.i Die leitungslosen Zugangstechnologien sind im Wesentlichen auf eine mobile, d.h. standortunabhängige Nutzung des Internets ausgerichtet. Allen im massgeblichen Zeitraum vorhandenen leitungslosen Zugangsformen ist gemeinsam, dass sie erhebliche Nachteile gegenüber den leitungsgebundenen Breitbandtechnologien aufwiesen, wie insbesondere wesentlich geringere Datenübertragungsraten (max. 7,2 Mbit/s), eine höhere Störanfälligkeit aufgrund von Umwelteinflüssen, eine niedrigere Verbindungsstabilität, eine fehlende flächendeckende Verfügbarkeit sowie höhere Datensicherheitsrisiken. WLAN und WLL stellen aufgrund ihrer geringen Reichweite von vornherein keine sachgerechte Alternative dar; zudem basiert ihr Zugang auf einem leitungsgebundenen Anschluss. Mit Bezug auf BWA hat die Swisscom-Gruppe im Januar 2008 selbst festgestellt, dass die Technik noch nicht marktreif sei. Weiterhin bestand für die am meisten verbreiteten leitungslosen Zugangsformen UMTS und HSDPA-A ein deutlich höheres Preisniveau, weshalb sie für eine dauernde Nutzung bei einem Vergleich mit leitungsgebundenen Breitbandprodukten wirtschaftlich nicht konkurrenzfähig waren. So wurden im Jahr 2006 bei ähnlichen Ansätzen die günstigsten mobilen Breitbandprodukte von Bluewin noch pro Stunde, die günstigsten xDSL-Produkte jedoch pro Monat abgerechnet.

E. Entbündelung und Interkonnektion

E.a Die Bereitstellung von Breitbanddienstleistungen an Dritte stellt einen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 3 Bst. b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) dar, weil es sich hierbei um eine fremdnützige Art der fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen handelt (vgl. Bundesamt für Kommunikation, Leitfaden zum „Meldeformular für die Erbringung von Fernmeldediensten“, Stand 4.5.2010, Ziff. 1.2., zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00462/00796/index.html?lang=de). Die Anbieter von Breitbanddienstleistungen (nachfolgend: Internetdiensteanbieter, engl. Internet Service Provider) sind demzufolge Fernmeldediensteanbieter im Sinne von Art. 4 FMG und unterstehen grundsätzlich den Regelungen des Fernmeldegesetzes.

E.b Die Bereitstellung von xDSL durch einen Internetdiensteanbieter setzt das Vorhandensein eines Telefonnetzes voraus. Sämtliche Internetdiensteanbieter, die nicht über ein eigenes Telefonnetz verfügen, bedürfen daher einer besonderen Zugangsmöglichkeit zu einem bestehenden Telefonnetz, um ihren Kunden Breitbanddienstleistungen auf der Basis von xDSL anbieten zu können. Da die Telefonnetze in der Schweiz wie auch in anderen europäischen Ländern durch frühere Staatsunternehmen als Monopolisten aufgebaut und betrieben wurden, bedurfte es besonderer Regelungen zur sog. Interkonnektion, um anderen Fernmeldediensteanbietern die Erbringung von entsprechenden Fernmeldediensten unter Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen. Ziel der Interkonnektion ist es, dass alle Anwender von Fernmeldediensten über die Netze und Dienste aller Anbieter hinweg miteinander kommunizieren können. Dies geschieht insbesondere durch die gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldenetzen sowie von Gebäuden und Grundstücken. Die Interkonnektion bildet die Grundvoraussetzung für den Zugang zu Dienstleistungen Dritter und ist somit für einen funktionierenden Wettbewerb absolut entscheidend. Die Umsetzung der Interkonnektion in der Praxis erstreckte sich über einen längeren Zeitraum.

E.c Am 21. September 1998 ersuchte die Comcare AG die Eidgenössische Kommunikationskommission (nachfolgend auch: COMCOM), eine Verfügung gegen die Beschwerdeführerin 1 zu erlassen, damit diese ihr den Zugang zu deren Leitungsnetz aufgrund von Art. 11 Abs. 3 FMG gewähre. Gleichzeitig beantragte sie den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Die Eidgenössische Kommunikationskommission lehnte den Erlass von vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 28. Juni 1999 ab. Dieser Entscheid wurde durch das angerufene Bundesgericht im Dezember 1999 bestätigt (BGer, 17.12.1999, Comcare AG Communications and Networks gg. Swisscom AG/COMCOM, BGE 125 II 613, zit. Comcare I). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2000 wurde dem Antrag von der Eidgenössischen Kommunikationskommission in der Hauptsache teilweise stattgegeben. Auf Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Parteien hin entschied das Bundesgericht im Oktober 2001, dass eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin 1 zur Einräumung des Zugangs zum eigenen Telefonnetz aufgrund einer fehlenden bzw. nicht ausreichend bestimm-

ten gesetzlichen Grundlage nicht gegeben sei. Aus diesem Grunde wurde eine Interkonnektionspflicht der Beschwerdeführerin 1 abgelehnt (BGer, 3.10.2001, 2A.503/2000, Comcare AG Communications and Networks gg. Swisscom AG/COMCOM, zit. Comcare II).

E.d Daraufhin entschied der Bundesrat am 24. April 2002, dass Massnahmen für eine sog. Entbündelung der letzten Meile zu treffen seien. Dadurch sollte anderen Fernmeldediensteanbietern der Zugang zum Anschlussnetz der Swisscom-Gruppe ermöglicht werden. Die Entbündelung wurde zunächst durch eine Änderung der Fernmeldediensteverordnung in deren Art. 40-59 mit Wirkung ab dem 1. April 2003 statuiert.

E.e Am 29. Juni 2003 reichte Sunrise ein Gesuch um Feststellung ein, dass die Beschwerdeführerin 2 zur Gewährung sowohl des gemeinsamen als auch des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu diskriminierungsfreien und kostenorientierten Preisen verpflichtet sei, dem die Eidgenössische Kommunikationskommission mit Verfügung vom 24. Februar 2004 entsprach. Auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin 2 hin entschied das Bundesgericht im November 2004, dass die Fernmeldediensteverordnung keine ausreichende Grundlage für die Verpflichtung zur Gewährung von Interkonnektionsleistungen darstelle (BGer, 30.11.2004, 2A.178/2004, Swisscom Fixnet AG gg. TDC Switzerland AG/COMCOM, BGE 131 II 13, zit. Sunrise I). Mit der gleichen Begründung wies das Bundesgericht im November 2005 eine Beschwerde von Sunrise gegen die Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 28. Februar 2005 ab, mit welcher eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin 2 zur Gewährung der Interkonnektion beim schnellen Bitstrom gegenüber Sunrise abgelehnt worden war (BGer, 22.11.2005, 2A.233/2005, TDC Switzerland AG gg. Swisscom Fixnet AG/COMCOM, BGE 132 II 47, zit. Sunrise II).

E.f Um allfälligen Unsicherheiten über die Rechtsgrundlage der Interkonnektion vorzubeugen, hatte der Bundesrat zudem eine entsprechende Änderung des Fernmeldegesetzes vorgeschlagen (Botschaft des Bundesrats vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7951, zit. Botschaft FMG 2007). Am 24. März 2006 wurde die Änderung durch den Gesetzgeber beschlossen und am 1. April 2007 trat das überarbeitete Fernmeldegesetz in Kraft. Dadurch wurde eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 FMG unter anderem verpflichtet, (i) einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewährleisten und (ii) während vier Jahren den Zugang zum schnellen Bitstrom zu gewährleisten.

E.g Mit Gesuch vom 10. April 2007 beantragte Sunrise den Erlass einer Verfügung auf diskriminierungsfreien Zugang zum schnellen Bitstrom zu kostenorientierten Preisen, wobei als Teilentscheid die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin 1 festzustellen sei. Mit Verfügung vom 21. November 2007 stellte die Eidgenössische Kommunikationskommission fest, dass Swisscom im Bereich des schnellen Bitstroms marktbeherrschend sei und daher während vier Jahren den Zugang zum schnellen Bitstrom gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu

gewähren habe. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 gegen diese Verfügung wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 12. Februar 2009 (vgl. ausführlich SV K.e) abgewiesen.

E.h Innerhalb der Europäischen Union (nachfolgend auch: EU) war die Entbündelung der letzten Meile bereits seit Inkrafttreten einer entsprechenden Verordnung auf den 1. Januar 2001 hin zwingend vorgesehen (Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Teilnehmeranschluss, ABl. 2000 L 336/4, zit. VO 2887/2000 Entbündelung). Zu diesem Zeitpunkt war bereits eine regulatorische Grundlage für die Marktöffnung in den Mitgliedstaaten Dänemark, Deutschland, Finnland, Italien, den Niederlanden und Österreich vorhanden.

F. Bereitstellungsprodukte BBCS, schneller Bitstrom, TAL

F.a Die Swisscom-Gruppe stellt (mittlerweile) den Zugang zu ihrem vorhandenen Telefonnetz für andere Fernmeldedienstleister durch verschiedene Breitbandprodukte auf Grosshandelsstufe zur Verfügung: (i) auf der Grundlage eines Produkts mit der Bezeichnung „Broadband Connectivity Service“ (nachfolgend: BBCS), (ii) auf der Grundlage eines Produkts mit der Bezeichnung „schneller Bitstrom“, sowie (iii) als sog. entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (nachfolgend: TAL). Grundlage für die letzten beiden Produkte bildet das Fernmeldegesetz.

F.b Beim BBCS handelt es sich um ein nicht durch das Fernmelderecht des Bundes reguliertes, sondern um ein freiwilliges, privatrechtliches Angebot der Swisscom-Gruppe gegenüber anderen Fernmeldedienstleistern. Dabei stellt die Swisscom-Gruppe einem anderen Fernmeldedienstleister ihre gesamte Netzstruktur zur Erbringung der Breitbanddienstleistungen zur Verfügung, d.h. die Swisscom-Gruppe erbringt sämtliche Übermittlungsleistungen im Anschluss- und Verbindungsnetz zwischen dem Hausanschluss des Endkunden und der Plattform eines anderen Fernmeldedienstleisters, über welche dieser die eigenen Internet-, TV/Video- und VoIP-Telefonieanbindungen seiner Kunden abwickelt. Die Übermittlungskapazität einschliesslich der maximal möglichen Datenübertragungsrates richtet sich dabei nach dem Stand des durch die Swisscom-Gruppe vorgenommenen Ausbaus an Glasfaserkabeln im Anschluss- und Verbindungsnetz.

F.c Beim schnellen Bitstrom handelt es sich um ein durch das Fernmelderecht des Bundes reguliertes Angebot. Danach hat ein marktbeherrschender Fernmeldedienstleister gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG anderen Fernmeldedienstleistern diskriminierungsfrei und zu kostenorientierten Preisen den Zugang zu seinen Einrichtungen und Diensten auf der Grundlage des schnellen Bitstroms zwischen dem Hausanschluss und der Anschlusszentrale während eines begrenzten Zeitraums von vier Jahren zu gewähren. Beim schnellen Bitstrom stellt die Swisscom-Gruppe einem anderen Fernmeldedienstleister im Anschlussnetz eine Kupferleitung vom Hausanschluss des Endkunden zu ihrer nächsten lokalen Anschlusszentrale zu regulierten Bedingungen zur Verfügung und erbringt die entsprechen-

den Übermittlungsleistungen. Der jeweilige Fernmeldedienstleister muss hierbei ein eigenes Verbindungsnetz für Breitbandleistungen aufbauen und zur Gewährleistung einer landesweiten Versorgung seiner Endkunden dieses Verbindungsnetz an rund 1'500 Anschlusszentralen der Swisscom-Gruppe anbinden.

F.d Bei der TAL handelt es sich ebenfalls um ein durch das Fernmelderecht des Bundes reguliertes Angebot. Danach hat ein marktbeherrschender Fernmeldedienstleister gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG anderen Fernmeldedienstleistern diskriminierungsfrei und zu kostenorientierten Preisen den Zugang zu seinen Einrichtungen und Diensten zu gewähren, um einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss eines Kunden sicherzustellen. Bei der TAL überlässt die Swisscom-Gruppe einem anderen Fernmeldedienstleister zu regulierten Bedingungen eine Kupferleitung vom Hausanschluss des Endkunden bis zu ihrer nächsten lokalen Anschlusszentrale, ohne eigene Vermittlungsleistungen zu erbringen. Auch bei dieser Variante hat der jeweilige Fernmeldedienstleister ein eigenes Verbindungsnetz einschliesslich einer Anbindung an die Anschlusszentralen der Swisscom-Gruppe aufzubauen.

F.e Die Bereitstellungsprodukte BBCS, schneller Bitstrom und TAL sind jeweils Breitbandprodukte der Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe, die anderen Fernmeldedienstleistern als Vorprodukt für deren Breitbandprodukte im Einzelhandelsgeschäft dienen. Sie unterscheiden sich zum einen durch den Umfang der von der Swisscom erbrachten Übermittlungsleistungen. Aus dem unterschiedlichen Umfang an Leistungen ergibt sich auch ein abgestufter Preis, der von der Swisscom-Gruppe den anderen Fernmeldedienstleistern für die verschiedenen Produkte in Rechnung gestellt werden kann. Zum anderen bestehen technische Unterschiede des Leistungsinhalts. Schneller Bitstrom und TAL setzen aufgrund der gesetzlichen Vorgaben jeweils nur die Bereitstellung von Kupferleitungen voraus. Bei BBCS erfolgt die Leistungserbringung durch die Swisscom auch unter einem vermehrten Einsatz von Glasfaserkabeln. BBCS gewährleistet somit grundsätzlich die Möglichkeit von höheren Übertragungsrates als der schnelle Bitstrom und die TAL, deren Bandbreite durch die Fernmeldedienstleistervorordnung festgelegt wird (vgl. SV D.c).

F.f Die Bereitstellung von Breitbanddienstleistungen tritt unter Umständen neben die Bereitstellung von traditionellen Telefoniediensten durch die Swisscom-Gruppe, die gegenüber anderen Fernmeldedienstleistern als Interkonnektion im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG zu regulierten Bedingungen erfolgt. Ungeachtet dessen sind die Fernmeldedienstleister bereits im massgeblichen Zeitraum dazu übergegangen, Telefonie- und Breitbanddienstleistungen in kombinierten Angeboten, sog. Bündelangebote, gegenüber den Endkunden auf dem Einzelhandelsmarkt anzubieten (vgl. E. 547 ff.).

G. Geschehensablauf

G.a Die Swisscom-Gruppe offerierte das Grosshandelsprodukt BBCS gegenüber den Internetdienstleistern bis zum Jahr 2001 über den Geschäftsbereich Wholesale der Beschwerdeführerin 1, ab dem Jahr 2002 über den Geschäftsbereich Fixnet Wholesale Services der Beschwerdeführerin 2 und ab dem Jahr 2008 über die

Geschäftseinheit Wholesale des Geschäftsbereichs Netz und Informatik der Beschwerdeführerin 2.

G.b Das Grosshandelsprodukt BBCS wurde von der Swisscom-Gruppe zwischen den Jahren 2001 und 2008 in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten, d.h. der Möglichkeit zum Transfer von Datenmengen pro Zeiteinheit, gegenüber anderen Fernmeldediensteanbietern angeboten. Die Preisgestaltung für die einzelnen BBCS-Produkte ergab sich aus der sog. Access-Gebühr, d.h. einer monatlich fixen Gebühr in Abhängigkeit von der jeweiligen Bandbreite je bereitgestelltem BBCS-Anschluss, und einer sog. Connectivity-Gebühr, d.h. einer monatlich variablen Gebühr für die tatsächlich transferierte Menge an Daten je bereitgestelltem BBCS-Anschluss.

G.c Die Swisscom-Gruppe offerierte ihr xDSL-Angebot gegenüber ihren Endkunden ebenfalls in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten, wobei unterschiedliche xDSL-Produkte gegenüber Endverbrauchern und Geschäftskunden angeboten wurden. Für die unterschiedlichen xDSL-Angebote war in Abhängigkeit von der jeweils maximal möglichen Bandbreite ein anderer Preis zu bezahlen, wobei der Preis jeweils mit der Erhöhung der Bandbreite anstieg. Demgegenüber kam der unter einem Anschluss tatsächlich transferierten Datenmenge regelmässig keine Bedeutung für die Preisbildung zu.

G.d Die Swisscom-Gruppe nahm sowohl auf der Gross- als auch auf der Einzelhandelsstufe mehrere Bandbreitenerhöhungen von bestehenden Breitbandprodukten vor. Mit der Breitbänderhöhung waren teilweise auch eine Reduzierung des Preises für das jeweilige xDSL-Produkt auf Einzelhandelsstufe bzw. eine Reduzierung der Access-Gebühr für das korrespondierende BBCS-Produkt auf Grosshandelsstufe verbunden. Teilweise wurden auch neue Breitbandprodukte mit einer neuen Konfiguration an Bandbreiten eingefügt. Sowohl die Breitbänderhöhungen als auch die Einführung von neuen Breitbandprodukten erfolgten dabei auf der Gross- und Einzelhandelsstufe im Wesentlichen zum gleichen Zeitpunkt. Die Beschwerdeführerinnen bestätigen, dass die Anforderungen des xDSL-Einzelhandelsmarkts die Konfiguration des Grosshandelsprodukts BBCS massgeblich vorgibt.

G.e Ende 2006 wurde den Internetdiensteanbietern von der Swisscom-Gruppe ein sog. Wachstumsrabatt für das Jahr 2007 angeboten, der zu einem Nachlass auf den Preis für das BBCS in Abhängigkeit davon führen sollte, in welchem Ausmass der jeweilige Internetdiensteanbieter den Absatz seiner xDSL-Produkte auf der Einzelhandelsstufe steigern konnte. Aufgrund von dessen besonderer Ausgestaltung konnten nur sechs von zwanzig Internetdiensteanbietern diesen Wachstumsrabatt in Anspruch nehmen, wobei die Swisscom-Gruppe mit ihrem Einzelhandelsgeschäft der grösste Nutzniesser dieser Massnahme war. Der Wachstumsrabatt wurde von der Swisscom-Gruppe daraufhin wieder abgeschafft (vgl. E. 535 f.).

G.f Auf den 1. Januar 2008 hin senkte die Swisscom-Gruppe bei den BBCS-Produkten auf Grosshandelsstufe die Access-Gebühr für einen BBCS-Anschluss jeweils um 10 % und die Connectivity-Gebühr für das Datenvo-

lumen um 40 %. Damit lagen die Connectivity-Gebühren deutlich unter dem Preisniveau der Vorjahre.

H. Marktverhältnisse Einzelhandelsmarkt

Hinweis: alle im Urteil nachfolgend in geschwungenen Klammern aufgeführten Zahlen/Leerstellen bilden Geschäftsgeheimnisse der Parteien oder von Dritten.

H.a Breitbandinternet hat seit seiner Einführung um die Jahrtausendwende nicht nur in der Schweiz, sondern in vielen Industriestaaten eine rasante Entwicklung erfahren. Die höheren Datenübertragungsraten des Breitbandzugangs unterstützten dabei die vermehrte Nutzung des Internets, während umgekehrt die neuen (denkbaren) Nutzungsmöglichkeiten nach höheren Übertragungsraten des Breitbandzugangs verlangten. Der Markt für Breitbanddienstleistungen stellte in den Jahren 2001 bis 2007 einen Wachstumsmarkt dar, während ab dem Jahr 2008 eine gewisse Marktsättigung eintrat.

H.b Eine Beurteilung des Einzelhandelsmarkts ist auf eine angemessene Datenbasis über Marktanteile der jeweiligen Anbieter von Breitbanddienstleistungen abzustützen. Während für die Anfangsphase mangels Erhebung durch das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend auch: BAKOM) noch keine umfassenden Daten vorlagen, entwickelte sich bis zum Jahr 2007 eine genauere Datenbasis, auch wenn aufgrund wechselnder Erhebungsmethoden und Darstellungsparameter keine absolut exakten und vergleichbaren Daten verfügbar sind. Die nachfolgend aufgeführten Daten stammen aus der veröffentlichten Fernmeldestatistik des Bundesamts für Kommunikation (vgl. BAKOM, Amtliche Fernmeldestatistik 2010, Datenerfassung bei den Fernmeldediensteanbietern, zit. BAKOM 2010) sowie aus einer Befragung der Internetdiensteanbieter durch die Vorinstanz; letztere Angaben entsprechen im Wesentlichen den vom Bundesamt für Kommunikation ausgewiesenen Daten. Für die im vorliegenden Zusammenhang massgeblichen Zwecke sind die zur Verfügung stehenden Daten für eine Beurteilung der Verhältnisse auf dem Einzelhandelsmarkt ausreichend.

H.c In Bezug auf die Anzahl der vorhandenen Anschlüsse in der Schweiz bestehen unterschiedliche Ansichten zwischen den Parteien. Während die Vorinstanz aufgrund der amtlichen Fernmeldestatistik davon ausgeht, dass der Swisscom-Gruppe 4,82 Mio. von 7,45 Mio. verfügbaren Anschlüssen zuzurechnen sind, gehen die Beschwerdeführerinnen nur von einer Anzahl von {...} Mio. von insgesamt {...} Mio. Anschlüssen aus. Für die Relevanz dieser wesentlich geringen Anzahl an Anschlüssen machen sie verschiedene Umstände geltend. Durch die amtlichen Daten der Fernmeldestatistik lassen sich diese Umstände nicht aufklären (vgl. BAKOM 2010, 19 f., Tabellen IF1 und IF2). Allerdings ist eine genaue Abklärung dieser Divergenz im vorliegenden Fall auch nicht erforderlich. Angesichts der bei den Internetdiensteanbietern erhobenen Daten über die tatsächlich genutzten Breitbandanschlüsse und den hierzu verfügbaren amtlichen Daten der Fernmeldestatistik lassen sich eindeutige Ergebnisse ableiten, weshalb diese sachliche Differenz für das Ergebnis der Beurteilung letztlich unbeachtlich ist (vgl. E. 368).

H.d In Bezug auf die tatsächlich über Kabelmodem oder xDSL genutzten Breitbandanschlüsse ergibt sich auf-

grund der von der Vorinstanz bei den Internetdienstbietern abgefragten Daten und den verfügbaren amtlichen Daten (jeweils in Klammer, vgl. BAKOM 2010, 36, Tabelle SF7, Spalten Kabelmodem- und DSL-Anschlüsse) folgendes Bild: Zu Beginn des Jahres 2001 bestanden 52'545 (56'416) Breitbandanschlüsse. Seit Dezember 2001 wuchs die Anzahl an Anschlüssen von 145'843 (157'264) auf 448'033 (395'884) im Dezember 2002, auf 815'551 (738'874) im Dezember 2003, auf 1'269'039 (1'227'397) im Dezember 2004, auf 1'684'662 (1'624'217) im Dezember 2005, auf 2'041'102 (1'990'184) im Dezember 2006 und auf 2'326'137 (2'330'252) im Dezember 2007 an. Die Anzahl an Glasfaseranschlüssen war demgegenüber auch noch Ende 2007 mit 2'648 Anschlüssen vernachlässigbar gering.

H.e In Bezug auf die Marktanteile der wesentlichen Übermittlungstechniken ergab sich dabei eine deutliche

2001: 76% (Cablecom {...} %); 22% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2002: 60% (Cablecom {...} %); 40% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2003: 43% (Cablecom {...} %); 57% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2004: 38% (Cablecom {...} %); 62% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2005: 36% (Cablecom {...} %); 64% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2006: 32% (Cablecom {...} %); 68% (Swisscom {...} %); übrige {...} %);
 2007: 31% (Cablecom {...} %); 69% (Swisscom {...} %); übrige {...} %).

Verschiebung zwischen den Kabelnetz- und den xDSL-Anschlüssen. Anfang 2001 wiesen die Kabelnetze noch einen Marktanteil von 99 % auf, wobei der Marktanteil der Cablecom {...} % betrug, während den xDSL-Anschlüssen nur ein Marktanteil von 1 % zukam, wobei der Marktanteil der Swisscom geringer als {...} % war. In den folgenden Jahren bis zum Jahr 2007 erhöhte sich der Marktanteil der xDSL-Anschlüsse auf 69 % markant, wobei der Hauptanteil auf die Swisscom entfiel. Demgegenüber ging der Marktanteil der Kabelnetzbetreiber bis Ende 2007 kontinuierlich auf 31 % zurück, wobei die Cablecom mit deutlichem Abstand zu den übrigen Kabelnetzbetreibern den grössten Marktanteil innehatte. Die entsprechenden Zahlen lauten wie folgt (jeweils Stand Dezember eines Jahres, gerundet):

H.f Für April 2004 ergeben sich aufgrund der Angaben der Fernmeldedienstanbieter über die tatsächlich genutzte Anzahl an Breitbandanschlüssen im Detail fol-

gende Zahlen zu den Marktanteilen, aufgeschlüsselt nach Technologie und Anbietern:

Anbieter	Anzahl Anschlüsse	Marktanteil Breitbandmarkt - in % -	Anteil Technologie - in % -
xDSL GESAMT	598'333	60,34	100
Swisscom	{.....}	{.....}	{.....}
Sunrise	{.....}	{.....}	{.....}
Tele 2	{.....}	{.....}	{.....}
Green	{.....}	{.....}	{.....}
Andere xDSL	{.....}	{.....}	{.....}
KABEL GESAMT	393'333	39,66	100
Cablecom	{.....}	{.....}	{.....}
Andere Kabel	{.....}	{.....}	{.....}
TOTAL	991'666	100	

H.g Für Dezember 2007 ergeben sich aufgrund der Angaben der Fernmeldedienstanbieter über die tatsächlich

genutzte Anzahl an Breitbandanschlüssen im Detail folgende Zahlen zu den Marktanteilen, aufgeschlüsselt

nach Technologie und Anbietern, wobei diese Angaben durch die amtlichen Daten der Fernmeldestatistik bestä-

tigt werden (vgl. BAKOM 2010, 39, Tabelle SF8PM):

Anbieter	Anzahl Anschlüsse	Marktanteil - in % -	BAKOM 2010 - in % -	Anteil Technologie - in % -
xDSL GESAMT	1'615'737	69,5	1'664'835	100
Swisscom	{.....}	{.....}	49,3	{.....}
Sunrise	{.....}	{.....}	9,8	{.....}
Tele 2	{.....}	{.....}	3,6	{.....}
Green	{.....}	{.....}	1,5	{.....}
Andere DSL	{.....}	{.....}	k.A.	{.....}
KABEL GESAMT	710'400	30,5	665'417	100
Cablecom	{.....}	{.....}	19,3	{.....}
Andere Kabel	{.....}	{.....}	k.A.	{.....}
TOTAL	2'326'137	100	2'330'252	-

H.h Angesichts der vorstehend dargestellten Daten ist offensichtlich, dass sich die Swisscom-Gruppe seit ihrem Markteintritt in den folgenden Jahren von 2000 bis 2007 eine besondere Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen erarbeiten konnte. Dies verdeutlicht die Wachstumsrate für Breitbandanschlüsse von Endkunden der Beschwerdeführerin 2: 2002 - {...} %; 2003 - {...} %; 2004 - {...} %; 2005 - {...} %; 2006 - {...} %; 2007 - {...} %; 2008 - {...} %. Auch im massgeblichen Zeitraum in den Jahren 2004 bis 2007 hatte die Swisscom-Gruppe ihren Anteil am Gesamtbreitbandmarkt noch deutlich von rund {...} % im Jahr 2004 auf rund {...} % im Jahr 2007 gesteigert; der Anteil am drahtgebundenen Breitbandmarkt wurde ebenfalls deutlich von anfänglich rund {...} % auf rund {...} % gesteigert. Dadurch erlangte die Swisscom-Gruppe bis zum Jahr 2007 einen Marktanteil am gesamten Breitbandmarkt, der sogar wesentlich über dem gesamten Marktanteil aller Kabelnetzbetreiber lag. Auch im Verhältnis zu den anderen Anbietern drahtgebundener xDSL-Produkte hatte die Swisscom-Gruppe einen deutlich abgehobenen Marktanteil. Der Anteil des nächst grösseren Konkurrenten am gesamten Breitbandmarkt betrug im Jahr 2004 noch rund {...} % und damit weniger als zwei Drittel des Marktanteils der Swisscom-Gruppe; bis 2007 ging dieser sogar auf rund {...} % zurück und belief sich nicht einmal mehr auf die Hälfte des Anteils der Swisscom-Gruppe. Die übrigen Konkurrenten wiesen, unabhängig davon, ob sie draht- oder kabelgebundene Produkte vertrieben, noch geringere, zumeist relativ kleine Marktanteile auf. Die Swisscom-Gruppe hatte demzufolge im massgeblichen Zeitraum eine besonders starke Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen inne.

I. Marktverhältnisse Grosshandelsmarkt

I.a Ein marktfähiges, zumindest annähernd flächendeckendes Grosshandelsprodukt für Internetdiensteanbieter zur Weitergabe von Internetdienstleistungen an Endkunden wurde im Zeitraum zwischen den Jahren 2000 und 2007 nur von der Swisscom-Gruppe in Form des BBSC angeboten. Der Swisscom-Gruppe kam daher im massgeblichen Zeitraum eine ausschliessliche Stellung auf dem Grosshandelsmarkt zu.

I.b Gegenüber den anderen drahtgebundenen Internetdiensteanbietern war die Erbringung sonstiger Bereitstellungsprodukte von der Swisscom-Gruppe bis zum Jahr 2007 ausdrücklich abgelehnt und diese Ablehnung im Rahmen von mehreren Gerichtsverfahren erfolgreich verteidigt worden (vgl. SV E). Die Bereitstellungsprodukte schneller Bitstrom und TAL wurden von der Swisscom-Gruppe erst nach Änderung des Fernmeldegesetzes im Jahr 2007 aufgrund der dadurch statuierten gesetzlichen Verpflichtung an andere Fernmeldediensteanbieter abgegeben. Aufgrund der aus der Befragung der Fernmeldediensteanbieter stammenden Daten, welche durch die Daten der Fernmeldestatistik (BAKOM 2010, 23, Tabelle ARS 1A) bestätigt werden, lässt sich ableiten, dass infolge der Regulierung der Absatz des TAL zwischen Januar 2008 und April 2010 zunächst langsam und ab dem Jahr 2009 deutlich anstieg (1/2008: {...}/778; 7/2008: {...}; 1/2009: {...}/31'333; 7/2009: {...}; 1/2010: {...}/152'727; 4/2010: {...}), während die Anzahl der BBSC-Anschlüsse ab Mitte 2008 umgekehrt deutlich abnahm (1/2008: {...}; 7/2008: {...};

2002	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2003	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2004	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2005	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2006	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2007	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
Total	{.....}					{.....}

Das Einzelhandelsgeschäft mit den xDSL-Produkten war danach zu keinem Zeitpunkt profitabel. Vielmehr ergaben sich während der gesamten Dauer zwischen den Jahren 2001 und 2007 erhebliche jährliche Verluste.

bis 2007 bei einer Gegenüberstellung der Ergebnisse der Swisscom-Gruppe im Gross- und im Einzelhandelsgeschäft sowie in der Gesamtbetrachtung folgendes Bild (Beträge je in Tausend CHF):

J.c Auf der Grundlage der von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Daten ergibt sich für die Jahre 2000

Jahr	Jahres- ergebnis GH	Gesamt- ergebnis GH	Saldo JErg. GH & JErg. EH	Saldo Gesamt GH & EH	Gesamt- ergebnis EH	Jahres- ergebnis EH
2000	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2001	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2002	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2003	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2004	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2005	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2006	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}
2007	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}	{.....}

Aus dem Vergleich wird ersichtlich, dass im Einzelhandelsgeschäft keine positive Entwicklung stattfand, während im Grosshandelsgeschäft bereits nach der Hälfte der Zeit eine nachhaltige und beachtliche Gewinnmarge erzielt werden konnte. Ungeachtet des andauernd negativen Geschäftsergebnisses im Einzelhandelsgeschäft war das jährliche Gesamtergebnis des Breitbandgeschäfts der Swisscom-Gruppe bereits ab dem Jahr 2004 positiv. In den Jahren 2004 und 2005 konnten aufgrund des beachtlichen Gewinns im Grosshandelsgeschäft nicht nur sämtliche im Grosshandelsgeschäft in den Jahren 2000 bis 2002 aufgelaufenen Verluste, sondern darüber hinaus auch die gesamten, in den Jahren 2001 bis 2005 aufgelaufenen Verluste im Einzelhandelsgeschäft ausgeglichen werden. In den darauffolgenden Jahren 2006 und 2007 konnte das positive Ergebnis im Grosshandelsgeschäft trotz der weiterhin im Einzelhan-

delsgeschäft anfallenden Verluste nochmals deutlich gesteigert werden.

J.d Bei einer Gesamtbetrachtung stehen sich somit Gewinne auf der Grosshandelsstufe in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF und Verluste auf der Einzelhandelsstufe in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF gegenüber. Aus den beiden Geschäftsergebnissen ergibt sich ein tatsächlich realisierter Überschuss aus dem Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF, der von ihr vollständig über die Grosshandelsstufe vereinnahmt wurde.

K. Sonstige inländische Verfahren

K.a Breitbandprodukte der Swisscom-Gruppe bildeten bereits mehrfach den Gegenstand von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.

K.b ADSL I: Aufgrund von Beschwerden der Sunrise und anderen Unternehmen hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko-Sekretariat) am 6. Mai 2002 eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin 2 und die Bluewin AG eröffnet. Untersuchungsgegenstand bildete die Annahme, dass die Swisscom AG ihre Tochterfirma Bluewin AG zulasten der mit ihr konkurrierenden Internetdienstleister mittels eines Rabattschemas im Grosshandelsmarkt für BCS bevorzuge, wodurch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegeben sei. Gleichentags erliess die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen, welche die Beschwerdeführerin 2 verpflichtete, allen Internetdienstleistern die gleiche Rabattstufe wie der Bluewin AG einzuräumen. Gegen die im Dezember 2003 durch die Vorinstanz erlassene Verfügung (WEKO, 15.12.2003, Swisscom ADSL, Swisscom AG/Swisscom Fixnet AG, RPW 2004/2, 407, zit. ADSL I) legte die Beschwerdeführerin 2 im Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend auch: REKO/WEF bzw. Reko/Wef) ein und verlangte die Aufhebung dieser Verfügung. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hiess die Beschwerde im Juni 2005 durch Urteil (REKO/ WEF, 30.6.2005, FB/2004-2, Swisscom AG/Swisscom Fixnet AG gg. Weko, RPW 2005/3, 505, zit. ADSL I) gut und wies sie in der Sache zur Neu-beurteilung an die Vorinstanz zurück, weil diese den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt und insbesondere den Einfluss des nachgelagerten Markts auf den Grosshandelsmarkt nicht genügend untersucht habe. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2005 hob die Vorinstanz daraufhin ihre vorsorglichen Massnahmen auf. Am 7. Mai 2007 verfügte die Vorinstanz die Einstellung der Untersuchung ADSL I.

K.c Office Connex: Seit dem 1. August 2001 hatte die Swisscom Enterprise Solutions AG, eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin 1, gegenüber gewerblichen Endkunden das Produkt „Office Connex“ angeboten. Dabei handelte es sich um eine besondere Internetverbindungsleitung, die es den Anwendern ermöglichte, eigene, über die ganze Schweiz verteilte Standorte miteinander zu verbinden. Der Service basierte auf dem Internet-Protokoll und im Access-Bereich auf der DSL-Technik. Das Angebot umfasste asymmetrische Bandbreiten bis zu 3,5 Mbit/s und symmetrische Bandbreiten bis zu 512 kbit/s. Den anderen Internetdienstleistern offerierte die Swisscom-Gruppe für den Weiterverkauf an deren Endkunden (nur) das Grosshandelsprodukt BCS mit asymmetrischen Bandbreiten, welches von den Internetdienstleistern aus technischen Gründen nicht für die Bereitstellung eines gleichen Produkts wie das Office Connex verwendet werden konnte. Am 7. November 2001 hatte Sunrise von der Beschwerdeführerin 1 verlangt, dass ihr ein Grosshandelsangebot mit Bandbreiten von bis zu 3,5 Mbit/s asymmetrisch und 512 kbit/s symmetrisch unterbreitet werde. Nach weiteren Interventionen von Sunrise wurde ihr ab dem 15. November 2002 BCS mit Bandbreiten von 512 kbit/s symmetrisch und bis zu 2 Mbit/s asymmetrisch von der Swisscom-Gruppe zur Verfügung gestellt. Sunrise klagte in der Folge vor dem Handelsgericht Zürich auf Schadenersatz oder auf Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns gemäss Art. 12 KG für die Zeit vom 1. August 2001 bis 14. November 2002. Das Handelsge-

richt Zürich wies die Klage mit Urteil vom 3. Oktober 2006 ab. Die Berufung von Sunrise wurde vom Bundesgericht im Februar 2007 abgewiesen (BGer, 16.2.2007, 4C.404/2006, TDC Switzerland AG gg. Swisscom AG, zit. Office Connex). Zur Begründung führte das Bundesgericht aus, dass im fraglichen Zeitraum Sunrise kein Anspruch auf Interkonnektion zugestanden habe, weil ein solcher Anspruch ungeachtet der parallelen Anwendbarkeit von Kartellrecht und sektoriellem Telekommunikationsrecht nur gestützt auf eine genügend bestimmte, demokratisch erlassene Gesetzesbestimmung im formellen Sinn geltend gemacht werden könne. Diese gesetzliche Grundlage sei aber erst durch die Änderung des Fernmeldegesetzes vom 24. März 2006 mit Wirkung ab dem 1. April 2007 geschaffen worden. Da zum fraglichen Zeitpunkt keine fernmelderechtliche Pflicht von Swisscom zur Gewährung des verlangten Grosshandelsangebots bestanden habe, könne die Verweigerung einer Belieferung desselben nicht nach Art. 7 KG als unzulässiges Verhalten betrachtet werden.

K.d Talk & Surf: Am 29. Oktober 2003 eröffnete das WEKO-Sekretariat auf eine Anzeige von Sunrise hin eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG in Sachen Talk & Surf, einem von der Beschwerdeführerin 2 lancierten Bündelangebot, bestehend aus einem Telekommunikationsanschluss, breitbandigen Internetdienstleistungen und verschiedenen Sprachtelefonieleistungen, welches sich nur an Endkunden richtete und gegenüber Wiederverkäufern nicht abgegeben wurde. Im Rahmen der Vorabklärung wurde untersucht, ob unter den Tatbestandsvarianten einer Kosten-Preis-Schere, eines Koppelungsgeschäfts und der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG durch die Beschwerdeführerin 2 vorlag. Der Schlussbericht des WEKO-Sekretariats über die Vorabklärung vom Februar 2004 (WEKO-Sekretariat, 12.2.2004, Produktbündel „Talk & Surf“, Swisscom Fixnet AG, RPW 2004/2, 357, zit. Talk & Surf) kam zum Ergebnis, dass hinsichtlich einer Kosten-Preis-Schere und eines Koppelungsgeschäfts keine Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten vorgelegen hätten, während in Bezug auf die Geschäftsverweigerung die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 27 KG beschlossen wurde. Im Hinblick auf den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere wurde festgehalten, dass die Überprüfung auf einer summarischen Vergleichsbetrachtung der Grosshandelspreise für das Vorleistungsprodukt und den Endkundenpreisen für das Produkt Talk & Surf beruht habe, wobei die jeweiligen Preisvergleiche nur als „Annäherungen“ qualifiziert wurden (WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk & Surf, Ziff. 65, 67). Im Hinblick auf diesen Preisvergleich wurde festgehalten, dass „die Vorleistungspreise immer unter den Endkundenpreisen liegen und die zum Teil erhebliche Spanne zwischen diesen Preisen als genügend erscheint, damit ein effizientes Unternehmen im Markt verbleiben kann“ (WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk & Surf, Ziff. 67). Allerdings wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass angesichts des Charakters eines Vorverfahrens auf einen Vergleich der zusätzlich anfallenden Kosten mit der Marge zwischen Grosshandels- und Einzelhandelspreisen verzichtet worden sei (WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk & Surf, Ziff. 67). Im Rahmen des Abschlussberichts wur-

de unter Bezugnahme auf den Inhalt von einschlägigen Entscheiden in den USA (Alcoa; vgl. E. 389) und der Europäischen Union (Napier Brown; Industrie des poudres sphériques; Deutsche Telekom; vgl. SV L.b und E. 390 f.) die Entwicklung des Tatbestands der Kosten-Preis-Schere und deren wettbewerbswidrige Unzulässigkeit konzis dargestellt (WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk & Surf, Ziff. 58 f.). Dabei wies das Sekretariat ausdrücklich darauf hin, dass die Berücksichtigung der Entscheide innerhalb der Europäischen Union aufgrund der weitgehenden Identität von Art. 7 KG mit der entsprechenden europarechtlichen Vorschrift gerechtfertigt sei (WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk & Surf, Ziff. 60). Im Übrigen wurden zu den Aspekten des relevanten Markts und der Marktbeherrschung bereits die gleichen Feststellungen wie in der angefochtenen Verfügung getroffen.

K.e Marktzugang schneller Bitstrom: Mit Gesuch vom 10. April 2007 stellte Sunrise beim Bundesamt für Kommunikation zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission einen Antrag auf Erlass einer Verfügung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG, mit der ihr der Zugang zum Telefonnetz der Beschwerdeführerin 2 auf der Grundlage des schnellen Bitstroms in transparenter, nicht diskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren sei. Das Bundesamt für Kommunikation beauftragte die Vorinstanz mit einem Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin 2 hinsichtlich des Zugangs zum schnellen Bitstrom. Die Marktbeherrschung wurde in der Folge im Gutachten der Vorinstanz vom 3. September 2007 bejaht. Mit Teilverfügung vom 21. November 2007 entschied die Eidgenössische Kommunikationskommission, die Beschwerdeführerin 2 sei marktbeherrschend im Bereich des schnellen Bitstroms und habe folglich während vier Jahren den Zugang gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu gewähren. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 gegen diesen Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht im Februar 2009 vollumfänglich abgewiesen (BVGer, 19.2.2009, A-109/2008, Swisscom [Schweiz] AG gg. COMCOM, BVGE 2009/35, zit. Marktzugang schneller Bitstrom). Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei folgende Aspekte festgehalten: (i) Für die Feststellung des relevanten Markts müsse eine Differenzierung zwischen einerseits dem Einzelhandelsmarkt auf der Ebene der Endkunden von Breitbanddienstleistungen und andererseits dem Grosshandelsmarkt auf der Ebene von anderen Fernmeldedienstleistern vorgenommen werden (E. 8.4.2); (ii) vom Einzelhandelsmarkt als nachgelagertem Markt gehe keine disziplinierende Wirkung auf den Grosshandelsmarkt aus, weil weder die anderen Fernmeldedienstleister noch die Kabelnetzbetreiber über solche Gestaltungsmöglichkeiten verfügten, welche die Beschwerdeführerin 1 in ihrer Geschäftspolitik wesentlich einschränken würden (E. 10.4); (iii) Mobilbreitbanddienstleistungen würden aufgrund ihrer eingeschränkten Datenübertragungsraten kein Substitut zu drahtgebundenen Breitbandzugängen darstellen.

L. Sonstige ausländische Verfahren

L.a Die Konstellation einer Kosten-Preis-Schere war bereits mehrfach Gegenstand von wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union (insge-

samt nachfolgend: EU-Wettbewerbspraxis), die von der Kommission der Europäischen Union sowie dem Gericht der Europäischen Union (nachfolgend: Europäisches Gericht bzw. EuG) und dem Europäischen Gerichtshof (nachfolgend auch: EuGH) auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union (nachfolgend: EU-Wettbewerbsrecht), welches im Wesentlichen aus den Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und den hierzu ergangenen Ausführungserlassen sowie den Verlautbarungen der EU-Kommission besteht, getroffen wurden.

L.b Deutsche Telekom: Die Deutsche Telekom AG (nachfolgend: Telekom) ist die traditionelle Telekommunikationsgesellschaft in Deutschland. Sie betreibt das deutsche Telefonfestnetz. Vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verfügte sie über ein gesetzliches Monopol bei der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz an Endkunden. Seit Inkrafttreten des deutschen Telekommunikationsgesetzes am 1. August 1996 sind sowohl der Markt für die Infrastrukturbereitstellung als auch der Markt für die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland liberalisiert. Seither war die Telekom auf beiden Märkten einem unterschiedlich hohen Grad an Wettbewerb durch andere Betreiber ausgesetzt. Im Jahr 1999 begann die EU-Kommission aufgrund von eingegangenen Beschwerden konkurrierender Unternehmen eine Untersuchung, die im Jahr 2003 mit einer Entscheidung abgeschlossen wurde (EU-Kom, 21.5.2003, Comp/C1/37.451 und 37.578, 37.579, Deutsche Telekom AG, ABI. 2003 L 263/9, zit. Deutsche Telekom). Dabei wurde der Telekom eine missbräuchliche Preisgestaltung in Form der Kosten-Preis-Schere vorgeworfen, die sich aus einem Missverhältnis zwischen den Zwischenabnehmerentgelten für Vorleistungszugangsdienste und den Endkundenentgelten für Endkundenzugangsdienste ergebe. Dabei stellte die EU-Kommission fest: „Die [Telekom] hat seit 1998 gegen Art. 82 Bst. a EG-Vertrag verstossen, indem sie für den Zugang zum Ortsnetz von ihren Wettbewerbern und von ihren Endkunden unangemessene Monats- und Einmalentgelte erhoben und hierdurch den Wettbewerb auf dem Markt für den Zugang zum Ortsnetz erheblich behindert.“ Die Kommission legte gegen die Telekom wegen dieses Verstosses eine Geldbusse in der Höhe von 12,6 Mio. fest. Die Klage der Telekom auf Nichtigklärung der Kommissionsentscheidung wurde vom Europäischen Gericht im Jahr 2008 abgewiesen (EuG, 10.4.2008, T 271/03, Deutsche Telekom AG gg. EU-Kom, EU:T:2008:101, zit. Deutsche Telekom). Der Europäische Gerichtshof hat diesen Entscheid im Jahr 2010 bestätigt (EuGH, 14.10.2010, C-280/08 P, Deutsche Telekom AG gg. EU-Kom, EU:C:2010:603, zit. Deutsche Telekom).

L.c TeliaSonera: Das Unternehmen TeliaSonera, vormals Telia AB, ist die traditionelle schwedische Telefonfestnetzbetreiberin und war früher Inhaberin ausschliesslicher Rechte. Sie ist seit langem Eigentümerin eines Ortsanschlusnetzes auf Metallleitungsbasis, an das nahezu sämtliche schwedischen Haushalte angebunden sind. Sie ist insbesondere Eigentümerin des Teilnehmeranschlusnetzes, d.h. des Teils des Telefonnetzes, der die einzelnen Haushalte mit der nächsten Ortsver-

mittlungsstelle verbindet. TeliaSonera vermittelte anderen Telekommunikationsanbietern zwei Arten von Zugang zum Teilnehmeranschluss: Zum einen bot sie einen vollständig entbündelten Zugang gemäss der VO 2887/2000 Entbündelung an. Zum anderen bot sie - ohne hierzu aufgrund einer Regulierungsvorschrift verpflichtet zu sein - ein xDSL-Vorprodukt an, mit dem die anderen Telekommunikationsanbieter ebenfalls Endkunden Breitbandanschlüsse offerieren konnten. Gleichzeitig bot sie auch direkt Endkunden Breitbandanschlüsse an. Nach Ansicht der schwedischen Wettbewerbsbehörde missbrauchte TeliaSonera in der Zeit von April 2000 bis Januar 2003 ihre marktbeherrschende Stellung durch eine Preisgestaltung, bei der die Spanne zwischen dem Preis für xDSL-Vorprodukte und dem Endkundenpreis für die angebotenen Dienste nicht ausreichend gewesen sei, um ihre eigenen Kosten für die Erbringung dieser Dienste an die Endkunden zu decken. Deshalb erhob sie beim zuständigen Stockholmer Gericht Klage auf Verurteilung von TeliaSonera zur Zahlung einer Geldbusse wegen Verstosses gegen das nationale Wettbewerbsrecht in der Zeit von April 2000 bis Januar 2003 und gegen Art. 82 EGV in der Zeit von Januar 2001 bis Januar 2003. Aufgrund einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof im Jahr 2009 wurde von diesem im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens (EuGH, 17.2.2011, C-52/09, Konkurrensverket gg. TeliaSonera Sverige AB, EU:C:2011:83, zit. TeliaSonera) festgestellt, dass die Preispolitik eines vertikal integrierten Unternehmens in beherrschender Stellung auf dem Markt für Vorleistungen für den asymmetrischen digitalen Teilnehmeranschluss, bei der die Differenz zwischen den auf diesem Markt praktizierten Preisen und den auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste verlangten Preisen nicht ausreichte, um die spezifischen Kosten zu decken, die das Unternehmen für den Zugang zum letztgenannten Markt aufwenden müsse, ein Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV sein könne, sofern es keine objektive Rechtfertigung dafür gebe.

L.d Telefonica: Die spanische Telefónica SA ist die oberste Holdinggesellschaft der Telefónica-Gruppe (nachfolgend: Telefónica), des bis zur vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte im Jahr 1998 spanischen Staatsmonopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. Telefónica betreibt das einzige landesweite Netz für Festnetztelefonie. 2003 eröffnete die EU-Kommission auf eine Beschwerde der Wanadoo España SL (heute: France Telecom España SA) hin eine Untersuchung gegen Telefónica, ob in Spanien die Spanne zwischen den Grosskundenpreisen, welche die Tochtergesellschaften von Telefónica ihren Wettbewerbern für Grosskunden-Breitbandzugänge berechneten, und den Preisen, die Telefónica Endkunden in Rechnung stelle, nicht ausreichte, um den Wettbewerbern von Telefónica einen wirksamen Wettbewerb mit dieser zu ermöglichen. Im Juli 2007 erliess die EU-Kommission eine Entscheidung (EU-Kom, 4.7.2007, COMP/38.784, Wanadoo España gg. Telefónica, zit. Telefonica), nach der Telefónica zwischen September 2001 und Dezember 2006 wettbewerbswidrig gehandelt habe, indem sie unangemessene Tarife in der Form eines Missverhältnisses zwischen den Preisen für die Breitband-Zugangsdienste auf Grosskundenebene und denjenigen auf Endkundenebene angewendet habe. Dieses Verhal-

ten wurde mit einer Geldbusse in der Höhe von rund 152 Mio. sanktioniert. Der Entscheid wurde in den jeweiligen durch Telefónica angestregten Rechtsmittelverfahren sowohl durch das Europäische Gericht im Jahr 2012 (EuG, 29.3.2012, T-336/07, Telefónica SA/Telefónica de España SA gg. EU-Kom, EU:T:2012:172, zit. Telefonica) als auch durch den Europäischen Gerichtshof im Jahr 2014 (EuGH, 14.7.2014, C-295/12 P, Telefónica SA/Telefónica de España SA gg. EU-Kom, EU:C:2014:2062, zit. Telefonica) bestätigt.

M. Vorinstanzliches Verfahren

M.a Am 20. Oktober 2005 eröffnete das WEKO-Sekretariat eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen über ihre Preispolitik im Bereich der xDSL-Breitbanddienste unter dem Titel „Preispolitik Swisscom ADSL“.

M.b Anlass dieser Untersuchung waren Vorwürfe verschiedener Internetdienstanbieter, die Swisscom-Gruppe habe die Preise für das Grosshandelsprodukt BCS zu hoch angesetzt. Aufgrund der gleichzeitig tiefen Endkundenpreise verbleibe den Internetdienstanbietern keine genügende Marge, um ihre Breitbanddienste rentabel anbieten zu können. Dieser Umstand sei als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren.

M.c Im Juni 2006 sowie im September und Dezember 2007 führte das WEKO-Sekretariat zur Abklärung des Sachverhalts Befragungen bei verschiedenen Internetdienstanbietern und den Beschwerdeführerinnen durch. Im Rahmen der Amtshilfe wurde zudem das Bundesamt für Kommunikation als sektorspezifische Fachbehörde beigezogen. Im Laufe des Verfahrens wurden von Seiten der Vorinstanz mehrere Auskunftsbegehren mit verschiedenen Inhalten (Schreiben vom 19.6.2006, 7.9.2007, 24.9.2007, 13.12.2007) an die Beschwerdeführerinnen gerichtet, welche von diesen unter Einräumung verschiedener Fristverlängerungen jeweils fristgerecht und umfangreich (Schreiben vom 18.8.2006, 26.9.2007, 19.10.2007, 2.11.2007, 11.1.2008, 25.1.2008) beantwortet wurden (insgesamt nachfolgend: vorinstanzlicher Informationsaustausch). Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen ihrer Eingaben zur inhaltlichen Bestätigung ihres Vorbringens mehrere private Gutachten eingereicht; unter anderen ein Gutachten vom 30. September 2009 sowie ein Ergänzungsgutachten vom 23. November 2009 von Prof. Dr. Marcel A. Niggli und Prof. Dr. Christof Riedo zu einer Vielzahl von rechtlichen Aspekten, die insbesondere in Zusammenhang mit der strafrechtlichen Würdigung eines wettbewerbsrechtlichen Verhaltens stehen (insgesamt nachfolgend: Rechtsgutachten Niggli/Riedo), sowie ein Gutachten vom 10. Juni 2009 von Prof. Dr. Roland von Büren zu rechtlichen Aspekten des Tatbestands gemäss Art. 7 KG.

M.d Mit Schreiben vom 12. November 2008 unterbreitete das WEKO-Sekretariat den Beschwerdeführerinnen den Antrag der Verfügung zur Stellungnahme, welche von diesen am 26. März 2009 eingereicht wurde. Anlässlich einer Anhörung vom 22. Juni 2009 wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, Businesspläne zum Breitbandeinzelhandels-geschäft einzureichen. Dieser Aufforderung kamen sie mit Schreiben vom 1. Juli 2009 nach. Zudem verwiesen die Beschwerdefüh-

rerinnen diesbezüglich auf Daten, welche bereits im Rahmen des Verfahrens ADSL I (vgl. SV K.b) erhoben worden waren, und genehmigten deren Verwendung auch im vorinstanzlichen Verfahren.

N. Verfügung der Vorinstanz

N.a Die Vorinstanz stellte mit der angefochtenen Verfügung fest, dass die Beschwerdeführerinnen auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternet über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (Dispositiv Ziff. 1) und diese missbrauchen würden, indem sie mit ihrer Preispolitik ein Missverhältnis von Vorleistungs- und Endkundenpreisen herbeigeführt hätten (Dispositiv Ziff. 2). Sie sprachen daher gegen die Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung eine Belastung in der Höhe von 219'861'720.- CHF aus (Dispositiv Ziff. 3). Zudem wurde den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung Verfahrenskosten in der Höhe von 349'321.- CHF auferlegt (Dispositiv Ziff. 4). Darüber hinaus wurde die Rechtsmittelbelehrung gegenüber den Beschwerdeführerinnen in das Dispositiv aufgenommen (Dispositiv Ziff. 5).

N.b Inhaltlich lässt sich die angefochtene Verfügung folgendermassen zusammenfassen: Die Beschwerdeführerinnen hätten durch die Preisgestaltung der von ihr auf den Gross- und Einzelhandelsmärkten vertriebenen Breitbandprodukte den anerkannten und rechtlich durch Art. 7 KG ausreichend bestimmten Tatbestand einer sog. Kosten-Preis-Schere verwirklicht. Die hohen Preise für das von ihnen auf dem Grosshandelsmarkt vertriebene Vorprodukt BBCS würden keine ausreichenden Margen für die anderen Internetdienstanbieter beim Weiterverkauf von Breitbandinternet an Endkunden zulassen, wodurch die übrigen Internetdienstanbieter gegenüber der gruppeneigenen Vertriebseinheit für Breitbandprodukte auf Einzelhandelsstufe benachteiligt würden. Letztere könne die entstehenden Verluste verkraften, weil diese innerhalb der Swisscom-Gruppe von den hohen Gewinnen aus dem Verkauf des Grosshandelsprodukts mehr als kompensiert würden. Sachliche Rechtfertigungsgründe für das Verhalten der Beschwerdeführerinnen lägen keine vor. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihr missbräuchliches Verhalten erkennen können, weshalb ihr dieses auch vorwerfbar sei. Es rechtfertige sich deshalb, die Beschwerdeführerinnen heranzuziehen und zu sanktionieren. Die Höhe der Sanktion sei verhältnismässig.

N.c Gegenüber den Argumentationen der Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren bringt die Vorinstanz diejenigen Gründe vor, die im Wesentlichen bereits zur Begründung der vorinstanzlichen Verfügung angeführt wurden, und die jeweils nachfolgend im Rahmen der Erwägungsgründe zu den einzelnen formellen und materiellen Rechtsaspekten dargestellt werden, soweit eine eingehende Darstellung angesichts der jeweiligen sachlichen Würdigung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht entbehrlich ist.

O. Inhalt der Beschwerde

O.a Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 7. Dezember 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem später angepassten

Begehren, die angefochtene Verfügung sei unter Kostenfolge aufzuheben.

O.b Mit der Beschwerde werden eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, die Verletzung von Bundesrecht sowie die Unangemessenheit gemäss Art. 49 VwVG gerügt. Dabei werden von den Beschwerdeführerinnen in umfassender Weise eine Vielzahl von Rügen wegen formeller und materieller Rechtsverletzungen hinsichtlich nahezu sämtlicher Rechtsaspekte, die im Rahmen eines kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens Bedeutung erlangen könnten, vorgebracht.

O.c Von zentraler Bedeutung ist dabei die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, dass es sich bei einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG um eine strafrechtliche Massnahme handle, weshalb sowohl im Hinblick auf die Zuständigkeiten und die Anforderungen an das zu beachtende Verfahren ausschliesslich strafrechtliche Grundsätze zur Anwendung gelangen müssten. Demzufolge werden die Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für das Beschwerdeverfahren, die Unzulässigkeit einer Sanktionierung durch die Vorinstanz mangels deren Ausgestaltung als unabhängiges Gericht, die fehlende Belehrung der betroffenen Unternehmen im Rahmen der Informationsbeschaffung und damit ein Verstoss gegen den nemo tenetur-Grundsatz, die unzureichende Bestimmtheit sowohl des gesetzlichen Tatbestands von Art. 7 KG als auch von dessen Rechtsfolgen sowie die fehlerhafte Berücksichtigung der notwendigen Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und dessen Nachweis geltend gemacht.

O.d In Bezug auf formelle Rechtsaspekte werden die fehlende Berücksichtigung des Einflusses der fernmelderechtlichen Regelungen, eine fehlerhafte Berücksichtigung des zeitlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes, die fehlerhafte Heranziehung der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin, eine Berücksichtigung der EU-Wettbewerbspraxis als ausländisches Recht, eine generell unzureichende Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht sowie jeweils diverse Verstösse gegen den Untersuchungsgrundsatz, den Anspruch auf rechtliches Gehör und das Vertrauensprinzip durch die Vorinstanz und eine Verletzung des Anspruchs auf eine fristgemässe Beurteilung gerügt. Weiterhin wird die isolierte Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen im Dispositiv der vorinstanzlichen Verfügung als unzulässig qualifiziert.

O.e In Bezug auf materielle Rechtsaspekte werden eine fehlerhafte Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Markts einschliesslich unzureichender Marktbeobachtungen, eine grundsätzlich unzureichende Berücksichtigung der notwendigen Anforderungen an die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung einschliesslich einer unzulässigen Berücksichtigung von anderen Verfahren sowie die fehlerhafte Feststellung der Marktbeherrschung durch die Swisscom-Gruppe einschliesslich einer unzureichenden Berücksichtigung des aktuellen Wettbewerbs und des Einflusses von zusammenhängenden Märkten gerügt. Des Weiteren werden gerügt die fehlende Schädlichkeit von Kosten-Preis-Scheren und die dadurch nicht gegebene wettbewerbs-

rechtliche Tatbestandsmässigkeit, eine fehlende bzw. fehlerhaft angewendete Prüfungsmethodik für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, das Fehlen einer Diskriminierung von Seiten der Swisscom-Gruppe, die fehlende Berücksichtigung des sachlichen Vorrangs der fermelderechtlichen Regelungen, das Fehlen einer Motivation und Intention auf Seiten der Swisscom-Gruppe zur Durchführung einer Kosten-Preis-Schere, der unzureichende Nachweis des konkreten Vorliegens einer Kosten-Preis-Schere einschliesslich einer fehlerhaften Berücksichtigung von Akquisitionskosten, Amortisationsberechnungen, eines individuellen Rabattschemas und der auf dem Markt angebotenen Bündelangebote. Zudem werden die fehlende Kausalität des Verhaltens sowie die Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründen bemängelt.

O.f In Bezug auf die Sanktionierung werden die Unverhältnismässigkeit der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen sowie eine unrichtige Bestimmung der konkreten Sanktion durch die Vorinstanz gerügt. Damit einher geht die Geltendmachung eines Kostenentschädigungsanspruchs.

O.g Im Einzelnen bringen die Beschwerdeführerinnen die Argumentationen vor, welche nachfolgend jeweils im Rahmen der Erwägungsgründe zu den einzelnen formellen und materiellen Rechtsaspekten dargestellt werden.

P. Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

P.a Auf Antrag der Beschwerdeführerinnen sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Verfahren mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2010 bis zur Eröffnung seines Entscheids in Sachen Terminierung Mobilfunk (BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom AG gg. Weko, BVGE 2011/32 und RPW 2010/2, 440, zit. Terminierung Mobilfunk). Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2010 hob es die Sistierung aufgrund des den Parteien am 8. März 2010 eröffneten Urteils in dieser Sache auf und gab den Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit, die Beschwerde vom 7. Dezember 2009 bis zum 19. April 2010 anzupassen und zu ergänzen.

P.b Ende April 2010 wurde vom Bundesverwaltungsgericht das Urteil in Sachen Publigroupe (BVGer, 27.4.2010, B-2977/2007, Publigroupe SA ua. gg. Weko, RPW 2010/2, 329, zit. Publigroupe) bekannt gegeben, dessen Erwägungen auch für das vorliegende Verfahren wesentliche Bedeutung aufweisen.

P.c Nach zweimaliger Fristerstreckung reichten die Beschwerdeführerinnen mit Schriftsatz vom 31. Mai 2010 ihre im Hinblick auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk und Publigroupe ergänzte Beschwerde ein. Inhaltlich hielten sie ungeachtet des Inhalts dieser Urteile an ihren bisherigen Rechtspositionen fest.

P.d Mit Vernehmlassung vom 5. August 2010 nahm die Vorinstanz zur ergänzten Beschwerde der Beschwerdeführerinnen Stellung. Dabei hielt die Vorinstanz an ihren in der angefochtenen Verfügung eingenommenen Rechtspositionen mit ergänzenden Argumentationen und unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Publigroupe fest.

P.e Mit Zwischenverfügung vom 12. August 2010 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Verfahren bis zur Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts über die jeweiligen Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk und Publigroupe, weil sich die Parteien in jeweils unterschiedlicher Weise auf die rechtlichen Erwägungen dieser Urteile abstützen.

P.f Mit Zwischenverfügung vom 5. Februar 2013 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Urteile des Bundesgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk (BVGer, 11.4.2011, 2C_343/2010, Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gg. Swisscom [Schweiz] AG und 2C_344/2010, Swisscom [Schweiz] AG gg. Weko, BGE 137 II 199 und RPW 2011/3, 440, zit. Terminierung Mobilfunk) und in Sachen Publigroupe (BVGer, 29.6.2012, 2C_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, BGE 139 I 72 und RPW 2013/1, 114, zit. Publigroupe) nach deren Veröffentlichung auf. Gleichzeitig wurden die Parteien aufgefordert, Stellung zu nehmen, ob unter Berücksichtigung des Inhalts dieser beiden Urteile - insbesondere im Hinblick auf die Einschätzung des massgeblichen strafrechtsähnlichen Charakters der Sanktionen - Anlass zu einer Wiedererwägung der vorinstanzlichen Verfügung und einer vergleichweisen Erledigung der streitigen Angelegenheit bestehe.

P.g Mit Schreiben vom 4. März 2013 teilte die Vorinstanz mit, dass sie auch unter Berücksichtigung des Bundesgerichtsurteils in Sachen Publigroupe keinen Grund für eine Wiedererwägung der vorinstanzlichen Verfügung sehe. Mit Schreiben vom 7. März 2013 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie auch unter Berücksichtigung der Bundesgerichtsurteile in Sachen Terminierung Mobilfunk und Publigroupe an ihren Rechtspositionen festhalten würden und kein Anlass zu einer vergleichweisen Erledigung der Angelegenheit bestehe.

P.h Mit Schriftsatz vom 29. April 2013 nahmen die Beschwerdeführerinnen zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung.

P.i Am 19. September 2013 wurde durch das Bundesverwaltungsgericht eine Instruktionsverhandlung durchgeführt, woraufhin mit Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2013 den Parteien ein Fragenkatalog zur Beantwortung gestellt wurde. Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2013 wurde der Fragenkatalog von der Vorinstanz fristgerecht beantwortet. Von den Beschwerdeführerinnen wurde der Fragenkatalog nach einmaliger Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 24. Januar 2014 beantwortet.

P.j Mit Zwischenverfügung vom 6. August 2014 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Beantwortung des Fragenkatalogs der jeweiligen Gegenpartei sowie abschliessend zum vorliegenden Verfahren Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz hat ihre abschliessende Stellungnahme vom 29. September 2014 fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerinnen haben nach einmaliger Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2014 abschliessend Stellung genommen.

P.k Mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht die Parteien zur Stellungnahme aufgefordert.

lungnahme in Bezug auf die Ermittlung des mutmasslichen Gewinns aufgefordert. Die Parteien haben ihre Stellungnahmen fristgerecht am 31. Januar 2015 bzw. am 9. März 2015 eingereicht. Mit Schreiben vom 11. Juni 2015, welches mit Schreiben vom 2. Juni 2015 angekündigt worden war, haben die Beschwerdeführerinnen nochmals eine Replik zur Stellungnahme der Vorinstanz eingereicht. Mit Verfügung vom 23. Juni 2015 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz die Replik zur Kenntnissnahme zu.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. Prozessvoraussetzungen

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen gemäss Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. die ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

1) Sachliche Zuständigkeit

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

3. Die Vorinstanz ist aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 und 19 KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.01) als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu qualifizieren. Sie stellt somit eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar.

4. Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten Anordnungen von Behörden, welche gestützt auf öffentliches Recht des Bundes entweder gegenüber dem Verfügungsadressaten dessen Rechte und Pflichten begründen, inhaltlich bestimmen, ändern, aufheben oder feststellen oder ein entsprechendes Begehren des Verfügungsadressaten abweisen oder darauf nicht eintreten.

5. Die Vorinstanz hat mit ihrer Verfügung vom 19. Oktober 2009 (vgl. SV N) gegenüber den Beschwerdeführerinnen festgestellt, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten als kartellrechtswidrig zu beurteilen sei und infolge dessen eine Sanktion ausgesprochen. Dadurch wurden die geschäftlichen Handlungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerinnen eingeschränkt und es wurden ihnen entsprechende Rechte und Pflichten vorgegeben. Aufgrund der Sanktionierung wurden sie zudem zur Erfüllung einer Leistung verpflichtet.

6. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

7. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist deshalb gegeben.

2) Beschwerdefähigkeit und Beschwerdelegitimation

8. Die Beschwerdefähigkeit setzt gemäss Art. 6 VwVG voraus, dass die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit der Beschwerdeführer gegeben ist. Parteifähigkeit setzt zivilrechtliche Rechtsfähigkeit, Prozess- und Postulationsfähigkeit setzen die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit voraus (vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, zit. Verwaltungsrecht, Rn. 1768 f.; HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsprozesses im Bund, 2000, zit. Beteiligte, Rn. 469 ff.; HÄNER ISABELLE, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, zit. VwVG, Art. 6 Rn. 1, Art. 48 Rn. 5; KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, zit. Verfahrensrecht, § 4 Rn. 541 f., 551 f., 585 f.; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, Rn. 444 f., 934 ff.; MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2009, zit. VwVG, Art. 6 Rn. 12 ff.; RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, zit. Prozessrecht, Rn. 862 ff.; SCHOTT MARKUS, Rechtsschutz, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, zit. FHB-VerwR, Rn. 24.17 ff.; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2011, zit. droit administratif, Rn. 1487 ff.; THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, 2013, zit. Verfahrensgrundrechte, Rn. 368 Fn. 1182).

9. Die Beschwerdeführerinnen sind im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaften und damit als juristische Personen des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig. Dies gilt auch für die Beschwerdeführerin 1, ungeachtet dessen, dass sie eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft als Mehrheitsgesellschafterin ist.

10. Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 VwVG voraus, dass entweder (i) ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat bzw. ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und er ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat, oder (ii) dass ein Bundesgesetz dem Beschwerdeführer dieses Recht ausdrücklich einräumt (vgl. MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, zit. Prozessieren, Rn. 2.60 f.).

11. Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Als Verfügungsadressaten, deren Anträge im vo-

rinstanzlichen Verfahren zumindest teilweise abgelehnt wurden, werden sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Aufgrund des Inhalts der vorinstanzlichen Verfügung, insbesondere der Untersagung eines bestimmten geschäftlichen Verhaltens und den hierfür ausgesprochenen Sanktionen, ergibt sich ein wirtschaftlicher und ideeller Nachteil, der bei einer Gutheissung der Beschwerde ohne weitere Verfügung wieder beseitigt würde, weshalb den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung zukommt. Dieses Interesse entfällt auch nicht deshalb, weil die Beschwerdeführerinnen das in Frage stehende geschäftliche Verhalten bereits seit Januar 2008 wieder aufgegeben haben. Denn der rechtlichen Beurteilung dieses geschäftlichen Verhaltens kommt grundsätzliche Bedeutung zu, weil im Falle der Gutheissung der Beschwerde eine Wiederaufnahme durch die Beschwerdeführerinnen nicht ausgeschlossen werden kann.

12. Die Beschwerdeführerinnen sind demnach zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde befähigt und berechtigt.

3) Sonstige Verfahrensvoraussetzungen

13. Die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist und die gemäss Art. 52 VwVG notwendige Form der Beschwerde wurden gewahrt. Die Beschwerdeführerinnen machen im Rahmen ihrer Beschwerde verschiedene in Art. 49 VwVG aufgeführte Rügen geltend. Aufgrund des Fehlens eines Vertretungszwangs im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind die Beschwerdeführerinnen angesichts ihrer Prozessfähigkeit zur eigenen Verfahrensführung berechtigt. Der gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG erforderliche Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt.

14. Die sonstigen Verfahrensvoraussetzungen sind somit gegeben.

15. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

II. Rechtliche Grundlage der vorinstanzlichen Verfügung

16. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen aufgrund des im vorliegenden Verfahren massgeblichen Sachverhalts wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Sanktionsbetrag belastet.

17. Gegenstand dieses Urteils ist nach Feststellung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (vgl. Abschnitt III) sowie der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens (vgl. Abschnitt IV) somit zunächst die Frage, ob die Preisgestaltung der Swisscom-Gruppe für Breitbanddienstleistungen auf dem Grosshandelsmarkt einerseits und dem Einzelhandelsmarkt andererseits eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG darstellt, weil (i) die Swisscom-Gruppe auf dem relevanten Markt (vgl. Abschnitt V) als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (vgl. Abschnitt VI), und (ii) sie mit der Preisdifferenzierung ihre Stellung auf dem Markt missbraucht hat, indem sie andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachtei-

ligt hat (vgl. Abschnitt VII). Überdies ist zu prüfen, ob (i) die ausgesprochene Sanktion rechtlich zulässig und sachlich angemessen ist (vgl. Abschnitt VIII) und (ii) die Kostenentscheidung des vorinstanzlichen Verfahrens angesichts der rechtlichen Ergebnisse sachlich vertretbar ist (vgl. Abschnitt IX).

III. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

18. Massgebend für die Beurteilung der streitigen Angelegenheit ist das Kartellgesetz.

1) Allgemeine Aspekte

19. Im Rahmen einer Prüfung der Geltungs- und Anwendungsvoraussetzungen des Kartellgesetzes ist die Absicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen, mit der weiten Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen eine möglichst umfassende Anwendung des Kartellgesetzes sicherzustellen, um dadurch einen einheitlichen Prüfungsrahmen zur Feststellung von Beschränkungen des Wettbewerbs durch alle tatsächlichen Marktteilnehmer und alle Formen an wirtschaftlichen Verhaltensweisen zur Verfügung zu stellen (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, zit. Botschaft KG 1995, 533).

20. Die Wettbewerbsbehörde kann im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (vgl. HAEFFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 368; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 448 ff.; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, zit. Verwaltungsrecht, Rn. 19.1, 19.24). Das Kartellgesetz statuiert die verfahrensrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden zum einen in Gestalt von generellen Marktbeobachtungen gemäss Art. 45 KG sowie zum anderen in der Form von auf bestimmte Vorgänge ausgerichteten Abklärungen gemäss Art. 26 KG und Untersuchungen gemäss Art. 27 KG.

21. Angesichts der gesetzgeberischen Intention einer möglichst umfassenden Anwendung des Kartellgesetzes sind für die Einleitung und Durchführung einer Überprüfung auf Seiten der Wettbewerbsbehörde bereits einfache Hinweise auf ein möglicherweise bestehendes wettbewerbswidriges Verhalten anhand einer kursorischen Beurteilung der jeweils vorliegenden Informationen, Indizien und Vermutungen ausreichend. Es bedarf hierzu weder einer Gewissheit noch einer bestimmten Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Vorliegens eines konkreten Tatbestands oder eines bestimmten Ausmasses der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Denn die detaillierte Abklärung der notwendigen Voraussetzungen zur Verwirklichung eines konkreten Tatbestands einschliesslich des Ausmasses der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung ist gerade Gegenstand eines Kartellverfahrens, weshalb eine entsprechende verbindliche Kenntnis auf Seiten der Wettbewerbsbehörde vor dessen Durchführung regelmässig gar nicht vorhanden sein kann. Demzufolge weisen insbesondere die sachlichen und räumlichen Anwendungsvoraussetzungen keine stillschweigenden Aufgreifschwelen in Form von besonderen Spürbarkeits-

oder Erheblichkeitskriterien auf (vgl. Botschaft KG 1995, 533: „Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt indessen noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. [...] Für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines unternehmerischen Verhaltens sollen nicht irgendwelche formellen Geltungsbereichskriterien, sondern allein die materiellen Gesichtspunkte des Gesetzes entscheidend sein.“). Zudem bildet die Evaluation des tatsächlichen Ausmasses einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits einen Bestandteil der materiellen wettbewerbsrechtlichen Prüfung, weshalb ihre Durchführung vorgängig zu einer Anwendung des Kartellgesetzes bereits sachlogisch ausgeschlossen ist. Im Übrigen besteht auch kein sachlicher Grund für die Statuierung entsprechender Kriterien als Voraussetzung einer Anwendung des Kartellgesetzes, weil die Verfolgung eines wettbewerbsrechtlich offensichtlich nicht tatbestandsmässigen wirtschaftlichen Verhaltens durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund ihrer Bindung sowohl an das Legalitätsprinzip als auch an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht zu befürchten ist und von dritter Seite auch nicht erzwungen werden kann. Für die Wettbewerbsbehörden ist damit lediglich die Vornahme von - quasi prophylaktischen - Untersuchungen gegenüber einem bestimmten Unternehmen ohne jegliche Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten und ohne negative wettbewerbsliche Folgen eines noch festzustellenden konkreten Verhaltens ausgeschlossen.

22. Dieses Ergebnis gilt entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass im Rahmen des EU-Wettbewerbsrechts mit dem Merkmal der Spürbarkeit ein qualitatives Kriterium als Voraussetzung seiner Anwendung zum einen formell in Bezug auf die in Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABl. 2012 C 326/47 in konsolidierter Fassung) enthaltende Zwischenstaatlichkeitsklausel (vgl. Leitlinien der EU-Kommission vom 27.4.2004 über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 101 und 102 AEUV, ABl. 2004 C 101/81) und zum anderen materiell hinsichtlich der Bedeutung einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede vorgesehen wird (vgl. Bekanntmachung der EU-Kommission vom 22.12.2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag nicht spürbar beschränken [de minimis], ABl. 2001 C 368/13).

23. Zum einen hat sich das EU-Recht unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips auf die Verfolgung von denjenigen Verhaltensweisen zu beschränken, die auch einen merklichen Einfluss auf den gemeinsamen Binnenmarkt ausüben; andere Verhaltensweisen, welche diese Bedeutung nicht erlangen, sind durch die nationalen Wettbewerbsbehörden aufgrund des jeweiligen nationalen Wettbewerbsrechts zu beurteilen. Daher bedarf es im EU-Binnenmarkt eines zusätzlichen Abgrenzungsmerkmals, um die Zuordnung zwischen europäischer und nationaler Ebene sicherzustellen, welches sich im Tatbestandsmerkmal des Handels zwischen den Mitgliedstaaten manifestiert (vgl. EuGH, 31.5.1979, 22/78, Hugin Kassaregister AB u.a. gg. EU-Kom, EU:C:1979:138, Ziff. 24 f.; EuG, 14.12.2006, T-259/02 bis T-269/02, Raiffei-

sen Zentralbank Österreich AG u.a. gg. EU-Kom, EU:T:2006:396, Rn. 162; EU-Kom, 19.12.1984, IV/29.925, Zellstoff, ABl. 1985 L 85/1, 24; HENGST DANIELA, in: Langen/Bunte [Hrsg.], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. II, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, zit. LB-EuKR, Rn. 288 f.). Dieser Funktion bedarf es in Bezug auf die Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes jedoch von vornherein nicht, weil es sich beim schweizerischen Verfahren nicht um die Frage der Zugehörigkeit zu einem übergeordneten, sondern ausschliesslich um die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts handelt.

24. Zum anderen werden im EU-Wettbewerbsrecht Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die von Unternehmen unterhalb einer minimalen Bedeutungsschwelle vorgenommen werden, von der Anwendung des generellen Verbots von Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen. Allerdings gilt diese Ausnahme wiederum nicht für schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die ungeachtet dieser Bedeutungsschwelle zu verfolgen sind (vgl. HENGST, LB-EUKR, ART. 101 RN. 243 FF.; KLOTZ ROBERT, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 713; MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/SCHWEITZER HEIKE, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, zit. EU-WBR, § 11 Rn. 74 ff.). Demgegenüber besteht in der Schweiz ein anderer systematischer Ansatz. Danach erfassen die kartellrechtlichen Tatbestände von vornherein nur diejenigen Sachverhalte, welche die jeweils vorgesehene Bedeutung aufweisen. Einschlägig hierfür sind die Merkmale der Erheblichkeit in Art. 5 KG und der Marktbeherrschung in Art. 7 KG sowie besondere Unternehmenskennzahlen in Art. 9 KG.

25. Ein Verweis auf das EU-Wettbewerbsrecht zur Begründung einer zwingenden Berücksichtigung von qualitativen Kriterien im Rahmen der allgemeinen Anwendungsvorschriften des Kartellgesetzes ist demzufolge sachlich nicht gerechtfertigt und auch im Rahmen einer vergleichenden Interpretation von Anwendungsvorschriften in der Regel nicht vorzunehmen.

2) Persönlicher Anwendungsbereich

26. Das Kartellgesetz findet gemäss dessen Art. 2 Abs. 1 auf "Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts" Anwendung. Als massgebliches Kartellrechtssubjekt wird somit ausdrücklich das "Unternehmen" statuiert (vgl. LEHNE JENS, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. BSK-KG, Art. 2 Rn. 7 ff.; MARTENET VINCENT/KILLIAS PIERRE-ALAIN, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 20 f.).

27. Das schweizerische Recht kennt weder eine allgemeingültige Definition noch eine allgemeine inhaltliche Umschreibung des Begriffs „Unternehmen“, die für eine kartellrechtliche Beurteilung des persönlichen Anwendungsbereichs zu berücksichtigen wäre bzw. herangezogen werden könnte. Vielmehr statuiert Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine eigenständige Regelung zur Qualifizierung des Kartellrechtssubjekts, deren Inhalt und Anwendung an Sinn und Zweck des Kartellrechts auszurichten sind (vgl. BORER JÜRIG, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, zit. KG, Art. 2 Rn. 3 ff.; CANDREIA PHILIPP, Konzer-

ne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, zit. Konzerne, Rn. 124 ff.; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 7). Danach gelten als Unternehmen „sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform“. Der funktionale Ansatz und die weite sprachliche Fassung der gesetzlichen Regelung machen deutlich, dass dadurch alle denkbaren Organisationseinheiten erfasst werden sollen, deren wirtschaftliche Verhaltensweisen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen könnten (vgl. BOTSCHAFT KG 1995, 533; BORER, KG, Art. 2 Rn. 3 ff.; VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, zit. WBR, Rn. 1244; KRAUSKOPF PATRICK/HENKEL SOPHIE, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, in: sic! 2006, 740; zit. Unternehmensbegriff, 743; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. WBR, Rn. 570; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 22; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, zit. FHB-WBR, Rn. 1.51; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, zit. Kartellrecht, Rn. 254; ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz, 2004, zit. KG, Art. 2 Rn. 1). Der vorbehaltlose Verweis in Art. 2 Abs. 1 KG auf die privater oder öffentlich-rechtliche Rechtsnatur eines Unternehmens stellt zudem sicher, dass nicht nur die wirtschaftlichen Verhaltensweisen von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts, sondern auch öffentlich-rechtliche und gemischt-wirtschaftliche Verwaltungseinheiten dem Geltungsbereich des Kartellrechts unterstellt sind (vgl. BORER, KG, Art. 2 Rn. 4 f.; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 13; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 36 ff., 47; RUBIN BERNHARD/COURVOISIER MATTHIAS, in: Kartellgesetz, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2007, zit. SHK-KG, Art. 2 Rn. 3 ff.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 1.57). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind daher alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 14 ff.; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 24, 28 f.; RUBIN/COURVOISIER, SHK-KG, Art. 2 Rn. 5; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 1.58).

28. Zur Beurteilung des Kartellrechtssubjekts stützt sich das Kartellgesetz demnach auf eine eigenständige funktionale Betrachtungsweise ab, die weder an besondere formale Aspekte des Auftretens im Wirtschaftsverkehr noch an bestehende, durch andere Rechtsvorschriften vorgegebene Rechts- oder Organisationsformen anknüpft. Das Kartellgesetz hat somit eine eigenständige Subjektstruktur geschaffen, welche sich nicht an den vorgegebenen Strukturen des Gesellschafts- oder Personenrechts orientiert, sondern bewusst über diese hinausgeht.

29. Bei Konzernverhältnissen stellt eine einzelne Gruppengesellschaft, auch wenn in deren Geschäftsbereich das wettbewerbswidrige Verhalten ausgeübt wurde, mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Allerdings wird auch die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, nicht als massgebliches kartell-

rechtliches Unternehmenssubjekt qualifiziert. Vielmehr bildet nach nahezu übereinstimmender Ansicht in Praxis und Literatur die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (vgl. BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 4.1 ff.; bestätigt durch BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 3 [nicht abgedr.]; WEKO, 6.10.2008, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, Krankenversicherer sowie öffentlich und öffentlich subventionierte Spitäler im Kanton Luzern, RPW 2008/4, 544, zit. Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU, Ziff. 26; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 224; BORER, KG, Art. 2 Rn. 11; VON BÜREN, Konzern, 470; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 577; HEINEMANN ANDREAS, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/ Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, 49, zit. Konzerne, 52; LANG CHRISTOPH/JENNY RETO M., Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2007, 299, zit. Konzernprivileg, 299; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 27; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 30 f.; ROTH ROBERT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Rem. art. 49a-53 Rn. 36; RUBIN/COURVOISIER, SHK-KG, Art. 3 Rn. 12; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 1.60; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 256; a.A. HEIZMANN, Unternehmen, Rn. 172, nach dem stets die Leitgesellschaft heranzuziehen sei).

30. Dabei stellen die einzelnen Gruppengesellschaften einschliesslich der Obergesellschaft nur - aber immerhin - Repräsentanten des Konzerns dar, weil sie angesichts der fehlenden allgemeinen Rechtsfähigkeit eines Konzerns nicht rechtswirksam als dessen Stellvertreter im Rechtsverkehr auftreten können.

31. Die Swisscom-Gruppe ist nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien ein Konzern, bei dem die übergeordnete Leitungsmacht von der Beschwerdeführerin 1 ausgeübt wird, der auch die Beschwerdeführerin 2 verpflichtet ist. Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist im vorliegenden Fall demzufolge die Swisscom-Gruppe in ihrer Gesamtheit. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben.

3) Sachlicher Anwendungsbereich

a) Massgebliche Wettbewerbsbeschränkung

32. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst die in Art. 2 Abs. 1 KG aufgeführten Verhaltensweisen in Gestalt einer Ausübung von Marktmacht, eines Abschlusses von Wettbewerbsabreden und einer Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen, wobei die beiden letzteren Varianten im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sind. Denn bei der im vorliegenden Fall massgeblichen Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um eine Ausübung von Marktmacht.

33. Mit dieser Variante werden die Fälle einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke durch einen Marktteilnehmer mittels bestimmter verpönter Verhaltensweisen angesprochen. Das Kartellgesetz weist keine inhaltliche Bestimmung einer Ausübung von Markt-

macht auf. Der Begriff findet auch keine Verwendung in Art. 7 KG, der den materiellen Tatbestand einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke statuiert; diese Vorschrift stellt nicht auf eine Ausübung von Marktmacht, sondern auf das Merkmal eines marktbeherrschenden Unternehmens ab, welches wiederum durch Art. 4 Abs. 2 KG seine inhaltliche Spezifizierung erfährt. In der Literatur wird teilweise angenommen, Marktmacht übe aus, wer über einen massgeblichen Markteinfluss verfüge; überwiegend wird allerdings angenommen, dass die Ausübung von Marktmacht zwischen einem normalen Markteinfluss, der praktisch allen Unternehmen zukomme, und der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG, die nur besonders wirtschaftlich starke Unternehmen inne haben könnten, anzusiedeln sei (vgl. LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 34; RUBIN/COURVOISIER, SHK-KG, Art. 2 Rn. 26; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 251).

34. Für die inhaltliche Beurteilung des Merkmals einer Ausübung von Marktmacht sind allerdings die nachfolgend aufgeführten Aspekte zu berücksichtigen. Die Verwirklichung des materiellen Tatbestands gemäss Art. 7 KG setzt neben dem umschriebenen verpönten Verhalten das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung im massgeblichen, d.h. dem relevanten Markt voraus. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfordert demzufolge eine Abgrenzung des relevanten Markts. Eine Marktabgrenzung lässt sich im Einzelfall jeweils nur auf der Grundlage einer Analyse der in Frage stehenden Informationen durchführen, wozu wiederum regelmässig eine weitreichende Abklärung der tatsächlichen Marktverhältnisse notwendig ist. So kann selbst kleinen Unternehmen mit den von ihnen vertriebenen Spezialprodukten in Nischenmärkten eine marktbeherrschende Stellung zukommen. Vor der Informationsbeschaffung lässt sich daher keine fundierte Aussage zum relevanten Markt und infolgedessen auch nicht zur Stellung des Unternehmens in diesem Markt vornehmen. Bei einer Aufnahme von ersten Prüfungshandlungen ist es daher regelmässig ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörde bereits über eine ausreichende Kenntnis des relevanten Markts und die Position des betreffenden Unternehmens aufweisen kann. Die Überprüfung des sachlich und räumlich relevanten Markts stellt demzufolge bereits eine Prüfungshandlung im Rahmen des Kartellverfahrens und nicht eine diesem vorausgehende Massnahme dar. Dem Begriff der Marktmacht in Art. 2 Abs. 1 KG kann deshalb kein spezifischer quantitativer Inhalt beigemessen werden. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention einer möglichst umfassenden Anwendung des Kartellgesetzes (vgl. E. 19) und dem daraus abzuleitenden Fehlen von impliziten Aufgreifschwelen (vgl. E. 21). Die Variante der Ausübung von Marktmacht grenzt somit nur - aber immerhin - den Gegenstand der Abklärungen gegenüber den beiden anderen gesetzlich statuierten Varianten eines kartellrechtlich missbräuchlichen Verhaltens ab.

35. Das Kartellverfahren und die angefochtene Verfügung beziehen sich auf die Umsetzung von ungerechtfertigten Preisstrategien eines Unternehmens mit einer besonderen Marktstellung und damit auf eine unzulässige Ausübung von Marktmacht.

b) Vorbehalte zu Gunsten sonstiger Vorschriften

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

36. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Geltung des Fernmeldegesetzes eine Anwendung von Art. 7 KG im vorliegenden Fall von vornherein ausschliesse.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

37. Die Vorinstanz geht davon aus, dass das Kartellgesetz auch beim vorliegenden Sachverhalt ohne Einschränkung durch das Fernmeldegesetz zur Anwendung gelange.

(3) Würdigung durch das Gericht

38. Das Fernmeldegesetz statuiert im Rahmen seines Zweckartikels ausdrücklich gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c die Aufgabe, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen.

39. Das Fernmeldegesetz begründet keine eigenständige staatliche Markt- oder Preisordnung, sondern stellt eine sektorielle Regelung dar, welche die anderen allgemeinen und bereichsspezifischen Regelungswerke der Wirtschaftsordnung voraussetzt und ergänzt (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E 3.4; BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, Commcare II, E. 6c). Kartell- und fernmelderechtliche Vorschriften stehen sich somit grundsätzlich gleichrangig gegenüber, weshalb eine Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Bereich des Fernmeldewesens nicht per se ausgeschlossen ist.

40. Einschränkungen einer Anwendung der kartellgesetzlichen Regelungen können sich demzufolge allenfalls im Sinne einer Spezifizierung insofern ergeben, als die fernmelderechtlichen Vorschriften besondere Tatbestandselemente aufweisen, die im Rahmen einer Interpretation der kartellgesetzlichen Regelungen eine sachbedingte Berücksichtigung finden müssen. Denn bei Anwendung des Kartellrechts kann die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht völlig unbeachtet bleiben. Die beiden Regelungsbereiche stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 5, zum Verhältnis zwischen dem Merkmal des Erzwingens in Art. 7 KG und dem Verfahren in Art. 11a FMG zur Festlegung der Zugangsbedingungen).

41. Eine besondere Berücksichtigung von fernmelderechtlichen Vorschriften ist im vorliegenden Verfahren nicht erforderlich. Hier ist vielmehr zu prüfen, ob die Preisgestaltung der Swisscom-Gruppe für das xDSL-Vorleistungsprodukt BBCS gegenüber ihren Konkurrenten angesichts der Vermarktung von xDSL-Leistungen auf dem Einzelhandelsmarkt durch die Beschwerdeführerin 2 vor dem möglichen Hintergrund einer der Swisscom-Gruppe zukommenden besonderen Marktstellung wettbewerbswidrig ist. Beim xDSL-Vorleistungsprodukt BBCS handelt es sich um ein von der Swisscom-Gruppe entwickeltes Angebot, welches nicht von der in Art. 16 FMG statuierten Grundversorgung erfasst wird. Die fernmelderechtlichen Vorschriften

über die Grundversorgung finden demzufolge im vorliegenden Fall keine Berücksichtigung bei Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften. Art. 11 FMG sieht überdies vor, dass marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten anderen Anbietern auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren müssen, unter anderem in Gestalt des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, des schnellen Bitstromzugangs sowie der Interkonnektion. Die Nutzung des xDSL-Vorleistungsprodukts stellt weder einen Zugang über den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss noch einen schnellen Bitstromzugang dar (vgl. SV F). Die Erbringung des xDSL-Vorleistungsprodukts stellt auch keine regulierte Interkonnektionsleistung im Sinne von Art. 11 Bst. e FMG dar.

42. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich auch nicht ausschliesslich aus Vorschriften über das geistige Eigentum, weshalb kein Ausschluss des Kartellgesetzes gemäss Art. 3 Abs. 2 gegeben ist. Es besteht auch kein Zusammenhang zu einem Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20), weshalb der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 3 KG nicht zu beachten ist.

c) Spezialgesetzliche Vorschriften

43. Es sind keine sonstigen Vorschriften ersichtlich, die unter dem Grundsatz der *lex specialis* vorrangige Anwendung vor dem Kartellgesetz erfordern würden.

44. Der ausdrückliche Vorbehalt in Art. 3 Abs. 1 KG zu Gunsten von Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, ist beim vorliegenden Sachverhalt ebenfalls nicht einschlägig.

d) Fazit

45. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben, weil im Rahmen der rechtlichen Prüfung zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben. Die Anwendung des Kartellgesetzes ist nicht aufgrund eines ausdrücklichen Vorbehalts zu Gunsten sonstiger Vorschriften oder des Grundsatzes der *lex specialis* ausgeschlossen.

4) Räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

46. Das Kartellgesetz beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich statuierten Auswirkungsprinzip auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Ausland veranlasst wurden. Dieses als Anwendungsfall des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips geltende Prinzip (vgl. HERDEGEN MATTHIAS, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rn. 61 f.; MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl. 2000, 379; ZIEGLER ANDREAS R., Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 593 ff.) wurde mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 gesetzlich normiert, war vorgängig aber bereits anerkannt (vgl. Botschaft KG 1995, 535 Fn. 97). Dementsprechend wird

das Auswirkungsprinzip von der Rechtsprechung zur Bestimmung des räumlichen Geltungs- und Anwendungsbereichs seit dem Jahr 1967 herangezogen (vgl. BVerfG, 19.12.2013, B-506/2010, Gaba International AG gg. Weko, RPW 2013/4, 750, zit. Gaba, E. 3.3.6 f.; BVerfG, 24.4.2001, 2A.387/2000, Rhône Poulenc SA (France) und Merck & Co. Inc. (USA), BGE 127 III 219 und RPW 2001/2, 443, E. 3a; BGE 93 II 192 E. 3). Seine Anwendung wird auch in der Literatur allgemein anerkannt (vgl. BORER, KG, Art. 2 Rn. 20 ff.; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 41, 48 ff.; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 Rn. 83 f.; RUBIN/COURVOISIER, SHK-KG, Rn. 30 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 267 ff.; ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. 2 Rn. 9 ff.). Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (vgl. E. 21) setzt dessen räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich keine inhaltliche Aufgreifschwelle voraus (vgl. BVerfG, B-506/2010, Gaba, E. 3.3.14.1).

47. Im vorliegenden Sachverhalt beziehen sich sowohl das zu untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerinnen als auch die sich daraus ergebenden Folgen für deren Konkurrenten auf die Schweiz. Der räumliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist demzufolge gegeben, weil das zu beurteilende Verhalten der Beschwerdeführerinnen in der Schweiz Auswirkungen nach sich zieht.

5) Zeitlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

48. Das Kartellgesetz trat am 1. Juli 1996 in Kraft, wobei zwischenzeitlich verschiedene Gesetzesänderungen vorgenommen wurden.

49. Art. 49a KG, der die Rechtsgrundlage einer Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen bildet, wurde durch Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 in das Kartellgesetz eingefügt. Er trat am 1. April 2004 in Kraft. Besondere zeitliche Übergangsbestimmungen, insbesondere solche gemäss Art. 62 KG, wurden bei dieser Gesetzesänderung nicht vorgesehen. Nach allgemeinen Grundsätzen findet Art. 49a KG demzufolge mit seinem Inkrafttreten unmittelbare Anwendung auf alle durch die Vorschrift inkriminierten Verhaltensweisen, die ab diesem Zeitpunkt begangen oder fortgeführt wurden.

50. Gemäss Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes zu den Änderungen vom 20. Juni 2003 entfällt allerdings eine Belastung mit einem Sanktionsbetrag, wenn die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten des Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wurde. Voraussetzung für eine wirksame Meldung bildet der Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden zum Zeitpunkt der Meldung noch kein Vorabklärungs- oder Untersuchungsverfahren eröffnet haben (vgl. BVerfG, 19.8.2005, 2A.287/2005, EVD gg. Swisscom AG u.a., RPW 2005/4, 708, Ziff. 3.5). Eine Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung setzt voraus, dass das entsprechende Verhalten spätestens bis zum 31. März 2005 von den beteiligten Unternehmen vollständig und endgültig eingestellt wurde.

51. Vorliegend wurde die zu beurteilende Preisdifferenzierung durch die Beschwerdeführerinnen im Zeitraum von Anfang des Jahres 2000 bis zum 31. Dezember 2007 vorgenommen. Die Sanktionierung der Preisdifferenzierung durch die Vorinstanz erfolgte demgegenüber

nur - aber immerhin - für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2007. Die Beschwerdeführerinnen haben die Preisdifferenzierung zum einen gegenüber den Wettbewerbsbehörden nicht gemeldet und zum anderen über den 31. März 2005 hinaus - und damit länger als ein Jahr nach dem Inkrafttreten von Art. 49a KG - fortgeführt. Eine Sanktionierung kann demzufolge nicht entfallen.

52. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Vorinstanz bereits am 6. Mai 2002 das Verfahren ADSL I eröffnet hatte und dieses erst durch Verfügung vom 7. Mai 2007 mittels Einstellungsverfügung beendet wurde (vgl. SV K.b). Denn der Untersuchungsgegenstand dieses Verfahrens bezog sich auf ein anderes wirtschaftliches Verhalten (vgl. E. 226). Selbst unter der Hypothese, dass die Untersuchungsgegenstände übereinstimmen würden, wäre eine wirksame Meldung der Preisdifferenzierung durch die Beschwerdeführerinnen aufgrund des bereits vor dem 1. April 2004 eingeleiteten Untersuchungsverfahrens von vornherein ausgeschlossen gewesen. Die diesbezüglich von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Einwände sind daher unbeachtlich.

53. Der zeitliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben. Besondere Übergangsbestimmungen sind vorliegend nicht zu berücksichtigen.

IV. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens

54. Die Beschwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit sowohl des vorinstanzlichen als auch des beschwerdeinstanzlichen Verfahrens. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt worden war. Das Beschwerdeverfahren wurde gemäss Art. 37 VGG nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie den ergänzenden Regelungen der Art. 38 f. VGG vor diesem Gericht durchgeführt (vgl. hierzu auch E. 651).

1) Rechtskonforme Verfügungsbehörde

55. Die Vorinstanz war die sachlich zuständige und organisationsrechtlich berechnete behördliche Organisationseinheit, um eine kartellrechtliche Verfügung gemäss Art. 30 und 39 KG sowie Art. 6 und 34 VwVG einschliesslich von Sanktionen gemäss Art. 49a KG zu erlassen. Soweit die Sanktionen gemäss Art. 49a KG einen strafrechtsähnlichen Charakter aufweisen, steht allerdings jeder Person gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht zu, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht verhandelt und geurteilt wird.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

56. Aufgrund einer umfangreichen Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie unter Berufung auf verschiedene Ansichten in der Literatur machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass der Anspruch aus Art. 30 BV und

Art. 6 EMRK auf ein unabhängiges Gericht bei einer Sanktionierung aufgrund von Art. 49a KG durch die Vorinstanz nicht erfüllt werde, weil diese Anforderung mit Ausnahme von geringfügigen Straffällen („minor offences“) und Zivilfällen („civil right cases“) in jeder Instanz erfüllt sein müsse, die Vorinstanz aber eine Verwaltungsbehörde und kein unabhängiges Gericht sei. Diese Rüge wird von den Beschwerdeführerinnen ungeachtet des Entscheids des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe (BGE 139 I 72), welche im Laufe des Beschwerdeverfahrens erging, ausdrücklich aufrechterhalten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

57. Die Vorinstanz stützt die angefochtene Verfügung im Wesentlichen auf die nachfolgend im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargestellte Begründung ab.

(3) Würdigung durch das Gericht

58. Der Anspruch gemäss Art. 6 EMRK auf eine Verhandlung durch ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht bei strafrechtlichen Anklagen (nachfolgend: Gerichtsvorbehalt) hat im Hinblick auf die Rechtskonformität der Verfügungsbehörde dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.1; BGE 135 I 14 E. 2; BGE 133 I 1 E. 5.2). Demzufolge kann eine Beurteilung der Rechtskonformität der Verfügungsbehörde allein an Art. 6 EMRK und der umfangreichen Praxis zu dieser Bestimmung ausgerichtet werden.

59. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend auch: EGMR; Hinweis: alle angeführten Entscheide des EGMR sind in der Internet-Datenbank des Gerichts „Hudoc“ veröffentlicht, zugänglich unter www.hudoc.echr.coe.int) und herrschender Auffassung in der Literatur findet die Europäische Menschenrechtskonvention (nachfolgend auch: EMRK) grundsätzlich auch auf juristische Personen Anwendung. Dies gilt auch für die Garantie des Gerichtsvorbehalts gemäss Art. 6 EMRK (vgl. EGMR, 20.4.1999, 32411/96, Sojus Trade Company GmbH u.a. gg. Deutschland, Ziff. 2; FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, zit. EMRK, Art. 6 Rn. 4 und Art. 34 Rn. 18; GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, zit. EMRK, § 17 Rn. 5; KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C., EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2012, zit. EMRK, Art. 6 Rn. 6; MEYER-LADEWIG JENS, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, zit. EMRK, Art. 6 Rn. 4). Dessen Geltung für juristische Personen ist auch in der schweizerischen Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 6.1.3; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.4.1) und Literatur (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 2; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 193; HANGARTNER YVO, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, zit.

Aspekte, 267; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27.9.2004, Rn. 10; ROTH, CR-Concurrence, Rem art. 49a -53 Rn. 19 f.; TAGMANN CHRISTOPH, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, zit. Sanktionen, 91 f.; WASER ASTRID, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, 2002, zit. Grundrechte, 108 f.) ohne Weiteres anerkannt. Die Geltung von Art. 6 EMRK ist auch auf Organisationseinheiten, denen von der Rechtsordnung keine eigene Rechtspersönlichkeit zugewiesen wird, zu erstrecken, weil deren Mitgliedern als natürliche oder juristische Personen unabhängig von einer Qualifizierung der Gesamtheit ohnehin eine Berufung auf Art. 6 EMRK zusteht (vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a -53 Rn. 194).

60. Eine Sanktion gemäss Art. 49a KG zeichnet sich durch den von Seiten des Gesetzgebers vorgesehenen abschreckenden und vergeltenden Charakter aus (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, zit. Botschaft KG 2004, 2052). Ungeachtet dessen, dass der Gesetzgeber die Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ausdrücklich als Verwaltungssanktion und nicht als Strafsanktion qualifiziert hat (vgl. Botschaft KG 2004, 2034 Ziff. 2.1.1), handelt es sich bei der Sanktionierung gemäss Art. 49a KG entsprechend den massgeblichen Kriterien (sog. Engel-Kriterien; vgl. EGMR, 8.6.1976, 5100/71 u.a., Engel u.a. gg. Niederlande, Ziff. 78 ff.; EGMR, 21.2.1984, 8544/79, Öztürk gg. Deutschland, Ziff. 50 ff.; EGMR, 29.4.1988, 10328/83, Belilos gg. Schweiz, Ziff. 62; EGMR, 22.5.1990, 11034/84, Weber gg. Schweiz, Ziff. 29 ff.) um eine Massnahme mit strafrechtlichem Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK, die aufgrund des Anwendungsbereichs und der Zielsetzung als strafrechtsähnliche Massnahme zu qualifizieren ist (vgl. E. 643 f.). Demzufolge finden die Grundsätze und Garantien von Art. 6 EMRK auf eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 6.1.3; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 4.2) und Literatur (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 2; HANGARTNER, Aspekte, 269 f.; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 1 ff.; ROTH, CR-Concurrence, Rem. art. 49a-53 Rn. 19; TAGMANN, Sanktionen, 85; WIPRÄCHTIGER HANS/ZIMMERLIN SVEN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts - Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz, in: Niggli/Amstutz [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmen, zivil- und strafrechtliche Perspektiven, 2007, 206; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 449 ff.) Anwendung. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies für eine Sanktionierung unter dem französischen und italienischen Wettbewerbsrecht ebenfalls angenommen (vgl. EGMR, 3.12.2002, 53892/00, Lilly France gg. Frankreich, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien, zit. Menarini, Ziff. 38 ff.).

61. Im Hinblick auf die konkrete Umsetzung des Gesetzesvorbehalts hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber anerkannt, dass die Vertragsstaaten die Modalitäten einer Anwendung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK selbst ausgestalten können, soweit dadurch weder deren Geltung im Allgemeinen noch deren spezifische Mindeststandards im Besonderen aufgehoben werden (vgl. EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 59). Verwaltungsverfahren („procédures administratives“/„administrative procedures“) können daher hinsichtlich verschiedener Aspekte von einem Strafverfahren im eigentlichen Sinne („procédure pénale au sens strict du terme“/„criminal proceeding“) abweichen (vgl. EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 62; so bereits grundlegend EGMR, 23.11.2006, 73053/01, Jussila gg. Finnland, Ziff. 43, „There are clearly criminal charges of differing weight. [...] applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example [...] competition law [...] consequently, the criminal head-guarantees will not necessarily apply with their full stringency“). Eine Ermächtigung von Verwaltungsbehörden zum Erlass von Sanktionen mit Strafcharakter im Sinne von Art. 6 EMRK im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ist dabei nicht prinzipiell ausgeschlossen. In derartigen Fällen muss aber die Möglichkeit vorgesehen werden, diese Entscheide durch ein gerichtliches Organ („organe judiciaire“/„judicial body“) überprüfen zu lassen, welches über eine vollständige Entscheidungsgewalt („pleine juridiction“/„full jurisdiction“) verfügt (vgl. EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 59; EGMR, 21.7.2011, 32181/04 und 35122/05, Sigma Radio Television Ltd. gg. Zypern, zit. Sigma, Ziff. 151; EGMR, 16.11.2004, 53371/99, Canády gg. Slowakei, Ziff. 31; EGMR, 2.9.1998, 5/1998/908/1120, Kadubec gg. Slowakei, Ziff. 57; EGMR, 23.10.1995, 15523/89, Schmutzter gg. Österreich, Ziff. 34; EGMR, 23.10.1995, 16713/90, Pramstaller gg. Österreich, zit. Pramstaller, Ziff. 39).

62. Mit seiner Entscheidung in Sachen Menarini hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt, dass zum einen ein Kartellverwaltungsverfahren nicht zum Bereich des Kernstrafrechts zu zählen ist (EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 57 f.), und dass zum anderen die vorstehend genannten Grundsätze für die Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens auch ungeachtet einer Verhängung von hohen finanziellen Sanktionen in einem Kartellverfahren Anwendung finden (EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 62 f.). Gegenstand des Entscheids bildete eine Vorschrift des italienischen Kartellrechts, welche der Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit eröffnete, eine finanzielle Sanktion bis zur Höhe von 10 % des Umsatzes eines Unternehmens und damit auch in der Höhe von Millionen oder sogar Milliarden Euros auszusprechen, wobei im konkreten Einzelfall eine Sanktion in der Höhe von sechs Millionen Euro verhängt worden war.

63. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.4) und ganz überwiegender Ansicht in der Literatur (vgl. MARTENET VINCENT, Les garanties procédurales dans les procédures administratives fondées sur la loi sur les cartels, in: Amstutz/Hochreutener/ Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kar-

tellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, 53; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 237; STOFFEL WALTER A., Design einer Wettbewerbsbehörde, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, 2013, 23 ff., 27 f.; TAGMANN, Sanktionen, 98; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.26; a.A. WILDHABER LUZIUS, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter 4.7.2011, zit. Wettbewerbsrecht, Rn. 66) sind die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Voraussetzungen im schweizerischen Kartellrechtsverfahren erfüllt. Auch wenn es sich bei der Wettbewerbskommission nicht um eine gerichtliche Instanz im Sinne von Art. 191a BV, sondern um eine Verwaltungsbehörde der dezentralen Bundesverwaltung gemäss Art. 178 BV handelt, erfüllt zumindest die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren die notwendigen Voraussetzungen einer gerichtlichen Überprüfung, weil das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 2 VGG als unabhängiges, nur dem Recht verpflichtetes Gericht ausgestaltet ist und ihm gemäss Art. 49 VwVG eine umfassende Kontrollbefugnis zukommt (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.5 m.w.H.). Die Ausgestaltung des Kartellverfahrens einschliesslich der Möglichkeit zur Überprüfung von Verfügungen mit Sanktionen gemäss Art. 49a KG im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht entspricht somit den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Anforderungen an eine gemäss Art. 6 EMRK rechtskonforme Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen.

64. Die gegenteilige Ansicht der Beschwerdeführerinnen, Art. 6 EMRK setze angesichts der erheblichen Sanktionsandrohung bei Wettbewerbsverstössen voraus, dass bereits im erstinstanzlichen Kartellverfahren ein unabhängiges Gericht über Sanktionen mit Strafrechtscharakter entscheide, wurde durch den Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Menarini selbst widerlegt.

2) Rechtmässige Verfügungsadressaten

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

65. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass eine Einbeziehung der Beschwerdeführerin 1 in das Verfahren nicht sachgerecht sei, weil sie das wettbewerbsrelevante Verhalten nicht selbst ausgeführt habe und mit der Beschwerdeführerin 2 eine unabhängige und eigenständige juristische Person vorhanden sei, gegenüber der in üblicher Weise wie bei Nicht-Kartellsachverhalten auch ein Verwaltungsverfahren durchgeführt werden könne und allfällig verfügte Sanktionen und sonstige Massnahmen gegebenenfalls auch durchgesetzt werden könnten. Zudem sei eine Heranziehung der Obergesellschaft als Verfügungsadressat neben einer handelnden Gruppengesellschaft bereits aufgrund der Geltung des strafrechtlichen Grundsatzes der Unschuldsumutung ausgeschlossen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

66. Die Vorinstanz verweist für die Heranziehung der Beschwerdeführerinnen unter Vornahme einer Differenzierung zwischen materiellen und formellen Verfügungs-

adressaten ohne eingehendere sachliche Begründung auf die bisherige Praxis.

(3) Würdigung durch das Gericht

67. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressat zu richten ist. Das Verwaltungsverfahrensgesetz stellt die Partei in den Mittelpunkt des Verfahrens und knüpft die zu regelnden Aspekte an den Parteibegriff an. Parteien sind gemäss Art. 6 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten berührt werden. Die Fähigkeit, als Partei am Verwaltungsverfahren teilzunehmen, setzt demzufolge grundsätzlich Rechtsfähigkeit voraus, weil nur dann Rechte und Pflichten durch eine Verfügung beeinflusst werden können. Nach übereinstimmender Auffassung ist die Parteifähigkeit im Verwaltungsverfahren für privatrechtliche Organisationseinheiten anhand der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit zu bestimmen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 1768 f.; HÄNER, Beteiligte, Rn. 444; HÄNER, VwVG, Art. 6 Rn. 48, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 444, 934 f.; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG, Art. 6 Rn. 1; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 862; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.17 f.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 1487 ff.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rn. 369 ff.). Im Hinblick auf privatrechtliche Organisationseinheiten können im erstinstanzlichen Verfahren demnach grundsätzlich nur natürliche oder juristische Personen als Partei auftreten bzw. herangezogen werden. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit wird die Parteifähigkeit aufgrund der entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften auch der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 562, 602 OR) sowie der Stockwerkseigentümergeinschaft (Art. 712I Abs. 2 ZGB) zugesprochen (vgl. HÄNER, VwVG, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 444; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG, Art. 6 Rn. 12). Sonstige, nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften, wie insbesondere einfache Gesellschaften, scheiden als Partei eines Verwaltungsverfahrens und demzufolge als Adressaten einer Verfügung von vornherein aus. Bei solchen nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften ist eine Verfügung an diejenigen natürlichen oder juristischen Personen zu richten, welche Mitglieder dieser Rechtsgemeinschaft sind (vgl. BGE 132 I 256 E. 1.1; BVGer, 29.4.2009, A-1513/2006, X gg. Eidg. Steuerverwaltung, E 3.4; HÄNER, VwVG, Art. 48 Rn. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 444, 935 f.). Für andere, rein wirtschaftliche Organisationseinheiten ist eine besondere gesetzliche Regelung nicht vorhanden und deren Parteifähigkeit wird von der Rechtsprechung und der Literatur soweit ersichtlich ebenfalls nicht anerkannt.

68. Auch wenn ein Konzern als Kartellrechtssubjekt im Rahmen des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. Ziff. 29) und er damit das massgebliche Verfahrenssubjekt bildet, stellt er demzufolge gemäss den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Hinblick auf eine Teilnahme am Verfahren als Partei sowie den Erlass von kartellrechtlichen Verfügungen kein taugliches Rechtssubjekt dar, weil er selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Eine besondere gesetzliche Rege-

lung, aus der sich die Rechtsfähigkeit eines Konzerns für seine Stellung als Partei und als Adressat der Verfügung im Rahmen eines Kartellverfahrens ergibt, wird weder durch das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz statuiert. Bei Konzernsachverhalten fallen demzufolge das massgebliche Verfahrensobjekt als Beurteilungsobjekt und der Verfügungsadressat als Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander (vgl. WEKO, RPW 2004/2, 427, ADSL I, Ziff. 56: „Die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff beantwortet jedoch die Frage nach den Verfügungsadressaten nicht“; KUBLI LINDA, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, zit. Sanktionssubjekt, 138 ff.; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 21; ROTH, CR-Concurrence, Rem. art. 49a-53 Rn. 36; SKOCZYLAS ANNA-ANTONINA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, 2011, zit. Verantwortlichkeit, 107 ff.; TAGMANN, Sanktionen, 16 ff.).

69. Wenn ein Konzern aus formalen Gründen nicht Partei eines Kartellverfahrens und Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung sein kann, so wäre diese entsprechend den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften an sämtliche Gruppengesellschaften zu richten, welche in ihrer Gesamtheit den jeweiligen Konzern bilden, weil es sich bei diesen um die jeweiligen rechtsfähigen Personen der nicht rechtsfähigen (Wirtschafts-)Gemeinschaft „Konzern“ handelt, die als Parteien am Verfahren teilzunehmen hätten.

70. Es ist allerdings offensichtlich, dass ein entsprechendes Vorgehen der Wettbewerbsbehörden allenfalls bei Kleinkonzernen mit einigen wenigen Gruppengesellschaften zu rechtfertigen wäre; demgegenüber entbehrt dies bei grösseren Unternehmensgruppen von vornherein jeglicher Sinnhaftigkeit und Praktikabilität. Denn internationale Grosskonzerne weisen mitunter durchaus sogar mehr als 1000 Konzerngesellschaften auf. Die jeweilige Verfügung erlangt bei Konzernsachverhalten auch keine stärkere formale Rechtswirksamkeit oder inhaltliche Rechtfertigung, wenn oder weil sie an eine grössere bzw. möglichst grosse Anzahl von Rechtssubjekten gerichtet wird. Denn diese unterstehen einer übergeordneten Leitungsmacht, weshalb auch die Behandlung einer wettbewerbsrechtlichen Angelegenheit der Leitungsmacht der Obergesellschaft untersteht und davon auszugehen ist, dass sie von dieser koordiniert wird. Durch die formale Einbeziehung aller Konzerngesellschaften in das Kartellverfahren würde demzufolge letztlich nur der Aufwand für die Bearbeitung einer Angelegenheit zu Lasten aller Beteiligten erhöht, ohne dass sich daraus ein inhaltlicher Vorteil für die einzelnen Konzerngesellschaften ergeben würde. Dies gilt umso mehr, wenn ausländische Konzerngesellschaften in das Kartellverfahren einbezogen werden müssten.

71. Folglich bedarf es bei Konzernsachverhalten einer sachgerechten Beschränkung der Anzahl an Parteien und Verfügungsadressaten. Eine derartige personale Reduktion entspricht dem Grundsatz der Prozessökonomie, nach dem die Behörden und Gerichte ein effektives, d.h. ein möglichst zeitnahes und ressourcenschonendes Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu gewährleisten haben (vgl. BÜRKI CHRISTOPH, Verwal-

tungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, 2011, 85 ff.; GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, zit. Bundesverwaltungsrechtspflege, 68; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 252 ff., 260 ff.; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.60; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rn. 103 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 1032 ff.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rn. 222 ff.; zur Verfahrens- bzw. Prozessökonomie auch AUER CHRISTOPH, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, 1997, 30 ff.; CAMPRUBI MADELEINE, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde: Wirkungen und Grenzen des Grundrechtsschutzes in Praxis und Theorie, 1999, 355 ff.; KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, 2001, 85 ff.; SCHINDLER BENJAMIN, Die „formelle Natur“ von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht - ein Abschied von der überflüssigen Figur der „Heilung“, ZBl 2005, 169, 188 f.; zur Prozessökonomie im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör vgl. WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRIG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, Art. 29 Rn. 60, 108, 113, 116, 125; Art. 30 Rn. 58).

72. Die Ausgestaltung der personalen Reduktion obliegt dem pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls.

73. In der Regel dürfte es sachgerecht sein, zum einen die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, sowie zum anderen diejenigen Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen. Demgegenüber ist die alleinige Heranziehung der Obergesellschaft schon deshalb nicht ausreichend, weil die rechtliche Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit und damit ein Konzern vorliegt, im Rahmen der Rechtsmittelverfahren durch die Rechtsmittelinstanzen eigenständig und unter Umständen mit einem abweichenden Ergebnis vorgenommen wird. Bei einer gegenteiligen Ansicht der Rechtsmittelinstanz über den Aspekt der konzernmässigen Verbundenheit hätte dies zur Folge, dass das Verfahren von den Wettbewerbsbehörden ungeachtet des Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nochmals vollständig von vorne gegenüber einer handelnden Konzerngesellschaft durchgeführt werden müsste. Umgekehrt sprechen gegen die alleinige Heranziehung einer handelnden Konzerngesellschaft und für eine Einbeziehung der Obergesellschaft ebenfalls gewichtige Aspekte. Zum einen wird die Obergesellschaft angesichts der ihr zukommenden Leitungsmacht das wettbewerbswidrige Verhalten der handelnden Konzerngesellschaft vielfach veranlasst oder zumindest geduldet haben, weshalb sie in diesen Fällen ebenfalls als handelnde Konzerngesellschaft zu betrachten ist. Zum anderen sind die verhängten Sanktionen und die angeordneten Massnahmen auch gegenüber der Obergesellschaft auszusprechen. Denn die Obergesellschaft verkörpert die Wirtschaftskraft des gesamten Konzerns, welche aufgrund der gesetzlichen Sanktionsordnung im Einzelfall der Berech-

nung von Sanktionen zugrunde liegt. Zudem hat die Obergesellschaft aufgrund der ihr zukommenden übergeordneten Leitungsmacht die Umsetzung von angeordneten Massnahmen durch die einzelnen Konzerngesellschaften sicherzustellen. Dies gilt insbesondere gegenüber den nicht als Verfügungsadressaten herangezogenen Konzerngesellschaften, weil auch diese dem Kartellrechtssubjekt „Konzern“ angehören. Aufgrund einer gleichzeitigen Heranziehung von Ober- und handelnden Konzerngesellschaften ergibt sich auch kein Nachteil zu deren Lasten, weil sich die jeweiligen Gruppengesellschaften gemäss Art. 11 VwVG durch einen einzigen Vertreter vertreten lassen können, um dadurch ihren Verfahrensaufwand zu begrenzen.

74. Im Einzelfall kann es aus Gründen der Prozessökonomie aber auch ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und diese durch die Verfügung in Anspruch nimmt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.

75. Diejenigen Konzerngesellschaften, welche die Wettbewerbsbehörde als Parteien des Verfahrens und als Adressaten der Verfügung heranzieht, werden durch die kartellrechtliche Verfügung unmittelbar in ihren Rechten und Pflichten betroffen. Denn die Verfügung stellt zum einen klar, ob das beurteilte Wettbewerbsverhalten rechtlich zulässig war und ob es von den herangezogenen wie auch den sonstigen Konzerngesellschaften zukünftig weiter praktiziert werden kann oder nicht. Zum anderen haben die herangezogenen Konzerngesellschaften die verhängten Sanktionen zu erfüllen und sonstige Massnahmen umzusetzen. Die herangezogenen Konzerngesellschaften sind daher entsprechend der allgemein herrschenden Ansicht zu den verschiedenen Formen von Adressaten einer Verfügung in Rechtsprechung (vgl. BVGer, 6.12.2007, B-1100/2007, *Swisslog gg. Eidg. Spielbankenkommission*, zit. *Schweizer Casino Verband*, E. 3.3.1) und Literatur (vgl. GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 157; HÄNER, *Beteiligte*, Rn. 538; HÄNER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 5; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, *VwVG*, Art. 6 Rn. 7; im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht vgl. auch SCHOTT, *FHB-VerwR*, Rn. 24.129 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren*, Rn. 2.74 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURN-HERR/BRÜHLMOSER, *Prozessrecht*, Rn. 1559 ff.; SKOCZYLAS, *Verantwortlichkeit*, 109) als materielle Verfügungsadressaten zu qualifizieren. Eine bislang von der Praxis im Rahmen von Kartellrechtssachverhalten vorgenommene, allerdings uneinheitlich praktizierte Differenzierung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten ist demgegenüber nicht erforderlich (zur Kritik hierzu vgl. HEINEMANN, *Konzerne*, 61), weil mehrere als Verfügungsadressaten herangezogene Konzerngesellschaften - unabhängig davon, ob es sich um die Obergesellschaft oder sonstige Konzerngesellschaften handelt - in gleicher Weise als Repräsentanten des Konzerns zu qualifizieren sind (vgl. E. 30).

76. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die kartellrechtliche Verfügung zum einen an die Beschwerdeführerin 1 als Obergesellschaft der Swisscom-Gruppe und

zum anderen auch an die Beschwerdeführerin 2 als Gruppengesellschaft, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt war, gerichtet. Es sind keine Gründe ersichtlich, aus denen hergeleitet werden könnte, dass diese Auswahl an Verfügungsadressaten als sachlich unangemessen zu qualifizieren wäre.

77. Der von den Beschwerdeführerinnen hiergegen des Weiteren vorgebrachte Einwand, eine Heranziehung der Obergesellschaft als Verfügungsadressat neben der handelnden Gruppengesellschaft sei bereits aufgrund der Geltung des strafrechtlichen Grundsatzes der Unschuldsvormutung ausgeschlossen, ist unzutreffend und führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Denn die Frage, welches Rechtssubjekt als Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung herangezogen wird, ist von der Frage, welchem Rechtssubjekt das Verschulden im Rahmen eines Konzerns bei einem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnen ist, zu unterscheiden. Beide Aspekte betreffen inhaltlich unterschiedliche Sachfragen, die unabhängig voneinander zu behandeln und zu beurteilen sind, auch wenn sie angesichts der Kartellrechtssubjektivität des kartellrechtlich relevanten Objekts „Unternehmen“ bei einer Heranziehung und Sanktionierung von Obergesellschaft und wettbewerbswidrig handelnder Gruppengesellschaft regelmässig zum gleichen Ergebnis führen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Frage des massgeblichen Verfügungsadressaten bei Konzernsachverhalten auch in allen Fällen, in denen ein nicht gemäss Art. 49a KG zu sanktionierendes Wettbewerbsverhalten zusätzlich oder ausschliesslich zu ahnden ist, einer Beantwortung bedarf und kein Grund ersichtlich ist, dass die Frage in Abhängigkeit davon unterschiedlich beantwortet werden müsste, ob ein gemäss Art. 49 KG sanktionierbares oder ein sonstiges, nicht sanktionierbares wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. Die Feststellung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit eines bestimmten Wettbewerbsverhaltens bleibt daher über eine Sanktionierung hinaus Gegenstand der Verfügung der Wettbewerbsbehörde als Abschluss des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens und richtet sich gegen das Kartellrechtssubjekt „Konzern“, welches die jeweils herangezogenen Verfügungsadressaten repräsentieren. Durch die konkrete Auswahl der Verfügungsadressaten wird im Übrigen auch keine unzulässige Zurechnung eines Verhaltens zwischen den als Verfügungsadressaten herangezogenen Gruppengesellschaften vorgegeben. Denn die Sanktionierung und die damit einhergehende Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu Lasten der jeweils herangezogenen Gruppengesellschaften erfolgen weder wegen deren Auswahl als Verfügungsadressaten noch basieren sie auf einer Zurechnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zwischen völlig unabhängigen Rechtssubjekten. Die Sanktionierung leitet sich vielmehr unmittelbar aus der Zugehörigkeit dieser Gruppengesellschaften zum Konzern als massgeblichem Kartellrechtssubjekt „Unternehmen“ ab.

78. Die Vorinstanz hat ihre Verfügung gemäss Art. 30 und 39 KG sowie Art. 6 und 34 VwVG demzufolge rechtmässig an die Beschwerdeführerinnen als sachgerechte Verfügungsadressaten gerichtet, obschon die Swisscom-Gruppe gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG als mass-

gebliches Unternehmen und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist.

3) Rechtmässigkeit der entscheidungsrelevanten Informationen und behördlichen Verfahrensmassnahmen

a) Verfahrensmassnahmen

79. Aufgrund der gesetzgeberischen Ausgestaltung des Kartellgesetzes werden den Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Kartellverfahrens besondere Mittel zur Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts und zur Abklärung eines allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens an die Hand gegeben, die über die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Massnahmen einer üblichen verwaltungsrechtlichen Untersuchung hinausgehen: (i) Art. 40 KG statuiert eine Auskunftspflicht zu Lasten eines Unternehmens, welches an einem allfälligen wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt ist, sowie allen Dritten, die von diesem Verhalten betroffen sind; (ii) gemäss Art. 43 KG können die Wettbewerbsbehörden Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten sowie Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; (iii) gegenüber Unternehmen, welche die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllen, kann gemäss Art. 52 KG als Verwaltungssanktion ein Betrag von bis zu 100'000.- CHF verhängt werden; (iv) zudem wird eine Person, die vorsätzlich oder fahrlässig Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, gemäss Art. 55 KG mit einer Busse von bis zu 20'000.- CHF bestraft. Aufgrund der ausdrücklichen Verweisungen in Art. 42 KG finden auf Zeugeneinvernahmen die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) sowie auf Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) jeweils sinngemäss Anwendung. Demgegenüber unterstehen die Geltendmachung und Abwicklung der Auskunftspflicht gemäss der allgemeinen Regelung in Art. 39 KG den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

80. Der Grund für die Statuierung dieser besonderen Verfahrensmassnahmen besteht darin, dass an die Wettbewerbsbehörden bei Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts angesichts der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Beweislastverteilung besondere Anforderungen gestellt werden. Die Berücksichtigung aller am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden tatsächlichen und potentiellen Marktakteure, die mannigfachen Möglichkeiten einer sachlichen und rechtlichen Ausgestaltung dieser Marktakteure, die Vielfalt der möglichen Handlungsformen, die fehlende Offenkundigkeit der meisten wichtigen geschäftlichen Ereignisse und Umstände, die fehlende Publizität der wesentlichen Marktinformationen und schliesslich die erforderliche Berücksichtigung nicht nur von aktuellen, sondern auch von potentiellen Marktentwicklungen führen letztlich zu einer enormen Vielschichtigkeit der im Einzelfall massgeblichen Marktprozesse und damit zu multiplen Wirkungszusammenhängen (insgesamt nachfolgend: Wettbewerbskomplexität), die in

vielen Fällen nur mit grossen Schwierigkeiten durchdrungen und erhellt werden können. Die Verankerung einer Auskunftspflicht und von Untersuchungsmaßnahmen zu Lasten der Marktteilnehmer bildet demzufolge das notwendige Ordnungsmittel, um diese Aufklärung durch die Wettbewerbsbehörden zu gewährleisten (vgl. Botschaft KG 1995, 615; REKO/WEF, 26.9.2002, 01/FB-005, A. SA u.a. gg. Weko, RPW 2002/4, 698, E. 3; in diesem Sinne auch BVGer, 6.11.2008, B-3577/2008, A. AG gg. Weko, RPW 2008/4, 731, E. 1.3.1). Dies wird auch in der Literatur allgemein anerkannt (vgl. BANGERTER SIMON, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. BSK-KG, Art. 42 Rn. 1 ff.; BILGER STEFAN, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, zit. Verwaltungsverfahren, 239 f.; BILGER STEFAN, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. BSK-KG, Vor Art. 39-44 Rn. 13 f., Art. 40 Rn. 2; BOVET CHRISTIAN/SABRY YASMINE, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 42 Rn. 7 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rn. 686 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 1988 f., 2008 f., 2012 f.; MERKT BENOÎT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 40 Rn. 1 ff.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.68 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 1059 f.; ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. 40 Rn. 1 f., Art. 42 Rn. 1 f.).

b) Auskunftspflicht

81. Das Verwaltungsverfahrenrecht sieht regelmässig eine Mitwirkungspflicht der beteiligten Parteien gegenüber der für das Verfahren zuständigen Verwaltungsbehörde vor. Die Mitwirkungspflicht dient der Erlangung von Informationen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne Mitwirkung einer Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigen Aufwand erheben könnte (vgl. BGE 124 II 361 E. 2a; BGE 122 II 385 E. 4c/cc). Soweit eine Partei der notwendigen Mitwirkung nicht oder nicht in ausreichender Weise nachkommt, können daraus zulässigerweise Rückschlüsse gezogen werden. Diese Mitwirkungspflicht wird in Art. 13 VwVG in allgemeiner Weise für Parteien statuiert, welche ein Verfahren einleiten oder in dessen Ablauf Anträge stellen. Art. 40 KG konkretisiert als *lex specialis* den Adressatenkreis dieser Mitwirkungspflicht im Rahmen eines Kartellverfahrens mit Bezug auf die möglichen Beteiligten einer Wettbewerbsbeschränkung sowie auf dritte Marktteilnehmer, welche von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Die Zulässigkeit der Statuierung einer Mitwirkungspflicht ist sowohl für das allgemeine Verwaltungsrecht als auch für das Kartellverfahrensrecht in Praxis und Literatur anerkannt (vgl. AUER CHRISTOPH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Art. 13 Rn. 1 ff., 20; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 814 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rn. 95, 684 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 463 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 13 Rn. 4 ff., 29; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 1208 f.).

82. Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG umfasst die Verpflichtungen eines Unternehmens zur Erteilung aller Auskünfte, welche für die Abklärung des Verfahrensgegenstands erforderlich sind (sog. Mitteilungspflicht), sowie zur Vorlage aller damit in Zusammenhang stehenden Dokumente (sog. Editionsspflicht).

83. Die Wettbewerbsbehörden fordern die Auskunftspflichtigen regelmässig durch die Beantwortung von Einzelfragen oder umfangreichen Fragekatalogen zur Mitwirkung an der Sachverhaltsabklärung auf. Die Informationsgewinnung erfolgt dabei zumeist in mehreren Etappen, weil die Wettbewerbsbehörden nach Auswertung der jeweils erhaltenen Auskünfte auf deren Grundlage weitere Informationen für eine vertiefte, vollständige Abklärung der Angelegenheit bei den Unternehmen nachfragen.

84. Bei einer fehlenden oder nicht ordnungsgemässen Erfüllung der Auskunftspflicht durch einen Auskunftspflichtigen kann die Behörde gemäss Art. 52 KG eine Verwaltungssanktion in Form eines Geldbetrags verhängen. Die Durchsetzung des Auskunftsbegehrens durch die Wettbewerbsbehörden mittels Androhung einer Verwaltungssanktion bedarf aber einer vorherigen, selbständig anfechtbaren Auskunftsverfügung, die im Untersuchungsverfahren als Zwischenverfügung und im Vorabklärungsverfahren als gesonderte Verfügung ergeht. Dies entspricht im Ergebnis der bisherigen Praxis (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5.1.1; BVGer, 2.2.2010, B-8115/2008, X gg. Weko, RPW 2010/1, 190, zit. Auskunftspflicht, E. 3.3) und der überwiegenden Ansicht in der Literatur (vgl. BILGER, Verwaltungsverfahren, 248 f.; BILGER, BSK-KG, Art. 40 Rn. 31; BORER, KG, Art. 40 Rn. 9; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER/BANGERTER SIMON, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Geiser/Krauskopf/Münc [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, zit. Verfahrensführung, Rn. 12.22 f.; MERKT, CR-Concurrence, Art. 40 Rn. 46; MOREILLON LAURENT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 52 Rn. 5; RICHLI PAUL, Kartellverwaltungsverfahren, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, 2000, zit. Kartellverwaltungsverfahren, 487; ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. 52 Rn. 4). Eine solche Auskunftsverfügung hat den Inhalt des Auskunftsbegehrens eindeutig und detailliert festzulegen, eine konkrete Sanktionsandrohung in Form eines bestimmten Geldbetrags auszusprechen sowie eine weitere Erfüllungsfrist anzugeben. Demgegenüber stellt die erstmalige Übersendung von Einzelfragen oder eines Fragenkatalogs - auch wenn dieser sehr umfangreich ist - mit einem allgemeinem Hinweis auf die kartellrechtliche Auskunftspflicht sowie die Verwaltungs- und Strafmassnahmen bei deren Verletzung keine ausreichende Grundlage für die unmittelbare Sanktionierung eines Auskunftspflichtigen dar. Denn angesichts der Wettbewerbskomplexität ist zu Gunsten der Auskunftspflichtigen festzustellen, dass von diesen eine vollständige und korrekte Beantwortung der gestellten Fragen auch bei Vorliegen einer uneingeschränkten Mitwirkungsabsicht nicht in jedem Fall mit Sicherheit gewährleistet werden kann. So lässt sich etwa der sachgerechte Umfang der

Editionsspflicht bei umfangreichen Dokumenten nicht im Voraus eindeutig festlegen. Daher kann eine erste unzureichende Auskunft nicht unmittelbar mit einer Sanktion belegt werden. Aus der Sicht der Verfahrenseffizienz wäre es zudem auch nicht sinnvoll, wenn ein Auskunftspflichtiger die Wettbewerbsbehörden mit einer Flut von zum Teil irrelevanten Informationen eindeckt, nur um in jedem Fall sicherzustellen, dass ihm keine Verletzung der Auskunftspflicht vorgeworfen werden kann. Denn letztlich würde dies die Arbeit der Wettbewerbsbehörden mehr erschweren als eine Abwicklung der Angelegenheit durch die Vornahme von weiteren Auskunftsbegehren.

85. Eine besondere Beschränkung der Auskunftspflicht ergibt sich durch die Statuierung eines spezifischen Auskunftsverweigerungsrechts in Art. 40 Satz 2 KG mittels eines Verweises auf Art. 16 und 17 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP. Danach steht einem Auskunftspflichtigen das Recht zu, die Auskunft - und damit sowohl die Mitteilung von Informationen als auch die Edition von damit in Zusammenhang stehenden Unterlagen - gegenüber einem Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden zu verweigern, wenn durch dessen Beantwortung die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung, einer schweren Benachteiligung der Ehre oder eines unmittelbaren vermögensrechtlichen Schadens verursacht wird.

86. Entgegen einer verbreiteten Ansicht (vgl. BILGER, BSK-KG, Art. 40 Rn. 17; ders., Verwaltungsverfahren, 248 f.; DIETRICH, KG, Art. 40 Rn. 31; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, Verfahrensführung, Rn. 12.19; RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, 487; WASER, Grundrechte, 187 f.; kritisch bereits SPITZ, Problemstellungen, 556) ist das kartellrechtliche Auskunftsverweigerungsrecht in formaler Hinsicht nicht auf eine Geltendmachung durch bestimmte natürliche Personen beschränkt, sondern betrifft das Unternehmen selbst (so bereits BORER, KG, Art. 40 Rn. 4; LANG, Untersuchungsmassnahmen, Rn. 17 f.; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 230). Massgebend für die Bestimmung der Berechtigten zur Auskunftsverweigerung sind der Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 40 KG und nicht der Wortlaut von Art. 52 BZP. Danach werden ausdrücklich die Beteiligten an Wettbewerbsbeschränkungen und damit alle Organisationseinheiten, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und Kartellrechtssubjekte zu qualifizieren sind (vgl. E. 26 ff.), zur Auskunft verpflichtet. Das Recht zur Verweigerung dieser Auskunft muss demzufolge auch unmittelbar diesen Auskunftspflichtigen zugesprochen werden. Bei juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Organisationseinheiten kommt dieses Recht sowohl den Organmitgliedern bzw. Vertretern als auch den einzelnen Mitarbeitern dieser Auskunftspflichtigen zu, weil diese Subjekte ausschliesslich über ihre Organe, Vertreter und Mitarbeiter handeln und damit Rechte wahrnehmen können. Gleiches gilt für die ebenfalls angesprochenen betroffenen dritten Marktteilnehmer, weil es sich hierbei offensichtlich nicht nur um natürliche Personen, sondern auch um juristische Personen und sonstige nicht rechtsfähige Organisationseinheiten handelt. Der Verweis in Art. 40 KG über Art. 16 VwVG auf Art. 52 BZP bezieht sich demzufolge nur auf die zulässigen Gründe und nicht

auf den Kreis der Berechtigten einer Auskunftsverweigerung.

87. Der Begriff der „strafgerichtlichen Verfolgung“ in Art. 52 BZP umfasst - zumindest aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung - auch Sanktionen gemäss Art. 49a KG, weil diesen ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK zukommt (vgl. hierzu E. 58 und 647 f.). Mit der Möglichkeit einer Auskunftsverweigerung wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung transformiert Art. 40 Satz 2 KG den strafrechtlichen nemo tenetur-Grundsatz in das Kartellverfahrensrecht. Inhalt und Umfang der kartellverfahrensrechtlichen Auskunftsverweigerung werden in derartigen Fällen demzufolge durch den Inhalt und Umfang dieses Grundsatzes vorgegeben (vgl. E. 90 ff.). Art. 40 Satz 2 KG gewährleistet somit über die allgemeine Regelung von Art. 16 VwVG hinausgehend, dass bei allfälligen strafrechtlichen und strafrechtsähnlichen Auswirkungen nicht nur die von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Dritten als Zeugen, sondern auch die im Fokus einer Untersuchung stehenden Unternehmen als Parteien über ihre Mitwirkung im Kartellverfahren eigenständig entscheiden können.

88. Soweit ein Unternehmen berechtigterweise ein Auskunftsverweigerungsrecht geltend machen kann, sind eine Androhung und Durchsetzung eines Geldbetrags gemäss Art. 52 KG oder einer Geldbusse gemäss Art. 55 KG selbstredend ausgeschlossen.

89. Im vorliegenden Kartellverfahren sind die Beschwerdeführerinnen nach ihrer eigenen Darstellung den Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des vorinstanzlichen Informationsaustauschs (vgl. SV M.c) vollumfänglich nachgekommen und haben alle angeforderten Informationen und Materialien übermittelt (nachfolgend: übermittelte Informationen). Im Rahmen dieser Auskunftserteilung haben die Beschwerdeführerinnen gemäss ihrer eigenen Darstellung nicht geltend gemacht, dass ihnen ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäss Art. 40 Satz 2 KG wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung oder aus einem anderen Grund zukomme.

c) Geltung und Inhalt des nemo tenetur-Grundsatzes

90. Im vorliegenden Fall steht in Frage, ob die Verwertung sowohl der von den Beschwerdeführerinnen übermittelten Informationen als auch allfälliger weiterer, auf sonstige Weise erlangter Informationen durch die Vorinstanz (nachfolgend: entscheidungsrelevante Informationen) zur Begründung ihrer Verfügung einen Verstoss gegen den strafrechtlichen Grundsatz nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare („niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten oder anzuklagen“; nemo tenetur-Grundsatz, auch als Selbstbelastungsfreiheit oder Selbstbelastungsverbot bezeichnet) darstellt.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

91. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Verweis auf das Rechtsgutachten Niggli/Riedo geltend, dass ein Verstoss gegen den nemo tenetur-Grundsatz vorliege. Hierzu führen sie in allgemeiner Hinsicht aus, dass der nemo tenetur-Grundsatz im Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG zu berücksichtigen sei und auch für juristische Personen Anwendung finde. Die entscheidungsre-

levanten Informationen der vorinstanzlichen Verfügung hätten auf den Angaben der Beschwerdeführerinnen beruht. Die Verwertung dieser Informationen verletze vorliegend das Selbstbelastungsverbot, weil (i) keine inhaltliche Einschränkung des Selbstbelastungsverbots vorliegend einschlägig sei, (ii) kein wirksamer Verzicht der Beschwerdeführerinnen auf die Geltendmachung ihres Rechts vorliege, und (iii) die Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren nicht auf ihr Schweigerecht aufmerksam gemacht worden seien. Gerade der letztgenannte Verstoss im vorinstanzlichen Verfahren sei absolut irreversibel, weshalb die übermittelten Informationen im Sanktionsverfahren keine Berücksichtigung mehr finden könnten und dieses demzufolge mangels Beweisen einzustellen sei. Die Berufung auf das Selbstbelastungsverbot scheitere auch nicht daran, dass die Beschwerdeführerinnen die betreffenden Informationen ohne Vorbehalt und nicht erst nach Erlass einer besonderen Auskunftsverfügung übermittelt hätten. Ein solches Vorgehen stelle einen unzumutbaren Leerlauf dar und die Anfechtung von Auskunftsverfügungen sei wegen des Umstands, dass der nicht wieder gutzumachende Nachteil gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a KG nicht darstellbar sei, praktisch ausgeschlossen. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen bei Verweigerung der Auskunft das Risiko auf sich genommen, eine Busse nach Art. 52 KG auferlegt zu erhalten. Im Übrigen sei das Vorliegen einer konkreten Auskunftsverfügung keine Voraussetzung für die Berufung auf das Schweigerecht. Die von der Vorinstanz behaupteten inhaltlichen Einschränkungen des nemo tenetur-Grundsatzes lägen nicht vor. So sei die vorgenommene Unterscheidung zwischen Auskünften zu rein tatsächlichen Gegebenheiten und dem Eingeständnis eines rechtswidrigen Verhaltens ausgeschlossen, weil eine entsprechende Differenzierung sachlich nicht vorgenommen werden könne. Im Hinblick auf die Prüfung der Marktbeherrschung habe sich die Vorinstanz zu einem grossen Teil auf Erkenntnisse abgestützt, die sie als Untersuchungsbehörde im Rahmen von KG-Verwaltungsverfahren, wie z.B. im Fall ADSL I, oder als Gutachterin in FMG-Zugangsverfahren, wie z.B. im Verfahren Marktzugang schneller Bitstrom, zusammen mit dem Bundesamt für Kommunikation und der Eidgenössischen Kommunikationskommission als sektorspezifische Regulierungsbehörden erlangt habe. Diese Auskünfte, zu denen die Beschwerdeführerinnen im Verwaltungsverfahren aufgrund der Mitwirkungs- und Auskunftspflicht verpflichtet gewesen seien, dürften im vorliegenden Strafverfahren keine Berücksichtigung finden. Aus diesem Grunde sei eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen auch nicht nachgewiesen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

92. Die Vorinstanz macht demgegenüber unter Hinweis auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk geltend, dass die übermittelten Informationen von Seiten der Swisscom freiwillig herausgegeben worden seien, weil kein Zwang in Form einer eigenständigen Auskunftsverfügung durch die Vorinstanz ausgeübt worden sei. Des Weiteren wird unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den Einschränkungen des nemo tenetur-Grundsatzes vorgebracht, dass

die massgeblichen Informationen zum einen unabhängig vom Willen der Betroffenen bestanden hätten und durch andere zulässige Zwangsmassnahmen hätten ermittelt werden können, weil sie aus Buchhaltungsunterlagen und intern verfügbaren Dokumenten der Beschwerdeführerinnen stammen würden, welche auf dem Wege einer Hausdurchsuchung hätten beschlagnahmt werden können. Zum anderen seien in Übereinstimmung mit der Entscheidungspraxis der EU-Kommission und der EU-Gerichte alle übermittelten Informationen verwertbar gewesen, weil sie rein tatsächliche Informationen und kein Eingeständnis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Beschwerdeführerinnen enthalten würden.

(3) Würdigung durch das Gericht

93. In den Fällen, in denen das Kartellverwaltungsverfahren strafrechts-ähnlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK aufweist, weil es zu einer Sanktionierung des betroffenen Unternehmens gemäss Art. 49a KG führen könnte, tritt die in Art. 40 KG statuierte und allgemein anerkannte verwaltungsrechtliche Auskunftspflicht unweigerlich in Widerstreit zum strafrechtlichen *nemo tenetur*-Grundsatz, der seinen Niederschlag in Art. 40 Satz 2 KG gefunden hat (vgl. SEILER HANSJÖRG, Das [Miss-]Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, 11, zit. Missverhältnis). Denn Auskunftspflicht einerseits und Schweigerecht andererseits bilden zumindest in ihrem Kernbereich einen unauflösbaren inhaltlichen Widerspruch. Aufgrund seines Charakters als individuelles verfassungsmässiges Grundrecht kommt dem *nemo tenetur*-Grundsatz eine zentrale Bedeutung zu. Allerdings weist auch das öffentlich-rechtliche Auskunftsprinzip allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung auf, weil es dem verfassungsrechtlichen Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts (Art. 170 BV) dient. Daher ist im Rahmen der inhaltlichen Festlegung des *nemo tenetur*-Grundsatzes im Wege der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen (vgl. BGE 139 I 16 E. 4.2.2; BGE 129 I 173 E. 5.1) dem Auskunftsprinzip in angemessener Weise Rechnung zu tragen (vgl. BGer, 27.05.2014, 2C_776/2013, A. AG gg. Eidgenössische Spielbankenkommission, BGE 140 II 384, zit. Sanktion Spielbankengesetz, Ziff. 3.3.5).

(a) Rechtscharakter und Rechtsgrundlage

94. Obschon der *nemo tenetur*-Grundsatz grundsätzlich anerkannt ist, besteht keine übereinstimmende Ansicht über seinen Rechtscharakter und die damit einhergehende Rechtsgrundlage. Einerseits wird der Grundsatz als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts qualifiziert und dementsprechend unmittelbar aus dem Gleichheitsanspruch (so noch BGE 121 II 273 E. 3a; BGE 109 Ia 166 E. 2b; BGE 106 Ia 7 E. 4) oder dem Persönlichkeitsrecht eines Menschen abgeleitet (vgl. dt. Bundesverfassungsgericht, 13.1.1981, 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37; FLACHSMANN STEFAN/WEHRENBURG STEFAN, Aussageverweigerungsrecht und Informationspflicht, SJZ 2001, 313, zit. Informationspflicht, 315; HAUSER ROBERT, Zum Schweigerecht des Beschuldigten, ZBJV 1995, 529, zit. Schweigerecht, 531). Andererseits wird er zum Kernbereich des Rechts auf ein faires Verfahren gezählt, wobei die Ableitung sowohl im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention als auch der Bundesverfas-

sung grundsätzlich unter Anerkennung als eigenständiger Verfahrensgrundsatz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 29 BV erfolgt (vgl. EGMR, 25.2.1993, 10828/84, Funke gg. Frankreich, zit. Funke, Ziff. 44; EGMR, 17.12.1996, 19187/91, Saunders gg. Vereinigtes Königreich, zit. Saunders, Ziff. 68; EGMR, 21.12.2000, 34720/97, Heaney & McGuinness gg. Vereinigtes Königreich, zit. Heaney & McGuinness, Ziff. 40; EGMR, 3.5.2001, 31827/96, J.B. gg. Schweiz, zit. J.B., Ziff. 64; EGMR, 10.9.2002, 76574/01, Allen gg. Vereinigtes Königreich, zit. Allen, Ziff. 1; EGMR, 5.11.2002, 48539/99, Allan gg. Vereinigtes Königreich, zit. Allan, Ziff. 44; EGMR, 8.4.2004, 38544/97, Weh gg. Österreich, zit. Weh, Ziff. 39; EGMR, 4.10.2005, 6563/03, Shannon gg. Vereinigtes Königreich; zit. Shannon, Ziff. 32; EGMR, 11.7.2006, 54810/00, Jalloh gg. Deutschland, zit. Jalloh, Ziff. 123; EGMR, 29.6.2007, 15809/02 und 25624/02, O'Halloran & Francis gg. Vereinigtes Königreich, zit. O'Halloran & Francis, Ziff. 63; EGMR, 21.4.2009, 19235/03, Marttinen gg. Finnland, zit. Marttinen, Ziff. 60). Verschiedentlich wird dabei auch der enge Zusammenhang zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 31 BV betont (vgl. EGMR, 34720/97, Heaney & McGuinness, Ziff. 40; EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 68; MEYER-LADEWIG, EMRK, Ziff. 131). Eine ausdrückliche völker- und verfassungsrechtliche Statuierung hat der Grundsatz allerdings nur in Art. 14 Abs. 3 Bst. g Internationaler Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt-II, SR 0.103.2, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992) erfahren (vgl. RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht, 2011, zit. StPO, Rn. 832). Da zum einen dessen Wortlaut („[der wegen einer Straftat Angeklagte] darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen“) auf besondere angelsächsische Rechtsinstitute abstellt (vgl. SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, 81), die der schweizerischen Rechtsordnung systemfremd sind (vgl. SEILER, Missverhältnis, Ziff. 15; kritisch auch BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, Ziff. 3.3.6), und zum anderen keine einheitliche Judikatur für diese Vorschrift besteht, erfolgt die Konkretisierung des Rechtsgehalts des *nemo tenetur*-Grundsatzes in Praxis und Literatur im Wesentlichen über die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK sowie ergänzend zu Art. 29 BV und Art. 31 BV. Da den Vorschriften der Bundesverfassung in dieser Hinsicht kein weiter gehender Inhalt beigemessen wird, kann für eine Beurteilung im vorliegenden Zusammenhang ausschliesslich auf den Regelungsgehalt von Art. 6 EMRK abgestellt werden.

(b) Anwendbarkeit auf andere Rechtssubjekte

95. Ob und allenfalls in welchem Umfang sich auch juristische Personen - und allenfalls auch nicht rechtsfähige Rechts- und einfache Wirtschaftsgemeinschaften - auf den *nemo tenetur*-Grundsatz berufen können, ist umstritten. Die Beantwortung dieser Frage hängt auch von der rechtlichen Verortung des Grundsatzes ab. Die Ablehnung der Anwendung wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Grundsatz letztlich Ausfluss der Menschenwürde sei, weshalb dessen Anerkennung zu Gunsten von juristischen Personen nicht sachgerecht wäre (vgl. ARZT GUNTER, Schutz juristischer Personen

vor Selbstbelastung, JZ 2003, 456, zit. Selbstbelastung, 457; HAUSER, Schweigerecht, 531). So hat denn auch das deutsche Bundesverfassungsgericht die Anwendung des Grundsatzes für juristische Personen unter Verweis auf die fehlende Menschenwürde ausdrücklich abgelehnt (vgl. BVerfGE 95, 220, in: NJW 1997, 1841; vgl. auch BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, Ziff. 3.3.4, wonach der fehlende Aspekt des Persönlichkeitsrechts bzw. der Menschenwürde immerhin zu einer Anwendungseinschränkung des Grundsatzes bei juristischen Personen und Unternehmen berechtigen soll). Die Befürworter einer Anwendung stellen demgegenüber auf den Verfahrensaspekt ab, wonach einer juristischen Person aus Gründen der Verfahrensfairness letztlich die gleichen verfahrensrechtlichen Garantien wie einer natürlichen Person zukommen sollten (vgl. HEINE GÜNTER, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, 105; zit. Quasi-Strafrecht; HEINE GÜNTER, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts, oder: Victoria Jungfrau, Kellner Klaus und die Chefsekräterin, SZW 2005, 17, 21; PIETH MARK, Strafverfahren gegen das Unternehmen, in: Arnold u.a. [Hrsg.], Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift Albin Eser, 2005, 607). Die bislang ergangenen Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum *nemo tenetur*-Grundsatz betrafen soweit ersichtlich alleamt natürliche Personen. Auch wenn die Anwendung des Art. 6 EMRK auf juristische Personen in allgemeiner Weise bereits bestätigt wurde (vgl. E. 58 f.), lässt sich demzufolge keine abschliessende Beurteilung aufgrund der bestehenden Rechtsprechung vornehmen (kritisch hierzu auch SPITZ, Problemstellungen, 557). Die schweizerische Praxis ist bislang ohne nähere Erörterung von einer Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen ausgegangen (vgl. BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, Ziff. 3.3.6; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.4.2).

96. Grundsätzlich wäre es durchaus denkbar, juristischen Personen eine Berufung auf den *nemo tenetur*-Grundsatz zumindest im Bereich eines Kartellverfahrens zu verwehren. Dies ist für öffentlich-rechtliche Körperschaften, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, offensichtlich, weil es widersprüchlich und nicht verständlich wäre, weshalb einer staatlichen Organisationseinheit, die sich im Wettbewerb unrechtmässig verhalten hat, auch noch die Möglichkeit zustehen soll, die Mitwirkung an der Offenlegung dieses Verhaltens zu verweigern. Ähnliche Überlegungen können auch bei den privat-rechtlich organisierten Handelsgesellschaften angestellt werden. Bei diesen Organisationsformen handelt es sich um reine Rechtskonstruktionen, deren Zulassung durch die Rechtsordnung allein darin zu sehen ist, verschiedene Aspekte des wirtschaftlichen Handelns zu Gunsten von natürlichen Personen zu erleichtern, wie etwa die Gestaltung des Haftungsrisikos. Deshalb wäre es durchaus vertretbar, von diesen Rechtskonstruktionen die Einhaltung der für eine Marktwirtschaft elementaren Wettbewerbsregeln in der Weise vorauszusetzen, dass eine sich daraus ergebende Mitwirkungspflicht nicht durch einen einfachen Hinweis auf das eigene unrechtmässige (Wettbewerbs-)Verhalten aufgehoben werden könnte. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, als die Rechtsordnung umfassende handelsrechtliche Vor-

schriften zur Führung und Aufbewahrung von Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen vorsieht, weshalb die entsprechenden wirtschaftlichen Informationen grundsätzlich vorhanden sind.

97. Allerdings ist zu beachten, dass im schweizerischen Kartellrecht mit dem Begriff des Unternehmens ganz unterschiedliche Organisationsformen als Kartellrechtssubjekte erfasst werden, die sich auch aus verschiedenen natürlichen und juristischen Personen zusammensetzen können. In Bezug auf diese Vielfalt kann eine Differenzierung, bei welchen Organisationsformen oder deren Gesellschaftern noch eine Berufung auf den *nemo tenetur*-Grundsatz zulässig sein soll und bei welchen nicht, nur noch schwerlich nach sachlich überzeugenden Kriterien vorgenommen werden. Daher könnte es aus Gründen der Verfahrensgerechtigkeit letztlich sachgerechter sein, auf eine solche prinzipielle Differenzierung zu verzichten und - wie vom Bundesgericht im Urteil Sanktion Spielbankengesetz (BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.6) vorgesehen - eher Anpassungen im Rahmen einer konkreten Anwendung des Grundsatzes auf juristische Personen sowie nicht rechtsfähige Rechts- und einfache Wirtschaftsgemeinschaften vorzunehmen.

(c) Zweck und Inhalt

98. Der *nemo tenetur*-Grundsatz statuiert das Recht eines Beschuldigten, eigenverantwortlich über seine inhaltliche Mitwirkung an einem Strafverfahren zu entscheiden. Diese Entscheidung umfasst die Möglichkeit, entweder durch eigene Mitteilungen und sonstige Aufklärungshandlungen am Verfahren teilzunehmen oder auf eine entsprechende Mitwirkung zu verzichten, wobei diese Möglichkeit für verschiedene Aspekte auch selektiv in unterschiedlicher Weise ausgeübt werden kann (vgl. LIEBER VIKTOR, in: Donatsch/Hansjörg/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, zit. StPO, Art. 113 Rn. 1, 19; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, StPO, Rn. 834). Ein Beschuldigter entscheidet demzufolge selbst darüber, ob er - zumindest teilweise - Aussagen vornimmt oder schweigt (vgl. EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 73; EGMR, 6563/03, Shannon, Ziff. 38 f.), ob er Dokumente selbst herausgibt (vgl. EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 74; EGMR, 31827/96, J.B., Ziff. 65; EGMR, 10828/84, Funke, Ziff. 1) und ob er sonstige Beweismittel zugänglich macht (zur Verabreichung eines Brechmittels zur Erlangung von verschluckten Drogenpäckchen vgl. EGMR, 54810/00, Jalloh, Ziff. 113 f.; zur Abgabe von Sprech-, Geh- oder Schriftproben vgl. SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, zit. StPO, Rn. 672). Daraus ergibt sich umgekehrt zu Lasten der Behörden, dass strafrechtliche Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden müssen, die durch Zwang oder Druck gegenüber dem Beschuldigten in Missachtung von dessen Willen erlangt wurden (vgl. EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 68; EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 60; vgl. auch BGE 131 IV 36 E. 3.1, mit Verweis auf EGMR, 31827/96, J.B. und BGE 121 II 273 E. 3). Durch die Anerkennung des *nemo tenetur*-Grundsatzes soll ein Angeklagter vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden geschützt werden. Dies dient der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK, ein faires Verfahren si-

cherzustellen (vgl. EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 60; EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1; EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 68; BGE 131 IV 36 E. 3.1).

99. Durch die Geltendmachung des *nemo tenetur*-Grundsatzes darf dem Beschuldigten grundsätzlich auch kein Nachteil erwachsen. Allerdings ist es möglich, aus einem unterschiedlichen Aussageverhalten Rückschlüsse zu ziehen. Gleiches gilt für den Fall, dass unter den gegebenen Umständen eine Auskunft des Beschuldigten erwartet werden kann (vgl. EGMR, 8.2.1996, 18731/91, Murray gg. Grossbritannien, Ziff. 45 f.; EGMR, 2.5.2000, 35718/97, Condron gg. Grossbritannien, Ziff. 61 f.; kritisch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 986).

100. Der Schutzzweck des *nemo tenetur*-Grundsatzes hat auch in einem Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen seine Berechtigung (vgl. EGMR, 31827/96, J.B., Ziff. 63 f.; a.A. HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, zit. StPO, § 39 Rn. 14; SEILER, Missverhältnis, 18 f.), auch wenn das dadurch erzielte Ergebnis im Vergleich mit anderen Verwaltungsverfahren nicht vollständig zu befriedigen vermag. Der Grundsatz findet daher auch in derartigen Verfahren prinzipiell Anwendung (vgl. BOVET/SABRY, CR-Concurrence, Art. 42 Rn. 29 f.; BREITENMOSER STEPHAN, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht - ein Überblick, SZIER 2007, 428, zit. Wettbewerbsrecht, 433; LANG, Untersuchungsmaßnahmen, Rn. 18; HANGARTNER, Aspekte, 274; SPITZ, Problemstellungen, 557; WASER, Grundrechte, 192).

(d) Zulässigkeit einer Einschränkung

101. Dem *nemo tenetur*-Grundsatz kommt allerdings keine absolute Geltung zu. Dies wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ausdrücklich festgehalten (vgl. EGMR, 15809/02, O'Halloran & Francis, Ziff. 53; EGMR, 38544/97, Weh, Ziff. 47; EGMR, 34720/97, Heaney & McGuinness, Ziff. 47). Vielmehr können sich aus verschiedensten Aspekten Einschränkungen seiner Geltung und Anwendung ergeben. Die jeweiligen Voraussetzungen solcher Einschränkungen sind bislang allerdings weder eindeutig festgelegt noch werden sie im Einzelfall kohärent angewendet (vgl. für eine konzise Übersicht ROTH SIMON, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“, ZStrR 2011, 296). Insbesondere im Hinblick auf die Verwendung von Informationen, die vom Beschuldigten im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens den Behörden zugänglich gemacht wurden, besteht noch keine abschliessend geklärte Rechtslage.

102. Als Ausgangslage für die Beurteilung von Einschränkungen sind die nachfolgend aufgeführten allgemeinen Prämissen zu beachten: So wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Saunders die grundlegende Einschränkung statuiert, dass der Anwendungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes nicht tangiert wird und von vornherein kein Verwertungsverbot besteht bei solchen Beweismitteln, die zwar mittels Zwangsmassnahmen beschafft wurden, die jedoch unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren (EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 69; ebenso EGMR, 54810/00, Jalloh, Ziff. 113, „the use of which is generally

not prohibited in criminal proceedings“; EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 68, „which fall outside the scope of the right“). Als Beispiele hierfür wurden in der Rechtsprechung bislang Dokumente, die aufgrund richterlicher Anordnung herauszugeben sind, sowie Atemluft-, Blut-, Urin- und DNA-Proben angeführt. Des Weiteren wurde mit dem Urteil Jalloh (EGMR, 54810/00, Jalloh, Ziff. 117; vgl. auch EGMR, 48539/99, Allan, Ziff. 44) die Beurteilung, ob im Einzelfall eine Massnahme, die in den Anwendungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes fällt, dessen Wesensgehalt in unzulässiger Weise aufhebt, an den folgenden Aspekten ausgerichtet: (i) der Art und des Ausmasses des ausgeübten Zwangs, (ii) der Bedeutung des öffentlichen Interesses an der Untersuchung und einer allfälligen Bestrafung des Beschuldigten, (iii) dem Vorhandensein von verfahrensrechtlichen Sicherungen, um gegen die Beweisverwertung vorzugehen, und (iv) der Verwendung der erlangten Beweise und deren Bedeutung im Verfahren.

103. Im Hinblick auf die Verwendung von Informationen, die im Rahmen von Verwaltungsverfahren bekannt gemacht oder ermittelt wurden, sind die folgenden spezifischen Prämissen zu beachten: Eine Verwendung von Informationen, welche die Behörde im Rahmen von gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsmassnahmen wie Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen oder Zeugenvernehmungen erlangt haben, liegt ausserhalb des Anwendungsbereichs des *nemo tenetur*-Grundsatzes, weshalb kein entsprechendes Verwertungsverbot besteht. Im Rahmen von Verwaltungsverfahren stellen Auskunftspflichten gegenüber Behörden eine übliche Massnahme dar und umfassen einen weiten Anwendungsbereich in den verschiedensten Gebieten (vgl. EGMR, Marttinen, Ziff. 68; EGMR, 6563/03, Shannon, Ziff. 32, EGMR, 38544/97, Weh, Ziff. 45). Dies gilt auch für finanzielle und geschäftliche Angelegenheiten (vgl. EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5], „financial or company affairs“; EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 67, „financial and commercial activities“). Denn solche Auskunftspflichten sind vielfach eine notwendige Massnahme zur funktionsgerechten Behandlung eines Sachgebiets (vgl. EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5]; vgl. auch E. 80 f.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtssubjekt, welches eine Tätigkeit in einem Bereich ausübt, der im öffentlichen Interesse eine gewisse Regulierung erfahren hat, durch die Ausübung der Tätigkeit den dadurch entstehenden Rechten und Pflichten zugestimmt hat (vgl. EGMR, 15809/02, O'Halloran & Francis, Ziff. 57). Der *nemo tenetur*-Grundsatz verbietet auch nicht den Einsatz von Zwangsmitteln zur Erlangung von entsprechenden Informationen, vielmehr kann auch ein mittels Verwaltungsstrafen ausgeübter Zwang gerechtfertigt sein (vgl. EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5]; EGMR, 15809/02, O'Halloran & Francis, Ziff. 55 ff.). Soweit ein Verwaltungsverfahren keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK zum Gegenstand hat oder in Zusammenhang mit einer solchen Anklage durchgeführt wird, ergibt sich für eine vorgesehene Auskunftspflicht auch keine Beschränkung durch den *nemo tenetur*-Grundsatz (vgl. EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 68; EGMR, 6563/03, Shannon, Ziff. 32; EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5]; EGMR, 38544/97, Weh, Ziff. 45). Soweit ein Auskunftspflichtiger seiner Auskunftspflicht nicht wahrheitsgemäss nachkommt, um

etwa die Aufdeckung von bestimmten Umständen zu vermeiden, welche wiederum zu einer Bestrafung hätten führen können, ist eine spätere Berufung auf den *nemo tenetur*-Grundsatz ebenfalls nicht möglich (vgl. EGMR, 6563/03, Shannon, Ziff. 45; EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5]; EGMR, 38544/97, Weh, Ziff. 45). Denn der *nemo tenetur*-Grundsatz bietet keine generelle Immunität gegenüber Handlungen, die von der Absicht geprägt sind, Untersuchungen der zuständigen Behörden zu behindern, zu verhindern oder zu vermeiden (vgl. EGMR, 76574/01, Allen, Ziff. 1 [S. 5]). Soweit ein laufendes Verwaltungsverfahren aber in einem inhaltlichen Zusammenhang zu einem bereits laufenden oder unmittelbar drohenden Strafverfahren steht, beschränkt der *nemo tenetur*-Grundsatz eine verwaltungsrechtliche Auskunftspflicht im Hinblick auf diese Angelegenheit (vgl. EGMR, 19235/03, Marttinen, Ziff. 72 f.; EGMR, 10828/84, Funke, Ziff. 44; EGMR, 31827/96, J.B., Ziff. 39, 54).

(e) Einschränkungen

104. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergeben sich auch aus dem vorliegenden Sachverhalt massgebliche Einschränkungen einer Geltendmachung des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Prämissen unterstehen nämlich folgende Informationen von vornherein keinem Verwertungsverbot im Rahmen von kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren: (i) Angaben rein tatsächlicher Art, (ii) Daten aus einer vorgängigen Rechtsache, (iii) Daten aufgrund von Informationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung, (iv) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten in konzessionierten Bereichen, sowie (v) selbst eingebrachte Informationen.

105. (i) Angaben rein tatsächlicher Art: Eine Einschränkung des *nemo tenetur*-Grundsatzes besteht in einer Differenzierung hinsichtlich der geschützten Informationen zwischen Angaben rein tatsächlicher Art (Tatsachen und Geschehnisse) sowie Angaben, durch die ein Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten eingestehen müsste (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, Verfahrensführung, Rn. 12.20). Eine solche Differenzierung wird im Einzelfall allerdings wohl nur mit Schwierigkeiten umgesetzt werden können, auch wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einzelnen Urteilen zumindest bei geringfügigeren Vorwürfen eine Auskunftspflicht zu Tatsachen für zulässig qualifiziert hat (vgl. EGMR, O'Halloran & Francis, Ziff. 57; EGMR, 38544/97, Weh, Ziff. 53 f.).

106. Die Notwendigkeit einer solchen Differenzierung wird damit begründet, dass eine Selbstbelastung bei Angaben über reine Tatsachenabläufe nicht vorliegen würde und ansonsten eine sachgerechte Aufklärung eines Kartellrechtssachverhalts unter Berücksichtigung der Wettbewerbskomplexität nicht möglich sei, weshalb die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes in unverhältnismässiger Weise erschwert werden würde (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 13 Rn. 70; TAGMANN, Sanktionen, 119; ausdrücklich offen gelassen von BVGer, B-2799/2007, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5). Danach müsste ein Unternehmen etwa angeben, zu welchen Zeiten und an

welchen Orten Gespräche mit einem Konkurrenten stattgefunden haben, während es über den Inhalt dieser Gespräche keine Angaben machen müsste. Zur Bestätigung dieser Differenzierung wird darauf hingewiesen, dass die EU-Wettbewerbsgerichte eine derartige Unterscheidung in nunmehr ständiger Rechtsprechung ebenfalls vornehmen (vgl. EuGH, 25.1.2007, C-407/04 P, Dalmine SpA gg. Kommission, EU:C:2007:53, Ziff. 34; EuGH, 18.10.1989, C-374/87, Orkem SA gg. Kommission, EU:C:1989:387, Rn. 34 f.; vgl. zur Kritik LORENZMAIER STEFAN, Kartellrechtliche Geldbussen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS [Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik] 2008, 28; SCHWARZE JÜRGEN/BECHTOLD RAINER/BOSCH WOLFGANG, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft - Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, 31 ff., zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_de.pdf). Danach kann die EU-Kommission ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, nicht jedoch Antworten zu geben, durch welche es eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für welche die Kommission nachweispflichtig ist.

107. Andere Ansichten lehnen eine solche Differenzierung ab, weil eine Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Aussagen mit Geständnischarakter rein theoretischer Natur sei und sich mit den strafprozessualen Mindestgarantien nicht vereinbaren lasse (vgl. LANG, Untersuchungsmassnahmen, Rn. 21; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 260).

108. Hierzu ist zunächst zu beachten, dass der Verweis auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte und der EU-Wettbewerbsbehörden für die Beurteilung dieser Sachfrage durch ein schweizerisches Gericht unerheblich ist. Denn die Europäische Union ist nicht Vertragsstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention und kann es gemäss dem Gutachten des Europäischen Gerichtshofs auf absehbare Zeit auch nicht werden (vgl. EuGH, 18.12.2014, 2/13, Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 EUV zur Vereinbarkeit des Entwurfs eines internationalen Übereinkommens über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK mit dem EUV und dem AEUV), weshalb die EMRK kein Rechtsinstrument darstellt, welches formell in die Unionsrechtsordnung übernommen worden ist (vgl. so bereits EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 41). Obwohl Art. 6 Abs. 3 EUV vorsieht, dass die durch die EMRK anerkannten Grundrechte als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, unterstehen die Urteile der EU-Gerichte sowie die damit einhergehende Verwaltungspraxis der EU-Wettbewerbsbehörden demnach keiner Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die entsprechende Praxis ist demzufolge nicht notwendigerweise deckungsgleich mit der Konventionspraxis und sie kann sich auch gegenüber anderslautenden Präjudizien als jenen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausbilden (vgl. so im Ergebnis bereits BREITENMOSER, Wettbewerb, 433 und Fn. 128).

109. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in mehreren Urteilen zum einen ausdrücklich festgehalten, dass sich eine Beschränkung der Grundsätze eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK weder aufgrund der Komplexität einer Materie noch der Notwendigkeit einer Mitwirkung des Betroffenen für eine inhaltlich korrekte Feststellung des massgeblichen Sachverhalts rechtfertigen lässt (vgl. EGMR, 19235/03, Martinen, Ziff. 74; EGMR, 34720/97, Heaney & McGuinness, Ziff. 57; EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 74, „[...] apply in criminal proceedings to all kind of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex“). Zum anderen hat er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Unterscheidung zwischen reinen Tatsachenaussagen und Eingeständnissen ausgeschlossen ist, wenn die reinen Tatsachenaussagen zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren zu belastenden Aspekten umfunktioniert werden und damit zum Nachteil des Beschuldigten geraten können (vgl. EGMR, Saunders, 19187/91, Ziff. 71; im Ergebnis ebenso EGMR, 6563/03, Shannon, Ziff. 37).

110. Eine entsprechende Differenzierung kann demzufolge nur dann vorgenommen werden, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die reinen Tatsachenaussagen nicht zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine belastende Rolle in der Beweisführung der Vorinstanz oder der Rechtsmittelgerichte spielen. Dies wird im Regelfall jedoch nur für gewisse einzelne allgemeine Informationen, wohl aber nicht für den überwiegenden Teil der durch die Wettbewerbsbehörden erhobenen und verwendeten spezifischen Informationen möglich sein. Eine generelle Qualifizierung von bestimmten einzelnen Informationen, inwieweit deren Verwendung im Verfahren zulässig wäre, kann angesichts der durch die Europäische Menschenrechtskonvention vorgegebenen Prämissen jedenfalls ausgeschlossen werden, weshalb im Einzelfall eine Beurteilung der jeweils vorliegenden konkreten Umstände vorzunehmen ist (vgl. im Ergebnis so bereits BVGer, B-2799/2007, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5.1).

111. (ii) Daten aus einer vorgängigen Rechtssache: Der nemo tenetur-Grundsatz erfasst von vornherein keine Erklärungen, die ein Auskunftspflichtiger im Rahmen sonstiger Rechtsangelegenheiten zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber Behörden und privaten Dritten aufgrund von gesetzlich angeordneten Erklärungspflichten - einschliesslich von öffentlich-rechtlichen Auskunftspflichten - abgegeben hat (nachfolgend: vorgängige Rechtssache). Sämtliche Informationen, die sich aus diesen Erklärungen ergeben, und Dokumente, die formal oder inhaltlich als Bestandteil dieser Erklärungen zu gelten haben, werden nicht vom Verwertungsverbot des nemo tenetur-Grundsatzes erfasst. Die jeweiligen Dokumente unterstehen in einem anderen (Kartell-)Verfahren somit einer Editionsspflicht des Auskunftspflichtigen. Informationen und Dokumente, die ein Auskunftspflichtiger ohne Verweis auf eine Auskunftsverweigerung auf der Grundlage des nemo tenetur-Grundsatzes erteilt hat, können daher in einem nachfolgenden Verwaltungsverfahren verwendet werden, auch wenn dieses mit einer Sanktionierung verbunden ist, die strafrechtsähnlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK aufweist.

112. Als vorgängige Rechtssachen gelten dabei alle Verfahren, deren Gegenstand eine andere Angelegenheit betreffen als das nachfolgende Verfahren. Demgegenüber ergibt sich aus einer rein funktionalen oder behördenorganisatorischen Aufteilung der administrativen und strafrechtlichen Behandlung ein und derselben Angelegenheit in ein verwaltungsrechtliches und ein strafrechtliches Verfahren keine vorgängige Rechtssache im vorliegenden Sinne.

113. In Bezug auf Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG handelt es sich bei derartigen Erklärungen etwa um Anmeldungen zum Handelsregister, im Schweizerischen Handelsamtsblatt publikationspflichtige Vorgänge, gesellschaftsrechtliche Handlungen und Erklärungen, Steuererklärungen oder sonstige Eingaben gegenüber Behörden, Meldungen gegenüber gewerblichen, technischen oder sonstigen Aufsichtsbehörden sowie Eingaben in sonstigen Verwaltungsverfahren. Daher sind die mit diesen Erklärungen formal oder inhaltlich verbundenen Dokumente von den Unternehmen herauszugeben. Eine Zurückbehaltung derartiger Dokumente durch die Unternehmen unter Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes ist ausgeschlossen. Daher hat ein Unternehmen sämtliche Unterlagen, die etwa in Zusammenhang mit einer bereits eingereichten Handelsregisteranmeldung oder Steuererklärung stehen, gegenüber den Wettbewerbsbehörden herauszugeben.

114. Der Schutzzweck des nemo tenetur-Grundsatzes erfasst derartige Erklärungen von vornherein nicht. Der Grundsatz dient vielmehr dazu, dass ein Auskunftspflichtiger die Mitwirkung an einem Verfahren verweigern kann, weil er sich durch eine erzwungene Aussage oder die Herausgabe von Dokumenten nicht selbst belasten muss. Als Folge davon haben die Behörden die notwendigen Informationen durch eigene Ermittlungsmassnahmen festzustellen (vgl. EGMR, 19187/91, Saunders, Ziff. 68). Der Schutzzweck des Grundsatzes besteht aber nicht darin, einen Auskunftspflichtigen vor allen möglichen Folgen einer einmal von ihm abgegebenen Erklärung und herausgegebenen oder mit dieser in Zusammenhang stehenden Dokumenten zu schützen.

115. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der Auskunftspflichtige im Rahmen der vorgängigen Rechtssache auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung hingewiesen wurde. Denn die entsprechende Hinweispflicht ist ausschliesslich für das Verfahren der vorgängigen Rechtssache bzw. eine mit der Abgabe der Erklärung unmittelbar in Zusammenhang stehende Straftat von Bedeutung. Es besteht kein allgemeiner Anspruch darauf, dass der Inhalt einer von einem Auskunftspflichtigen einmal abgegebenen Erklärung nicht in einem anderen Zusammenhang Verwendung finden darf. Es ist auch nicht notwendig, dass der Auskunftspflichtige in jedem Fall rein prophylaktisch und unbestimmt, aber umfassend, darauf hingewiesen wird, dass seine Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt einmal in einem Strafverfahren oder einem Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen relevant werden könnte. Da zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung weder ein Verdacht für eine konkrete Straftat vorhanden noch ein Strafverfahren anhängig sind, kann der Auskunftspflichtige auch keine konkrete Entscheidung über Art und Umfang seiner Mitwirkung vornehmen.

116. Eine Rechtsordnung würde sich faktisch aufheben und der Lächerlichkeit preisgeben, wenn sie zuliesse, dass Angaben eines Auskunftspflichtigen, welche dieser freiwillig vorgenommen hatte, ohne von seinem Anspruch auf Verweigerung der Mitwirkung wegen eines allfälligen strafrechtlichen Verhaltens Gebrauch gemacht zu haben, zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Verfahren nicht mehr verwertbar wären, weil sich der Auskunftspflichtige dann auf den nemo tenetur-Grundsatz und die sich daraus ergebende Verweigerung einer Mitwirkung berufen könnte, nachdem er die Strafwürdigkeit seines Verhaltens entdeckt oder festgestellt hat, dass seine ursprüngliche Verhaltensstrategie nicht zum Ziel führt. Denn dadurch könnte die Beantwortung von behördlich angeforderten Auskünften von vornherein in beliebiger Weise wahrheitswidrig erfolgen, weil eine spätere Verwertung immer dadurch ausgeschlossen werden könnte, indem der Auskunftserteilende auf eine - unter Umständen sogar wiederum nur wahrheitswidrig behauptete - strafrechtliche Verstrickung verweist. Ein solches Verhalten und der damit verbundene Zustand sind in einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Grundordnung von vornherein auszuschliessen. Denn wirtschaftliche und sonstige Handlungsfreiheiten können einem Einzelnen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft nur dann und in dem Umfang eingeräumt werden, in dem die einzelnen Handlungen je nach Grad ihres Gefährdungspotentials oder ihrer Sozialschädlichkeit für die anderen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft einer ausreichenden Kontrolle und Genehmigung unterworfen werden. Unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Verhältnisprinzips stellt die Auskunftspflicht dabei das mildere Mittel gegenüber sonstigen Kontrollmassnahmen dar, welche die Behörden mit Zwang durchsetzen können. Deshalb ist die Rechtsgemeinschaft in allen Fällen, in denen dies sachlich gerechtfertigt ist, auf die Verankerung einer Auskunftspflicht beschränkt. Diesem notwendigen und mildesten Mittel für eine sachgerechte Abgrenzung spezifischer Handlungsfreiräume kann demzufolge aber nicht durch die nachträgliche Geltendmachung einer - gegebenenfalls nur konstruierten - Mitwirkungsverweigerung die notwendige Anwendungsgrundlage entzogen werden.

117. Im Übrigen bestehen derartige Informationen nach ihrer freiwilligen Preisgabe im Sinne der Saunders-Doktrin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unabhängig vom Willen des Beschuldigten und unterstehen somit nicht mehr dem Anwendungsbereich des nemo tenetur-Grundsatzes. Zudem würde hinsichtlich des Erklärungsinhalts ein Verzicht des Auskunftspflichtigen auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung vorliegen (vgl. E. 125 f.).

118. (iii) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten ordnungsgemässer Geschäftsführung: Aus dem gleichen Grunde ergibt sich auch aus den gesetzlich vorgesehenen Dokumentationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung eine Einschränkung des nemo tenetur-Grundsatzes.

119. So sehen die Vorschriften über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung, die ab dem 1. Januar 2013 rechtsformübergreifend in den Art. 957 - 963b OR - und vor dieser Zeit in unterschiedlichen Vorschriften - statuiert wurden, eine allgemeine Verpflichtung zur

Erstellung, Führung und Aufbewahrung von bestimmten Geschäftsunterlagen vor. Danach hat ein handelsrechtliches Unternehmen die Geschäftsbücher und Buchungsbelege sowie bei Bestehen der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht ordnungsgemäss zu erstellen und während einer Dauer von zehn Jahren aufzubewahren. Unter dem Begriff „Geschäftsbücher“ ist die Buchhaltung (Hauptbuch, Kontenaufstellung, Journal sowie allfällige Hilfsbücher wie Lohn-, Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, Warenbestände) zu verstehen. Als Buchungsbelege gelten alle Dokumente einschliesslich von Geschäftskorrespondenz, die eine relevante Information für eine Buchung enthalten und dadurch als Nachweis für die Richtigkeit einer Buchung dienen. Der Geschäftsbericht umfasst die Jahresrechnung (Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang, ggf. Geldflussrechnung), ggf. einen Lagebericht bei Unternehmen, die der ordentlichen Revision unterstehen, sowie ggf. eine Konzernrechnung. Die Verpflichtung zur Aufbewahrung der sonstigen Geschäftskorrespondenz, welche nicht mit einem Sachverhalt in Zusammenhang steht, der einer Buchung zugrunde liegt, muss ungeachtet ihrer Aufhebung seit dem 1. Januar 2013 angesichts der gesetzlichen Aufbewahrungsdauer von zehn Jahren demzufolge noch mindestens bis zum 31. Dezember 2022 beachtet werden.

120. Handelsrechtliche Unternehmen sind daher aufgrund öffentlicher Interessen zur Erstellung und Aufbewahrung besonderer, inhaltlich spezifizierter Unterlagen verpflichtet, die einen gewissen Überblick über ihre Geschäftstätigkeit für einen längeren Zeitraum ermöglichen. Hierbei handelt es sich um Informationen, die im Sinne der Saunders-Doktrin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unabhängig vom Willen des Auskunftspflichtigen vorhanden sind und demzufolge dem nemo tenetur-Grundsatz nicht unterstehen.

121. (iv) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten in konzessionierten Bereichen: Für den Bereich von konzessionierten Betrieben hat das Bundesgericht bereits bestätigt, dass die Dokumentationspflicht eine Einschränkung des nemo tenetur-Grundsatzes darstellt (vgl. BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, Ziff. 3.3.4). Danach umfasst der Geltungsbereich des nemo tenetur-Grundsatzes nicht diejenigen Informationen in Unterlagen, zu deren Führung bzw. Anlage juristische Personen und Unternehmen in einem konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren gesetzlich verpflichtet sind. Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlagen nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- und damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (z.B. Finanzmarkt, Spielbanken etc.) praktisch verunmöglicht. Daher stellt die Herausgabe von sachverhaltsbezogenen Unterlagen und Dokumenten gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Prüfung der gesetzlichen Bewilligungs- bzw. Konzessionsanforderungen keine Zwangsmassnahme dar, die gegen den Willen des beaufsichtigten Unternehmens erfolgt. Zudem hat sich ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Beantragung und Ausübung der jeweiligen Bewilligung den Voraussetzungen und Bedingungen der jeweiligen Auskunftspflicht

unterworfen (vgl. EGMR, 15809/02, O'Halloran & Francis, Ziff. 57).

122. (v) Selbst eingebrachte Informationen: Dem nemo tenetur-Grundsatz unterstehen von vornherein keinerlei Informationen, welche von einem Unternehmen in ein Kartellsanktionsverfahren selbst eingebracht werden, ohne dass die Wettbewerbsbehörde oder ein Rechtsmittelgericht diese Informationen angefordert hatte. Gleiches gilt für Informationen, zu deren Nutzung durch die Kartellbehörden ein Unternehmen zugestimmt hat.

123. (vi) Zusammenfassung: Im vorliegenden Verfahren liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die entscheidungsrelevanten Informationen nicht durch die vorgenannten Einschränkungen abgedeckt werden. Entsprechende Argumente werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht vorgebracht. Die im Verfahren verwendeten Informationen gründen vielmehr im Wesentlichen auf solchen Informationen, welche die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Dokumentationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung erstellt haben. Darüber hinaus wurden im Verfahren öffentlich bekannte und allgemein zugängliche Informationen sowie von den Beschwerdeführerinnen selbst in das Verfahren eingebrachte Informationen berücksichtigt. Die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen früherer Kartellverwaltungs- oder sonstiger Verwaltungsverfahren mitgeteilten Informationen, von denen die Vorinstanz als zuständige Wettbewerbsbehörde oder als Gutachterin für die sektorspezifischen Regulierungsbehörden des Bundesamts für Kommunikation oder der Eidgenössischen Kommunikationskommission Kenntnis erlangt hatte, konnten aufgrund der vorstehend dargestellten Einschränkung der vorgängigen Rechtssache ohne Weiteres im vorliegenden Kartellsanktionsverfahren Verwendung finden. Dabei ist aber nicht ersichtlich, dass eine solche Verwendung überhaupt stattgefunden hat. Darüber hinaus mussten die Beschwerdeführerinnen auch keine Angaben machen, mit denen sie die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens unmittelbar eingestanden hätten.

124. Die entscheidungsrelevanten Informationen unterstehen aus diesen Gründen nicht einem Verwertungsverbot aufgrund des nemo tenetur-Grundsatzes. Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass die vorstehend dargestellten Einschränkungen nicht einschlägig seien, ist jedenfalls die Verwertung der übermittelten Informationen dennoch zulässig, weil ein wirksamer Verzicht der Beschwerdeführerinnen auf die Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes vorliegt, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

(f) Verzicht

125. Eine Geltendmachung des nemo tenetur-Grundsatzes im Rahmen eines Kartellverfahrens ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn ein Verzicht des Unternehmens auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung vorliegt, weil es seiner Auskunftspflicht freiwillig nachkommt.

126. Einem Unternehmen, das von Seiten einer Wettbewerbsbehörde eine Aufforderung zur Mitwirkung bei der Abklärung eines sanktionsbedrohten wettbewerblichen Sachverhalts durch die Beantwortung von Fragen

und die Vorlage von Unterlagen erhält, kommt im Anwendungsbereich des nemo tenetur-Grundsatzes die Möglichkeit zu, wahlweise eine Mitwirkung unter Hinweis auf das Selbstbelastungsverbot zu verweigern oder auf die Geltendmachung dieses Einwands zu verzichten und sich freiwillig an der Untersuchung durch Erfüllung seiner gesetzlich vorgesehenen Mitteilungs- und Vorlagepflichten zu beteiligen. Diese Wahlmöglichkeit führt nicht automatisch dazu, dass ein Unternehmen die Mitwirkung verweigert, weil auch wesentliche Aspekte für eine Mitwirkung des Unternehmens sprechen; darauf wird auch in der Literatur übereinstimmend hingewiesen (vgl. SPITZ, Problemstellungen, 557, wonach sogar eine Mitwirkung sinnvoll sein kann, die über die Erfüllung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG hinaus geht, um in den Genuss einer reduzierten Sanktion zu gelangen). So besteht auf Seiten der Unternehmen zunächst ein grundlegendes Interesse daran, dass ihre Reputation im Markt nicht beeinträchtigt wird. Dies hat zur Folge, dass die Unternehmen regelmässig bereits zu Beginn eines Verfahrens - nicht nur in Kartellrechtsfällen - ihre Kooperationsbereitschaft mitteilen und dies bei Sachverhalten von entsprechender Bedeutung auch öffentlich ankündigen. Dadurch wird gegenüber der Allgemeinheit der Eindruck vermittelt, dass das Unternehmen sowohl an der Aufdeckung als auch der Beseitigung eines allfällig vorliegenden Fehlverhaltens uneingeschränkt mitwirkt. In der Sache ist es für ein Unternehmen offensichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden bei einer Verweigerung der Mitwirkung unweigerlich gezwungen sind, von den im Kartellgesetz ausdrücklich vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen einer Zeugenvernehmung, Hausdurchsuchung und Beschlagnahme Gebrauch zu machen, um in den Besitz der Informationen zu gelangen, welche für die Abklärung der Angelegenheit erforderlich sind (so ausdrücklich auch NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art.49a-53 Rn. 265). Zeugenvernehmungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen wirken sich allerdings äusserst belastend für den operativen Betrieb eines Unternehmens aus, abgesehen von dem dadurch eintretenden negativen Eindruck in der Öffentlichkeit und einem dadurch bedingten Reputationsschaden für das Unternehmen. Zudem binden Zeugenvernehmungen personelle Ressourcen und betreffen Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen nicht nur die gesuchten entscheidungsrelevanten Informationen, sondern einen wesentlich weiteren Bereich an unternehmenseigener Infrastruktur und unternehmensinternen Materialien. Denn die Wettbewerbsbehörden müssen sich regelmässig in einem ersten Schritt zunächst einen Überblick verschaffen, um anschliessend in weiteren Schritten zu den entscheidungsrelevanten Informationen und deren Dokumentation im Unternehmen vorzudringen. Im Übrigen wird einem betroffenen Unternehmen durch eine aktive Mitwirkung ermöglicht, die angeforderten Informationen in Anbetracht des vorgeworfenen wettbewerblichen Fehlverhaltens in einer möglichst günstigen Weise darzustellen und - je nach Art und Umfang der Mitwirkung - unter Umständen in den Genuss einer Sanktionsmilderung oder Sanktionsbefreiung zu gelangen.

127. Aus diesen Gründen bedarf es im Einzelfall einer Abwägung des Unternehmens, von welcher Handlungsmöglichkeit es angesichts des konkreten Vorwurfs eines wettbewerblichen Fehlverhaltens und den sich

daraus ergebenden Rechtsfolgen einerseits sowie der vorhandenen internen Kenntnis über das Vorliegen oder zumindest die Wahrscheinlichkeit des Auftretens eines solchen Fehlverhaltens andererseits Gebrauch machen möchte. Diese Abwägung manifestiert sich in der Entscheidung des Unternehmens, entweder gegenüber den Wettbewerbsbehörden die Mitwirkung unter Berufung auf das Selbstbelastungsverbot ausdrücklich zu verweigern oder freiwillig an der Abklärung der Angelegenheit mitzuwirken und den Wettbewerbsbehörden die erforderlichen Informationen zu erteilen und die damit zusammenhängenden Materialien vorzulegen. Das Unternehmen kann sich dabei auch dafür entscheiden, einerseits grundsätzlich die entsprechenden Informationen zu erteilen und Materialien vorzulegen, andererseits aber die Beantwortung bestimmter Fragen abzulehnen. In diesem Fall muss jedoch die Berufung auf das Selbstbelastungsverbot mit Bezug auf einzelne Fragen ausdrücklich und unzweideutig erklärt werden; es ist dann auch nur hinsichtlich dieser Fragen bedeutsam. Soweit ein Unternehmen auf ein Auskunftersuchen hin zwar einerseits Informationen erteilt und die zugehörigen Materialien vorlegt, sich andererseits aber gleichzeitig ausdrücklich und unzweideutig mit Bezug auf diese Informationen auf das Selbstbelastungsverbot beruft, so ist die Mitwirkung an dem jeweiligen Auskunftersuchen massgeblich, während der Vorbehalt der Selbstbelastung als unbeachtlich zu qualifizieren ist. Denn für einmal übermittelten Informationen lässt sich nachträglich nicht mehr feststellen, ob ihre Ermittlung auch ohne Mitwirkung des Unternehmens ausschliesslich aufgrund von eigenständigen Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbsbehörden möglich gewesen wäre. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für allfällige spätere Auskunftsverlangen der Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlauf des Kartellsanktionsverfahrens.

128. Ein Unternehmen bestätigt somit die freiwillige Erfüllung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG durch die Erteilung der erforderlichen Informationen und das Vorlegen zugehöriger Materialien. Die Freiwilligkeit einer Mitwirkung wird auch bereits dadurch bestätigt, dass ein betroffenes Unternehmen gegenüber der Öffentlichkeit oder der zuständigen Wettbewerbsbehörde ankündigt, in der jeweiligen Angelegenheit mit den Behörden zusammenzuarbeiten. Eine entsprechende Erklärung und/oder die (nachfolgende) Erteilung der Informationen schliesst die nachträgliche Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes des Selbstbelastungsverbots hinsichtlich aller übermittelten Informationen aus. Ein solches Vorgehen des Unternehmens würde ein widersprüchliches Verhalten und demzufolge einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen, weshalb es als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre.

129. Die Freiwilligkeit der Mitwirkung wird nicht dadurch aufgehoben, dass die Wettbewerbsbehörden bei deren Verweigerung die in Art. 42 KG aufgeführten besonderen Untersuchungsmassnahmen durchführen können. Vorgängig zur Durchführung dieser Untersuchungsmassnahmen kann nicht mit Bestimmtheit vorhergesehen werden, ob die Wettbewerbsbehörden mittels Zeugenvernehmungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen die gleiche Informationslage wie bei einer Mitwirkung des Unternehmens herstellen können. Daher

besteht für ein Unternehmen, welches ein tatsächlich vorhandenes wettbewerbswidriges Verhalten verschleiern will, durchaus eine Chance, dass die relevanten Aspekte im Rahmen der besonderen Untersuchungsmassnahmen von den Wettbewerbsbehörden nicht entdeckt oder nicht erkannt werden und daher der Nachweis des inkriminierten Verhaltens nicht gelingt. Ein Unternehmen hat demzufolge immer die Möglichkeit, die Beeinträchtigung des operationellen Betriebs, die mit der Durchführung der besonderen Untersuchungsmassnahmen verbunden ist, in Kauf zu nehmen, damit sich die Chance einer nicht gelingenden Aufdeckung des wettbewerbswidrigen Verhaltens realisieren kann. Zumindest aufgrund dieses Handlungsspielraums sowie der damit verbundenen Möglichkeit, eine individuelle kartellrechtliche Verteidigungsstrategie aufzubauen, qualifiziert die Wahl über das weitere Vorgehen als unbeeinflusste, eigenverantwortliche und damit freiwillige Entscheidung des Unternehmens.

130. Die Freiwilligkeit einer Mitwirkung des Unternehmens wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass das Auskunftersuchen der Wettbewerbsbehörde einen allgemeinen Hinweis auf die Verwaltungssanktion gemäss Art. 52 KG aufweist. Denn für den Fall, dass eine bestimmte Mitwirkung des Unternehmens aufgrund des nemo tenetur-Grundsatzes von den Wettbewerbsbehörden nicht rechtmässig eingefordert werden kann, ist auch die Androhung oder Verhängung einer Verwaltungssanktion von vornherein nicht rechtswirksam. Daher kann und muss ein Unternehmen das Risiko einer Sanktionierung gemäss Art. 52 KG auch nicht dadurch minimieren, indem es vorsorglich an der Abklärung des Sachverhalts mitwirkt, obwohl es sich eigentlich auf sein Recht zu schweigen berufen will. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerinnen ist daher unbeachtlich.

(g) Belehrung

131. Die Möglichkeit zu einem Verzicht besteht unabhängig davon, ob das Unternehmen im Rahmen des Auskunftersuchens durch die Wettbewerbsbehörden auf sein Recht zu Schweigen ausdrücklich hingewiesen wurde oder nicht, weil eine entsprechende Verpflichtung der Wettbewerbsbehörden grundsätzlich nicht besteht.

132. Der nemo tenetur-Grundsatz umfasst nach herrschender Auffassung auch unabhängig von einem Freiheitsentzug grundsätzlich das Erfordernis, dass ein Beschuldigter in einem Strafverfahren bereits vor einer ersten Vernehmung auf sein Schweigerecht hinzuweisen ist (vgl. LIEBER, StPO, Art. 113 Rn. 13; RIKLIN FRANZ, StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 113 Rn. 2). Der Grund für die Statuierung dieser formalen Hinweispflicht zu Lasten der (Strafverfolgungs-)Behörden besteht darin, dass ein Beschuldigter, der überraschend mit einem strafrechtlichen Vorwurf konfrontiert wird und üblicherweise keine Kenntnisse über die ihm in dieser Position zukommenden Rechte verfügt, zunächst in ausreichender Weise über sein Schweigerecht aufgeklärt werden muss, damit er von diesem Recht gegebenenfalls auch in wirksamer Weise Gebrauch machen kann. Denn der Inhalt einer einmal (unwissentlich) vorgenommenen Aussage lässt sich nachträglich nicht mehr aus der Welt schaffen.

133. Demgegenüber ist unklar, ob eine Belehrungspflicht auch im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens besteht (vgl. bejahend TAGMANN, Sanktionen, Rn. 119 f.; SPITZ, Problemstellungen, 558; ablehnend HAURI KURT, Verwaltungsstrafrecht, 1998, Art. 39 Rn. 4).

134. Ganz offensichtlich ist diese für den nemo tenetur-Grundsatz massgebliche Ausgangslage jedenfalls im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht gegeben. Bei diesem handelt es sich seiner Natur und praktischen Ausgestaltung nach um ein schriftliches Verwaltungsverfahren. Seine Einleitung erfolgt grundsätzlich durch eine schriftliche Mitteilung an das betreffende Unternehmen, mit dem es über den Gegenstand und den Grund der Untersuchung informiert wird (zu den Ausnahmen vgl. E. 136). Dies gilt auch für Anfragen im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Für die Erfüllung der sich aus Art. 40 KG ergebenden Mitteilungs- und Vorlagepflichten wird dem Unternehmen eine Frist eingeräumt, die sich an Art und Umfang der angeforderten Informationen ausrichtet. Das Unternehmen kann ohne Weiteres um eine Erstreckung dieser Frist nachsuchen, die von Seiten der Wettbewerbsbehörden bei ausreichender Begründetheit auch regelmässig gewährt werden dürfte. Für die Ausarbeitung einer schriftlichen Stellungnahme steht einem Unternehmen somit ausreichend Zeit zur Verfügung. Zudem kann es vor Abgabe einer Stellungnahme ohne Schwierigkeiten eine juristische Beratung in Anspruch nehmen. Die Einholung von Rechtsrat und die damit verbundene Information über das Schweigerecht ist einem Unternehmen vor dem Hintergrund des Vorwurfs eines wettbewerbswidrigen Verhaltens und unter Berücksichtigung der bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisse auch zumutbar (vgl. E. 596 f.), und zwar ungeachtet dessen, dass die Einschaltung juristischer Berater in der Praxis wohl auch ausnahmslos erfolgt. Einem betroffenen Unternehmen steht demzufolge grundsätzlich die Möglichkeit für eine überlegte und durch die Einholung von Rechtsrat fundierte Entscheidung offen, ob es von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder ob es an der Abklärung der Angelegenheit mitwirkt. Es besteht daher keinerlei Gefahr einer voreiligen und/oder unbedarften Auskunft von Seiten eines Unternehmens, deren Inhalt im Nachhinein nicht mehr beseitigt werden kann.

135. Für die zwingende Anerkennung eines notwendigen ausdrücklichen Hinweises auf das Recht eines Unternehmens zu schweigen besteht demzufolge auch unter Berücksichtigung sowohl der Ausgestaltung des nemo tenetur-Grundsatzes an die besonderen Verhältnisse von juristischen Personen sowie nicht rechtsfähigen Rechts- und einfachen Wirtschaftsgemeinschaften (vgl. E. 97, BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.6) als auch der Anforderungen an eine Beschränkung dieses Grundsatzes (vgl. E. 102; EGMR, 48539/99, Allan, Ziff. 50 f.) von vornherein weder ein notwendiger sachlicher Bedarf noch wäre die Anerkennung eines Einwands durch das Unternehmen, es hätte aufgrund des fehlenden Hinweises nicht in effektiver Weise von seinem Schweigerecht Gebrauch machen können, interessengerecht.

136. Etwas anderes gilt ausnahmsweise jedenfalls dann, wenn die Wettbewerbsbehörden für die Betroffenen

unangekündigte Massnahmen vornehmen, wie Zeugen einvernehmen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen, mit deren Durchführung diese unmittelbar konfrontiert werden. In diesen Fällen hat die Behörde die unmittelbar involvierten Personen, bei denen es sich auch um Mitarbeiter eines Auskunftspflichtigen ohne Vertretungs- oder Handlungsvollmachten handeln kann, grundsätzlich auf das Auskunftsverweigerungsrecht ausdrücklich hinzuweisen.

(h) Zulässigkeit eines Verzichts

137. Die vorstehende rechtliche Qualifikation des Verhaltens eines Unternehmens bei seiner Mitwirkung im Kartellverfahren beruht auch nicht auf einem unzulässigen Verzicht des jeweiligen Kartellrechtssubjekts auf den nemo tenetur-Grundsatz.

138. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt die Möglichkeit eines wirksamen Verzichts des Grundrechtsträgers auf eine der durch Art. 6 EMRK statuierten Verfahrensgarantien (vgl. GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 18 Rn 33). Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Verzichts sind die Kriterien der Freiwilligkeit und Eindeutigkeit der jeweiligen Erklärung, ein Mindestmass an verfahrensrechtlicher Absicherung des Grundrechtsträgers sowie das Fehlen eines Widerspruchs gegenüber gewichtigen öffentlichen Interessen (vgl. EGMR, 21.12.1990, 11855/85, Håkansson gg. Schweden, Ziff. 66; EGMR, 23.11.1993, 14032/88, Poitrimol gg. Frankreich, Ziff. 31; EGMR, 1.3.2006, 56581/00, Sejdovic gg. Italien, Ziff. 86; EGMR, 18.10.2006, 18114/02, Hermi gg. Italien, Ziff. 73; EGMR, 17.9.2008, 102349/03, Scoppola gg. Italien, Ziff. 135).

139. Bei einer Mitwirkung in Bezug auf Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden in einem Kartellverfahren werden diese Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt. Die Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden sind vorwiegend durch schriftliche Stellungnahmen des Unternehmens zu erfüllen, ergänzend können auch Befragungen von sachlich verantwortlichen Personen des Unternehmens durchgeführt werden. Sowohl für die Ausarbeitung von schriftlichen Stellungnahmen als auch die Vorbereitung von mündlichen Befragungen wird den Unternehmen eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete angemessene Frist eingeräumt. Einem betroffenen Unternehmen steht demzufolge die Möglichkeit für eine überlegte und durch die Einholung von Rechtsrat fundierte Entscheidung offen, ob es von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder ob es an der Abklärung der Angelegenheit mitwirkt. Es besteht daher eine ausreichende verfahrensmässige Absicherung gegenüber einer vorschnellen oder nicht überlegten Entscheidung eines Unternehmens. Die Entscheidung zur Mitwirkung kann das Unternehmen ausschliesslich aufgrund seiner eigenen Interessenlage vornehmen. Durch den Verzicht eines Unternehmens auf das Selbstbelastungsverbot werden keine sonstigen wichtigen öffentlichen Interessen beeinträchtigt.

(i) Nachweis des Verzichts

140. Im vorliegenden Fall liegt ein wirksamer Verzicht der Beschwerdeführerinnen auf die Geltendmachung des Selbstbelastungsverbots durch die Swisscom-

Gruppe vor. Die Wettbewerbsbehörden haben die Beschwerdeführerin 1 erstmalig mit Schreiben vom 10. Juni 2006 zur Beantwortung eines Fragenkatalogs aufgefordert. Die Erfüllung dieser Aufforderung wurde von der Beschwerdeführerin 2 mit Schreiben vom 19. Juni 2006 bestätigt, wobei ausdrücklich festgehalten wurde, „dieser Aufforderung kommt die Swisscom Fixnet AG gerne nach“. Auch den weiteren Aufforderungen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des vorinstanzlichen Informationsaustauschs sind die Beschwerdeführerinnen anstandslos nachgekommen (vgl. SV M.c). Die Beschwerdeführerinnen haben - gemäss ihrem eigenen Vorbringen - somit sämtliche entscheidungsrelevanten Informationen freiwillig und ohne Vorbehalt des Selbstbelastungsverbots im Rahmen des Kartellverfahrens an die Wettbewerbsbehörden herausgegeben. Für die Beantwortung der Auskunftsbegehren einschliesslich einer juristischen Beratung stand den Beschwerdeführerinnen jeweils ausreichend Zeit zur Verfügung. Im Übrigen gehören die Beschwerdeführerinnen einem Grosskonzern an, der über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, weshalb allfällige Abklärungen daher bereits intern vorgenommen werden konnten. Es sind daher keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Mitwirkung der Beschwerdeführerinnen am vorinstanzlichen Kartellverfahren nicht auf einer überlegten und fundierten Entscheidung beruhen würde, die freiwillig vorgenommen wurde. Der von den Beschwerdeführerinnen nunmehr nachträglich vorgebrachte Einwand, die entscheidungsrelevanten Informationen könnten nicht verwertet werden, weil sie vor Einreichung dieser Informationen nicht über das ihnen zustehende Schweigerecht aufgeklärt worden seien, ist daher unbeachtlich.

d) Fazit

141. Die angefochtene Verfügung beruht demzufolge ausschliesslich auf solchen Informationen, Daten, Urkunden, Unterlagen und sonstigen Materialien, die von der Vorinstanz zur Begründung der vorinstanzlichen Verfügung aufgrund der durchgeführten Verfahrensmassnahmen rechtmässig herangezogen und verwertet werden konnten.

4) Kognition des Bundesverwaltungsgerichts

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

142. Die Beschwerdeführerinnen rügen unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seiner Überprüfung von kartellrechtlichen Entscheiden der Vorinstanz seine Prüfungspflicht zu Unrecht beschränke, indem es angesichts fehlender Spezialkenntnisse die Prüfungsdichte hinsichtlich der wirtschaftlichen und sonstigen Sachfragen reduziere.

143. Zum anderen machen sie geltend, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht ausnahmslos das Beweismass des Vollbeweises anwende, sondern unter Verweis auf die Komplexität der Materie und sachgerechte Beweisanforderungen zur Rechtsdurchsetzung das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für ausreichend erachte. Aufgrund des Bundesgerichtsurteils in Sachen Publigroupe (BGE 139 I 72) wird dieser Vorwurf von den Beschwerdeführerinnen zwar für die Feststellung der Marktbeherrschung zu-

rückgenommen, ansonsten aber - wie insbesondere für den Nachweis der übrigen Tatbestandsmerkmale einer Kosten-Preis-Schere einschliesslich der Bestimmung des richtigen Preises bzw. der richtigen Marge - ausdrücklich aufrechterhalten. Unter Berücksichtigung der Bedeutung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit müssten alle Tatbestandsmerkmale einschliesslich der wirtschaftlichen Aspekte mit dem Grad einer vollständigen Gewissheit nachgewiesen werden. Eine blosser Wahrscheinlichkeit, auch wenn sie überwiegend sei, wäre hierfür nicht ausreichend. Dies gelte umso mehr für Wettbewerbsbeschränkungen, die gemäss Art. 49a KG mit Sanktionen bedroht seien, weil aufgrund von deren Charakter als Strafen im Sinne von Art. 6 EMRK an das Beweismass höchste Anforderungen zu stellen seien. Andernfalls müsse im Zweifel zu Gunsten der betroffenen Unternehmen davon ausgegangen werden, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht nachgewiesen sei.

144. Implizit erheben die Beschwerdeführerinnen damit den Vorwurf, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Überprüfung seine volle Kognition nicht wahrnehme und daher auch nicht als unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK zu qualifizieren sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

145. Die Vorinstanz hält unter Verweis auf die Rechtsprechung auch unter Beachtung von Art. 6 EMRK eine Herabsetzung des Beweismasses für berechtigt, weil ökonomische Erkenntnisse immer mit einer Unsicherheit behaftet seien und regelmässig hypothetische Entwicklungen und Situationen zur Beurteilung anstehen würden. Übertriebene Anforderungen an den Nachweis eines Verstosses gegen das Kartellgesetz könnten infolge der regelmässig vorliegenden Komplexität der Sachverhalte dessen Umsetzung gefährden und dessen ratio legis in Frage stellen. Dies gelte nicht nur für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern auch für alle übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 7 KG.

(3) Würdigung durch das Gericht

146. Im Hinblick auf die Kognition des Bundesgerichts sind die Aspekte des Prüfungsumfanges, der Prüfungsdichte und des Beweismasses zu unterscheiden.

(a) Prüfungsumfang

147. Wie vorstehend zur Rechtskonformität der Verfügungsbehörde ausgeführt wurde (vgl. E. 58 f.), setzt die Möglichkeit einer Sanktionierung durch eine Verwaltungsbehörde im Rahmen des Kartellverfahrens voraus, dass dieser Entscheid durch ein gerichtliches Organ („organe judiciaire“/„judicial body“) überprüft werden kann, welches über eine vollständige Entscheidungsgewalt („pleine juridiction“/„full jurisdiction“) verfügt. Die für diesen Zweck vorausgesetzte Entscheidungsgewalt verlangt eine umfassende und uneingeschränkte Prüfungszuständigkeit (vgl. EGMR, 16713/90, Pramstaller, Ziff. 41: „These include the power to quash in all respects, on questions in fact or law, the decision of the body below“), welche eine Überprüfung und mögliche Umgestaltung folgender Aspekte umfasst: alle tatsächlichen und rechtlichen Sachpunkte, die herangezogenen Beweismittel, die Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahmen sowie die Angemessenheit der ausgefallenen Sanktionen (vgl. EGMR, 13.5.2003, 49636/99, Che-

vrol gg. Frankreich, Ziff. 76 f., 83; EGMR, 4.3.2004, 47650/99, *Silvester's Horeca Service gg. Belgien*, Ziff. 27 f.). Unter Berücksichtigung der zulässigen Möglichkeiten einer Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren durch den nationalen Gesetzgeber (vgl. E. 61) kann die originäre Entscheidungsgewalt des gerichtlichen Organs durch die Vorschaltung eines Verwaltungsverfahrens demzufolge formal in eine Kontrollentscheidung umgestaltet werden, soweit sie dadurch inhaltlich nicht eingeschränkt wird und gegenüber dem Entscheid der Verwaltungsbehörde im Ergebnis prioritär bleibt.

148. Dies bedeutet umgekehrt allerdings nicht, dass das gerichtliche Organ seine eigene subjektive Ansicht zwingend an die Stelle der vorgeschalteten Verwaltungsbehörde setzen kann bzw. setzen muss. Denn der Zweck von Art. 6 EMRK umfasst nicht die Notwendigkeit, dass ein Gericht die Auffassung der Verwaltungsbehörde durch seine eigene Meinung ersetzt (vgl. EGMR, 32181/04, zit. Sigma, Ziff. 153: „[...] that it is not the role of Article 6 of the Convention, to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities“; bestätigt durch EGMR, 13.11.2013, 36181/05, *Galina Kostova gg. Bulgarien*, zit. Kostova, Ziff. 59 m.w.H.). Vielmehr anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass einer Verwaltungsbehörde - insbesondere in speziellen Rechtsgebieten zur Wahrnehmung von öffentlichen Interessen - nach nationalem Recht ein Ermessensspielraum ("administrative discretion") zugewiesen werden darf, solange die Ausübung dieser Entscheidungsgewalt durch eine gerichtliche Instanz auf das Vorliegen von objektiven Mängeln hin in ausreichender Weise überprüft werden kann (vgl. EGMR, 36181/05, *Kostova*, Ziff. 60; EGMR, 32181/04, *Sigma*, Ziff. 157).

149. Massgebend für die Beurteilung, ob ein Ermessensspielraum von Verwaltungsbehörden durch eine Gerichtsstanz in ausreichender Weise ("sufficient jurisdiction") überprüft werden kann, sind die konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. EGMR, 36181/05, *Kostova*, Ziff. 60; EGMR, 32181/04, *Sigma*, Ziff. 155), anhand derer eine Feststellung zu treffen ist, ob die effektive Überprüfung einer Angelegenheit tatsächlich möglich war. Hierbei sind neben den Befugnissen der jeweiligen Gerichtsstanz insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen: (i) der Gegenstand des Entscheids, einschliesslich der Umstände, ob zum einen besonderes Fachwissen oder Erfahrung erforderlich ist sowie ob und in welchem Umfang eine Ermessensentscheidung vorgenommen wird; (ii) die Art der Verfahren einschliesslich einer möglichen Ausübung von Verfahrensrechten; (iii) der Inhalt des Streitgegenstands einschliesslich der Gründe für die geltend gemachten Rügen (vgl. EGMR, 36181/05, *Kostova*, Ziff. 59; EGMR, 32181/04, *Sigma*, Ziff. 154). Wesentliche Bedeutung für die Beurteilung kommt zudem dem Umstand zu, ob sich die jeweilige Gerichtsstanz tatsächlich Punkt für Punkt mit den rechtserheblichen Rügen und Argumenten der jeweiligen Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat (vgl. EGMR, 32181/04, *Sigma*, Ziff. 156 m.w.H.).

150. Gemäss dem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Publigroupe* sind diese Voraussetzungen für eine Überprüfung von Sanktionsentscheidungen der Wettbewerbskommission in Kartellverwaltungsver-

fahren im Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich gegeben (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 4.5). Demzufolge kann das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Hinblick auf die Ausführungen der Wettbewerbskommission als Fachbehörde und das damit verbundene Sachverständigenermessen zurücknehmen, ohne dass sich daraus bereits automatisch eine fehlerhafte Ausübung der Kognition ergibt. Massgebend ist allein, ob im Einzelfall eine effektive Überprüfung im vorgenannten Sinne durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen wird (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 4.5). Darüber hinaus lässt sich nicht allein daraus, dass im Einzelfall eine Zurückhaltung von Seiten des Bundesverwaltungsgerichts geltend gemacht wurde, eine prinzipielle Einschränkung und damit eine mangelnde Ausübung der Kognitionsbefugnis in anderen Fällen begründen (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 4.6.1).

151. Die von den Beschwerdeführerinnen in abstrakter Weise erhobene Rüge einer unsachgemässen Zurückhaltung ist daher von vornherein unbeachtlich.

(b) Prüfungsdichte

152. Aus der umfassenden Prüfungszuständigkeit folgt nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Ermittlungshandlungen zur Feststellung des Sachverhalts eigenständig durchführen und demzufolge die von der Vorinstanz bereits vorgenommene Sachverhaltsermittlung einschliesslich allfälliger Beweiserhebungen zwingend nochmals wiederholen muss. Vielmehr ist es prinzipiell ausreichend, dass das Bundesverwaltungsgericht die vorgenommene Sachverhaltsermittlung einschliesslich allfälliger Beweiserhebungen auf ihre sachliche Richtigkeit und die Einhaltung der beweisrechtlich vorgegebenen Grundsätze überprüft. Soweit sich dabei keine Mängel ergeben oder von dem jeweiligen Beschwerdeführer keine begründeten Mängel aufgezeigt werden, kann sich das Gericht die Ausführungen und Beweiserhebungen der Vorinstanz zu eigen machen (vgl. BGE 133 V 196 E. 1.4; BGE 110 V 48 E. 4; BVGE 2007/27 E.3.3; *KIENER/RÜTSCH/KUHN*, Verfahrensrecht, Rn. 664; *KRAUSKOPF/EMMENEGGER*, VwVG, Art. 12 Rn. 17; *MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER*, Prozessieren, Rn. 3.119a; in diesem Sinne auch BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 4.5 a.E.). Allein eine nicht substantiierte oder eine inhaltlich falsche Behauptung eines Beschwerdeführers, wonach die Beweiserhebung der Vorinstanz nicht korrekt sei, verpflichtet das Bundesverwaltungsgericht nicht dazu, die Erhebung von Beweisen zu wiederholen oder ergänzend Beweise zu erheben (vgl. *MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER*, Prozessieren, Rn. 3.123b). Diesbezüglich unterscheidet sich ein Kartellverfahren nicht von der Prüfung des Verwaltungshandelns auf anderen Gebieten des Verwaltungsrechts mit besonderen technischen oder sonstigen fachlichen Bezügen.

153. Allein aus dem Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung auf das Ergebnis der Beweiserhebung durch die Vorinstanz abstellt, stellt demzufolge nicht bereits eine fehlerhafte Ausübung seiner Kognition dar. Im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt ist zudem zu beachten, dass die Beschwerdeführerinnen keine substantiierte Spezifizierung vornehmen, hinsichtlich welcher einzelnen Tatbe-

standsmerkmale eine generelle Reduzierung der Prüfungspflicht in der Vergangenheit unzulässigerweise

(c) Beweismass

154. Der von den Beschwerdeführerinnen gerügte Aspekt des Beweismasses betrifft die Frage, unter welchen Umständen eine Tatsache als bewiesen gilt. Er steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Aspekten der Beweislast - wer die einen Anspruch begründenden Umstände nachzuweisen und die Folgen einer etwaigen Beweislosigkeit zu tragen hat - sowie der Beweiswürdigung - die Beurteilung des Beweiswerts bzw. der Beweiskraft der vom Gericht abgenommenen Beweismittel - im Rahmen eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens (vgl. BILGER, *Verwaltungsverfahren*, 305 f.).

155. Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine allgemeine Regelung des Beweisrechts für ein Kartellverfahren vor. Art. 19 VwVG verweist hierzu auf die Art. 37, 39 bis 41 und 43 bis 61 BZP. Diese Vorschriften weisen allerdings keine Regelungen zum anwendbaren Beweismass auf.

156. In Praxis und Literatur werden im Wesentlichen drei Arten des Beweismasses abgegrenzt: (i) die volle Überzeugung - certitude, certezza, (ii) die überwiegende Wahrscheinlichkeit - la vraisemblance prépondérante, la verosimiglianza preponderante, und (iii) die Glaubhaftmachung - la simple vraisemblance, la semplice verosimigliante (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BERGER MAX B./NOGLER ROMAN, *Beweisrecht - die Last mit dem Beweis(en)*, recht 2012, zit. *Beweisrecht*, 171; BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. II, 2012, zit. *BK-ZPO*, Art. 157 Rn. 36 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rn. 482; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, 2013, zit. *ZPO*, § 18 Rn. 37 f.). Diese unterscheiden sich nach dem Ausmass der jeweiligen Sicherheit hinsichtlich des massgeblichen Sachverhalts, der einem Entscheid zu Grunde zu legen ist, und finden in den jeweiligen Rechtsverfahren in verschiedener Weise Anwendung. Für das Beweismass der vollen Überzeugung wird in der kartellrechtlichen Praxis (vgl. BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 5; BVGer, 9.7.2014, B-4637/2013, UPC Cablecom GmbH u.a. gg. CT Cinetrate AG u.a., RPW 2014/2, 452, E. 3; BVGer, 23.9.2014, B-8399/2010, SiegeniaAubi AG gg. Weko, RPW 2014/3, 548, zit. *Baubeschläge Siegenia*, E. 4.3; BVGer, 23.9.2014, B-8404/2010, SFS unimarket AG gg. Weko, RPW 2014/3, 589, zit. *Baubeschläge SFS*, E. 3.2.3; BVGer, 23.9.2014, B-8430/2010, Paul Koch AG gg. Weko, RPW 2014/3, 610, zit. *Baubeschläge Koch*, E. 5.3) und in der Literatur verschiedentlich auch der Begriff "Vollbeweis" verwendet; allerdings ist dieser Begriff nicht sachgerecht, weil er impliziert, dass den anderen anerkannten Arten des Beweismasses keine ausreichende Beweiskraft zukomme, was jedoch nicht der Fall ist; aus diesem Grund wird im Folgenden auf den Begriff „Überzeugungsbeweis“ abgestellt. Für das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird allgemein der Begriff *Wahrscheinlichkeitsbeweis* verwendet.

157. Als Regelbeweismass qualifiziert die Praxis grundsätzlich den Überzeugungsbeweis (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 133 III 153 E. 3.3;

vorgenommen worden sein soll. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist daher unbegründet.

BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 275; vgl. auch BERGER/NOGLER, *Beweisrecht*, 171; BILGER, *Verwaltungsverfahren*, 305; BRÖNNIMANN, *BK-ZPO*, Art. 157 Rn. 40; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 999; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *ZPO*, § 18 Rn. 38). Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Denn die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.

158. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass ergeben sich zum einen, soweit sie gesetzlich vorgesehen sind, und zum anderen, soweit sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet wurden (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1). Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine typisierte Schwierigkeit der beweisbelasteten Partei voraus, einen Nachweis in geeigneter oder ausreichend dokumentierter Form führen zu können. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Überzeugungsbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 130 III 321 E. 3.2). Als Ausnahme vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ist der *Wahrscheinlichkeitsbeweis* anerkannt.

159. Beim *Wahrscheinlichkeitsbeweis* liegt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vor, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; gemäss BGer, 20.10.2009, 9C_717/2009, K. gg. IV-Stelle Kt. St. Gallen, E. 3.3, ist dies dann der Fall, wenn das Gericht zur Ansicht gelangt, dass ein bestimmter Sachverhalt den wahrscheinlichsten aller in Betracht fallenden Geschehensabläufe darstellt). Nach ständiger Rechtsprechung gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit etwa für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa; BGE 121 III 358 E. 5; BGE 107 II 269 E. 1b; für weitere Konstellationen vgl. BERGER/NOGLER, *Beweisrecht*, 171 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *ZPO*, § 18 Rn. 40).

160. In Literatur und Praxis ist umstritten, ob für Kartellverfahren der Überzeugungsbeweis zu gelten hat (vgl. DAVID/JACOBS, *WBR*, Rn. 826; DAVID LUCAS/FRICK MARKUS R./KUNZ OLIVER M./STUDER MATTHIAS U./ZIMMERLI DANIEL, *Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, in: von Büren/David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, zit. *SIWR-Rechtsschutz*, Rn. 1294 und

1306) oder ob (auch) auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismass abzustellen ist (vgl. BGer, 6.2.2007, 2A.430/2006, Schw. Buchhändler- und Verlegerverband SBVV u.a. gg. Weko, RPW 2007/1, 129, zit. Buchpreisbindung II, E. 10.4; BVer, B-506/2010, Gaba, E. 5; REKO/WEF, 11.7.2006, FB/2005-4; Schw. Buchhändler- und Verlegerverband SBVV u.a. gg. Weko, RPW 2006/3, 548, zit. Buchpreisbindung II, Ziff. 6.1; REKO/WEF, 22.12.2004, FB/2002-1, Betonsan u.a. gg. Weko, RPW 2005/1, 183, E. 8; BILGER, Verwaltungsverfahren, 306; RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, 454; VOGT HANS-UELI, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 1999, 837, 844; vgl. auch BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 7.4). Zur Begründung für die Absenkung des Beweismasses wird angeführt, dass im wettbewerbsrechtlichen Kontext ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet seien. Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, wonach jedenfalls bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, die zu einer Verhängung von direkten Sanktionen führen können, ein höheres Beweismass als bei sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung gelangen müsse (vgl. AMSTUTZ MARC/KELLER STEFAN/REINERT MANI, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 117, zit. Beweismass, 119; BRÜTSCH RAPHAEL, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, 2003, 150 f.; ZIRLICK BEAT/TAGMANN CHRISTOPH, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, zit. BSK-KG, Art. 30 Rn. 102).

161. Im Fall Publigroupe hat das Bundesgericht für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung in Bezug auf die Marktabgrenzung und die Marktstellung ausdrücklich festgestellt, dass die Anforderungen an den Nachweis der hierbei bestehenden Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden dürften (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2, vgl. auch E. 9.2.3.5, wonach die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes eine graduelle Abwägung erfordere, die einen Überzeugungsbeweis weder ermögliche noch rechtfertige, weil ansonsten "eine objektive Berechenbarkeit vorgetäuscht und das Erfordernis von Werturteilen verdeckt" werden würde). In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich zu sein. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssten aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2; in diesem Sinne bereits BGer, 2A.430/2006, Buchpreisbindung II, E. 10.4, für die Beurteilung von Effizienzgründen). Für die konkrete Beurteilung wurde dann darauf abgestellt, dass nicht ersichtlich sei, die von der Wettbewerbskommission angeführten und ausführlich begründeten ökonomischen Zusammenhänge wären nicht verlässlich (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.3).

162. Das Bundesgericht hat mithin klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit multiplen Wirkungszusammenhängen (vgl. E. 80) ein Nachweis

auf der Grundlage der Gewissheit in ausreichender Weise nicht herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist. Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall entsprechende multiple Wirkungszusammenhänge bestehen. Für einen rechtsgenügenden Nachweis von kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen ist bei Vorliegen von multiplen Wirkungszusammenhängen demzufolge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend und nicht ein Überzeugungsbeweis erforderlich. Eine Differenzierung zwischen sanktionsbedrohten und anderen Tatbeständen ist dabei nicht vorzunehmen, weil sich das Beweismass an den Umständen der Beweiserhebung und nicht an den Rechtsfolgen auszurichten hat. Auch der strafrechtsähnliche Charakter der Sanktionen gemäss Art. 49a KG verlangt nicht nach einer Erhöhung des anwendbaren Beweismasses.

163. Dieses Ergebnis entspricht den vorstehend dargestellten Prinzipien zur Anwendung des Überzeugungsbeweises als Regelbeweismass und den hierzu anerkannten Ausnahmen. Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit einzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspricht im Ergebnis einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen (im Ergebnis so bereits BGer, 22.2.2007, 2A.327/2006, Weko gg. Berner Zeitung AG/Tamedia AG u.a., RPW 2007/2, 331, zit. 20 Minuten, E. 5.4; BGer, 2A.430/2006, Buchpreisbindung II, E. 10.4). Des Weiteren ist es nnoftensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunimmt. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung verändern sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten kann im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend ist.

164. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Rüge, wonach im Rahmen von kartellrechtlichen Sanktionsverfahren für die notwendigen sachlichen Feststellungen ausnahmslos das Beweismass der vollen Überzeugung zur Anwendung gelangen müsse, ist daher unbegründet.

5) Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

165. Die Beschwerdeführerinnen machen insbesondere im Hinblick auf die Strafbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens geltend, dass ein Rückgriff auf ausländische Entscheide und hierbei insbesondere auf solche von Behörden und Gerichten der Europäischen Union nicht zulässig sei. Eine allfällige fehlende gesetzliche Grundlage könne nicht durch Entscheide in anderen Rechtsordnungen und zu anderen Rechtsgebieten ersetzt werden, weil von den Rechtsunterworfenen nicht verlangt werden könne, sich in ausländischen Rechts-

ordnungen darüber zu informieren, was im Inland allenfalls strafbar sein könnte. Dies sei rechtsstaatlich unhaltbar und würde einen Verstoss gegen Art. 7 KG darstellen. Die Wettbewerbsvorschriften in der Europäischen Union seien trotz einer gewissen Verwandtschaft aufgrund der fundamental anderen Grundlage, nämlich einer Missbrauchsgesetzgebung in der Schweiz gegenüber einer Verbotsgesetzgebung in der Europäischen Union, nicht vergleichbar, weshalb von der Strafbarkeit eines Verhaltens in der einen Rechtsordnung nicht auf die Strafbarkeit in der anderen Rechtsordnung geschlossen werden könne. So sei auch vom Bundesverwaltungsgericht in den jüngsten Entscheiden Siegenia und Koch festgehalten worden, dass ein Verhalten, welches in der Europäischen Union möglicherweise unzulässig sei, nach schweizerischem Recht durchaus erlaubt sein könne.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

166. Die Vorinstanz geht im Ergebnis von einer zulässigen und notwendigen Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts aus. Allerdings macht sie geltend, dass es den Wettbewerbsbehörden frei stehe, eine abweichende Praxis zu begründen, wenn sie dies für angezeigt halte.

(3) Würdigung durch das Gericht

167. Die Einwendungen der Beschwerdeführerinnen betreffen die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit das EU-Wettbewerbsrecht sowie der sich daraus ergebenden EU-Wettbewerbspraxis für die Auslegung und Anwendung des schweizerischen Kartellrechts herangezogen werden kann.

168. Die Ausgestaltung des Kartellrechts in der Schweiz orientiert sich seit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 ausdrücklich rechtsvergleichend und mit Ausnahmevorbehalt am EU-Wettbewerbsrecht (vgl. Botschaft KG 1995, 530: „[...] die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union wurden insoweit berücksichtigt, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen [...]. Durch diese Vorgehensweise lassen sich zum einen bewährte wettbewerbspolitische Konzepte übernehmen. Zum anderen soll sie Schweizer Unternehmen, die in der Europäischen Union tätig sind, eine gewisse Gewähr bieten, dass die Verhaltensmassstäbe, an denen sie dort gemessen werden, unseren nicht grundsätzlich widersprechen [...]“). Diese grundsätzliche Orientierung und die damit einhergehende fortbestehende Intention des Gesetzgebers wurden auch im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004 (vgl. Botschaft KG 2004, 2051: „[...] nähert sich durch die Revision das «Schutzniveau» der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung demjenigen der EU an [...]“) sowie im Rahmen der intendierten Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2012 (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3931, zit. Botschaft KG 2012, 3916 Ziff. 1.1.5: „[...] der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung tragen, um eine Wirksamkeit des Kartellrechts zu garantieren, die den Bedürfnissen einer fortgeschrittenen und stark in den internationalen Handel integrierten Wirtschaft entspricht [...]“) bestätigt.

169. Zweck und Anlass einer Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts am EU-Wettbewerbsrecht sind nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Aspekte. In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass das EU-Wettbewerbsrecht seit seiner parallelen Ausrichtung am US-amerikanischen Wettbewerbsrecht im Gefolge und als Bedingung des Marshall-Plans für die finanzielle Hilfe beim Wiederaufbau Westeuropas nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs die Vorlage für eine entsprechende Ausgestaltung der nationalen Wettbewerbsordnungen in den einzelnen Mitgliedstaaten bildet (vgl. LEUCHT BRIGITTE, Transatlantic policy networks in the creation of the first European anti-trust law, in: Kaiser/Leucht/Rasmussen [Hrsg.], The History of the European Union, Origin of a trans- and supranational polity 1950-1972, 2009, 56, 58 f., 64 f.; PEDERSEN KAI R., Re-Education European Management: The Marshall Plan's Campaign against restrictive business practices in France 1949-1953, Business and Economic History, Vol. 25, 1996, 267, 270), die im Rahmen der späteren EU-Osterweiterung auch von den neuen Mitgliedstaaten fortgesetzt wurde. Die EU-Wettbewerbsvorschriften haben demzufolge eine weite Verbreitung in Europa gefunden. Zudem ist das EU-Wettbewerbsrecht in den letzten Jahrzehnten durch die Entscheidpraxis der EU-Kommission und der EU-Gerichte sowie zahlreiche Ausführungserlasse kontinuierlich weiterentwickelt und dadurch inhaltlich weiter konkretisiert worden (so bereits die Botschaft KG 1995, 529). Dies führte dazu, dass für eine Vielzahl von kartellrechtlichen Problemstellungen die Rechtssicherheit in der Europäischen Union erheblich verbessert werden konnte. Durch seine grundsätzliche Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht - wobei einzelne bilaterale Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union sogar darüber hinausgehende Übernahmen des EU-Wettbewerbsrechts enthalten (vgl. BREITENMOSER STEPHAN/WEY-ENETH ROBERT, Europarecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 702; dies., Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 31.96 f.) -, nimmt das schweizerische Kartellrecht an diesem erhöhten Mass an Rechtssicherheit teil (darauf verweist ausdrücklich auch BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3). Aufgrund der Handels- und Investitionsströme ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten von grösster Bedeutung für die schweizerischen Unternehmen sind. Eine grundsätzliche Angleichung des schweizerischen Kartellrechts an die Wettbewerbsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten ermöglicht den schweizerischen Unternehmen, vertragsrechtliche und organisatorische Doppelspurigkeiten zu vermeiden und zu eliminieren (vgl. Botschaft KG 1995, 530).

170. Grenzen dieser grundsätzlichen Angleichung an das EU-Wettbewerbsrecht bestehen nach Ansicht des Gesetzgebers aber mit Bezug auf jene Aspekte, bei denen aufgrund der Unterschiede in der Sache, wie der Fusionskontrolle in einer kleinen offenen Volkswirtschaft, oder aufgrund der Wirtschaftsverfassung spezifische Lösungen angezeigt sind (vgl. Botschaft KG 1995, 531). In Bezug auf Beschränkungen, die sich aufgrund von unterschiedlichen Ansätzen der zugrundeliegenden Wirtschaftsverfassung ergeben sollen, setzt sich in der

Schweiz neuerdings jedoch verstärkt die Erkenntnis durch, dass allein die formale Ausgestaltung des Wirtschaftsverfassungsrechts keine inhaltliche Vorgabe für die konkrete Behandlung einer bestimmten wirtschaftlichen Verhaltensweise darstellt (vgl. BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Baubeschläge" - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, *AJP* 2015, 269, Ziff. 3; BORER, KG, Art. 1 Rn. 8; Art. 5 Rn. 5; GUGLER PHILIPPE/ZURKINDEN PHILIPP, Internationale Bezüge des Wettbewerbsrechts, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, zit. Bezüge, 78 ff.; HEINEMANN ANDREAS, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt [Hrsg.], Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, 2009, zit. Konzeptionelle Grundlagen, 43 ff., 46 f.; JACOBS RETO, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, zit. SGK-BV, Art. 96 Rn. 23; LEHNE, BSK-KG, Art. 1 Rn. 24; RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, zit. Wirtschaftsrecht, § 20 Rn. 25, 52 f.; RUBIN, SHK-KG, Art. 1 Rn. 4; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 127). Daher schliessen auch unterschiedliche Ansätze auf der Ebene der Wirtschaftsverfassung in der Schweiz - bislang vereinfachend als Missbrauchsgesetzgebung bezeichnet - und der Europäischen Union - bislang vereinfachend als Verbotsgesetzgebung bezeichnet - nicht von vornherein aus, dass gleiche wirtschaftliche Verhaltensweisen auch in gleicher Weise rechtlich beurteilt und sanktioniert werden (vgl. BORER, KG, Art. 1 Rn. 9; GUGLER/ZURKINDEN, Bezüge, 81; HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen, 50; Lehne, BSK-KG, Art. 1 Rn. 24; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 Rn. 55), weil die Unterschiede in den verschiedenen Ansätzen lediglich rechtstechnischer und nicht substanzieller Art sind. Es sind auch keinerlei Gründe ersichtlich, welche eine solche prinzipielle Divergenz zu rechtfertigen vermögen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist daher eine rechtsvergleichende Berücksichtigung der EU-Wettbewerbspraxis im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung nach schweizerischem Kartellrecht nicht von vornherein aus systematischen Gründen ausgeschlossen.

171. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich auch aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Siegenia und Koch (BVGer, B-8399/2010, Baubeschläge Siegenia, E. 6.1.3; BVGer, B-8430/2010, Baubeschläge Koch, E. 7.1.3) entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nichts anderes ergibt, weil in den fraglichen Urteilspassagen lediglich darauf hingewiesen wird, dass in der Schweiz keine formalen per se-Verbote existieren, sondern jeweils eine inhaltliche Einzelfallprüfung durchzuführen sei.

172. Die vom Gesetzgeber vorgegebene grundsätzliche Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts am EU-Wettbewerbsrecht ist auch im Rahmen der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Dies bedeutet ungeachtet des eigenständigen Rechtscharakters des schweizerischen Kartellrechts und der sich daraus mitunter ergebenden autonomen Auslegung (vgl. BGE 137 II 199,

Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.1), dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen der Bearbeitung eines Einzelfalls in rechtsvergleichender Weise prinzipiell auch die einschlägige EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen haben (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3; STURNY MONIQUE, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, 2012, 107 ff., 113 ff. i.V.m. 112, 124 Fn. 90, 127; vgl. allgemein AMSTUTZ MARC, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: Werro/Probst [Hrsg.], Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 2004, 105 ff.).

173. Dies gilt in besonderem Masse für die Beurteilung eines Missbrauchs von Marktmacht (vgl. WEKO-Sekretariat, 12.4.2004, Talk & Surf, RPW 2004/2, 357, Ziff. 60; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 198; CLERC EVELYNE, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR Concurrence, Art. 7 I Rn. 50 f.; KÖCHLI/REICH, SHK-KG, Art. 4 Rn. 32), weil Art. 7 KG ganz offensichtlich die europarechtliche Regelung in Art. 102 AEUV (vormals Art. 82 EUV) übernommen hat. Hierdurch lassen sich die auf europäischer Ebene bereits gewonnenen Erkenntnisse über die Beurteilung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens - wie etwa den Zweck einer Norm, die inhaltlichen Voraussetzungen einer Überprüfung des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens sowie die Anerkennung von sachlichen Gründen zu dessen Rechtfertigung - für das schweizerische Recht nutzen. Dies wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen (vgl. Botschaft KG 2004, 2041: "Die Praxis der EU-Behörden und die Rechtsprechung zu der praktisch gleich lautenden Bestimmung im EU-Raum haben zusätzlich zur Klärung dieser Tatbestände [Anm.: des Art. 7 KG] beigetragen") und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3; noch zurückhaltend BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.2).

174. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Entscheide von EU-Kommission und EU-Gerichten in ähnlichen Fällen automatisch *tel quel* zu übernehmen wären. Vielmehr bedarf es hierfür stets einer - zumindest impliziten - Prüfung, ob eine Übernahme der vorhandenen Erkenntnisse nicht durch das Vorliegen von besonderen nationalen Aspekten, die entsprechend der Intention des Gesetzgebers im Hinblick auf die schweizerischen Märkte zu berücksichtigen sind, ausgeschlossen wird. Denn auch aus einer identischen Terminologie kann nicht abgeleitet werden, dass vom Gesetzgeber zwingend eine identische Regelung angestrebt worden war (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.2). Im Regelfall werden aber keine solchen Aspekte zu berücksichtigen sein, weil sich die wirtschaftlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in wesentlichem Umfang entlang nationaler Grenzen unterscheiden. Dies gilt insbesondere für den Bereich der schwerwiegendsten Wettbewerbsbeschränkungen, deren schädliche Wirkung mittlerweile sowohl in allen EU-Mitgliedstaaten

als auch der Schweiz anerkannt sind. Im Übrigen wird auch durch eine grundsätzliche Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts die Notwendigkeit nicht eingeschränkt, in jedem Einzelfall eine Prüfung anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Sachverhalts vorzunehmen.

175. Die allgemeine inhaltliche Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts ist aber nicht erst von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten im Rahmen der Rechtsanwendung zu beachten. Denn mit der vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegebenen Bezugnahme auf das EU-Wettbewerbsrecht werden für die schweizerischen Märkte eine gewisse inhaltliche Konkretisierung des wettbewerbswidrigen Verhaltens und damit eine grundsätzliche Abgrenzung zwischen einem zulässigen und einem rechtswidrigen wirtschaftlichen Verhalten vorgenommen. Daher obliegt einem Unternehmen die Beachtung des schweizerischen Kartellrechts unter einer angemessenen rechtsvergleichenden Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts.

176. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist das EU-Wettbewerbsrecht auch in einem Kartellsanktionsverfahren rechtsvergleichend zu berücksichtigen. Allein wegen des Umstands, dass in diesen Verfahren eine Sanktion ausgesprochen werden kann, der ein strafrechtsähnlicher Charakter beizumessen ist (vgl. E. 649 ff.), ergeben sich im Hinblick auf eine Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts keine sachlichen Gründe für eine grundsätzlich andere und damit unterschiedliche Behandlung zu sonstigen Kartellverfahren. Denn die Beachtung des EU-Wettbewerbsrechts erfolgt im Wesentlichen in Bezug auf die Merkmale und Prüfungskriterien der materiellen Tatbestände und nicht auf die Sanktionierung von Sachverhalten. Die Sanktionierung eines aufgrund einer bestehenden Entscheidungspraxis der EU-Wettbewerbsinstanzen als wettbewerbswidrig qualifizierten wirtschaftlichen Verhaltens erfolgt aufgrund der Vorschriften von Art. 49a KG und der Sanktionsverordnung des Bundesrats, nicht aber aufgrund der Regelungen der entsprechenden Erlasse des EU-Wettbewerbsrechts. Ob sich an die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eine Sanktion anschliesst oder nicht und welcher Inhalt einer solchen Sanktion zukommt, ist demzufolge ausschliesslich eine Frage des schweizerischen Kartellrechts.

177. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen sich im Rahmen ihrer Stellungnahmen ebenfalls punktuell auf das EU-Wettbewerbsrecht zur Unterstützung ihrer jeweiligen Argumentation berufen haben. Es ist deshalb widersprüchlich und von vornherein weder sachgerecht noch nachvollziehbar, das EU-Wettbewerbsrecht einerseits zu einzelnen Sachpunkten heranzuziehen, bei denen die eigene Rechtsposition zumindest vermeintlich bestätigt wird, andererseits seine Berücksichtigung aber gänzlich abzulehnen.

6) Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

178. Die Beschwerdeführerinnen machen hinsichtlich einer Vielzahl von unterschiedlichen Aspekten eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend.

179. Im Hinblick auf den materiellen Tatbestand wird vorgetragen, dass die Vorinstanz insbesondere folgende wesentlichen Elemente, die mit der Preisstruktur des Breitbandgeschäfts zusammenhängen, nicht abgeklärt habe: (i) Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts unter Ausklammerung der Akquisitionskosten in den Jahren 2002 bis 2005 statt eines blossen Verweises, die entsprechenden Daten seien von den Beschwerdeführerinnen nur für die Jahre 2006 bis 2008 bereitgestellt worden; (ii) Wirtschaftlichkeit des DSL-Einzelhandelsgeschäfts unter Berücksichtigung der Deckungsbeiträge anderer Leistungen bei Bündelangeboten statt eines Verzichts mit Verweis auf die Marktabgrenzung; (iii) Verweildauer der Endkunden sowie Auswirkungen der entsprechenden Abschreibung von Akquisitionskosten über diesen Zeitraum; (iv) Fixkosten des Einzelhandelsgeschäfts und deren tatsächliche Bedeutung statt eines Verweises auf Angaben der Swisscom für das Jahr 2007; (v) tatsächliche Kosten des Prüfungskriteriums Test 2 und Gegenüberstellung mit den absoluten Margenbeiträgen; (vi) Tauglichkeit der im Benchmark vertretenen Länder für einen Vergleich, statt eines Verweises auf den Sachverstand des Bundesamts für Kommunikation; (vii) Kausalzusammenhang zwischen dem BBS-Preis bzw. der Marge und dem Rückzug von Tele 2 statt Mutmassungen über eine Behinderung durch die Swisscom-Gruppe.

180. Die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz in Zusammenhang mit den Beweisregeln auch aus folgenden Gründen verletzt: (i) der Einfluss der potentiellen Konkurrenz durch die technisch möglichen Grosshandelsangebote der Kabelnetzbetreiber sei nicht überprüft worden; (ii) die von der REKO/WEF angeordneten Abklärungen über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Einzelhandelsmarkt seien nicht durchgeführt worden; (iii) die indirekten Wettbewerbseinflüsse des Einzelhandelsmarkts auf den Grosshandelsmarkt seien nicht abgeklärt worden; (iv) die Auswirkungen der Bündelangebote seien nicht untersucht und berücksichtigt worden; (v) es seien keine Feststellungen getroffen worden, welche Preise und Margen rechtmässig gewesen wären; (vi) Swisscom hätte nachweisen müssen, tatsächlich Abschreibungen im Hinblick auf die Akquisitionskosten vorgenommen zu haben; (vii) Angaben zur Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts seien nur dann relevant, wenn Swisscom sie nicht nur für die Jahre 2006-2008, sondern auch für die Jahre davor eingereicht hätte; (viii) Angaben zu fixen und variablen Kosten seien nur dann relevant, wenn Swisscom solche Angaben für alle Jahre des Betrachtungszeitraums von sich aus eingereicht hätte; (ix) die Vorinstanz habe das Prüfkriterium Test 1 fehlerhaft angewendet und lehne es ab, die erforderlichen Korrekturen vorzunehmen.

181. Im Hinblick auf Rechtfertigungsgründe sei von der Vorinstanz keine Untersuchung vorgenommen worden, ob sachliche Gründe die untersuchte Verhaltensweise rechtfertigen könnten; vielmehr seien nur die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Gründe entkräftet worden.

182. Im Hinblick auf das Verschulden sei weder eine Abklärung des subjektiven Tatbestands vorgenommen noch sei das Vorliegen eines Sachverhalts- oder Rechtsirrtums abgeklärt worden.

183. Im Hinblick auf die Sanktionsbemessung (i) sei keine Ermittlung derjenigen Umsätze auf dem relevanten Markt vorgenommen worden, bei denen keine Kosten-Preis-Schere vorgelegen habe, und (ii) es seien keine Milderungsgründe abgeklärt worden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

184. Die Vorinstanz ist hinsichtlich aller Sachpunkte, die Gegenstand einer Rüge des Untersuchungsgrundsatzes der Beschwerdeführerinnen sind, der Ansicht, dass der ihrer Rechtsauffassung zu Grunde liegende Sachverhalt in ausreichender Weise abgeklärt worden sei. Alle von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Aspekte seien im Rahmen der vorinstanzlichen Verfügung abgehandelt worden.

(3) Würdigung durch das Gericht

185. Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 5; BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 3 [S. 19]; REKO/WEF, Buchpreisbindung II, RPW 2006/3, 548, E. 6.1 m.w.H.). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären (vgl. BGE 138 V 218 E. 6; BGE 117 V 282 E. 4a; BVGE 2012/21 E. 5.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 16; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.119; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 991 f., 994 f., 1660 f.; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.38 f.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.119 f.). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.120 f.).

186. Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; BVGer, 14.7.2010, B-3608/2009, A. gg. Landwirtschaftl. Rekurskommission Kanton X., E. 6.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.144). Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 1.49, 3.123c; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.39; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 1560 f.).

187. Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 7.4). Soweit abweichende Rechtsauffassungen zwischen den Kartellbehörden und den jeweiligen Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens bestehen, die im Hinblick auf den unterstellten Sachverhalt einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt.

188. Im vorliegenden Fall wurden alle aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente abgeklärt und nachgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen.

189. Da das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz direkt eine Entscheidung in der Sache vornimmt, bedürfen die Rügen des Beschwerdeführers wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes keiner gesonderten Abhandlung unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers der Vorinstanz.

190. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sind. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragene Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substantiell - wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von diesen gefordertem Umfang - geäussert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

191. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt als Beschwerdeinstanz zu den einzelnen, durch die Beschwerdeführerinnen gerügten Aspekte nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung Stellung, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind.

192. Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes liegt demzufolge in casu unter keinem Gesichtspunkt vor.

7) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

193. Die Beschwerdeführerinnen machen wegen verschiedener Aspekte eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend.

194. So habe die Vorinstanz insbesondere folgende wesentlichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt: (i) die Aus-

wirkungen einmaliger Akquisitionskosten auf Jahresbetrachtungen; (ii) dass die Anfangsverluste von Bluewin nicht struktureller Art gewesen seien; (iii) dass die Fixkosten im Einzelhandelsgeschäft klein seien; (iv) dass das Wachstum von Bluewin in erster Linie auf bessere Leistungen im Wettbewerb zurückzuführen sei; (v) dass der im Dezember 2007 gewährte Rabatt auf alle Monate des Jahres zu verteilen sei, statt ihn wegen angeblicher Verzerrungen aus der Betrachtung der Rentabilität zu eliminieren.

195. Zudem habe die Vorinstanz folgende Aspekte nicht ausreichend begründet: (i) aus welchen Gründen Akquisitionskosten nicht über die Verweildauer der Kunden abgeschrieben werden könnten; (ii) weshalb die ausgewählten Fernmeldedienstleister beim Prüfungskriterium „Imputation Test 2“ als effiziente Anbieter zu gelten hätten; (iii) warum die im Benchmark berücksichtigten Länder für einen Vergleich geeignet sein sollen; (iv) worin eine zu einem angeblichen volkswirtschaftlichen Schaden führende Verringerung des Angebots an Endkunden zu erblicken wäre; (v) inwiefern auf Grosshandelsstufe Monopolrenten anfallen könnten, die zu einem volkswirtschaftlichen Schaden führen sollen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

196. Die Vorinstanz ist hinsichtlich aller Sachpunkte, die Gegenstand einer Rüge des rechtlichen Gehörs durch die Beschwerdeführerinnen sind, der Ansicht, dass die Einwendungen der Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis genommen und - soweit sie sachlich überhaupt einschlägig waren - im Rahmen der erstinstanzlichen Verfügung in ausreichender Weise behandelt worden seien.

(3) Würdigung durch das Gericht

197. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem administrativen oder gerichtlichen Rechtsverfahren eines hiervon Betroffenen, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zumindest für Teilelemente darüber hinaus auch zusätzlich aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens. Durch die Einbindung eines Betroffenen in ein Rechtsverfahren mit der Möglichkeit, eigene Hinweise, Informationen und Argumentationen vorzubringen, wird sowohl die Wahrscheinlichkeit der inhaltlichen Richtigkeit eines Entscheids als auch dessen mögliche Akzeptanz auf Seiten der Beteiligten erhöht (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.4; BGE 135 I 187 E. 2.2; BGE 127 I 6 E. 5b; BGE 127 I 54 E. 2b; HÄFLIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008, zit. Bundesstaatsrecht, Rn. 835; KELLER HELEN, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 225 Rn. 29; KNEUBÜHLER LORENZ, Gehörsverletzung und Heilung, ZBI 1998, 100; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHÄFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, zit. Grundrechte, 846 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 310 f.; STEINMANN GEROLD, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, zit. SGK-BV, Art. 29 Rn. 42).

198. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht natürlichen und juristischen Personen zu sowie Dritten, welche von einem Rechtsverfahren unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden (vgl. BGE 137 I 120 E. 5.3; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 848 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 312). Dies gilt auch für nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder einfache Wirtschaftsgemeinschaften, soweit sie von einem Verfahren direkt betroffen sind. Denn der Zweck der eigenen Einbringung eines Beteiligten zur Sicherstellung eines fairen Rechtsverfahrens erfordert keine personale Differenzierung. Der Swisscom-Gruppe steht daher als Verfahrenssubjekt des vorliegenden Kartellanktionsverfahrens die Geltendmachung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu, das von den Beschwerdeführerinnen sowohl als für die Swisscom-Gruppe herangezogene Repräsentanten als auch unmittelbar als Parteien des Verfahrens ohne Weiteres geltend gemacht werden kann.

199. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung verschiedener Aspekte im Hinblick auf den Ablauf eines Rechtsverfahrens (vgl. allgemein BGE 135 II 286 E. 5.1; BVGE 2011/ 32, Terminierung Mobilfunk, E. 6.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rn. 838; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, 173 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 3.80 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 317 ff.; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.48 f.; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 44 f.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 1526 ff.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rn. 317 ff., 402 ff.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere der Stellung von eigenen Beweisanträgen (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b [S. 56], HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 1686); (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnissnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz (vgl. KIENER REGINA/KÄLIN WALTHER, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, 421; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 868); (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids (vgl. BGE 133 I 270 E. 3.1; REKO/WEF, 4.5.2006, FB/2004-4, Berner Zeitung AG/Tamedia AG gg. Weko, RPW 2006/2, 347, zit. 20 Minuten, E. 4.1; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 343 ff.; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rn. 412 f.; vgl. zu den Anforderungen an die Begründung überdies BVGer, 2.7.2013, B-2612/2011, Swissperform/Suisa gg. Verband Schweizer Privatradios u.a., E. 4.3.1; REKO/WEF, 4.11.1999, FB/1999-7, Cablecom Holding AG gg. Teleclub AG/Weko, RPW 1999/4, 618, E. 4.3; ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, 369, 404). Im vorliegenden Fall werden von den Beschwerdeführerinnen die Aspekte der fehlenden Würdigung bestimmter Argumentationen in den Stellungnahmen sowie der fehlenden Begründung des Entscheids mit Bezug auf einzelne Kriterien als verletzt angesehen und gerügt.

200. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten (vgl. BGer, 2A.492/2002, Elektra Baselland Liestal [EBL] gg. Watt Suisse u.a./Weko, RPW 2003/3, 695, zit. Elektra Baselland, E. 3.2.3; BGE 127 V 431 E. 2b).

201. Beim Anspruch auf rechtliches Gehör handelt es sich um ein selbständiges formelles Recht, dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant ist (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; BGE 129 V 73 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 1709; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rn. 839; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 853 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 270, 314; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.49; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 59 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz allerdings unter bestimmten Umständen eine Heilung der Rechtsverletzung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist die verfahrensrechtliche Konstellation, wonach bei einem Vergleich mit dem vorinstanzlichen Verfahren die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, so dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Eine Heilung wird auch im Falle schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse des Betroffenen wäre (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 127 V 431 E. 3d/aa; a.A. für schwerwiegende Rechtsverletzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 1709 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 857 f.; vgl. kritisch zur Praxis des Bundesgerichts auch SCHINDLER BENJAMIN, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBI 2005, 169, 175; KNEUBÜHLER LORENZ, Gehörsverletzung und Heilung, ZBI 1998, 97, 107 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rn. 548 ff.; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.49; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 59 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 271 f., 314; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, Rn. 487 f.). Die Möglichkeit einer Heilung wurde auch für Verfahren mit einer ausserordentlich langen Verfahrensdauer bestätigt, um dem Gebot der fristgemässen Beurteilung zu entsprechen (vgl. BGE 138 II 77 E. 4.3). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu, soweit das jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (vgl. EGMR, 1.3.2001, 29082/95, Dallos gg. Ungarn, Ziff. 52; EGMR, 8.10.2013, 29864/03, Mulosmani gg. Albanien, Ziff. 132 m.w.H.).

202. Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Gehörs-

anspruchs ist festzuhalten, dass diese letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sind. Zudem wurden die Sachpunkte, die eine Verletzung des rechtlichen Gehörs begründen sollen, von den Beschwerdeführerinnen in abgewandelter Form auch als Fehler im Rahmen der materiellen Würdigung des Sachverhalts und als Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend gemacht. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragenen Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substantiell - wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von diesen gefordertem Umfang - geäussert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

203. Die Aspekte, die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz vorgebracht wurden, werden im Rahmen der materiellen Behandlung der Angelegenheit durch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz berücksichtigt, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind.

204. Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Beachtung des Anspruchs der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör liegt demzufolge in casu unter keinem Gesichtspunkt vor.

205. Im Übrigen kommt dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zu (vgl. E. 147) weshalb es über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt. Die Beschwerdeführerinnen konnten im Beschwerdeverfahren sämtliche Aspekte einbringen, mit denen sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz begründet haben. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen. Diese ist unter Berücksichtigung des Gebots der fristgemässen Beurteilung angesichts der bisherigen Verfahrensdauer nunmehr auch vorzunehmen (vgl. E. 241). Da der vorinstanzliche Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit des fraglichen wirtschaftlichen Verhaltens durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt wird und die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen unterliegen, würde eine Rückweisung überdies zu einem blossen formalistischen Leerlauf führen, selbst wenn von einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch die Vorinstanz auszugehen wäre.

206. Da das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz direkt eine Entscheidung in der Sache vornimmt, bedürfen die Rügen der Beschwerdeführerinnen wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör keiner gesonderten Abhandlung unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers der Vorinstanz. Dies gilt umso mehr, als die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Aspekte nicht zu einer wesentlich anderen inhaltlichen Beurteilung der Angelegenheit durch das Bundesverwaltungsgericht führen.

8) Verstoss gegen das Vertrauensprinzip

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

207. Die Beschwerdeführerinnen machen im Hinblick auf die von der Vorinstanz durchgeführten Verfahren in Sachen Talk & Surf und ADSL I sowie angesichts des Zivilrechtsverfahrens in Sachen Office Connex geltend, dass aufgrund der vorinstanzlichen Verfügung ein Verstoss gegen das in Art. 9 BV verankerte Vertrauensprinzip vorliege und daher eine Sanktionierung zumindest für den Zeitraum bis Juni 2006 ausgeschlossen sei. Grundlage dieser Argumentation bildet jeweils die Behauptung, dass die Swisscom-Gruppe aufgrund der in diesen Verfahren vorgenommenen Feststellungen der Vorinstanz und der Rechtsmittelinstanzen habe darauf vertrauen dürfen, dass ihr Breitbandgeschäft kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei.

208. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen habe die Vorinstanz im Rahmen des Verfahrens ADSL I sämtliche Preisbestandteile erhoben, weshalb ihr die Struktur der Vorleistungs- und Einzelhandelspreise seit diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei. Aufgrund der am 15. Dezember 2003 ergangenen, dieses Verfahren abschliessenden Verfügung seien strukturelle Defizite bei der Erbringung von ADSL-Dienstleistungen mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen worden. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass eine Quersubventionierung nicht vorliege. Dieser Verfügung sei überdies zu entnehmen gewesen, dass (i) das Einzelhandelsgeschäft nicht von Anfang an rentieren müsse, (ii) vorübergehende Verluste in der Anfangsphase durchaus erlaubt seien, (iii) das Geschäft auf Dauer mindestens selbsttragend sein müsse, (iv) der Zeitpunkt des Break Even Points irrelevant sei, solange er in absehbarer Zukunft zu erwarten sei, (v) der Business-Plan von Bluewin für die Prüfung massgeblich sei, welcher von Prognosen und Annahmen abhängt und sichere Annahmen sich erst im Nachhinein vornehmen liessen.

209. Genau die von der Vorinstanz überprüften Business-Pläne würden die Basis für den weiteren Ausbau des Breitbandgeschäfts durch die Swisscom bilden. Die Vorinstanz habe demzufolge mit ihrem Vorgehen eine Vertrauensgrundlage für die Preisstruktur des Grosshandelsprodukts BBCS geschaffen. Gestützt auf diese Vertrauensgrundlage hätten die Beschwerdeführerinnen disponiert. Sie dürften daher keine Nachteile für diese Dispositionen erleiden, weshalb eine nachträgliche Sanktionierung ausgeschlossen sei.

210. Nach Erlass des Beschwerdeentscheids durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005 habe die Vorinstanz die Frage der Quersubventionierung nicht weiter verfolgt. Am 17. Oktober 2005 habe die Vorinstanz den Antrag eines Wettbewerbers auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen zur Sicherstellung einer ausreichenden Marge angesichts der offenen kartellrechtlichen Beurteilung abgelehnt. Trotz Eröffnung des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens am 20. Oktober 2005 sei die Vorinstanz bis Mitte Juni 2006 untätig geblieben. Darüber hinaus habe die Vorinstanz die Preisgestaltung während vier Jahren bis zum Abschluss des Verfahrens geduldet.

211. Am 30. Juni 2005 habe die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den ADSL I-Entscheid der Vorinstanz aufgehoben, weil sie den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung auch aus materiellen Gründen als ungenügend erachtete und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück verwiesen habe. Die Vorinstanz habe in der Folgezeit aber das Verfahren ADSL I eingestellt. Die Frage einer Marktbeherrschung im Bereich des xDSL sei daher erst am 12. Februar 2009 im Rahmen des Urteils Marktzugang schneller Bitstrom durch das Bundesverwaltungsgericht zu Ungunsten der Swisscom-Gruppe entschieden worden. Erst mit diesem Urteil habe die Swisscom-Gruppe somit Gewissheit über das Vorliegen einer Marktbeherrschung erlangt, wodurch auch erst die Angebotspflicht im Rahmen des Fernmeldegesetzes begründet worden sei.

212. Im Schlussbericht zu den Vorabklärungen in Sachen Talk & Surf vom Februar 2004 habe die Vorinstanz festgestellt, dass keine Kosten-Preis-Schere vorliege und keine Behinderung der anderen Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 KG bestehe. Die Beschwerdeführerinnen hätten demzufolge davon ausgehen können, dass ihre Preisgestaltung im Breitbandbereich kartellrechtskonform gewesen sei.

213. Im Verfahren Office Connect sei durch das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 16. Februar 2007 das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 3. Oktober 2006 bestätigt und damit unmissverständlich festgehalten worden, dass ohne formelle gesetzliche Angebotsverpflichtung im Fernmeldegesetz auch im Rahmen des Kartellgesetzes keine Pflicht bestehe, BBCS überhaupt und nichtdiskriminierend anzubieten. Aufgrund dieses klaren Entscheids habe die Swisscom-Gruppe - auch wenn der Entscheid verschiedentlich kritisiert worden sei - noch weniger Grund gehabt zur Annahme, dass sie ihre Preisgestaltung beim Breitbandinternet bis zur rechtskräftigen Feststellung einer fernmelderechtlichen Angebotspflicht - welche erst mit dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009 in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom erfolgt sei - anpassen müsse.

214. Ohne nähere inhaltliche Ausführungen wird in diesem Zusammenhang von den Beschwerdeführerinnen auch darauf hingewiesen, dass in der Angelegenheit Produktebündel DSL & Natel vom Wettbewerbssekretariat am 23. November 2007 eine Vorabklärung eröffnet worden sei, die Vorinstanz gleichzeitig die Einleitung von vorsorglichen Massnahmen hierzu abgelehnt habe, und am 15. August 2008 von der Vorinstanz mitgeteilt worden sei, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestünden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

215. Die Vorinstanz macht geltend, dass sich aus den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Aspekten kein Vertrauensbestand ergebe und daher auch kein Verstoss gegen das Vertrauensprinzip vorliegen könne.

(3) Würdigung durch das Gericht

(a) Ausgangslage

216. Art. 9 BV sieht vor, dass jede Person einen Anspruch darauf hat, von staatlichen Behörden nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden (vgl. CHIARELLO ELISABETH, Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung, 2004, 224 ff.; GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, 2005, 184; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 707; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 32 f.; ROHNER CHRISTOPH, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, zit. SGK-BV, Art. 9 Rn. 36 ff.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 565 ff.). Vorliegend ist die Variante des Vertrauensschutzes zu prüfen.

217. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind folgende Umstände (vgl. allgemein HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, 140 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 33 f.; ROHNER, SGK-BV, Art. 9 Rn. 47 ff.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 568 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, 161 f.; RHINOW RENÉ/KRÄHENMANN BEAT, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1990, zit. VRspr ErgB, Nr. 75 Ziff. B.III.b; Nr. 77 Ziff. B.III und Nr. 78 Ziff. B.III.b): (i) das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d.h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann (vgl. BGE 129 I 161 E. 4.1, 4.2; BGE 125 I 273 E. 4.); (ii) die Begründetheit des Vertrauens (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5; BGE 127 I 31 E. 3a); (iii) die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.2; BGE 129 I 161 E. 4.1); (iv) ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.2; BGE 129 I 161 E. 4.1); (v) das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.2); (vi) der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts (BGE 137 I 69 E. 2.3, 2.6; BGE 129 I 161 E. 4.1). Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.

218. Der Anspruch auf eine Behandlung nach Treu und Glauben steht nicht nur natürlichen und juristischen Personen zu (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2007, Art. 9 Rn. 5; ROHNER, SGK-BV, Art. 9 Rn. 17, 48; UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot [Art. 9 BV], 2005, Rn. 259), sondern auch nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften und einfachen Wirtschaftsgemeinschaften, soweit es sich um Verfahrenssubjekte handelt. Denn der

Zweck des Vertrauensschutzes zur Sicherstellung eines fairen Verwaltungs- oder Justizverfahrens erfordert keine personale Differenzierung. Der Swisscom-Gruppe steht daher als Verfahrenssubjekt des vorliegenden Kartellsanktionsverfahrens die Geltendmachung des Vertrauensanspruchs zu, der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht werden kann.

(b) Selektive Darstellung der Beschwerdeführerinnen

219. Im Rahmen der zahlreichen und umfangreichen Eingaben im vorliegenden Kartellsanktionsverfahren verweisen die Beschwerdeführerinnen wiederkehrend auf diverse Verstösse gegen den Vertrauensgrundsatz. Diese Darstellung bildet denn auch ein zentrales Element zur Verteidigung des wirtschaftlichen Verhaltens der Swisscom-Gruppe. Dabei wird insbesondere geltend gemacht, dass das subjektive Element eines Wettbewerbsverstosses nicht vorgelegen habe, weil die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe aufgrund der entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz und der Rechtsmittelinstanzen berechtigterweise davon ausgehen hätten dürfen, dass die Ausgestaltung des Breitbandinternetgeschäfts kartellrechtskonform sei.

220. Bei genauer Betrachtung dieser Stellungnahme wird allerdings ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen eine äusserst selektive Darstellung der von ihnen angeführten Kartellverfahren vornehmen und wesentliche sachliche und zeitliche Aspekte vollständig ausblenden. Bei Berücksichtigung dieser Aspekte wird demgegenüber deutlich, dass die entsprechenden Argumentationen der Beschwerdeführerinnen inhaltliche Widersprüche sowie fehlende zeitliche Zusammenhänge aufweisen und demzufolge konstruiert sind. Dieses Vorgehen der Beschwerdeführerinnen ist daher weder in sachlicher Hinsicht glaubwürdig noch in rechtlicher Hinsicht beachtlich.

221. Zunächst ist im Hinblick auf den zeitlichen Geschehensablauf zu beachten, dass für die kartellrechtliche Beurteilung eines wirtschaftlichen Verhaltens grundsätzlich die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der vorgeworfenen Tat massgebend sind, wie dies die Beschwerdeführerinnen denn auch zutreffend mehrfach selbst geltend machen. Zeitlich später oder früher eintretende Ereignisse oder vorliegende Umstände können hingegen grundsätzlich nur als zusätzliche Belege für eine bestimmte Einschätzung des wirtschaftlichen Verhaltens herangezogen werden, diese aber nicht selbständig begründen. Ausnahmen hiervon bedürfen einer besonderen Begründung.

222. Die Beschwerdeführerinnen vermengen im Rahmen ihrer Darstellung mehrfach Aspekte, die keinen zeitlichen Zusammenhang zu den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen zur Zeit der vorgeworfenen Tat aufweisen. So können die Entscheide der Vorinstanz in Sachen ADSL I vom Dezember 2003 (vgl. SV K.b) sowie in Sachen Talk & Surf (vgl. SV K.d) vom Februar 2004 ganz offensichtlich nur auf geschäftliche Vorgänge und wirtschaftliche Daten ausgerichtet gewesen sein, die sich auf einen Zeitraum vor Erlass der Entscheide beziehen. Keinesfalls lässt sich daraus eine rechtliche Beurteilung in Bezug auf die Entwicklung eines enormen Missverhältnisses ableiten, welches seinen Anfang erst danach im April 2004 nahm. Auch der Verweis auf die

Durchführung von Abklärungen in der Angelegenheit Produktbündel DSL & Natel geht von vornherein ins Leere, weil durch die Wettbewerbsbehörden die Abklärungen erst Ende November 2007 aufgenommen wurden und ein Ergebnis erst im August 2008 mitgeteilt wurde. Zu diesen Zeitpunkten konnte das Vertrauen der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe in die kartellrechtliche Zulässigkeit der Preisgestaltung ihrer BBCS-Produkte zwischen April 2004 und Dezember 2007 ganz offensichtlich nachträglich nicht mehr beeinflusst werden.

223. Für eine der zentralen Argumentationen der Beschwerdeführerinnen ergibt sich überdies ein erheblicher sachlicher Widerspruch. Die Beschwerdeführerinnen behaupten einerseits, die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hätten auf die kartellrechtliche Zulässigkeit ihrer Preisgestaltung beim Breitbandinternet vertrauen dürfen, weil die Vorinstanz in ihrem Schlussbericht in der Angelegenheit Talk & Surf vom Februar 2004 ausgeführt habe, dass hinsichtlich einer Preis-Kosten-Schere keine Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten vorgelegen hätten. Andererseits machen sie geltend, dass für die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe die kartellrechtliche Unzulässigkeit des Missverhältnisses zwischen den Gewinnen im Grosshandelsgeschäft und den Verlusten im Einzelhandelsgeschäft nicht erkennbar gewesen sei, weil der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere bis dahin nicht konkretisiert worden sei und keine Fallpraxis hierzu bestanden habe. Tatsache ist aber, dass die Vorinstanz gerade in besagtem Schlussbericht vom Februar 2004 ausdrücklich die Rechtsentwicklung des Missbrauchsverhaltens einer Kosten-Preis-Schere nachzeichnet, die neueste Entwicklung im Telekommunikationsbereich aufgrund des Entscheids der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom aufgezeigt und auf die Heranziehung dieser EU-Wettbewerbspraxis für die Beurteilung von Missbrauchsverhalten anhand von Art. 7 KG hingewiesen hatte. Die Beschwerdeführerinnen behaupten heute demnach nicht mehr und nicht weniger, als dass damals die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe aus ein und demselben Dokument zwar die für den Geschäftsbereich des Breitbandinternets vorteilhaften, nicht aber die nachteiligen Erwägungen hätten erkennen und in ihrem sachlich-rechtlichen Gehalt verstehen können. Dieses Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist unglaubwürdig und demzufolge als reine Schutzbehauptung anzusehen.

224. Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist auch hinsichtlich eines weiteren Aspekts widersprüchlich. Der Umstand, dass das Einzelhandelsgeschäft seit dem Start des Breitbandinternetgeschäfts im Jahr 2000 bis zum Ende des Jahres 2007 zu einem erheblichen jährlichen Verlust führte, wird einerseits damit erklärt, dass das enorme Kundenwachstum aufgrund des erfolgreichen DSL-Produkts jeweils deutlich höher gewesen sei als das kurz zuvor prognostizierte Wachstum. Deshalb hätten die Businesspläne für die Jahre 2002, 2003 und 2005 auch angepasst werden müssen. Da die Akquisition der Kunden mit hohen Anfangskosten verbunden sei, wären daher anfänglich auch Verluste im Einzelhandelsgeschäft unvermeidlich gewesen. Andererseits wird in Widerspruch hierzu geltend gemacht, dass die kartellrechtliche Unzulässigkeit des eigenen Verhal-

tens aufgrund des seit dem Jahr 2004 auftretenden Missverhältnisses zwischen den Gewinnen auf Grosshandelsstufe und den Verlusten auf Einzelhandelsstufe nicht erkennbar gewesen sein soll, weil die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe auf ihre bis zum Ende des Jahres 2003 bestehenden Businesspläne der Anfangsjahre hätten vertrauen dürfen, weil diese von der Vorinstanz im Rahmen der Überprüfung ADSL I (vgl. SV K.b) eingesehen worden seien. Es ist offensichtlich, dass die Swisscom-Gruppe ein Geschäft in einem von ihr als dynamischen Wachstumsmarkt qualifizierten Bereich nicht auf dem Business-Plan aus den ersten Jahren der Geschäftstätigkeit abwickeln kann und tatsächlich auch nicht abgewickelt hat, wie dies ja auch die Änderung des Businessplans im Jahr 2005 belegt. Gerade wenn und weil eine dynamische Marktentwicklung stattfand, war die Geschäftsleitung entsprechend den Anforderungen an eine ordnungsgemässe kaufmännische Geschäftsführung daran interessiert und dazu verpflichtet, ihre Business-Pläne und die sich daraus ergebenden Massnahmen laufend zu überprüfen und gegebenenfalls an die tatsächlichen Entwicklungen einschliesslich des auftretenden Missverhältnisses zwischen den Erträgen im Gross- und im Einzelhandelsgeschäft anzupassen. Die Behauptung, die Businesspläne für die Jahre zwischen 2000 und 2004 bildeten eine Vertrauensgrundlage im Hinblick auf eine notwendige (Neu-)Beurteilung der Geschäftslage in den Jahren 2004 bis 2007, ist daher sachlich abwegig und rechtlich unbeachtlich.

225. Angesichts dieser Widersprüche und der mangelnden Zusammenhänge ist das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen rechtsmissbräuchlich, weshalb eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ausgeschlossen ist. Ungeachtet dessen liegen auch die notwendigen inhaltlichen Voraussetzungen der Geltendmachung eines Verstosses gegen den Vertrauensgrundsatz für die einzelnen Verfahren nicht vor.

(c) Verfahren ADSL I

226. Bei einem Vergleich des Verfahrens ADSL I (vgl. SV K.b) und dem vorliegenden Verfahren ist ohne Weiteres festzustellen, dass sich die beiden Verfahrensgegenstände wesentlich voneinander unterscheiden. Daher sind die für einen Vertrauenstatbestand notwendigen Elemente eines Vertrauensverhältnisses und die Begründetheit des Vertrauens nicht gegeben.

227. Während das Verfahren ADSL I die Ausgestaltung von Rabattregelungen gegenüber konzerninternen und anderen Internetdiensteanbietern auf der Grosshandelsstufe und damit die diskriminierende Ausdifferenzierung von Rabattregelungen in einem eindimensionalen vertikalen Wettbewerbsverhältnis betraf, ist das vorliegende Verfahren auf die Ausgestaltung von Grosshandelspreisen in Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Einzelhandelspreisen und damit auf eine Kosten-Preis-Schere in einem zweidimensionalen, vertikalen und horizontalen Wettbewerbsverhältnis ausgerichtet (vgl. E. 400). Auch wenn im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere der Aspekt einer Gewährung von Rabatten beachtlich sein kann, liegt dennoch keine inhaltliche Identität der beiden Untersuchungsgegenstände vor. Denn grundsätzlich können sich ohne Weiteres unterschiedliche Ergebnisse bei den beiden Verfahren erge-

ben. So wäre das Vorliegen einer Diskriminierung der Internetdienstanbieter hinsichtlich der Gewährung von Rabatten denkbar, ohne dass gleichzeitig eine Kosten-Preis-Schere vorliegt. Umgekehrt könnte eine Kosten-Preis-Schere auch dann gegeben sein, wenn eine Diskriminierung hinsichtlich der Gewährung von Rabatten nicht vorliegt. Die Vorinstanz hat demzufolge durch ihre Verfügung vom 15. Dezember 2003 ausschliesslich eine rechtliche Stellungnahme zur diskriminierenden Rabattgestaltung abgegeben, während eine rechtsverbindliche Aussage zur Kosten-Preis-Schere damit nicht verbunden war. Bereits daraus ist ersichtlich, dass das Verfahren ADSL I nicht geeignet war, ein begründetes Vertrauensverhältnis zugunsten der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere herbeizuführen.

228. Gleiches gilt auch unter Berücksichtigung der notwendigen zeitlichen Komponente eines Vertrauensverhältnisses. Aus dem Datum der Verfügung im Dezember 2003 geht unzweifelhaft hervor, dass damit ausschliesslich Verhaltensweisen und wirtschaftliche Konstellationen vor dem genannten Zeitpunkt einer Beurteilung zugeführt werden konnten. Anpassungen, die zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund einer Änderung der Verhältnisse notwendig werden, konnten damit von vornherein nicht erfasst werden. Das Missverhältnis zwischen den Erträgen im Grosshandelsgeschäft einerseits und dem Einzelhandelsgeschäft andererseits wurde jedenfalls ab April 2004 ersichtlich und hätte eine Anpassung der Preisgestaltung erfordert. Diese Entwicklung wurde durch die Feststellungen in der Verfügung im Dezember 2003 weder vorweggenommen noch ausgeschlossen. Daher ergibt sich aus diesen Feststellungen auch kein Vertrauensstatbestand, auf den die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hätten begründeterweise vertrauen können bzw. dürfen.

229. Da der Untersuchungsgegenstand im Verfahren ADSL I nur auf die Überprüfung des vertikalen Wettbewerbsverhältnisses ausgerichtet war, ist es unerheblich, ob den Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls alle für die im vertikalen und horizontalen Wettbewerbsverhältnis massgeblichen Preiselemente zur Kenntnis gelangten. Da von Seiten der Wettbewerbsbehörden bereits ein wettbewerbswidriges Verhalten in Bezug auf die Rabatt-differenzierung vorlag, bestand für sie von vornherein keine Notwendigkeit, den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere zu untersuchen. Zudem ergibt sich allein aus einer gegebenenfalls vorhandenen Kenntnis der Wettbewerbsbehörden von allen Preisbestandteilen und der Struktur der Gross- und Einzelhandelspreise kein berechtigtes Vertrauensverhältnis, weil allein mit einer (möglichen) Kenntnisnahme keine Kundgabe einer inhaltlich und rechtlich verbindlichen Positionierung durch eine Behörde verbunden ist.

230. Aus der Ablehnung von vorsorglichen Massnahmen gegenüber den Beschwerdeführerinnen am 17. Oktober 2005 ergibt sich ganz offensichtlich kein Grund zur Annahme, dass deshalb eine Untersuchung und Bejahung des Tatbestands einer Kosten-Preis-Schere ausgeschlossen werden konnte, weil sich weder aus einer Anordnung noch einer Ablehnung von vorsorglichen Massnahmen ein verbindlicher Schluss auf ein bestimmtes Ergebnis in der Hauptsache entnehmen lässt. Viel-

mehr war angesichts der Stellungnahme der Wettbewerbsbehörden, wonach die kartellrechtliche Beurteilung offen sei, spätestens ab diesem Zeitpunkt ausdrücklich klargestellt, dass im Hinblick auf eine Kosten-Preis-Schere wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen. Da die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe nach der eigenen Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen den Feststellungen der Wettbewerbsbehörden eine wesentliche Bedeutung beigemessen haben, hätte demzufolge umso mehr Grund bestanden, das Verhalten der Swisscom-Gruppe im Breitbandgeschäft im Hinblick auf eine Wettbewerbswidrigkeit zu überprüfen und bereits zum damaligen Zeitpunkt einzustellen und nicht bis zum Ende des Jahres 2007 fortzuführen.

231. Aus dem Umstand, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den ADSL I-Entscheid im Hinblick auf einen unzureichenden Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe aufgehoben hatte (REKO/WEF, RPW 2005/3, 505, ADSL I, E. 5.1.3, 5.3.6), können die Beschwerdeführerinnen jedenfalls keinen Vertrauensstatbestand zu deren Gunsten ableiten. Denn im Rahmen dieses Entscheids wurde gerade nicht festgestellt, dass keine Marktbeherrschung von Seiten der Swisscom-Gruppe vorlag. Vielmehr wurde die Rechtssache unter Hinweis auf verschiedene, aus der Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen relevante Aspekte zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Aus der Rückverweisung einer Rechtssache zur weiteren Aufklärung ergibt sich offensichtlich kein Vertrauensstatbestand zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen, weil von der Rechtsmittelinstanz damit zum Ausdruck gebracht wird, dass das Vorliegen einer solchen Marktposition gerade nicht ausgeschlossen werden kann.

232. Die Aussage im Verfahren ADSL I, dass ein strukturelles Defizit und damit ein Hinweis auf eine Kosten-Preis-Schere mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen seien, bildet von vornherein keine begründete Vertrauensgrundlage, weil es sich offensichtlich nicht um eine abschliessende Stellungnahme, sondern um eine vorläufige unverbindliche Einschätzung handelte, der zudem keine eingehende Analyse als massgeblicher Untersuchungsgegenstand zu Grunde lag. Auch die übrigen von den Beschwerdeführerinnen vorgetragenen Aussagen (vgl. E. 208 Bst. i bis v) stellen von vornherein keine Grundlage für ein begründetes Vertrauensverhältnis dar, weil es sich hierbei um völlig allgemeine Aussagen ohne Bezug zu konkreten Umständen eines Einzelfalls handelt.

(d) Verfahren Talk & Surf

233. Bei einer Durchsicht des Schlussberichts der Vorinstanz in Sachen Talk & Surf (vgl. SV K.d) wird ersichtlich, dass dessen Feststellungen zur Preisgestaltung der Breitbandinternetdienstleistungen durch die Swisscom-Gruppe auf einer summarischen Prüfung in Form eines einfachen Vergleichs von Verkaufspreisen ohne Untersuchung von Kosten und Margen beruhen, worauf der Schlussbericht unter Verweis auf die Funktion der Vorabklärung auch ausdrücklich hinweist. Daher kommt diesen Feststellungen kein abschliessender, verbindlicher Charakter zu. Dies gilt umso mehr, als der Abschlussbericht ausdrücklich auf die EU-Wettbewerbs-

praxis zur Kosten-Preis-Schere sowie den damals neuesten Entscheid im Telekommunikationsbereich hinweist und die Heranziehung dieser Entscheide für die Beurteilung von Kosten-Preis-Scheren in der Schweiz ankündigt. Unter diesen Umständen wurde von Seiten der Wettbewerbsbehörden klargestellt, dass eine abschliessende Beurteilung auch zu einem späteren Zeitpunkt unter Berücksichtigung der durch die EU-Wettbewerbspraxis vorgegebenen Prüfungskriterien vorgenommen werden kann.

234. Des Weiteren ist auch beim Verfahren Talk & Surf darauf hinzuweisen, dass der Abschlussbericht bereits im Februar 2004 bekannt gegeben wurde. Die Vorabklärung ist daher auf eine Betrachtung von Verhaltensweisen und wirtschaftlichen Konstellationen beschränkt, die vor diesem Zeitpunkt liegen, während Anpassungen, die zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund einer Änderung der Verhältnisse notwendig gewesen wären, damit von vornherein nicht erfasst werden konnten. Das Missverhältnis zwischen den Erträgen im Grosshandelsgeschäft einerseits und dem Einzelhandelsgeschäft andererseits wurde jedenfalls ab April 2004 ersichtlich und hätte eine Anpassung der Preisgestaltung erfordert. Diese Entwicklung wurde durch die Feststellungen im Abschlussbericht angesichts von der oberflächlichen Prüfung des Sachverhalts weder vorweggenommen noch ausgeschlossen.

(e) Verfahren Office Connex

235. Auch im Verhältnis zwischen dem Urteil des Bundesgerichts in Sachen Office Connex (vgl. SV K.c.) und dem vorliegenden Verfahren ist bei einer näheren Betrachtung ohne Weiteres festzustellen, dass sich die beiden Verfahrensgegenstände wesentlich voneinander unterscheiden. Daher sind die für einen Vertrauensstatbestand notwendigen Elemente eines Vertrauensverhältnisses und die Begründetheit des Vertrauens nicht gegeben.

236. Das Bundesgericht hat im Rahmen des Office Connex-Urteils ausschliesslich zu der Frage Stellung genommen, ob eine Verpflichtung der Swisscom-Gruppe zur Belieferung von Internetdiensteanbietern mit einem bestimmten Breitbandprodukt gemäss Art. 7 KG bestand oder nicht. Das Vorliegen einer solchen Verpflichtung wurde abgelehnt mit der Begründung, eine solche Lieferverpflichtung könne nicht aus Art. 7 KG abgeleitet werden, weil nicht über den Umweg einer Auslegung des allgemeinen Kartellgesetzes eine im Fernmeldegesetz nicht verankerte Angebotspflicht im spezifischen Bereich der Interkonnektion auf der letzten Meile statuiert werden könne. Unabhängig davon, ob dieser Begründung inhaltlich zuzustimmen ist oder nicht, hat das Bundesgericht damit jedenfalls unzweifelhaft in keiner Weise zur Frage Stellung genommen, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen, welches freiwillig ein durch das Fernmeldegesetz nicht reguliertes Breitbandprodukt an Wettbewerber abgibt, im Hinblick auf die Ausgestaltung seines Produktpreises den Anforderungen des Kartellgesetzes gemäss Art. 7 KG unterliegt oder nicht.

237. Es ist offensichtlich, dass der Aspekt einer kartellrechtlichen Belieferungspflicht zu Lasten eines marktbeherrschenden Unternehmens in keinem Zusammenhang

mit dem Aspekt der angemessenen Preisgestaltung bei einer freiwilligen Belieferung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen steht. Auch wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zu einer Belieferung von Dritten verpflichtet ist bzw. werden kann, so erfolgt eine von ihm dennoch durchgeführte Belieferung von Dritten nicht im rechtsfreien Raum, weshalb dabei auch keine missbräuchlichen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG zu tolerieren wären. Für die Zulassung eines solchen rechtswidrigen Verhaltens im Rahmen derartiger Konstellationen bestehen keine erkennbaren sachlichen Gründe. Bezeichnenderweise werden von den Beschwerdeführerinnen auch keine solchen Gründe angeführt.

(f) Fazit

238. Im vorliegenden Sachverhalt liegt demzufolge nach keinem Gesichtspunkt ein Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz vor.

9) Verstoss gegen das Gebot fristgemässer Beurteilung

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

239. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Verweis auf das Rechtsgutachten NIGGLI/RIEDO geltend, dass eine Sanktionierung nach einer verwaltungsrechtlichen Verfahrensdauer von vier Jahren zwischen dem 20. Oktober 2005 und dem 5. November 2009 vor den Grundsätzen des Art. 6 Abs. 1 EMRK und des Art. 31 Abs. 3 BV über ein faires Verfahren nicht stand halte und folglich keinen Rechtsbestand habe; jedenfalls sei eine allfällige Sanktion erheblich zu reduzieren. Die Beschwerdeführerinnen verweisen hierfür auf eine mehrmonatige Untätigkeit der Vorinstanz, die infolge von deren Auslastung durch andere Verfahren bedingt gewesen sei, sowie einen Wechsel der mit der Untersuchung betrauten Mitarbeitenden im zuständigen Dienst des WEKO-Sekretariats. Da die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen vorhalte, dass sie seit Eröffnung der Untersuchung Klarheit über die Unzulässigkeit ihres Verhaltens gehabt hätten, könne die notwendige Abklärung der Angelegenheit nicht einen derart langen Zeitraum in Anspruch genommen haben. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der kurze Zeiträume, welche den Beschwerdeführerinnen im Rahmen des vorinstanzlichen Informationsaustauschs zur Bearbeitung der Anfragen zugestanden worden seien, und den langen Zeiträumen, die sich die Wettbewerbsbehörden zur Bearbeitung der Angelegenheiten jeweils selbst eingeräumt hätten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

240. Die Vorinstanz wendet hierzu ein, dass die Verfahrensdauer von vier Jahren auch auf das Verhalten der Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sei. So seien die Ressourcen des WEKO-Sekretariats durch mehrere weitere Verfahren in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen ausgelastet gewesen. Diese hätten insbesondere auch mit Fristverlängerungs- und Sistierungsbesuchen sowie eingereichten Parteigutachten in nicht unerheblichem Ausmass selbst zu der langen Verfahrensdauer beigetragen.

(3) Würdigung durch das Gericht

241. Art. 29 Abs. 1 BV statuiert für jede Person die Garantie, dass in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen eine Beurteilung innerhalb angemessener Frist erfolgt. Dieses Gebot der fristgemässen Beurteilung gilt in allgemeiner Weise für sämtliche Sachbereiche und alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden (vgl. BGE 130 I 269 E. 2.2; BGE 130 I 312 E. 5.2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 836 f.; RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, 2003, 481; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNERR/BRÜHLMOSER, Prozessrecht, Rn. 120 f., 288 f.; SCHOTT, FHB-VerwR, Rn. 24.59; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 22 f.). Für strafrechtliche Verfahren wird ein entsprechender Anspruch durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 Bst. c UNO-Pakt II begründet (vgl. MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 188 f.), der auch für die strafrechtsähnlichen Kartellsanktionsverfahren Anwendung findet. Das Schutzniveau von Art. 6 Abs. 1 EMRK geht allerdings nicht grundsätzlich über dasjenige von Art. 29 Abs. 1 BV hinaus (vgl. BGE 130 I 269 E. 2.2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 836 f.).

242. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. EGMR, 4.9.2014, 68919/10, Peter gg. Deutschland, zit. Peter, Ziff. 37 ff.; EGMR, 2.12.2014, 53339/09, Siermi sky gg. Polen, zit. Sierminsky, Ziff. 63 f.; EGMR, 10.9.2010, 31333/06, McFarland gg. Irland, zit. McFarland, Ziff. 140 ff.; EGMR, 16.12.2003, 42083/98, Mianowski gg. Polen, zit. Mianowski, Ziff. 46) wie auch des Bundesgerichts (vgl. BGE 130 I 312 E. 5 sowie BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 134 I 229 E. 2.3; BGE 125 V 373 E. 2b) finden für eine Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer keine vorgegebenen Zeiträume Anwendung. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die tatsächliche Dauer sich unter den konkreten Umständen rechtfertigen lässt (vgl. die Rspr.-Übersichten hierzu bei VILIGER MARK E., Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, zit. EMRK, Rn. 468, und MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 207). Im Einzelfall ist ein Verfahren demzufolge selbst bei einer unüblich langen Verfahrensdauer nicht zwingend als unangemessen zu qualifizieren (vgl. EGMR, 68919/10, Peter, Ziff. 47).

243. Für eine Beurteilung sind die folgenden spezifischen Aspekte zu beachten (vgl. allgemein BGE 135 I 265 E. 4.4; BGE 130 I 312 E. 5.1; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 Rn. 251 f.; FUCHS CLAUDIA, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell?, Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZöR [Zeitschrift für öffentliches Recht] 2012, 537, 549 f.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 70; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, EMRK, 201 ff.; MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 200 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 840 f.; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 25): (i) Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen - wobei grundsätzlich anerkannt ist, dass komplexe Wirtschaftssachen jeweils unter Berücksichtigung der Anzahl an Beteiligten und Betroffenen, der Verarbeitung umfangreicher Geschäftsunterlagen, der Einholung von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten sowie der Durchführung internationaler Ermittlungen einen erhöhten Aufwand erfordern (vgl. EGMR, 42083/98, Mianowski, Ziff. 47; EGMR, 27.11.2008, 8416/05, Potz-

mader gg. Österreich, o. Ziff. [S. 5]; EGMR, 30.9.2004, 41171/98, Zaprianov gg. Bulgarien, zit. Zaprianov, Ziff. 80; EGMR, 31.5.2001, 37591/97, Metzger gg. Deutschland, Ziff. 39; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 Rn. 252; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 70; MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 200); (ii) die Sachgerechtigkeit des Vorgehens der zuständigen Behörden oder Gerichte einschliesslich von Art und Umfang der durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen sowie der objektiven Dringlichkeit der Angelegenheit, wobei insbesondere längere, nicht gerechtfertigte Perioden der Untätigkeit von Behörden oder Gerichten zur Unangemessenheit führen können, selbst wenn die Dauer als solche nicht unverhältnismässig gewesen wäre (vgl. EGMR, 31333/06, McFarland, Ziff. 151 f.; EGMR, 5.2.2015, 2834/09, Kücher gg. Österreich, Ziff. 28: viereinhalbjährige Untätigkeit des Gerichts; EGMR, 13.10.2007, 4983/04, Gjashta gg. Griechenland, Ziff. 16: Dauer von rund dreieinhalb Jahren nicht übermässig, aber mit über zwei Jahren zu lange Phase der Untätigkeit); (iii) das Verhalten der betroffenen Personen einschliesslich des Stellens von Verfahrensanträgen und der dadurch bedingten Auswirkungen im Hinblick auf eine Förderung oder Verzögerung des Verfahrensganges (vgl. EGMR, 31333/06, McFarland, Ziff. 148 f.); (iv) die Bedeutung der Angelegenheit für die betroffene Person einschliesslich der Schwere eines mit der Durchführung des Verfahrens bedingten (Schuld-)Vorwurfs sowie ihrer finanziellen und sonstigen Interessen (vgl. EGMR, 13.1.2015, 35632/13, Hoholm gg. Slowakei, zit. Hoholm, Ziff. 44 f.).

244. Des Weiteren sind verschiedene allgemeine Aspekte zu berücksichtigen. Bei Entscheidungen zu Grundsatfragen ist es von Seiten der Behörden und Gerichte zulässig, bei der Abwicklung des jeweiligen Verfahrens das Bedürfnis nach einer Koordination mit anderen Verfahren zu berücksichtigen (vgl. EGMR, 68919/10, Peter, Ziff. 46; EGMR, 16.9.2010, 16386/07, Breiler gg. Deutschland, Ziff. 31; Europäische Menschenrechtskommission [EKMR], 24.2.1995, 19822/92, S.L.O. gg. Schweiz, Ziff. 2b a.E.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 71; MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 203). Ein befristeter personaler oder sonstiger Engpass bei Behörden oder Gerichten kann eine Verlängerung des Verfahrens für eine gewisse Zeit rechtfertigen, nicht aber eine chronische Überlastung der zuständigen Stellen und strukturelle Mängel des Verfahrens (vgl. EGMR, 25.2.2000, 29357/95, Gast/Popp gg. Deutschland, Ziff. 78; EGMR, 26.10.2000, 33379/96; Klein gg. Deutschland, Ziff. 43; EGMR, 35632/13, Hoholm, Ziff. 49; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 72; MEYER-LADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 202; vgl. auch BGE 130 I 312 E. 5.2). Dauerte ein Verfahren in der ersten Instanz bereits sehr lange, besteht für die zweite Instanz eine Verpflichtung, das Verfahren möglichst kurz zu gestalten (vgl. EGMR, 41171/98, Zaprianov, Ziff. 81; EGMR, 25.2.2010, 36395/07, Müller gg. Deutschland, Ziff. 44). Ab einer bestimmten Dauer kann im Einzelfall allein aufgrund der insgesamt abgelaufenen Zeit eine Beurteilung vorgenommen werden, ohne dass es einer detaillierten Analyse der Unangemessenheit bezüglich aller Kriterien oder Instanzen bedarf (vgl. EGMR, 53339/09, Sierminsky, Ziff. 66; EGMR, 42083/98, Mianowski, Ziff. 47; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 Rn. 250; GRABENWAR-

TER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 71). Doch bestehen auch hierfür keine vorgegebenen festen Zeiträume. Gegebenenfalls kann es notwendig sei, einen sachlich geeigneten Zwischenentscheid zu erlassen und darauf einzutreten, wenn eine Verweisung auf die Anfechtung eines Endentscheid für die beteiligten Parteien in zeitlicher Hinsicht nicht zumutbar wäre (vgl. BGE 136 II 165 E. 1.2.1 m.w.H.).

245. Die Anforderungen an die zeitliche Durchführung des Verfahrens aufgrund des Gebots der fristgemässen Beurteilung sind bei strafrechtlichen Verfahren aufgrund des damit verbundenen Schuldvorwurfs am höchsten. Allerdings sind die für Strafverfahren entwickelten Anforderungen nicht unbesehen auf andere Sachgebiete zu übertragen (vgl. BGE 130 I 269 E. 3.1). Vielmehr bedarf es einer gesonderten Beurteilung von zivilprozessualen Verfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren. Bei Verwaltungsgerichtsverfahren, bei denen eine vorgängige Sanktionsentscheidung durch ein Gericht überprüft wird, ist die Angemessenheit der Verfahrensdauer gesamthaft im Hinblick auf das administrative Verwaltungsverfahren und das gerichtliche Kontrollverfahren zu beurteilen (vgl. EGMR, 53339/09, Sierminsky, Ziff. 64 m.w.H.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24 Rn. 69 m.w.H.; MEYERLADEWIG, EMRK, Art. 6 Rn. 193, 194 m.w.H.).

246. Auf das Gebot der fristgemässen Beurteilung können sich nicht nur natürliche und juristische Personen (vgl. AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl. 2013, Rn. 114; STEINMANN, SGK-BV, Art. 29 Rn. 15; zum Ganzen vgl. KIENER/BRÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, Rn. 188, 563 f.; KIEDER/WALTER, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2013, zit. *Grundrechte*, 481 f.; MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*, 848 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Prozessrecht*, Rn. 264 f.), sondern auch nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften und einfache Wirtschaftsgemeinschaften berufen. Denn der Zweck des Beschleunigungsgebots zur Sicherstellung eines fairen Verwaltungs- oder Justizverfahrens und das subjektive Interesse am Abschluss eines solchen Verfahrens innerhalb einer angemessenen Zeitdauer erfordern keine personale Differenzierung. Der Swisscom-Gruppe steht daher als Verfahrenssubjekt des vorliegenden Kartellsanktionsverfahrens der Anspruch auf fristgemässe Beurteilung zu, der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht werden kann.

247. Auch im Rahmen eines kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens ist das Gebot der fristgemässen Beurteilung von den Wettbewerbsbehörden und der Beschwerdeinstanz zu beachten. Da die inhaltlichen Anforderungen der Vorschriften sich grundsätzlich nicht unterscheiden, ist es dabei unerheblich, ob diese Verpflichtung auf Art. 29 Abs. 1 BV abgestützt wird, weil es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, dem ein strafrechtsähnlicher Charakter beizumessen ist (vgl. E. 649 f.), oder auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, weil es sich um eine strafrechtsähnliche Anklage im Sinne dieser Vorschrift handelt. Denn bei Anwendung von Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention auf andere als Kernbereiche des Strafrechts können sachgerechte Anpassungen vorgenommen werden (vgl. E. 61), weshalb bei Verwaltungsverfahren ungeachtet eines diesen beizumessenden

Sanktionscharakters letztlich nicht zwingend und ausnahmslos die strengen Anforderungen an Strafverfahren vollumfänglich zu berücksichtigen sind (vgl. E. 245).

248. Für die grundsätzliche Beurteilung der Dauer von Kartellrechtsverfahren ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich hierbei im Regelfall sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Umfangs als auch der jeweils zu erreichenden Abklärungstiefe um äusserst komplexe Sachverhalte handelt. Hinzu kommt, dass eine sachliche Abklärung zur Feststellung der tatsächlichen Marktverhältnisse die Einbeziehung von weiteren Wirtschaftsteilnehmern vorsehen muss, weshalb die Wettbewerbsbehörden in mehreren Etappen durch eine alternierende Befragung von betroffenem Unternehmen und sonstigen Wirtschaftsteilnehmern den Sachverhalt aufbereiten müssen. Dabei ist eine Unmenge an Informationen zu verarbeiten, auch wenn vielfach nur ein geringer Teil hiervon letztlich entscheidungserheblich ist. In rechtlicher Hinsicht stellen sich angesichts der sachlichen Komplexität durchaus neue und schwierige Rechtsfragen, die einer gewissenhaften Bearbeitung und Durchdringung bedürfen. Angesichts der mit einer Sanktionierung üblicherweise verbundenen negativen Publizität für das betroffene Unternehmen sowie der Präzedenzwirkung einer entsprechenden Entscheidung für den gesamten Wirtschaftsverkehr ist es erforderlich, dass sämtliche Massnahmen einschliesslich der Entscheidung in der Sache mit äusserster Sorgfalt vorgenommen werden. Aus Art und Gegenstand eines Kartellverfahrens ergibt sich grundsätzlich keine besondere Dringlichkeit; allerdings besteht angesichts der erwähnten Präzedenzwirkung und einer allfälligen Fortführung des in Frage stehenden wirtschaftlichen Verhaltens durch das betroffene Unternehmen während der Untersuchung auch kein Grund zu einem gemächlichen Vorgehen seitens der Wettbewerbsbehörden. Insgesamt kann unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte demzufolge festgestellt werden, dass die Bearbeitung von komplexen Kartellverfahren regelmässig einen überaus grossen Aufwand erfordert, der ohne Weiteres auch zu einer mehrjährigen Bearbeitungsdauer führen kann. Dies wird auch durch vergleichbare Verfahren in anderen Ländern und in der Europäischen Union bestätigt.

249. In Zusammenhang mit der Beurteilung einer angemessenen Verfahrensdauer ist auch ein Blick auf vergleichbare Verfahren hilfreich, auch wenn ein verbindlicher Vergleich angesichts der Individualität jedes Einzelfalls von vornherein ausgeschlossen ist. Die von der EU-Kommission durchgeführten Verfahren, die eine Preis-Kosten-Schere zum Gegenstand hatten, weisen eine Bearbeitungszeit von vier Jahren (in Sachen Deutsche Telekom und Telefónica, vgl. SV L.b f.; aus dem Vorlageverfahren vor dem EuGH in Sachen TeliaSonera ergibt sich keine Feststellung zur Dauer der Untersuchung durch die schwedische Wettbewerbsbehörde) auf. Im Oktober 2014 hat die EU-Kommission ein weiteres Verfahren mit einer Preis-Kosten-Schere gegen die Slovak Telekom und deren Mehrheitsaktionärin Deutsche Telekom abgeschlossen, welches im April 2009 eröffnet worden war und eine Bearbeitungszeit von fünf Jahren aufwies (vgl. EU-Kom, Pressemitteilung vom 15.10.2014, IP/14/1140, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1140_

de.htm). Es ist demzufolge davon auszugehen, dass die sachgerechte Überprüfung einer Preis-Kosten-Schere grundsätzlich einen Aufwand verursacht, der zu einer mehrjährigen Bearbeitungsdauer führen kann.

250. Im Hinblick auf einen von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Vergleich zwischen den Zeiten, die von Seiten der Wettbewerbsbehörden einerseits und den betroffenen Unternehmen zur Bearbeitung der Angelegenheit aufgewendet werden, ist festzuhalten, dass diese sich deutlich voneinander unterscheiden und ein Vergleich daher weder möglich noch sinnvoll ist. Denn die Ermittlung eines Sachverhalts, die Abklärung von Rechtsfragen sowie die Abfassung einer Verfügung beanspruchen von vornherein einen deutlich längeren Zeitraum als die Aufbereitung und Bereitstellung von Informationen aus dem eigenen Geschäftsbereich eines Unternehmens, welche grundsätzlich innerhalb kurzer Zeit erfolgen können bzw. müssen, sowie die Abfassung von darauf aufbauenden schriftlichen Eingaben. Daher kann aus dem blossen Umstand, dass die Wettbewerbsbehörde über mehrere Monate hinweg keine Untersuchungsmaßnahmen gegenüber dem betroffenen Unternehmen oder beteiligten Dritten vorgenommen hat, nicht einfach eine behördliche Untätigkeit abgeleitet werden. So kann etwa die Durchdringung und Abgrenzung von Märkten, die Einarbeitung in ein technisches Sachgebiet oder die Auswertung von Antworten des Unternehmens oder Dritten durchaus mehrere Monate in Anspruch nehmen. Beachtlich ist vorliegend allerdings, dass allein die von den Beschwerdeführerinnen beantragten verschiedenen Fristverlängerungen bereits sechs Monate der vierjährigen Untersuchungsdauer im Kartellverfahren beschlagen.

251. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ergibt sich auch nicht, dass eine chronische Überlastung der Wettbewerbsbehörden vorgelegen hätte. Zwar wurde von der Vorinstanz eingeräumt, dass sich aufgrund weiterer Kartellverfahren in anderen Angelegenheiten gegenüber der Swisscom-Gruppe sowie wegen eines Personalwechsels gewisse Verzögerungen ergeben hätten. Soweit sich zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem Sachbereich Verfahren häufen, ergeben sich zwangsläufig Verzögerungen in der Bearbeitung aller laufenden Verfahren, weil allgemein Behördenorganisationen aus verschiedenen Gründen nicht auf die schnellst mögliche Bearbeitung von Spitzenbelastungen ausgerichtet sind bzw. ausgerichtet werden können. Gleiches gilt für Personalwechsel, die sich nicht ausschliessen lassen und für die nicht vorbeugend Reservekazipitäten geschaffen werden können.

252. Im vorliegenden Verfahren haben die Beschwerdeführerinnen durch ihr eigenes Verhalten zu einer aufwendigen und äusserst zeitintensiven Bearbeitung der Angelegenheit in ganz erheblichem Masse beigetragen. Zum einen wurde von ihnen nahezu jede denkbare faktische oder rechtliche Einwendung gegen die Feststellungen der Wettbewerbsbehörden vorgebracht. Die Rechtsschriften der Beschwerdeführerinnen umfassen mehrere hundert Seiten. Dabei wurde zur Begründung auch auf umfangreiche nationale und internationale juristische und ökonomische Literatur verwiesen. Zudem haben die Beschwerdeführerinnen mehrere Sachver-

ständigengutachten zur Unterstützung der von ihnen vertretenen Ansichten eingereicht.

253. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren (vgl. SV P) sind im Hinblick auf dessen Bearbeitungsdauer seit dem 7. Dezember 2009 verschiedene Aspekte festzustellen. Das Verfahren war im Hinblick auf die zu erwartenden präjudiziellen Urteile des Bundesgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk (BGE 137 II 199) und Publigroupe (BGE 139 I 72) während insgesamt 18 Monaten sistiert. Die Berücksichtigung von bereits ergangenen einschlägigen Wettbewerbsverfahren in der Europäischen Union wurde von den Beschwerdeführerinnen sowohl formal als auch materiell abgelehnt; zum einen weil ein Rückgriff auf ausländische Entscheide nicht zulässig sei, zum anderen weil die inhaltliche Vergleichbarkeit von Anwendungskriterien und Sachverhaltselementen nicht gegeben sei. Obschon wesentliche allgemeine Rechtsfragen im Laufe des Beschwerdeverfahrens sowohl durch das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht zu anderen Fällen entschieden wurden, haben die Beschwerdeführerinnen sämtliche Einwendungen hierzu unter Nachreichung weiterer Argumentationen aufrechterhalten; und dies, obwohl das Beschwerdeverfahren gerade im Hinblick auf das Ergebnis des höchstrichterlichen Entscheids mit Zustimmung der Beschwerdeführerinnen ausdrücklich ausgesetzt worden war. Zu berücksichtigen ist auch, dass durch die Beschwerdeführerinnen eine Richtigstellung von einzelnen elementaren Aspekten ihres sachlichen Vorbringens erst aufgrund der Instruktionsverhandlung vor der Beschwerdeinstanz vorgenommen wurde. Die Beschwerdeinstanz musste angesichts der ihr zukommenden - und von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich geltend gemachten - umfassenden Kognitionsverpflichtung aufgrund des umfassenden Sach- und Rechtsvorbringens der Beschwerdeführerinnen - welches sich auch im grossen Umfang des vorliegenden Urteils widerspiegelt - demzufolge sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Aspekte vollumfänglich überprüfen und sogar die bestehende Rechtsprechung einer neuerlichen Überprüfung unter Berücksichtigung der von den Beschwerdeführerinnen neu vorgetragenen Gesichtspunkte unterziehen.

254. Auch wenn die Dauer des vorliegenden Kartellverfahrens als sehr lang qualifiziert werden muss, liegt unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten anerkannten Grundsätze zur Beurteilung der Verfahrensdauer und der konkreten Umstände der vorliegenden, sehr komplexen und vielschichtigen Angelegenheit weder im Hinblick auf das Kartellverfahrensverfahren oder das Beschwerdeverfahren noch in Bezug auf deren gesamte Dauer ein Verstoß gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung vor.

10) Zwischenergebnis

255. Die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten formellen Aspekte mit Bezug auf das vorinstanzliche und das verwaltungsgerichtliche Verfahren stellen keine beachtenswerten Verfahrensmängel dar.

V. Relevanter Markt

256. Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 i.V.m. 4 Abs. 2 KG (vgl. E. 311

ff.) ist es formal erforderlich, in einem ersten Schritt den massgeblichen Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 696). Ungeachtet dessen stehen sich Markttabgrenzung und Ermittlung der Marktstellung nicht isoliert gegenüber, sondern üben eine gegenseitige Wechselwirkung aus, weil sie die notwendigen Elemente der Marktbeherrschungsanalyse bilden.

257. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Allerdings weist die Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) in Art. 11 Abs. 1 und 3 sachliche, räumliche und zeitliche Aspekte zur Beurteilung von einzelnen Zusammenschlussvorhaben auf. Demzufolge lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung finden diese Abgrenzungskriterien auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 9).

1) Sachlich relevanter Markt

258. Die Vorinstanz nimmt im Bereich von Breitbandprodukten für den vorliegenden Sachverhalt eine Abgrenzung von zwei massgeblichen sachlich relevanten Märkten in Form eines Grosshandels- und eines Einzelhandelsmarkts jeweils für leitungsgebundene Breitbanddienstleistungen vor.

259. In Bezug auf den Einzelhandelsmarkt kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass leitungsgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitut für Dienstleistungen zu einem auf xDSL basierenden Internetzugang anzusehen sind. Leitungslose Zugangstechnologien wie UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satelliten erachtet die Vorinstanz mit Bezug auf Eigenschaft und Verwendungszweck hingegen nicht als Substitut. Insbesondere aufgrund der höheren Preise, der in der Regel niedrigeren Übertragungsraten, der höheren Störungsanfälligkeit und der niedrigeren Verbindungsstabilität können leitungslose Internetzugänge nicht als gleichwertige Ausweichmöglichkeit betrachtet werden. Der dem Einzelhandelsmarkt vorgeschaltete Vorproduktmarkt umfasst gemäss der Vorinstanz als Grosshandelsprodukte die leitungsgebundenen Breitbandzugänge.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

260. Die Beschwerdeführerinnen machen aus mehreren Gründen eine falsche Abgrenzung des sachlich relevanten Markts geltend.

261. Zunächst behaupten sie in allgemeiner Weise, aufgrund der Abgrenzung eines Grosshandels- und eines Einzelhandelsmarkts bestehe die Gefahr, dass statt des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden.

262. Zudem seien die auf dem Einzelhandelsmarkt bestehenden Bündelangebote angesichts der wirtschaftlichen Realität bei der Markttabgrenzung zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Deren Berücksichtigung sei aber geboten, weil praktisch alle Anbieter auf dem Einzelhand-

delmarkt die Breitbanddienste nicht isoliert, sondern im Bündel mit Telefoniediensten anbieten würden. Auch die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt würden daher neben den Breitbanddiensten auch regulierte Interkonnectionsdienste zur Bereitstellung der Telefoniedienste nachfragen. Im Übrigen sei die Behauptung der Vorinstanz, die Koppelung von Breitbandangeboten und Telefoniediensten führe zu Wechselkosten, nicht bewiesen.

263. Die Beschwerdeführerinnen behaupten, dass die Kabelinternetanbieter auch Grosshandelsprodukte anbieten könnten, weil keine technischen Hindernisse dies verunmöglichen würden. Das Fehlen eines entsprechenden Angebots beruhe demzufolge allein auf einer strategischen Entscheidung der Kabelnetzbetreiber, die jederzeit geändert werden könne. Die potentiellen kabelgebundenen Grosshandelsprodukte müssten daher bei der Markttabgrenzung berücksichtigt werden.

264. In jedem Fall müssten aber zumindest die Eigenleistungen der Kabelinternetanbieter entsprechend der Praxis der Vorinstanz bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts berücksichtigt werden. Danach seien die Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen bei der Beurteilung der Marktmacht im vorgelagerten Markt zu berücksichtigen, weil ansonsten die Marktmacht des Vorproduktanbieters überschätzt werde. Damit schaffe die Vorinstanz einen Widerspruch zu ihrer gefestigten Praxis, wonach die konzerninternen Beschaffungen vertikal integrierter Unternehmen zum sachlich relevanten Markt zu zählen seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

265. Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, dass das Vorhandensein von Bündelangeboten für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere unerheblich sei, weil für Endkunden der Telefonanschluss kein Substitutionsgut zum Breitbandangebot darstelle. Zudem würde die Swisscom-Gruppe der Marktgegenseite auf dem Grosshandelsmarkt keine Bündelangebote anbieten, sondern einerseits regulierte Interkonnectionsdienste und andererseits Breitbanddienste. Dass die Grundgebühr für die Anschlussnutzung für die Endkunden, welche das Bündelangebot nachfragten, nur einmal erhoben werde, würde keine andere Markttabgrenzung rechtfertigen. Ausserdem entstünden den Konsumenten durch einen Wechsel des Breitbandanbieters Wechselkosten - bspw. in Form von Betriebsunterbrüchen aufgrund des notwendigen Modemwechsels -, welche wiederum gegen das Vorliegen von disziplinierenden Einflüssen sprechen würden.

266. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass die Kabelnetzbetreiber bereits aus technischen Gründen kein Grosshandelsprodukt anbieten könnten. Darüber hinaus wäre es angesichts der enormen Anzahl an Kabelnetzbetreibern aus organisatorischen und wirtschaftlichen Gründen unwahrscheinlich, wenn nicht sogar ausgeschlossen, alle Kabelnetzbetreiber dazu bewegen zu können, ein einheitliches Grosshandelsprodukt anzubieten.

267. Das konzerninterne Beschaffungsvolumen berücksichtige die Vorinstanz überdies nur dann, wenn die jeweilige Marktgegenseite die Produkte sowohl von integrierten als auch von nicht-integrierten Unternehmen als

Substitute qualifiziere, weil nur in diesem Fall integrierte und nicht-integrierte Unternehmen den Preissetzungsspielraum des jeweiligen Konkurrenten beschränken würden. Nur unter diesen Umständen wäre nach gängiger Praxis der Vorinstanz das konzerninterne Beschaffungsvolumen der Kabelnetzbetreiber dem relevanten Markt zuzurechnen. Da diese aber überhaupt kein Vorprodukt anbieten würden, bestünde kein solches Substitut auf dem relevanten Markt.

268. Auch im Hinblick auf den nachgelagerten Markt bestehe zwischen den Produkten der Swisscom-Gruppe und den Kabelnetzbetreibern nur eingeschränkte Substituierbarkeit. Die Beschwerdeführerinnen hätten selbst detailliert ausgeführt, weshalb es der Swisscom-Gruppe gelungen sei, ein Angebot bereitzustellen, welches von den Kunden als besser wahrgenommen würde als die Angebote der Konkurrenz. Ein schlechtes Substitut entfalte, wie von den Beschwerdeführerinnen selbst anerkannt werde, eine weniger grosse disziplinierende Wirkung als ein besseres. Insofern bestehe nur eine beschränkte Substituierbarkeit, was auch die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Studien belegen würden.

(3) Würdigung durch das Gericht

(a) Grundlagen

269. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu.

270. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.1; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 9; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, 20 Minuten, Ziff. 6.3.3; EVELYN CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 68 ff.; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 690; KÖCHLI/REICH, SHK-KG, Art. 4 Rn. 42; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104 ff.; vgl. für das europäische Recht die Bekanntmachung der EU-Kommission vom 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5, zit. Marktbekanntmachung, Ziff. 13, mit Hinweisen zu weiteren Beurteilungsaspekten). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist

immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (vgl. BGE, 14.8.2002, 2A.298/2001 und 2A.299/2001, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V./Schw. Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, BGE 129 II 18 E. 5.2.1 und RPW 2002/4,731, zit. Buchpreisbindung I, E. 7.3.1; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 9.1.4.1; REKO/WEF, 20.3.2003, FB/2002-5, Cablecom GmbH gg. Teleclub AG/Weko, RPW 2003/2, 406, E. 5.1; BORER, KG, Art. 5 Rn. 10; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 68 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.34 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 538 f.; für das europäische Recht vgl. auch EU-Kom, Marktbekanntmachung, Ziff. 39 f.; KÖRBER TORSTEN, in: Immennga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. IM-FKVO, Art. 2 Rn. 23). Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist demzufolge, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.5; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, 20 Minuten, E. 6.3.4 und E. 7.2.1; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 80; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 104). Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sog. SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.3; REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, 20 Minuten, E. 6.3.3; REKO/WEF, 27.9.2005, FB/2004-1, Ticketcorner AG/Ticketcorner Holding AG gg. Good News Productions AG u.a./Weko u.a., RPW 2005/4, 672, zit. Ticketcorner, E. 5.2.2; WEKO, 5.3.2007, Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern, Publigroupe SA u.a., RPW 2007/2, 190, zit. Publigroupe, Ziff. 106; BORER, KG, Art. 5 Rn. 10; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 116 ff.; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 76; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.38; so auch im europäischen Recht, vgl. EU-Kom, Marktbekanntmachung, Ziff. 36 f.; ANDREAS FUCHS/WERNHARD MÖSCHEL, in: Immennga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/1, EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, zit. IM-EuKR, Art. 102 Rn. 50).

271. Die Beurteilung in Bezug auf Beschaffungsmärkte erfordert eine gegenüber dem Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit abgewandelte Herangehensweise. Bei Sachverhalten mit Beschaffungsmärkten handelt es sich um Konstellationen einer Ausübung von Nachfragemacht, welche dem betreffenden (potentiell) marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber seinen Lieferanten zukommt. Für die Abgrenzung des sachlich relevan-

ten Markts ist auch hierbei auf die Sichtweise des Lieferanten als Marktgegenseite abzustellen. Das massgebliche Differenzierungskriterium bildet aber der Umstand, ob einem Lieferanten neben der Belieferung des marktbeherrschenden Unternehmens noch weitere Absatzmöglichkeiten offen stehen (vgl. WEKO, 8.11.2004, CoopForte, Coop Basel, RPW 2005/1, 146, zit. CoopForte, Ziff. 35; WEKO, 3.9.2007, Migros/Denner, Migros Genossenschaftsbund und Denner AG, RPW 2008/1, 129, zit. Migros/Denner, Ziff. 205; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art 4 Abs. 2 Rn. 213 ff.; ausführlich auch MEINHARDT MARCEL/PRÜMMER FELIX, Organisation des Einkaufs, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, zit. Organisation; Rn. 9.88 ff.; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 696; für das europäische Recht vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-WBR, § 25 Rn. 90). Demgegenüber ist der Aspekt der Austauschbarkeit von dessen Produkten durch andere Waren oder Dienstleistungen nicht von direkter Bedeutung. Die Austauschbarkeit der Produkte ist allenfalls ein Gesichtspunkt für die Beurteilung des Ausmasses der Marktbeherrschung durch das betreffende marktbeherrschende Unternehmen, weil ein hoher Grad an Austauschbarkeit als Druckmittel gegenüber dem Lieferanten eingesetzt werden könnte.

272. Ungeachtet dessen, dass der potentielle Wettbewerb nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nur im Rahmen der Marktstellung, nicht aber bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist (vgl. REKO/WEF, RPW 2006/2, 347, 20 Minuten, E. 6.3.2; REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, Ticketcorner, E. 5.5.2; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 170; ZÄCH ROGER, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, 2000, zit. Verhaltensweisen, 163; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 67; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.41; im Ergebnis wohl auch BORER, KG, Art. 5 Rn. 12 und 24; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 697; für das EU-Recht vgl. EU-Kom, Marktbekanntmachung, Ziff. 24; differenzierend MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-WBR, § 16 Rn. 23, die auf die Zweckmässigkeit im Rahmen der Prüfung abstellen), ist nach einer ebenfalls überwiegenden Ansicht bei der Beurteilung des sachlich relevanten Markts grundsätzlich das Konzept der Angebotssubstituierbarkeit zu berücksichtigen. Danach sind auch Produkte, bei denen eine funktionale Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager nicht gegeben ist, dennoch in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen, wenn auf Seiten des jeweiligen Herstellers dieser Produkte eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität vorhanden ist (vgl. WEKO, CoopForte, Ziff. 31 ff.; WEKO, Migros/Denner, Ziff. 205; BORER, KG, Art. 5 Rn. 12). Diese Angebotsumstellungsflexibilität liegt dann vor, wenn der Hersteller innerhalb kürzester Frist und mit vernachlässigbar geringen Kosten seine Produktion umstellen und dadurch Produkte herstellen kann, bei denen die funktionale Austauschbarkeit zu den anderen Produkten der jeweiligen Produktgruppe gegeben ist (vgl. BORER, KG, Art. 5 Rn. 12; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 170; MEINHARDT/PRÜMMER, Organisation, Rn. 9.90; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.39; für das europäische Recht vgl. EU-Kommission, Marktbekanntmachung, Ziff. 20; bestäti-

gend bspw. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 113; KÖRBER, IM-FKVO, Art. 2 Rn. 25, 57 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-WBR, § 16 Rn. 22). Die Bejahung der Angebotsumstellungsflexibilität führt dazu, dass insgesamt eine weiter gefasste Produktgruppe als massgeblicher sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.

273. Die Notwendigkeit zur Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit bei Sachverhalten gemäss Art. 7 KG wird in Praxis und Literatur bislang unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht stellt eine bloss theoretische Alternative, auch wenn sie kurzfristig vorgenommen werden könne, keine tatsächliche Ausweichmöglichkeit für die von einer Behinderung oder Ausbeutung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer dar, weshalb entsprechende Produkte im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung nicht ohne Weiteres zu berücksichtigen seien (REKO/WEF, RPW 2005/4, 672, Ticketcorner, Ziff. 5.2.2). Nach anderer Ansicht ist der Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität auch im Rahmen von Art. 7 KG zu berücksichtigen (vgl. WEKO-Sekretariat, 7.8.2007, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse, Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport, RPW 2007/4, 517, Ziff. 37c; WEKO, 21.10.2013, Swatch Group Lieferstopp, The Swatch Group AG, RPW 2014/1, 215, zit. Swatch Group Lieferstopp, Ziff. 97, 125; jeweils allerdings ohne jegliche inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Sachfrage und der Feststellung der REKO/WEF in Sachen Ticketcorner; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 150 f.).

274. Bei einer Abgrenzung des relevanten Markts als Grundlage der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist der Schutzzweck der im Kartellgesetz jeweils vorgesehenen Normen zur Verhinderung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen zu berücksichtigen. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 10 KG ist die Untersuchung der marktbeherrschenden Stellung auf die Feststellung der aktuellen Marktstruktur und eine Prognose der sich daraus ergebenden zukünftigen möglichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es selbstredend beachtlich, ob zukünftig einzelne Unternehmen aufgrund einer einfachen Produktionsumstellung auch austauschbare Produkte herstellen könnten, die dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen wären. Demgegenüber ist die Prüfung eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG jedenfalls im Regelfall auf die Untersuchung eines in der Vergangenheit liegenden wirtschaftlichen Verhaltens und den dadurch allenfalls bereits eingetretenen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es prinzipiell unbeachtlich, ob möglicherweise in Zukunft weitere austauschbare Produkte auf dem sachlich relevanten Markt vorhanden sein könnten. Denn die betroffenen Unternehmen verfügen bis zur Vornahme von Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht über eine reale Ausweichmöglichkeit auf derartige austauschbare Produkte, weshalb sie der Einwirkung des marktbeherrschenden Unternehmens faktisch keine Alternative entgegensetzen können. Aus den divergierenden Untersuchungsansätzen ergibt sich daher im Regelfall auch ein unterschiedlicher Inhalt der Marktabgrenzung (vgl. ZÄCH,

Verhaltensweisen, 164 f.; vgl. auch EU-Kom, Marktbe-
kanntmachung, Ziff. 12, in Bezug auf den räumlichen
Markt; sowie EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 273,
für eine Differenzierung zwischen der Prüfung eines
Unternehmenszusammenschlusses und eines Markt-
machtmissbrauchs im Hinblick auf die Beurteilung von
zukünftigen Auswirkungen).

275. Im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevan-
ten Markts zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeein-
trächtigung gemäss Art. 7 KG findet demzufolge jeden-
falls im Regelfall der Aspekt der Angebotssubstituier-
barkeit keine Beachtung. Dies gilt jedoch ausnahmsweise
dann nicht, wenn aufgrund der konkreten Sachverhalts-
konstellation gerade (auch) ein bestimmtes Verhalten
des marktbeherrschenden Unternehmens in deZukunft
zu beurteilen ist. Eine solche Ausnahme bildete etwa die
Sachverhaltskonstellation im Fall Swatch Group Liefer-
stopp, bei dem eine angekündigte zukünftige Lieferein-
schränkung durch ein marktbeherrschendes Unterneh-
men zu beurteilen war.

(b) Abgrenzung von leitungsgebundenen gegenüber leitungslosen Breitbanddienstleistungen

276. Im Hinblick auf die Bereitstellung von Breitband-
dienstleistungen lassen sich leitungsgebundene und
leitungslose Dienstleistungen unterscheiden (vgl. SV
D.d). Soweit die leitungslosen Breitbandtechnologien
während des massgeblichen Zeitraums bereits entwi-
ckelt und verfügbar waren, wiesen sie jedenfalls hin-
sichtlich Bandbreite, Qualität und Preis erhebliche Nach-
teile auf, die sich in einer deutlich eingeschränkten Mög-
lichkeit zu einer dauernden, stabilen und wirtschaftlichen
Nutzung des Internets gegenüber den leitungsgebundenen
Breitbanddienstleistungen niederschlugen (vgl. SV
D.i). Die leitungslosen Breitbanddienstleistungen stellten
daher aus Sicht der Nachfrager kein mögliches Aus-
tauschprodukt gegenüber den leitungsgebundenen
Breitbanddienstleistungen dar und sind demzufolge nicht
in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Diese
Einschätzung wurde durch das Bundesverwaltungsge-
richt bereits im Jahr 2009 im Rahmen des Entscheids
Marktzugang schneller Bitstrom bestätigt, indem auch
dort die Austauschbarkeit von leitungsgebundenen
Breitbandprodukten durch leitungslose Technologien
verneint worden war (BVGE 2009/35, Marktzugang
schneller Bitstrom, E. 8.4.3; vgl. ebenso EU-Kom,
Comp/C1/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 83; EU-Kom,
Comp/ 38.784, Telefónica, Ziff. 196). Die Beschwerde-
führerinnen haben gegenüber dieser Markt-
abgrenzung im Beschwerdeverfahren auch keine Einwände mehr
erhoben.

(c) Abgrenzung Gross- und Einzelhandelsmarkt

277. Eine für viele Produktgruppen verbreitete Abgren-
zung des sachlich relevanten Markts bildet die Unter-
scheidung nach Absatzstufen zwischen dem Grosshan-
delsmarkt, d.h. dem Markt, auf dem sich Wiederverkäu-
fer mit den jeweils austauschbaren Produkten eindeck-
en, um sie an Endkunden weiter zu veräussern, und
andererseits dem Einzelhandelsmarkt, d.h. dem Markt,
auf dem sich Endkunden mit den jeweils austauschba-
ren Produkten für ihren eigenen Bedarf eindecken (vgl.
BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.2; WE-
KO, 17.03.2008, Coop/Carrefour, Coop Genossenschaft

und Distributis SA, RPW 2008/4, 593, zit. Coop/Carre-
four, Ziff. 54; WEKO, 31.7.2007, Tech Data/Actebis,
Actebis AG und Tech Data GmbH, Ziff. 22 f.; WEKO,
31.8.2006, Galenica/Unione, Galenica AG und Unione
Farmaceutica Distribuzione SA, RPW 2006/3, 498, Ziff.
12 ff.; WEKO-Sekretariat, RPW 2004/2, 357, Talk &
Surf, Ziff. 34; WEKO, 3.12.2001, Mobilfunkmarkt,
Swisscom AG/diAx AG/Orange Communications SA,
Ziff. 88 ff.; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn.
211; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.944). Eine entspre-
chende Differenzierung ist immer dann gerechtfertigt,
wenn sich die Nachfrage von Wiederverkäufern und
Endkunden oder der Absatz der Produkte auf den bei-
den Absatzstufen in einem erheblichem Ausmass unter-
scheiden (sog. Theorie der getrennten Märkte; vgl.
BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.2; AMG-
WERD MATTHIAS, Netzzugang in der Telekommunikation,
2008, Rn. 199, mit Verweis auf den Entscheid der WE-
KO, RPW 2004/2, 407, ADSL I, Ziff. 94; HEIZMANN, Un-
ternehmen; Rn. 281 ff.).

278. Eine massgebliche Unterscheidung aufgrund der
Absatzstruktur ergibt sich dabei immer dann, wenn die
Endkunden aufgrund der Geschäftspraxis der Lieferan-
ten des Grosshandelsmarkts über keinen allgemeinen
Zugang zu den Produkten auf Grosshandelsstufe verfü-
gen und diese nur an Wiederverkäufer abgesetzt wer-
den. Bei derartigen Konstellationen bilden sich zwangs-
läufig zwei Gruppen von Nachfragern und damit eine
eigenständige Nachfrage nach Grosshandels- und Ein-
zelhandelsprodukten: (i) zum einen die Endkunden als
Nachfrager auf Einzelhandelsstufe, weil sich für diese
von vornherein eine Beschränkung auf die im Einzel-
handelsmarkt verfügbaren Produkte einstellt und demzu-
folge keine Austauschbarkeit mehr mit den Grosshan-
delsprodukten gegeben ist; (ii) zum anderen die Wieder-
verkäufer als Nachfrager auf der Grosshandelsstufe,
weil für sie die Produkte des Einzelhandelsmarkts zu-
mindest aus wirtschaftlichen Gründen nicht mit den
Grosshandelsprodukten austauschbar sind; unter Um-
ständen können die Produkte des Einzelhandelsmarkts
sogar aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung für den
Endkunden auf dem Grosshandelsmarkt überhaupt nicht
mehr oder zumindest nicht mehr mit einem wirtschaftlich
vertretbaren Aufwand verwendet werden.

279. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den vor-
handenen drahtgebundenen Breitbandprodukten BBCS
auf Grosshandelsstufe und xDSL auf Einzelhandelsstufe
zwar in technischer Hinsicht um praktisch identische und
damit vergleichbare Produkte. Allerdings erfolgt ihr Ab-
satz auf andere Art und Weise, weil sie auf Gross- und
Einzelhandelsstufe durch die Swisscom-Gruppe in un-
terschiedlicher Weise konfiguriert und vermarktet wer-
den und der Zugang zu den Grosshandelsprodukten für
Endkunden von vornherein ausgeschlossen wird. Die
Swisscom-Gruppe vermarktet das Grosshandelsprodukt
BBCS in bestimmten Konfigurationen nur gegenüber
Internetdiensteanbietern, welche dieses als Einzelhan-
delsprodukt xDSL unter anderem Namen und in anderen
Produktkonfigurationen an ihre Endkunden veräussern.
Die Swisscom-Gruppe vermarktet die Einzelhandelspro-
dukte xDSL ebenfalls in anderen Produktkonfigurationen
über Bluewin an ihre Endkunden. Demzufolge sind die
Nachfrager des Grosshandelsprodukts BBCS die ande-

ren Internetdiensteanbieter, während als Nachfrager der Einzelhandelsprodukte xDSL die Endkunden zu gelten haben. Für Internetdiensteanbieter ist eine Abnahme von xDSL-Einzelhandelsprodukten der Bluewin ausgeschlossen, weil sie in den durch Bluewin ausgestalteten Produktkonfigurationen ihren eigenen Kunden nicht angeboten werden können. Vorliegend ist demzufolge von einer differenzierten Nachfrage und somit von unterschiedlichen Gross- und Einzelhandelsmärkten auszugehen.

280. Die entsprechende Abgrenzung wurde bereits in vorhergehenden gleichgelagerten Fällen im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen vorgenommen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat jeweils einen Gross- und einen Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen unterschieden (vgl. REKO/WEF, RPW 2005/3, 505, ADSL I Ziff. 5.2). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Marktangrenzung in zwei, die Beschwerdeführerinnen betreffenden Fällen (BGVE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 8.4.2; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.2), bestätigt. Auch die Europäische Kommission differenziert in gleichgelagerten Fällen zwischen Gross- und Einzelhandelsmärkten (vgl. EU-Kom, Comp/C1/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 61; EU-Kom, Comp/38.784, Telefónica, Ziff. 145 ff.).

281. Entgegen dem unspezifizierten und allgemein gehaltenen Einwand der Beschwerdeführerinnen führt eine Differenzierung zwischen einem Gross- und einem Einzelhandelsmarkt auch nicht zu einem nicht gerechtfertigten Schutz einzelner Wettbewerber. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs zwangsläufig zu einem Schutz der dadurch betroffenen Marktteilnehmer führt. Soweit es sich bei diesen Marktteilnehmern auch um Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens handelt, profitieren demzufolge auch diese berechtigterweise von der dadurch erzielten Schutzwirkung. Denn durch die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung wird die dadurch hervorgerufene Beeinträchtigung ihrer eigenen wirtschaftlichen Freiheit beseitigt. Um im Einzelfall ausnahmsweise eine unberechtigte Bevorteilung eines Wettbewerbers zu belegen, bedarf es demzufolge einer eingehenden Begründung, die vorliegend von den Beschwerdeführerinnen nicht vorgetragen wurde. Ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich, weil vom Verhalten der Swisscom-Gruppe nicht nur einzelne Konkurrenten, sondern sämtliche Internetdiensteanbieter gleichermaßen betroffen waren.

(d) Grosshandelsmarkt

282. Für die Abgrenzung des Grosshandelsmarkts sind alle Grosshandelsprodukte an leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen heranzuziehen, die aus der Sicht der Internetdiensteanbieter als Wiederverkäufer in gleicher Weise geeignet waren, um nach einer individuellen Produktkonfiguration an Endkunden vermarktet zu werden.

283. Für diese Marktangrenzung sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sonstige Vorprodukte an Telekommunikationsleistungen, die von der

Swisscom-Gruppe und den anderen Internetdiensteanbietern zusammen mit den jeweiligen breitbandigen Einzelhandelsprodukten xDSL auf der Einzelhandelsstufe zu Bündelangeboten kombiniert werden, nicht zu berücksichtigen. Zum einen können diese Vorprodukte nach unstrittiger Ansicht schon aus technischen Gründen die BCS-Grosshandelsprodukte nicht ersetzen, weshalb die funktionale Austauschbarkeit zwischen den beiden Arten an Produkten von vornherein nicht gegeben ist. Zum anderen hat die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum auf der Grosshandelsstufe überhaupt keine Bündelangebote gegenüber den Internetdiensteanbietern vermarktet. Vielmehr wurden nur getrennt einerseits Telefoniedienste zu regulierten Bedingungen und andererseits das Breitbandprodukt BCS angeboten.

284. Des Weiteren ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mit bestimmt (vgl. E. 312). Wie nachfolgend dargelegt wird, sind die Bündelangebote im Rahmen einer Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der von der Swisscom-Gruppe angebotenen Breitbanddienstleistungen nicht zu berücksichtigen (vgl. E. 547 f.). Auch aus diesem Grund scheidet eine Berücksichtigung derartiger Bündelangebote im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von vornherein aus. Diese Qualifizierung gilt unabhängig davon, dass auf dem nachgelagerten Einzelhandelsmarkt von den Endkunden Bündelangebote nachgefragt werden.

285. Die notwendige Voraussetzung für eine Austauschbarkeit eines Produkts besteht zunächst allerdings darin, dass den Internetdiensteanbietern als Marktgegenseite überhaupt verschiedene Produkte zur Verfügung stehen.

286. Unstreitig ist, dass im massgeblichen Zeitraum auf dem Grosshandelsmarkt mit dem von der Swisscom-Gruppe angebotenen drahtgebundenen BCS nur ein leitungsgebundenes Grosshandelsprodukt für die Internetdiensteanbieter zur Verfügung stand. Darüber hinaus wurden keine vergleichbaren Produkte angeboten, welche das BCS der Swisscom-Gruppe hätten sachgerecht ersetzen können. Auch wenn, wie von den Beschwerdeführerinnen angemerkt, zwei lokale Kabelnetzbetreiber im massgeblichen Zeitraum zeitweise ein Grosshandelsprodukt angeboten haben sollten, so lässt sich daraus nicht die Möglichkeit einer umfassenden - und im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt einer landesweiten - Versorgung für alle Internetdiensteanbieter ableiten.

287. Die strom- und glasfasergebundenen Breitbandtechnologien stellten im massgeblichen Zeitraum bereits angesichts der fehlenden Verbreitung und Verfügbarkeit sowie der fehlenden technischen Ausgereiftheit (vgl. SV D.g und D.h) keine angemessenen Substitute für die drahtgebundenen Breitbandprodukte der Swisscom-Gruppe dar. Abgesehen davon wurde auf Grosshandelsstufe auch kein entsprechendes Produkt angeboten. Dieser Umstand wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten.

288. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts

zudem weder die theoretische Möglichkeit zur Bereitstellung eines kabelgebundenen Grosshandelsprodukts noch die Eigenleistungen der Kabelnetzbetreiber zu berücksichtigen.

289. Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen unterstellte Möglichkeit, wonach die Kabelnetzbetreiber den Internetdiensteanbietern jederzeit ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt hätten anbieten können, kann dahingestellt bleiben, ob die Bereitstellung eines solchen Produkts überhaupt technisch möglich gewesen wäre oder nicht. Unstrittig ist, dass ein solches Produkt von den Kabelnetzbetreibern im massgeblichen Zeitraum nicht angeboten wurde und im Übrigen auch bis zum heutigen Tage nicht angeboten wird.

290. Wie vorstehend dargelegt wurde, sind für eine rein vergangenheitsbezogene Untersuchung eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen tatsächlich nicht vorhandene, theoretisch aber herstellbare Produkte weder unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität noch des potentiellen Wettbewerbs im Rahmen einer Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe während des massgeblichen Zeitraums zwischen April 2004 und Dezember 2007 zu beurteilen, welches seit Anfang 2008 nicht mehr ausgeübt wurde. Es hat demzufolge eine rein vergangenheitsbezogene Beurteilung stattzufinden. Gründe, die im vorliegenden Sachverhalt ausnahmsweise eine Berücksichtigung theoretischer Angebote rechtfertigen würden, sind weder ersichtlich noch werden sie von den Beschwerdeführerinnen vorgebracht.

291. Im Übrigen wäre ein theoretisches Grosshandelsangebot der Kabelnetzbetreiber auch unter Zugrundelegung des Konzepts der Angebotsumstellungsflexibilität nicht zu berücksichtigen gewesen. Bei den Kabelnetzbetreibern handelt es sich um über 400 Unternehmen, die in annähernd 20 Kooperationen zusammenarbeiten. Um überhaupt ein dem BBCS sachlich entsprechendes Konkurrenzprodukt herstellen zu können, hätten die Internetdiensteanbieter mit mindestens 20 Kooperationen - die wiederum innerhalb ihrer Organisation Einigkeit hätten herstellen müssen - eine entsprechende organisatorische und wirtschaftliche Abstimmung herbeiführen und im Hinblick auf die notwendigen eigenen infrastrukturellen Massnahmen eine langfristige vertragliche Vereinbarung abschliessen müssen. Ein solches Vorgehen ist offensichtlich kaum praktikabel, weil es einen enormen Aufwand erfordert und nicht erfolgsversprechend ist. Bezeichnenderweise wird ein entsprechendes Produkt von den Kabelnetzbetreibern bis heute denn auch nicht angeboten. Des Weiteren hätten bei einem Wechsel des Breitbandsystems gewisse Infrastrukturmassnahmen, wie ein Austausch der Modems auf Seiten der Endkunden, vorgenommen werden müssen. Es ist daher in jedem Fall ausgeschlossen, dass Kabelnetzbetreiber in kürzester Zeit und mit vernachlässigbar geringen Kosten im massgeblichen Zeitraum ein nutzbares Grosshandelsprodukt für Breitbanddienstleistungen hätten bereitstellen können. Im Übrigen hatte auch die EU-Kommission bereits im Fall Deutsche Telekom entschieden, dass drahtgebundene Grosshandelsprodukte durch ein nur theoretisch verfügbares kabelgebundenes Breit-

bandprodukt nicht substituierbar seien, weil ein Internetdiensteanbieter für die Umsetzung einer Substitution gezwungen gewesen wäre, mit über 100 gewerblichen Netzbetreibern eine Vertriebsvereinbarung zu schliessen (EU-Kom, Comp/1C/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 88).

292. Mit dem Begriff "Eigenleistungen" wird das konzerninterne Beschaffungsvolumen bezeichnet. Es umfasst denjenigen Teil der gesamten Grosshandelsproduktion eines vertikal integrierten Unternehmens, den dieses nicht weiterverkauft, sondern weiterverarbeitet, um es anschliessend auf dem Einzelhandelsmarkt selbst zu veräussern. Die Wettbewerbskommission berücksichtigt das konzerninterne Beschaffungsvolumen vertikal integrierter Unternehmen in ständiger Praxis dann, wenn die Marktgegenseite sowohl die Produkte von integrierten als auch diejenigen von nicht integrierten Anbietern als Substitute betrachtet (vgl. WEKO, RPW 2008/4, 593, Coop/Carrefour, Ziff. 98; WEKO, RPW 2008/1, 129, Migros/Denner, Ziff. 226). Die Berücksichtigung des konzerninternen Beschaffungsvolumens setzt mit anderen Worten ein vertikal integriertes Unternehmen voraus, welches ein Vorprodukt auf dem Grosshandelsmarkt anbietet. Die Beschwerdeführerinnen verkennen demzufolge, dass im vorliegenden Fall die notwendigen Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Eigenleistungen nicht erfüllt sind. Weder handelt es sich bei den Kabelnetzbetreibern um vertikal integrierte Unternehmen noch bieten sie ein Vorprodukt an, welches als Substitut zum Vorprodukt der Beschwerdeführerinnen angesehen werden kann. Somit kann in der Nicht-Berücksichtigung der Eigenleistung der Kabelinternetanbieter kein Widerspruch zur bisherigen Praxis der Vorinstanz erblickt werden, vielmehr handelt es sich dabei sogar um deren Bestätigung.

293. Auf Grosshandelsstufe umfasst der sachlich relevante Markt für Breitbandprodukte demzufolge ausschliesslich das von der Swisscom-Gruppe für die anderen Internetdiensteanbieter bereitgestellte Breitbandprodukt BBCS.

(e) Einzelhandelsmarkt

294. Für die Abgrenzung des Einzelhandelsmarkts sind alle Einzelhandelsprodukte an leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen heranzuziehen, die aus der Sicht der Endkunden im massgeblichen Zeitraum in gleicher Weise geeignet waren, den eigenen Bedarf zu decken.

295. Im massgeblichen Zeitraum standen den Endkunden auf dem Einzelhandelsmarkt die drahtgebundenen xDSL-Produkte, die von der Swisscom-Gruppe und den Abnehmern des BBCS angeboten wurden, und die kabelgebundenen Breitbandprodukte der Kabelnetzbetreiber, insbesondere der Cablecom, sowie in einem geringen Umfang auch glasfasergebundene und stromgebundene Breitbandprodukte zur Verfügung.

296. Auch wenn zwischen den damaligen xDSL- und den kabelgebundenen Breitbandprodukten technische Unterschiede bestanden, die sich in der prinzipiellen Übertragungskapazität und anderen Nutzungsmerkmalen unter den konkreten Umständen des Einzelfalls niederschlagen konnten, wiesen sie bei einer Gesamtbe-

trachtung aus der Sicht der Endkunden als Nachfrager von Einzelhandelsprodukten grundsätzlich sehr ähnliche Eigenschaften im Hinblick auf den allgemeinen Einsatzzweck auf. Dasselbe gilt letztlich auch für die Glasfaser- und stromgebundenen Breitbandprodukte, auch wenn deren Bedeutung in der Praxis sehr beschränkt war.

297. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass sich für spezifische Verwendungszwecke auch besondere Endkundenmärkte ausgebildet hatten. Im vorliegenden Zusammenhang sind die Überprüfung und der Nachweis einer detaillierteren Marktabgrenzung jedoch nicht erforderlich, weil dieser keine Relevanz für die Beurteilung des Einflusses des Einzelhandelsmarkts auf den Grosshandelsmarkt zukommt.

298. Der sachlich relevante Einzelhandelsmarkt umfasst daher die leitungsgebundenen Breitbandprodukte.

2) Räumlich relevanter Markt

299. Nach der Marktabgrenzung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt ausgehend vom Nachfrageverhalten der Marktgegenseite das ganze Staatsgebiet der Schweiz.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

300. Die Beschwerdeführerinnen machen in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung geltend, dass die regionalen Marktverhältnisse berücksichtigt werden müssten. Notwendig sei eine Analyse regional unterschiedlicher Wettbewerbsverhältnisse, um abklären zu können, über welche Marktanteile die Kabelinternetanbieter in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet tatsächlich verfügen würden. Dadurch würde nachgewiesen, dass die Kabelinternetanbieter in ihren Versorgungsgebieten teilweise über weit höhere Marktanteile verfügten, als dies von der Vorinstanz dargestellt worden sei. Denn für einen Endkunden würde die von der Vorinstanz angeführte Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber keine Rolle spielen, weil für den Endkunden nur massgebend sei, ob ein Anbieter an seinem Wohn- oder Geschäftssitz mit entsprechenden Angeboten präsent sei. Dass die Swisscom-Gruppe landesweit einheitliche Preise offeriere, würde keine Rückschlüsse auf den Wettbewerb in den Ballungszentren zulassen. Die Swisscom-Gruppe könnte aus einer Vielzahl von Gründen die Preise in den verschiedenen Regionen nicht differenzieren.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

301. Die Vorinstanz macht geltend, dass sowohl die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als auch das Bundesverwaltungsgericht in früheren Entscheiden eine nationale Marktabgrenzung für entsprechende Sachverhalte bestätigt hätten. Eine nationale Marktabgrenzung sei auch geboten, weil die Swisscom-Gruppe ihren Kunden auf der Einzelhandelsstufe in der gesamten Schweiz ein homogenes Gut zu gleichen Tarifen und Bedingungen anbieten würde, welches von der Marktgegenseite auch in dieser Art nachgefragt werde. Eine regionale Marktabgrenzung hätte überdies zur Folge, dass der Grosshandelsmarkt und der Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen anders abgegrenzt würden.

(3) Würdigung durch das Gericht

302. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (vgl. im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 9.2.1; BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 9.2; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.6; WEKO, RPW 2007/2, 190, Publigruppe, Ziff. 121; WEKO, RPW 2008/1, 129, Migros/Denner, Ziff. 235 ff.; WEKO, RPW 2005/1, 146, CoopForte; Ziff. 46; CLERC/KELLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 797 ff.; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 693; HEIZMANN, Unternehmen, Rn. 269 ff.; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 218 ff.; STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsabreden, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, 2000, zit. SIWR-Wettbewerbsabreden, 90; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.43 ff.; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Markt und Marktmacht, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 2.11). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

303. Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein (vgl. BORER, KG, Art. 5 Rn. 15; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.45).

304. Sachaspekte, die geographische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichtigen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar: (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte und den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind (vgl. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 231 ff.); (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter (vgl. WEKO, 20.8.2007, Tammedia AG/ Espace Media Groupe, RPW 2007/4, 605, Ziff. 70 f.; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2

Rn. 241 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 553); (iii) konkret-objektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung bzw. Abholung (vgl. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 224; STOFFEL, SIWR-Wettbewerbsabreden, 91; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 553); (iv) konkrete subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch das potentiell marktbeherrschende Unternehmen und seine Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen (vgl. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 252 ff.); (v) Auswirkungen des infrage stehenden Verhaltens eines potentiell marktbeherrschenden Unternehmens.

305. Auf der Grosshandelsstufe wurde das Breitbandprodukt BBCS von der Swisscom-Gruppe innerhalb der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen und Geschäftsbedingungen an andere Internetdienstanbieter abgegeben. Die Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens zeigten sich demzufolge auch innerhalb der gesamten Schweiz. Die Internetdienstanbieter wiederum haben auch eine landesweite Belieferung nachgefragt, weil zumindest der wesentliche Teil von ihnen ihre auf dem BBCS aufbauenden Einzelhandelsprodukte auch in der gesamten Schweiz vertrieben hat. Weder aus den allgemeinen Rahmenbedingungen noch den allgemeinen Gesellschaftsaspekten noch den konkret-objektiven Aspekten des Produktabsatzes sind Gründe ersichtlich, die auf eine sachlich sinnvolle regionale Abgrenzung innerhalb der Schweiz hindeuten würden. Die Beschwerdeführerinnen haben auch keine entsprechenden beachtenswerten Gründe vorgebracht. Der räumliche Grosshandelsmarkt für Breitbandprodukte umfasst demzufolge die gesamte Schweiz.

306. Auf dem Einzelhandelsmarkt wurden die verschiedenen xDSL-Einzelhandelsprodukte der Swisscom-Gruppe innerhalb der ganzen Schweiz zu jeweils einheitlichen Preisen und Geschäftsbedingungen an Endkunden abgegeben. Gleiches gilt auch für die anderen xDSL-Breitbandinternetprodukte, die von anderen Internetdienstanbietern in der ganzen Schweiz vermarktet wurden, wie im Übrigen auch für die kabelgebundenen Einzelhandelsprodukte, die von dem grössten Kabelnetzbetreiber in der ganzen Schweiz vertrieben wurden. Ein missbräuchliches Verhalten auf dem Grosshandelsmarkt führte demzufolge auch unmittelbar auf der Einzelhandelsstufe innerhalb der gesamten Schweiz zu nachteiligen Auswirkungen. Im Übrigen ist der Umstand unerheblich, dass einzelne Anbieter von draht- oder kabelgebundenen Einzelhandelsprodukten jeweils nur lokal oder regional tätig waren. Denn deren Produkte standen sowohl mit den Einzelhandelsprodukten der Swisscom-Gruppe als auch mit den Einzelhandelsprodukten der anderen, schweizweit tätigen Anbieter in direkter Konkurrenz, weil sich aus den konkurrenzierenden Produkten auf Einzelhandelsstufe keine sachlichen Gründen für eine notwendige räumliche Differenzierung ableiten lassen. Auch ansonsten ist weder aus den allgemeinen Rahmenbedingungen noch den allgemeinen Gesellschaftsaspekten noch den konkret-objektiven Aspekten des Produktabsatzes ein Grund ersichtlich, der auf eine sachlich sinnvolle regionale Abgrenzung inner-

halb der Schweiz hindeuten würde. Die Beschwerdeführerinnen haben auch keine entsprechenden beachtenswerten Gründe vorgetragen. Insbesondere ist die räumliche Marktabgrenzung entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht deshalb lokal oder regional vorzunehmen, weil für den Endkunden nur massgebend sei, ob ein Anbieter an seinem Wohn- oder Geschäftssitz mit entsprechenden Angeboten präsent sei. Denn zum einen ist bei gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen - und dies setzt das Fehlen von lokalen Präferenzen der Abnehmer oder bestimmte lieferbedingte Einschränkungen voraus - innerhalb eines bestimmten geographischen Raums dieser als einheitlicher räumlicher Markt zu qualifizieren, auch wenn die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer der Marktgegenseite diese Produkte nicht einmalig oder wiederkehrend innerhalb des gesamten abgegrenzten Gebiets, sondern nur jeweils einmalig oder wiederkehrend an einem bestimmten Ort nachfragen (vgl. in diesem Sinne bereits WEKO, 6.12.2004, Feldschlösschen Getränke Holding AG/Coca Cola AG u.a., RPW 2005/1, 114, Ziff. 61; zustimmend REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 243). Zum anderen war die Swisscom-Gruppe wie die anderen, landesweit tätigen Internetdienstanbieter unbestrittenermassen in allen Gebieten "vor Ort". Die Beschwerdeführerinnen haben sogar mehrfach ausdrücklich auf ihren ausgeprägten Kundendienst verwiesen, der einen prompten Service gegenüber den Endkunden umfasst habe. Deshalb ergibt sich die Notwendigkeit zu einer daraus abgeleiteten Produktdifferenzierung im vorliegenden Fall gerade nicht. Der räumliche Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte umfasst demzufolge die gesamte Schweiz.

3) Zeitlich relevanter Markt

307. Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum, in welchem die Marktgegenseite die substituierbaren Produkte in dem massgeblichen geographischen Gebiet nachfragt oder anbietet (vgl. WEKO, 17.12.2001, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB], Betosan AG u.a., RPW 2002/1, 130, Ziff. 27; BORER, KG, Art. 5 Rn. 16; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 107 ff.; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 695; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.49; a.M. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 257, welche den zeitlichen Aspekt zum sachlich relevanten Markt zählen; zur wechselnden Praxis der Weko vgl. WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.51). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. Massgebend für die Qualifizierung, ob ein unterschiedliches Mass von Nachfrage oder Angebot vorhanden ist, bildet eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten zeitlichen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

308. Im vorliegenden Fall kommt dem zeitlich relevanten Markt keine Bedeutung zu, weil Angebot und Nachfrage sowohl auf dem Grosshandelsmarkt als auch auf dem Einzelhandelsmarkt während des massgeblichen Zeitraums durchgehend gegeben waren.

4) Zwischenergebnis

309. Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist für die Ermittlung der Marktstellung der Swisscom-Gruppe der Grosshandelsmarkt für leitungsgebundene Breitbandprodukte in der Schweiz während des massgeblichen Zeitraums zugrunde zu legen.

VI. Marktstellung

310. Die Vorinstanz hat unter Berücksichtigung der tatsächlichen Ausgestaltung des Grosshandelsmarkts für leitungsgebundene Breitbandprodukte in der Schweiz als relevantem Markt, der Möglichkeit zur Einführung weiterer Produkte auf diesem Markt, dem Einfluss des Einzelhandelsmarkts für Breitbandinternetprodukte auf dem Grosshandelsmarkt sowie der Unternehmensstruktur der Swisscom-Gruppe festgestellt, dass der Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt zugekommen sei.

1) Marktbeherrschendes Unternehmen

311. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich allein oder in Verbindung mit anderen Unternehmen auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüber hinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhaltensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (vgl. BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 6.1; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 532, 572).

312. Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (vgl. auch Botschaft KG 1995, 548; im Ergebnis ebenso CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 24; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 696; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 268). Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet vielmehr eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen Wettbewerbs, des potentiellen Wettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie des Einflusses eines zusammenhängenden Markts zu beachten sind. Des Weiteren sind im Hinblick auf die Unternehmensstruktur spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens abzuklären, die es ihm gerade ermöglichen, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Darüber hinaus kann im Rahmen einer Untersuchung auch das konkrete

Marktverhalten eines Unternehmens selbst für die Beurteilung Bedeutung erlangen.

313. Die marktbeherrschende Stellung ist immer in Bezug auf den konkreten relevanten Markt anhand von dessen jeweiligen individuellen Merkmalen festzustellen. Daher kann der Grad der Marktmacht, der jeweils für die Feststellung einer Marktbeherrschung im Einzelfall erforderlich ist, erheblich variieren. Es bestehen demzufolge auch keine allgemein gültigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt insbesondere nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird (vgl. BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 6.1 [S. 38]; REKO/WEF, 1.5.2006, FB/2005-5, Aare-Tessin AG u.a. gg. Weko, RPW 2006/2, 310, Ziff. 5.1). Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens gegeben sein. Zudem sind die Gründe für die Entwicklung einer marktbeherrschenden Stellung für deren Untersuchung und Feststellung unerheblich.

314. Vorliegend kommt den Aspekten des aktuellen Wettbewerbs, des potentiellen Wettbewerbs sowie dem Einfluss des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts massgebliche Bedeutung für die Beurteilung zu. Angesichts der Rügen der Beschwerdeführerinnen ist vorgängig auf den Aspekt des Einflusses von sonstigen Verwaltungsverfahren einzugehen.

2) Einfluss sonstiger Verfahren

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

315. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Frage der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerinnen für das DSL-Vorleistungsprodukt BBCS auch durch verschiedene frühere inländische Verfahren nicht beantwortet worden sei und daher zur Begründung im vorliegenden Verfahren nicht auf diese früheren Verfahren zurückgegriffen werden könne.

316. Die Beschwerdeführerinnen verweisen zum einen darauf, dass auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom im vorliegenden Fall nicht abgestellt werden könne. Zwar habe das Bundesverwaltungsgericht in diesem Fall die Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission bestätigt, in der festgestellt worden sei, dass die Swisscom-Gruppe im Bereich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend sei. Jedoch handle es sich beim schnellen Bitstromzugang und beim Breitbandinternet um unterschiedliche Dienste, weshalb über die Frage der Marktbeherrschung im Zusammenhang mit dem BBCS noch nichts gesagt sei.

317. Des Weiteren wenden die Beschwerdeführerinnen ebenfalls unter Verweis auf das Verfahren Marktzugang schneller Bitstrom ein, dass eine Marktbeherrschung im massgeblichen Zeitraum jedenfalls deshalb nicht vorgelegen habe, weil die „pflichtbegründende Frage der Marktbeherrschung“ erst viel später durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts letztinstanzlich bejaht worden sei.

318. Im Entscheid ADSL I habe die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Verfügung der Vorinstanz

aufgehoben und zur Neuurteilung zurückverwiesen, weil sie der Auffassung gewesen sei, dass die marktbeherrschende Stellung der Swisscom nicht nachgewiesen worden sei. Dabei habe sie die Anweisung erteilt, dass der Einfluss des nachgelagerten Markts für eine Feststellung der Marktbeherrschung zu untersuchen sei. Diese Untersuchung habe die Vorinstanz danach aber nie durchgeführt.

319. Aus diesen Gründen seien die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt nie geklärt worden, weshalb sich auch die Einflüsse des Einzelhandelsmarkts auf den Grosshandelsmarkt nicht beurteilen liessen. Die Marktstellung der Swisscom-Gruppe auf dem Breitband-Grosshandelsmarkt sei somit bis heute nicht abschliessend geklärt.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

320. Die Vorinstanz macht geltend, entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen habe sie sich nicht bloss auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom gestützt, sondern sie habe insbesondere untersucht, wer auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternet die Mitbewerber seien und welches Kräfteverhältnis auf diesem Markt bestehe. Dabei habe sich gezeigt, dass die Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager und aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit einer landesweiten alternativen Infrastruktur keinen disziplinierenden Einflüssen ausgesetzt sei. Ausserdem weist die Vorinstanz darauf hin, dass das Bundesgericht bereits festgestellt habe, BBCS sei ein Anwendungsfall des schnellen Bitstromzugangs, weshalb die Marktbeherrschung der Swisscom-Gruppe bereits gerichtlich festgestellt worden sei. Bereits daraus liesse sich ohne weitere Untersuchung die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe ableiten. Da die relevanten Marktverhältnisse beim Zugang zum schnellen Bitstrom und beim BBCS durchaus vergleichbar seien, sei es auf jeden Fall angebracht, im Hinblick auf die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe dieselben Schlüsse zu ziehen.

(3) Würdigung durch das Gericht

321. Im Hinblick auf den Charakter und die Wirkung einer Feststellung der Marktbeherrschung durch die Wettbewerbsbehörden oder der Rechtsmittelgerichte ist zunächst festzuhalten, dass dieser keine pflichtbegründende und damit konstitutive Wirkung zukommt. Vielmehr wird das Tatbestandselement der Marktbeherrschung mit Eintritt der entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten auf dem jeweiligen Markt verwirklicht. Einer kartellverfahrensrechtlichen Feststellung kommt daher lediglich ein rein deklaratorischer Charakter zu. Ansonsten wäre ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG von vornherein gar nicht tatbestandsmässig, was der Konzeption des neuen Kartellgesetzes offensichtlich widersprechen würde.

322. Für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im massgeblichen Zeitraum ist es demzufolge völlig unbeachtlich, zu welchem späteren Zeitpunkt in einem anderen vorgängig durchgeführten Kartellverwaltungs- oder sektorspezifischen Regulierungsverfahren eine entsprechende Feststellung getroffen oder nicht getrof-

fen wurde. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich daher im vorliegenden Verfahren von vornherein kein tauglicher Einwand gegen die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe aus dem Umstand, dass die Marktbeherrschung in Bezug auf den schnellen Bitstrom letztinstanzlich durch das Bundesverwaltungsgericht erst im Jahr 2009 getroffen worden war.

323. Gleiches gilt in entsprechender Weise für den Einwand der Beschwerdeführerinnen, eine Marktbeherrschung der Swisscom-Gruppe sei durch das Verfahren ADSL I (vgl. SV K.b) nicht festgestellt worden, weil der Einfluss des nachgelagerten Markts entgegen der Anweisung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Rechtsmittelverfahren nicht abgeklärt worden sei, weshalb auch vorliegend kein ausreichender Nachweis vorhanden sei. Beim Verfahren ADSL I handelt es sich - wie bereits ausgeführt (vgl. E. 226 f.) - um ein selbständiges Kartellverwaltungsverfahren mit einem anderen Untersuchungsgegenstand. Aus dem Umstand, dass in einem vorgängigen Kartellverwaltungsverfahren das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung nach Ansicht der Rechtsmittelinstanz wegen bestimmter fehlender Abklärungen nicht ausreichend belegt wurde, ergibt sich nicht automatisch, dass in einem nachfolgenden weiteren Kartellverwaltungsverfahren eine Marktbeherrschung nicht festgestellt werden kann, auch wenn die entsprechenden Abklärungen ebenfalls nicht vorgenommen wurden.

324. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, eine Abklärung des Einflusses des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts und damit eine sachgerechte Abklärung der Marktbeherrschung habe im vorliegenden Verfahren überhaupt nicht stattgefunden, entbehrt angesichts der umfangreichen Ausführungen der Vorinstanz in der vorinstanzlichen Verfügung unter den Abschnitten „B.3.1.2.1 Retailmarkt“ und „B.3.1.2.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes“ einschliesslich einer Bezugnahme auf die entsprechende Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zum Antrag des WEKO-Sekretariats von vornherein jeder Grundlage. Zudem befassen sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerdeschrift unter dem Abschnitt „7.3.1 Einfluss der Kabelnetzbetreiber wird wegen ungenügender Prüfung unterschätzt“ sehr ausführlich mit verschiedenen Gründen, die von der Vorinstanz gerade für einen mangelnden Einfluss des Einzelhandelsmarkts geltend gemacht werden.

325. Im Übrigen ergibt sich bereits aus der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerinnen, dass von einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf das Produkt BBCS auszugehen ist. Sie machen nämlich in Bezug auf das Verhältnis von Fernmelde- und Kartellgesetz unter Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Office Connex (vgl. SV K.c) geltend, dass es sich beim BBCS um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms handle, woraus sie das Bestehen einer Angebotspflicht als Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere ableiten (vgl. E. 459). Es ist demzufolge auch im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass es sich beim BBCS entsprechend den Feststellungen des Bundesgerichts in Sachen Office Connex um eine Anwendungsform des schnellen Bit-

stroms handelt. BBCS und schneller Bitstrom sind Grosshandelsprodukte, die auf der gleichen technischen Infrastruktur der Beschwerdeführerinnen aufbauen (vgl. SV F). Ihr Leistungsumfang unterscheidet sich lediglich dadurch, dass das BBCS nicht nur Vermittlungsleistungen der Swisscom-Gruppe im Anschlussnetz, sondern darüber hinaus auch im Verbindungsnetz aufweist und zum Datentransfer auch Glasfaserverbindungen eingesetzt werden. Das von der Swisscom-Gruppe freiwillig angebotene, teurere BBCS stellt somit ein gewisses Mehrprodukt gegenüber dem regulierten und damit zwangsweise abzugebenden, günstigeren Produkt des schnellen Bitstroms dar. Die Beschwerdeführerinnen bringen auch keine tatsächlichen technischen oder sonstigen Umstände vor, welche eine andere Einschätzung rechtfertigen würden. Wenn also hinsichtlich des Produkts des schnellen Bitstroms gemäss den Feststellungen des Bundesgerichts in Sachen Office Connex eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe gegeben ist, dann muss dies aus sachlogischen Gründen prinzipiell auch für das Produkt BBCS gelten.

326. Der in Bezug auf die Marktbeherrschung vorgebrachte Einwand der Beschwerdeführerinnen, bei BBCS und schnellem Bitstrom handle es sich um unterschiedliche Produkte, weshalb aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom (vgl. SV K.e) eine Marktbeherrschung nicht abgeleitet werden könne, ist demzufolge von vornherein unbeachtlich, weil er in offensichtlichem Widerspruch zu dem vorstehend genannten Vorbringen steht und damit rechtsmissbräuchlich ist. Die Beschwerdeführerinnen haben ihre Einschätzung von Fakten offensichtlich nicht an den tatsächlichen Gegebenheiten, sondern opportunistisch allein danach ausgerichtet, welche Argumentation bei welchem Sachpunkt zur Begründung ihrer Ansichten am besten passt.

327. Aufgrund des rechtsverbindlichen Entscheids in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom (vgl. SV K.e) ist demzufolge zwingend davon auszugehen, dass der Swisscom-Gruppe zum Zeitpunkt der entsprechenden Feststellung durch die Eidgenössische Kommunikationskommission im November 2007 (vgl. SV E.g) eine marktbeherrschende Stellung auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte im Jahr 2007 zugesprochen werden kann. Aus dem Entscheid in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom ergibt sich allerdings nicht, dass diese Feststellung auch für den gesamten vorgängigen Zeitraum seit April 2004 getroffen wurde. Eine entsprechende Vermutung kann zwar aus der Begründung des Entscheids abgeleitet werden; allerdings ist allein diese Vermutung für das vorliegende Kartellanktionsverfahren vor dem Hintergrund der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Einwände nicht ausreichend, um die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung im Hinblick auf den darauf aufbauenden Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens für den gesamten massgeblichen Zeitraum ohne eigene Begutachtung der Beschwerdeinstanz zu rechtfertigen. Daher ist nachfolgend eine Untersuchung der Marktstellung in dem Sinne vorzunehmen, ob die grundsätzliche Feststellung der Marktbeherrschung für das Jahr 2007 auch für den Zeitraum seit April 2004 bestätigt werden kann, oder ob sich aus bestimmten

Umständen eine abweichende Beurteilung ergibt. Die Ausführungen zur Marktstellung von Seiten der Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz sind unter dieser Prämisse zu beurteilen.

3) Aktueller Wettbewerb

328. Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

329. Die Beschwerdeführerinnen nehmen angesichts der von ihnen dargelegten Auffassungen zur Abgrenzung des relevanten Markts und zum Einfluss des nachgelagerten Markts zum aktuellen Wettbewerb auf dem Grosshandelsmarkt für drahtgebundene Breitbanddienstleistungen nicht ausdrücklich Stellung. Allerdings wird von ihnen selbst bestätigt, dass im massgeblichen Zeitraum keine nennenswerten Konkurrenzprodukte zum BBCS bestanden hätten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

330. Die Vorinstanz begründet die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen im Ergebnis mit den im Rahmen der Würdigung des Gerichts dargestellten Umständen.

(3) Würdigung durch das Gericht

331. Den Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Hohe Marktanteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, sie schliessen einen wirksamen Wettbewerb aber nicht zwangsläufig aus (vgl. BGer, 14.6.2004, 2A.306/2003, W. SA gg. Preisüberwacher, BGE 130 II 449, zit. TV-Abo-Preise, E. 5.7.2). Daher sind zudem insbesondere folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: (i) die Anzahl der Konkurrenten, (ii) die Marktanteile der Konkurrenten, (iii) das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie (iv) die Wirtschaftskraft der Konkurrenten. In diesem Zusammenhang erlangt regelmässig auch die Unternehmensstruktur des betreffenden Unternehmens Bedeutung. Aus diesen Aspekten ist eine Bewertung abzuleiten, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben. Das Ergebnis dieser Bewertung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig. Je grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten ist bzw. je kleiner die Marktanteile der Konkurrenten sind, umso eher ist dabei von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen (vgl. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 275; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.55).

332. Wie bereits im Rahmen der Marktabgrenzung festgestellt wurde, war die Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe im massgeblichen Zeitraum die einzige Anbieterin eines leitungsgebundenen Breitbandprodukts, das auch in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen erhältlich war. Es waren keine anderen Konkurren-

ten vorhanden, die ein entsprechendes Grosshandelsprodukt auf dem Markt angeboten hatten. Der Swisscom-Gruppe kam demzufolge eine Alleinstellung auf dem Grosshandelsmarkt für leitungsgebundene Breitbandinternetprodukte zu. Die Internetdiensteanbieter, welche ihren Kunden einen Breitbandinternetzugang anbieten wollten, waren somit auf das Angebot der Swisscom-Gruppe angewiesen.

333. Angesichts dieser Alleinstellung war die Swisscom-Gruppe mit ihrem Grosshandelsprodukt BBCS im massgeblichen Zeitraum keinen disziplinierenden Einflüssen aufgrund der damals aktuellen Wettbewerbssituation ausgesetzt.

4) Potentieller Wettbewerb

334. Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (vgl. REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 ff.).

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

335. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Kabelnetzbetreiber als potentielle Konkurrenten auf dem Grosshandelsmarkt zu berücksichtigen seien, weil keine technischen Hindernisse vorhanden seien, die es diesen verunmöglichen würden, ein Vorprodukt auf Grosshandelsstufe landesweit anzubieten. Im Bereich des Kabelinternets würden annähernd 20 Kooperationen praktisch den gesamten schweizerischen Siedlungsraum mit Kabelinternetangeboten abdecken. Somit wäre ein Internetdiensteanbieter in der Lage, mit diesen Kooperationen einen Vertrag zu schliessen, um eine ähnliche Abdeckung wie die Swisscom-Gruppe zu erreichen, was für das Vorhandensein von potentiell Wettbewerbs auf dem Grosshandelsmarkt sprechen würde. Gegebenenfalls würde ein Vermittler auf dem Markt auftreten, der diese Aufgabe übernehmen würde. Dass die Kabelnetzbetreiber auf Grosshandelsangebote verzichtet hätten, sei lediglich eine strategische Entscheidung, die jederzeit hätte geändert werden können.

336. Die Beschwerdeführerinnen bringen überdies vor, dass das regulierte Zugangsprodukt der TAL für eine Beurteilung der Marktstellung im massgeblichen Zeitraum unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs zu berücksichtigen sei. Da die BBCS-Produkte zunehmend durch preisregulierte TAL-Anschlüsse substituiert worden seien, habe sich die Anzahl der BBCS-Anschlüsse von rund {.....} im Juli 2008 auf einen Stand von rund {.....} im April 2010 deutlich reduziert, während die TAL-Anschlüsse während des gleichen Zeitraums umgekehrt im gleichen Mass von rund {.....} auf rund {.....} Anschlüsse deutlich angestiegen seien. Dank diesen gesetzlich festgelegten Bedingungen würden sich die alternativen Internetdien-

stanbieter seit Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes im Wettbewerb besser entfalten und die Swisscom-Gruppe auf dem Breitbandmarkt stärker konkurrenzieren.

337. Die Beschwerdeführerinnen verweisen zudem darauf, dass die Vorinstanz die sog. Eigenleistungen, d.h. die konzerninternen Beschaffungen der Kabelnetzbetreiber, zu Unrecht nicht dem relevanten Markt zurechnen würde, was im Widerspruch zu ihrer gefestigten Praxis stehe. Ob das interne Beschaffungsvolumen der Kabelnetzbetreiber dem relevanten Markt zugerechnet werde oder nicht, wirke sich entscheidend auf das Volumen des Gesamtmarkts und damit auf die Marktstellung der Swisscom-Gruppe aus.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

338. Die Vorinstanz verneint das Vorhandensein eines potentiellen Wettbewerbs im Wesentlichen entsprechend der im Rahmen der Würdigung des Gerichts genannten Aspekte.

(3) Würdigung durch das Gericht

339. Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde (vgl. im Ergebnis ebenso DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 540; REINERT/BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rn. 342 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 584; für das europäische Recht vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 64).

340. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Konkurrenten ist dann gegeben, wenn aufgrund konkreter wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Anhaltspunkte mit einem entsprechenden Markteintritt zu rechnen ist. Hingegen stellt allein die theoretische Möglichkeit eines Markteintritts keine ausreichende Grundlage für eine solche Annahme dar.

341. Im Rahmen der Feststellung, ob ausreichende konkrete Anhaltspunkte vorliegen, kommt den bestehenden Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken besondere Beachtung zu. Dabei handelt es sich um alle Kriterien, die in Bezug auf eine erfolgreiche Etablierung des jeweiligen Produkts auf dem Markt im Einzelfall bei sachgerechter Würdigung für oder gegen die Aufnahme des Produktabsatzes im betreffenden Markt und - falls der Markteintritt nicht erfolgreich gestaltet werden kann - im Rahmen eines darauf folgenden Marktaustritts von einem Unternehmen zu berücksichtigen sind. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Entwicklung an Neueintritten auf dem Markt zu beachten.

342. Ein absehbarer Zeitraum für einen Markteintritt liegt dann vor, wenn der Zeitpunkt der Produkteinführung auf dem relevanten Markt mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden kann und der bis dahin verbleibende Zeitraum

nicht so lang ist, dass dadurch dem potentiell marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in dieser Zeit seinen Verhaltensspielraum noch in unangemessener Weise auszunutzen. Auch die Bestimmung der Absehbarkeit hat im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen zu erfolgen.

343. Eine hinreichende Konkurrenzwirkung setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen in den Markt eintreten werden, die alleine oder zusammen das Angebot auf dem relevanten Markt in einem solchen Umfang erweitern, dass die Marktgegenseite des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens ausreichende Ausweichmöglichkeiten erhalten. Ausreichend sind die Ausweichmöglichkeiten dann, wenn eine gewisse Anzahl an Marktteilnehmern die neuen Produkte erlangen kann mit der Folge, dass das betreffende Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann. Andernfalls besteht für das betreffende Unternehmen keine Notwendigkeit für eine Änderung des eigenen Verhaltens, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlicher Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist.

344. Im vorliegenden Sachverhalt war im massgeblichen Zeitraum nicht zu erwarten, dass auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte ein Marktzutritt durch ein weiteres Unternehmen mit ausreichender Konkurrenzwirkung innerhalb eines absehbaren Zeitraums mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfolgen würde.

345. Die Kabelnetzbetreiber haben weder vor noch während des massgeblichen Zeitraums in der einen oder anderen Weise die Bereitstellung eines kabelgebundenen, landesweit erhältlichen Grosshandelsprodukts für andere Internetdienstanbieter angekündigt. Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet. Daher bestand jedenfalls kein durch das Verhalten eines Kabelnetzbetreibers hervorgerufener Anlass, von einer entsprechenden Möglichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums auszugehen. Wie bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung ausgeführt wurde, sind in der Schweiz rund 400 regional zersplitterte Kabelnetzbetreiber tätig, die in annähernd 20 Kooperationen zusammenarbeiten. Um überhaupt ein dem Grosshandelsprodukt BBCS sachlich entsprechendes und flächendeckend erhältliches Konkurrenzprodukt zu erlangen, hätten die Internetdienstanbieter mit diesen annähernd 20 Kooperationen - die wiederum innerhalb ihrer Organisation Einigkeit hätten herstellen müssen - eine entsprechende organisatorische und wirtschaftliche Abstimmung herbeiführen und im Hinblick auf die notwendigen infrastrukturellen Massnahmen eine langfristige vertragliche Vereinbarung abschliessen müssen. Selbst unter der Annahme, dass ein solches flächendeckendes Angebot technisch möglich gewesen wäre - was zwischen den Parteien streitig ist, aber vorliegend offen gelassen werden kann -, ist ein solches Vorgehen offensichtlich wenig wahrscheinlich, weil es einen enormen Aufwand erfordert hätte und im Hinblick auf die Herstellung eines konkurrenzfähigen Vorprodukts nicht erfolgsversprechend gewesen wäre. Um eine ausreichende Konkurrenzwirkung auf dem Grosshandelsmarkt zu erzielen, wäre es nämlich nicht ausreichend gewesen, dass beliebige Dritte als Abnehmer des kabelgebundenen

Grosshandelsprodukts in den Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen eingetreten wären. Vielmehr hätten ein oder mehrere grössere Abnehmer des von der Swisscom-Gruppe angebotenen drahtgebundenen BBCS zum kabelbasierten Grosshandelsprodukt wechseln müssen, um eine Veränderung herbeizuführen. Für die Möglichkeit eines derartigen Wechsels bestehen jedoch unter anderem wegen des damit zusammenhängenden technischen, finanziellen und administrativen Aufwands keinerlei Anhaltspunkte. Bezeichnenderweise wird ein entsprechendes Grosshandelsprodukt von den Kabelnetzbetreibern bis heute nicht angeboten.

346. Die Beschwerdeführerinnen haben auch keinerlei Umstände dargelegt, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Kabelnetzbetreibers als angemessenen Konkurrenten belegen. Auch wenn man unterstellt, dass ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt technisch realisiert werden könnte, so handelt es sich bei diesem Umstand ausschliesslich um die notwendige sachliche Grundlage für ein entsprechendes Angebot, nicht aber bereits um einen konkreten Anhaltspunkt, dass von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wird. Selbst wenn es sich nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen um eine strategische, jederzeit änderbare Geschäftsentscheidung handeln würde, kein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt anzubieten, spricht allein dieser Umstand in keiner Weise dafür, dass dieser Geschäftsentscheid im massgeblichen Zeitraum auch tatsächlich umgestossen worden wäre. Denn die Kabelnetzbetreiber, die bei Einführung des Breitbandinternets noch einen erheblichen Vorsprung gegenüber der Swisscom-Gruppe aufwiesen, haben an dieser Grundsatzentscheidung auch dann noch festgehalten, als die Swisscom-Gruppe unter Hilfestellung der von ihr belieferten Internetdienstanbieter den Marktanteil der drahtgebundenen Breitbanddienstleistungen auf dem Einzelhandelsmarkt drastisch erhöhen und bereits im Jahr 2003 an den Kabelnetzbetreibern vorbeiziehen konnte (vgl. SV H.e). Es besteht daher kein Grund zur Annahme, dass die Kabelnetzbetreiber zu einem späteren Zeitpunkt auf diesen Grundsatzentscheid hätten zurückkommen sollen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen stellt auch allein der Umstand, dass der Abschluss einer Vereinbarung zwischen einem Kabelnetzbetreiber und 20 Kooperationen theoretisch möglich und nicht völlig ausgeschlossen ist, keinesfalls einen ausreichend konkreten Anhaltspunkt für die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Konkurrenzangebots dar. Vielmehr sprechen die vorhersehbaren Probleme, die mit dem Abschluss einer solchen Vereinbarung einhergehen, gerade gegen eine erfolgreiche Verwirklichung des Vorhabens. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Behauptung, es würden Vermittler zwischen Kabelnetzbetreibern und Internetdienstanbietern in den Markt eintreten.

347. Nach Art. 11 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Fernmeldedienst Anbietern sowohl den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL) als auch den Zugang zum schnellen Bitstrom gewähren (vgl. SV F). Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in dem Entscheid Marktzugang schneller Bitstrom (vgl. SV K.e) festgestellt, dass der vollständig entbündelte

Teilnehmeranschluss kein Substitut zum schnellen Bitstrom darstelle und deshalb nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 8.4.5). Da es sich gemäss des Entscheids des Bundesgerichts in Sachen Office Connex beim BCS um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms handelt (BGer, 4C.404/2006, Office Connex, E. 3), wie dies auch von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird (vgl. E. 325, 459), stellt der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss bereits aus sachlogischen Gründen kein Substitut zum BCS dar, weshalb er im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs von vornherein nicht zu berücksichtigen ist. Im Übrigen wäre für den massgeblichen Zeitraum auch die erforderliche hinreichende Konkurrenzwirkung nicht gegeben gewesen. Art. 11 FMG erlangte nämlich erst mit Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes am 1. April 2007 und damit erst gegen Ende des massgeblichen Zeitraums Bedeutung (vgl. SV E). Des Weiteren ist zu beachten, dass für die Gewährung des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses zunächst die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe in einem Verwaltungsverfahren festgestellt werden musste. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst dargestellt haben (vgl. SV I.b), entwickelten sich zudem die Anschlusszahlen des TAL-Zugangs zu Beginn recht langsam und konnten erst im Laufe des Jahres 2009 einen signifikanten Anstieg verzeichnen. Dies war aufgrund der zu berücksichtigenden Aspekte, bei einer Inanspruchnahme des TAL-Zugangs, insbesondere den von den Abnehmern selbst vorzunehmenden infrastrukturellen Massnahmen, auch nicht anders zu erwarten. Es war daher nach Verabschiedung des revidierten Fernmeldegesetzes im März 2006 absehbar, dass jedenfalls vor Ende 2007 der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss keine beachtenswerte Auswirkung auf den Absatz des BCS haben würde, weshalb davon auch kein disziplinierender Einfluss auf die Swisscom-Gruppe ausgehen konnte.

348. Die Eigenleistungen als konzerninternes Beschaffungsvolumen der Kabelnetzbetreiber sind im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs in jedem Fall nicht zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen wäre allenfalls ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt, das gegenüber Dritten zumindest unter den vorstehend genannten Bedingungen möglicherweise angeboten wird, nicht aber die internen Leistungen, die überhaupt zur Bereitstellung des Kabelnetzes notwendig sind.

349. Im massgeblichen Zeitraum war daher in Bezug auf den Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte kein potentieller Wettbewerb vorhanden, der einen disziplinierenden Einfluss auf die Swisscom-Gruppe hätte ausüben können.

5) Merkmale des untersuchten Unternehmens

350. Die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft, Grösse, vertikale Integration, technologischer Vorsprung, sein Marktverhalten sowie andere marktspezifische Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sind in die Untersuchung miteinzubeziehen (vgl. CLERC/KELLEZI, CR-Concurrence, Art. 4 II Rn. 129; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 584, 586 f.).

351. Aufgrund der vertikalen Integration und der landesweiten Infrastruktur kann davon ausgegangen werden, dass die Swisscom-Gruppe aufgrund ihrer vertikalen Integration stärker als andere Internetdiensteanbieter von Gröszen- und Verbundvorteilen profitieren kann. Darüber hinaus ist die Swisscom-Gruppe mit einem Jahresumsatz von 11'089 Mio. CHF und einem Betriebsgewinn von 3'787 Mio. CHF im Jahr 2007 das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Darüber hinaus sprechen folgende Kriterien für das Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbsdrucks zu Lasten der Swisscom-Gruppe: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile und Überlegenheit, fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten und Dienstleistungen, Gröszen- und Verbundvorteile, vertikale Integration sowie ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz.

6) Einfluss eines zusammenhängenden Markts

352. Unter dem Gesichtspunkt des Einflusses eines zusammenhängenden Markts ist zu untersuchen, in welchem Ausmass die Wettbewerbsverhältnisse auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt, insbesondere die Marktstellung von Lieferanten oder Abnehmern des betreffenden Unternehmens, oder einem benachbarten Markt einen Wettbewerbsdruck auf dieses im relevanten Markt auszuüben vermögen (vgl. WEKO, 20.11.2006, Gutachten Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, 739, Ziff. 86 f.; WEKO, RPW 2004/2, 407, ADSL I, Ziff. 130 f.).

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

353. Die Beschwerdeführerinnen machen aufgrund verschiedener Aspekte geltend, dass eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem relevanten Markt nicht gegeben sei, wenn der Einfluss des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts sachgerecht berücksichtigt werden würde.

354. Zunächst bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen ein intensiver Wettbewerb herrsche. Die xDSL- und Kabelinternetangebote seien aus Endkundensicht „gleichwertige Produkte“ mit vollständiger Substituierbarkeit. Das überproportionale Wachstum der Swisscom-Gruppe würde nicht belegen, dass ihre Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt, insbesondere die Cablecom, keinen disziplinierenden Einfluss auf sie ausüben könnten. Die unterschiedlichen Wachstumsraten seien vielmehr auf das von vielen Kunden als besser wahrgenommene Angebot der Swisscom-Gruppe zurückzuführen. Dies belege lediglich die Effizienz der Swisscom-Gruppe, nicht aber, dass sie sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten könne. Ein wesentlicher Ausdruck für den Wettbewerb auf dem Einzelhandelsmarkt seien ausserdem die rasante Entwicklung und Erhöhung der den Kunden zur Verfügung stehenden Bandbreiten. Die erhältliche Geschwindigkeit habe sich innert kurzer Zeit mehr als verzehnfacht, weshalb ein Anbieter sein Portfolio regelmässig denjenigen seiner Konkurrenten hätte anpassen müssen, um gegenüber den Endkunden konkurrenzfähig zu bleiben.

Aufgrund der Erhöhung der Bandbreiten sei der Preis stark gesunken, was nicht zuletzt eine Folge des ausgeprägten Wettbewerbs mit den Kabelinternetanbietern sei. Die Verbesserung eines Produkts bei gleichbleibenden Preisen stelle nämlich eine Preissenkung dar.

355. Die Beschwerdeführerinnen verweisen zudem darauf, dass die Vorinstanz ihren Marktanteil im Einzelhandelsmarkt im Vergleich zu den Kabelbetreibern aufgrund einer falschen Betrachtungsweise zu hoch angesetzt habe. Zum einen würde in der Fernmeldestatistik, auf die sich die Vorinstanz stütze, jeder ISDN-Anschluss mit zwei und jeder Primärraten-Anschluss für Geschäftskunden mit 30 Kanälen gerechnet. Für die Berechnung der Breitbanddienste sei dieser Wert aber nicht relevant, da pro ISDN-Anschluss nur ein DSL-Anschluss geschaltet werden könne. Daher könnten ihr auch nur {.....} Mio. statt der von der Vorinstanz veranschlagten 4,9 Mio. Anschlüsse zugerechnet werden. Zum anderen müsse die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse regional erfolgen, weil letztlich massgebend sei, über welche Marktanteile die Kabelinternetanbieter in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten tatsächlich verfügen würden; hierbei würden einzelne Anbieter deutlich höhere Marktanteile als der Durchschnittswert aufweisen. Ausserdem sei zur Analyse der Marktstellung wiederum das konzerninterne Beschaffungsvolumen zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihr Angebot zusammen mit den Internetdiensteanbietern regelmässig anpassen müssen, was Ausdruck des starken Wettbewerbsdrucks der Kabelnetzbetreiber auf dem Einzelhandelsmarkt sei.

356. Die Vorinstanz gehe auch fehl in der Annahme, dass der Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber auf dem Einzelhandelsmarkt das Verhalten der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt als Vorleistungsmarkt nicht beeinflusse. Vielmehr zeitige der Wettbewerbsdruck auf dem Einzelhandelsmarkt durchaus Wirkungen. Dies belege die Tatsache, dass die Swisscom-Gruppe ihr Angebot seit der Einführung des BBCS in Zusammenarbeit mit den Internetdiensteanbietern, insbesondere in den bis zum Jahr 2006 durchgeführten „Roundtable-Gesprächen“, in kommerzieller und technischer Hinsicht stetig weiterentwickelt hätten, wodurch die Internetdiensteanbieter Einfluss auf die Produktgestaltung genommen hätten. Von Bedeutung sei vor allem die Umsetzung folgender Massnahmen gewesen: (i) neue und zusätzliche Bandbreiten; (ii) drei verschiedene Connectivity Service Levels; (iii) das Vorleistungsprodukt für Voice over IP (VoIP), BBCS VoBB; (iv) das Vorleistungsprodukt für Internet TV (IPTV), BBCS Streaming; (v) die Service Level Agreements (Business SLA) und Expressschaltungen für Geschäftskunden; (vi) BBCS-Anschluss ohne obligatorischen Festnetzanschluss („naked BBCS“); (vii) das BBCS Light Profil (300/100), welches als Reaktion auf ein entsprechendes Endkundenangebot von Cablecom von den Internetdiensteanbietern verlangt worden sei; (viii) Verbesserung von Prozessen, wie etwa zur Migration einer grossen Anzahl an Kunden auf die eigene Plattform. Dies zeige auf, dass die Swisscom-Gruppe immer wieder gezwungen gewesen sei, auf den starken Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber auf dem Einzelhandelsmarkt zu reagieren.

357. Des Weiteren sei aufgrund eines Entscheids des Bundesgerichts (BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise) davon

auszugehen, dass auch unvollkommene Substitutionsmöglichkeiten eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktbeherrschenden Unternehmens ausüben könnten. Deshalb sei selbst beschränkter Wettbewerbsdruck umfassend und nicht nur in begrenztem Masse zu berücksichtigen. Dass Einflüsse aus benachbarten Märkten mit unvollständigen Substituten die Handlungsspielräume des betroffenen Unternehmens nur begrenzt einschränkten, sei zwar richtig, aber in der vorliegenden Konstellation nicht relevant, weil die xDSL- und die Kabelinternetangebote aus Kundensicht vollständige Substitute darstellen würden und daher als gleichwertig zu qualifizieren seien.

358. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Preiselastizität zu ermitteln. Die Prüfung hätte etwa anhand der Critical Loss-Analyse zu erfolgen, nach der zu klären sei, ob eine kleine, aber signifikante und dauerhafte Preiserhöhung eines hypothetischen Monopolisten profitabel sei. Demnach wäre der Grosshandelsmarkt weiter abzugrenzen bzw. um das nächstbeste Substitut zu erweitern, wenn die Preiselastizität der Nachfrage die kritische Elastizität übersteigen würde. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die Kabelnetzanschlüsse zum selben relevanten Markt gezählt werden müssten.

359. Daran ändere auch nichts, dass sich die Verfügung der Vorinstanz zusätzlich auf Marktbefragungen der Swisscom-Gruppe und Mitbewerber sowie auf Datenaktualisierungen und eine Net Metrix Base-Studie stütze. Insbesondere die aus der Net Metrix Base-Studie abgeleitete Aussage, wonach lediglich 34 % aller Haushalte zwischen Kabel- und xDSL-Produkten wählen könnten, sei falsch. Vielmehr hätten über 80 % aller Haushalte eine entsprechende Auswahlmöglichkeit.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

360. Die Vorinstanz macht geltend, die ADSL-Technologie wachse stärker als die Kabelnetzzugänge, und die starke Stellung der Swisscom-Gruppe im nachgelagerten Markt spreche von Anfang an gegen das Vorliegen von disziplinierenden indirekten Einflüssen. Auch dürfe der Einfluss des nachgelagerten Markts im vorliegenden Fall aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt nicht überschätzt werden. Der Einfluss des nachgelagerten Markts beschränke sich auf die Bandbreite, welche dem Grosshandelsanbieter zur Festlegung des Grosshandelspreises verbleibe, habe aber keinen direkten Einfluss auf die Marktposition und die Möglichkeit, sich innerhalb dieser Bandbreite unabhängig zu verhalten. Dass diese indirekten Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt ungenügend seien, zeige sich auch aus der Ertragssituation der Swisscom-Gruppe. Während die Beschwerdeführerin 1 auf der Grosshandelsstufe in den Jahren 2006 und 2007 Gewinne in dreistelliger Millionenhöhe erwirtschaftet habe, habe Bluewin im selben Zeitpunkt (ohne Berücksichtigung des sog. Wachstumsrabatts) Verluste erlitten. Auch von den Kabelnetzbetreibern könne aufgrund der regionalen Zersplitterung keine disziplinierende Wirkung ausgehen. Insofern schränke die Marktgegenseite den Handlungsspielraum der Swisscom-Gruppe nicht ein.

361. In Bezug auf die Preiselastizität macht die Vorinstanz geltend, dass die Beschwerdeführerinnen bis

Dezember 2007 keine Preisänderungen vorgenommen hätten, weshalb keine Preisänderungen berechnet und somit auch keine Elastizität geschätzt werden könne.

362. Die Vorinstanz macht zusammengefasst geltend, dass auch auf dem Einzelhandelsmarkt kein intensiver Wettbewerb geherrscht habe. Die Swisscom-Gruppe sei angesichts ihres hohen Marktanteils und dem überproportionalen Wachstum in dem untersuchten Zeitraum keinen besonderen disziplinierenden Einflüssen seitens ihrer Konkurrenten ausgesetzt gewesen. In Bezug auf die angebliche Preissenkung macht die Vorinstanz geltend, dass die Swisscom-Gruppe ihren Kunden keine Mbit/sec verkauft habe, sondern einen kompletten Anschluss zu einem klar definierten Preis. Dass sich die Bandbreite erhöht habe, treffe zwar zu, sei aber letztlich irrelevant, da die Erhöhung der Bandbreite bei gleichbleibenden Preisen keinen Einfluss auf die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe im Grosshandelsmarkt gehabt habe. Für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere sei im Übrigen nicht auf die absolute Höhe des Preises abzustellen, sondern auf die Differenz zwischen Grosshandels- und Einzelhandelspreisen. Diese seien gleichermassen „gesunken“, da die Bandbreiten auf beiden Ebenen exakt gleich gestiegen seien.

(3) Würdigung durch das Gericht

363. Soweit einem Unternehmen in einem relevanten Markt aufgrund des aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs eine marktbeherrschende Stellung zuzusprechen ist, bleibt zu prüfen, ob sich diese Position auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nachfragemacht der Marktgegenseite oder des sonstigen Einflusses eines zusammenhängenden Markts bestätigt. Damit ein beachtlicher Wettbewerbsdruck von einem zusammenhängenden Markt auf das beherrschende Unternehmen im relevanten Markt ausgeht, müssen die Marktteilnehmer des zusammenhängenden Markts gegenüber dem potentiell marktbeherrschenden Unternehmen über eine solche wirtschaftlich starke Position verfügen, dass sich das betreffende Unternehmen trotz seiner besonderen Stellung im relevanten Markt gegenüber ihnen nicht unabhängig verhalten kann.

364. Im Hinblick auf die fragliche marktbeherrschende Stellung eines vertikal integrierten Unternehmens auf einem Vorproduktmarkt bedeutet dies, dass die Abnehmer des Vorprodukts und die sonstigen Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt über eine solche starke wirtschaftliche Position verfügen müssen, dass sie in der Lage sind, entweder aufgrund ihrer Verhandlungsposition oder aufgrund ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem nachgelagerten Markt einen disziplinierenden Einfluss auf den Verhaltensspielraum des vertikal integrierten Unternehmens auf dem vorgelagerten relevanten Markt auszuüben.

365. Demgegenüber ist es bei dieser Sachverhaltskonstellation für einen beachtlichen Wettbewerbsdruck auf dem vorgelagerten relevanten Markt von vornherein nicht ausreichend, wenn das Wettbewerbsverhältnis auf dem nachgelagerten Markt nur dazu führt, dass die Abnehmer und sonstigen Konkurrenten allein einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten des vertikal integrierten Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt ausüben können, weshalb dort immerhin ausreichender

wirksamer Wettbewerb herrscht. Denn dadurch wird lediglich verhindert, dass das vertikal integrierte Unternehmen nicht auch noch auf dem nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Position einnehmen kann. Eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten relevanten Markt wird allein dadurch jedoch von vornherein nicht tangiert.

366. Bereits im Rahmen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom (vgl. SV K.e) wurde in Bezug auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für den schnellen Bitstrom ausdrücklich festgehalten, dass dem Einzelhandelsmarkt jedenfalls im Jahr 2007 kein massgeblicher Einfluss auf den Grosshandelsmarkt zugekommen sei (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 10.4). Demzufolge bleibt zu prüfen, ob sich diese Feststellung auch auf den gesamten massgeblichen Zeitraum erstrecken lässt (vgl. E. 327).

367. Die Beschwerdeführerinnen behaupten mit erheblichem argumentativem Aufwand, dass die Swisscom-Gruppe einem starken Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber ausgesetzt gewesen sei. Dabei verkennen sie ganz offensichtlich, dass im vorliegenden Verfahren für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Wettbewerbsdruck auf dem Grosshandelsmarkt und nicht derjenige auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen massgebend ist. Denn nahezu ihr gesamtes Vorbringen bezieht sich ausschliesslich auf die Um- und Zustände im Einzelhandelsgeschäft. Demgegenüber haben die Beschwerdeführerinnen in keiner Weise dargelegt, dass sich konkrete Umstände des Einzelhandelsgeschäfts auf den Grosshandelsmarkt ausgewirkt und zu einer irgendwie gearteten Einschränkung bzw. einem Wettbewerbsdruck auf die Swisscom-Gruppe als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Grosshandelsmarkt geführt haben. Denn die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Umstände wie Breitbanderhöhungen oder offene bzw. versteckte Preissenkungen haben in keiner Weise eine Veränderung der Position der Marktgegenseite auf dem Grosshandelsmarkt zur Folge, sondern ziehen allenfalls Anpassungen des Vorprodukts BBCS nach sich. Diese Anpassungen in Bezug auf die Konfiguration des Vorprodukts BBCS ergaben sich aus der Konfigurierung der xDSL-Produkte auf Einzelhandelsstufe, welche die Swisscom-Gruppe auf der Ebene des Einzelhandelsmarkts aber selbst für die Ausgestaltung ihrer eigenen Einzelhandelsprodukte benötigte. Die Produktpassungen stellen demzufolge für die anderen Internetdienstleister selbst dann, wenn sie ausschliesslich die Folge eines konkurrenzierenden Verhaltens der Kabelnetzbetreiber und nicht auch Ausdruck des eigenen konkurrenzierenden Verhaltens der Swisscom-Gruppe gegenüber den Kabelnetzbetreibern gewesen wären, letztlich nur eine positive Folgeerscheinung dar. Im Einzelnen ist auf die nachfolgend aufgeführten Aspekte hinzuweisen.

368. Ganz offensichtlich verfügte die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum über eine dominierende Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen (vgl. SV H). Dabei ist aber völlig unerheblich, ob es sich hierbei um eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt oder nicht,

weil für den vorliegend in Frage stehenden Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens ausschliesslich die marktbeherrschende Stellung auf dem Grosshandelsmarkt von Bedeutung ist. So ist es unerheblich, ob der Swisscom-Gruppe tatsächlich ein Marktanteil im Einzelhandelsmarkt von 64,83 % - auf der Grundlage der von der Vorinstanz angenommenen 4,82 Mio. verfügbaren von insgesamt 7,45 Mio. Anschlüssen - oder von 58,74 % - auf der Grundlage der von den Beschwerdeführerinnen behaupteten {.....} Mio. von insgesamt {.....} Mio. Anschlüssen - zukam. Denn auch aufgrund der von den Internetdiensteanbietern selbst angegebenen Daten zur Anzahl von tatsächlich genutzten Breitbandanschlüssen, welche zu Gunsten der Swisscom-Gruppe vom niedrigsten Marktanteil mit rund {...} % ausgeht - und der von dem in der Fernmeldestatistik des BAKOM ausgewiesenen Marktanteils in Höhe von rund 50 % bestätigt wird -, ergibt sich ein ebenso deutliches Bild (vgl. SV H). Die Swisscom-Gruppe ist das dominierende Unternehmen auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen, das einen grossen Abstand zu seinen Konkurrenten aufweist. Denn die Cablecom als grösser Konkurrent im Einzelhandelsmarkt wies lediglich einen Marktanteil von rund {...} % und damit noch nicht einmal die Hälfte des Marktanteils der Swisscom-Gruppe auf. Die übrigen Konkurrenten verfügten über noch geringere, ganz überwiegend kleinste Marktanteile. Der Marktanteil der Swisscom-Gruppe ging auch deutlich über den Marktanteil der gesamten Kabelnetzbetreiber hinaus, weil diese insgesamt nur über einen Marktanteil von {...} % verfügten. Diese Position der Swisscom-Gruppe hatte sich gerade aufgrund der Entwicklung im massgeblichen Zeitraum ergeben. Denn in dieser Zeit konnte die Swisscom-Gruppe einerseits ihren Marktanteil von {...} % auf {...} % deutlich ausbauen, während der Marktanteil der Cablecom von {...} % auf {...} % und der Marktanteil der Kabelnetzbetreiber insgesamt von {...} % auf {...} % zurückging. Zu berücksichtigen ist dabei zudem, dass mit Ausnahme der Cablecom keine anderen Kabelnetzbetreiber ein landesweit erhältliches Produkt anboten, sondern dass diese nur regional tätig waren.

369. Diese dominierende Stellung der Swisscom-Gruppe wurde durch die vorstehend dargestellten Unternehmensstrukturen wesentlich verstärkt (vgl. E. 350 f.).

370. Angesichts dieser Konstellation ist nicht zwingend davon auszugehen, dass die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum auf dem Einzelhandelsmarkt einem intensiven Wettbewerbsdruck ausgesetzt war. Dies wird auch durch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen bestätigt, wenn sie darauf verweisen, dass ihre Produkte von den Endkunden aufgrund bestimmter Aspekte wie den Kundenservice und den strukturellen Defiziten der Konkurrenten als das bessere Angebot wahrgenommen werden. Letztlich bedarf dies im vorliegenden Fall aber gar keiner abschliessenden Klärung.

371. Denn die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, welche Auswirkungen der angeblich oder tatsächlich vorhandene intensive Wettbewerb auf die Abnehmer des Grosshandelsprodukts und insbesondere auf die hier in Frage stehende übermässige Preisspanne zwischen den Gross- und Einzelhandelspreisen für Breitbandprodukte gehabt haben soll. Die von den Beschwerdeführerinnen

angeführten Massnahmen, welche die disziplinierende Wirkung des Einzelhandelsmarkts aufzeigen sollen, stellen allesamt Anpassungen der Breitbandprodukte oder Prozesse im Hinblick auf die Kundenverwaltung dar, welche jeweils in Bezug auf das Einzelhandelsgeschäft vorgenommen wurden. Entsprechende Anpassungen auf der Einzelhandelsstufe führen allerdings auch zu Anpassungen auf der Grosshandelsstufe, ohne dass dadurch die Stellung der Abnehmer des Grosshandelsprodukts prinzipiell verbessert oder verschlechtert wird.

372. An dieser Einschätzung vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführerinnen zur Auswirkung von unvollständigen Substitutionsmöglichkeiten unter Verweis auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise) nichts zu ändern. Als unvollständige Substitutionsmöglichkeit wird dort nämlich der Umstand qualifiziert, dass manche Konsumenten schliesslich auf eine minderwertige Alternative ausweichen, wenn der Preis des gewünschten Gutes allzu hoch wird. Dabei wird zur Frage von massgeblichen Substitutionsgütern gemäss Art. 12 PÜG ausdrücklich festgehalten, dass „[...] eine unvollständige Substitutionsmöglichkeit zwar eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben“ vermag. Sie könne „jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 12 PÜG betrachtet werden, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produktes erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamen Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte“ (BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise, E. 5.5). Mithin bestätigt dieser Entscheid zur Preisüberwachung gerade die kartellrechtliche Feststellung, dass eine unvollständige und damit nicht ausreichende Substituierbarkeit für die Beurteilung der Marktbeherrschung nicht zu berücksichtigen ist. Im Übrigen ergibt sich auch aus diesem Verweis der Beschwerdeführerinnen nicht, welche konkreten Auswirkungen sich auf den Grosshandelsmarkt tatsächlich eingestellt hatten.

373. Gleiches gilt für die Forderung nach Durchführung einer Preiselastizitätsprüfung. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst festhalten, müsste der relevante Markt um das „nächstbeste Substitut“ erweitert werden, wenn die Preiselastizität der Nachfrage die kritische Elastizität übersteigen würde. Da auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen aber gar kein anderes Produkt und damit auch kein nächstbestes Substitut erhältlich war und unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs auch nicht zukünftig erhältlich gewesen wäre, kann auch eine Betrachtung der Preiselastizität auf dem Einzelhandelsmarkt nicht dazu führen, dass auf dem Grosshandelsmarkt ein nicht verfügbares Produkt als nächstbestes Substitut zu berücksichtigen wäre.

374. Die fehlende Berücksichtigung einer regionalen Abgrenzung und der Eigenleistungen ergibt sich bereits aus den Gründen, die vorstehend im Hinblick auf die Abgrenzung des relevanten Markts und die Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs angebracht wurden (vgl. E. 305 f., E. 344 f.).

7) Zwischenergebnis

375. Die Swisscom-Gruppe ist auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte aufgrund der Alleinstellung im aktuellen Wettbewerb, des Fehlens eines potentiellen Wettbewerbs, des fehlenden disziplinierenden Einflusses des Einzelhandelsmarkts, der fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Internetdiensteanbieter sowie deren fehlender Nachfragemacht als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

8) Isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

376. Die Vorinstanz hat im Rahmen des Dispositivs (Ziff. 1) festgestellt, dass die Swisscom-Gruppe im Grosshandelsmarkt für Breitbanddienste bis zum 31. Dezember 2007 über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfügt habe.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

377. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht isoliert festgestellt werden dürfe. Dies begründen sie unter anderem mit dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage und eines entsprechenden Feststellungsinteresses sowie dem Widerspruch zu elementaren strafprozessualen Grundsätzen. Darüber hinaus verweisen sie im Ergebnis auf den zwischenzeitlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Terminierung Mobilfunk.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

378. Die Vorinstanz verweist auf einen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (RPW 2006/4, 698), in der diese entschieden habe, dass „die verfügungsweise Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zulässig sei, wenn im Rahmen der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden nach Kartellgesetz im Einzelfall ein spezifisches öffentliches Interesse an einer solchen Feststellung auszumachen ist“. Dies habe die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Bezug auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in einem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren grundsätzlich bejaht. Das erforderliche öffentliche Interesse ergäbe sich dabei einerseits aus der erweiterten Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG und andererseits aufgrund der Verfahrensökonomie. Ausserdem habe der Gesetzgeber in der Botschaft KG 1995 die selbstständige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung implizit vorgesehen, weil als Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung (Art. 9 Abs. 3 E-KG) gerade vorgegeben werde, dass die Wettbewerbsbehörden die marktbeherrschende Stellung bereits rechtskräftig festgestellt habe. Insofern sei nicht ersichtlich, weshalb die Regulierung von Art. 30 Abs. 1 KG abschliessend sein sollte.

379. Die Vorinstanz macht des Weiteren geltend, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sowohl für das betroffene Unternehmen als auch für die Marktgegenseite und die Konkurrenz von Interesse sei. Dies sei aus verfahrensökonomischer Hinsicht insbesondere im Hinblick auf allfällige Zivilklagen sinnvoll. Auch diene eine einmal festgestellte Marktbeherrschung als Grundlage für eine Neuurteilung.

380. Die Vorinstanz bringt schliesslich vor, dass es sich bei dem Verfahren nach Art. 49a KG um ein Verwaltungs-, nicht um ein Strafverfahren handle und sie ihrerseits auch eine Verwaltungsbehörde und kein Strafgericht sei, weshalb eine Feststellungsverfügung grundsätzlich zulässig sei. Die Feststellungsverfügung komme auch keinem Freispruch zweiter Klasse gleich, da das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung an sich nicht verwerflich sei. Darüber hinaus bestünden eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung.

(3) Würdigung durch das Gericht

381. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6) ist es im Rahmen einer Sanktionsverfügung gemäss Art. 49a KG grundsätzlich weder erforderlich noch zulässig, im Dispositiv die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gesondert vorzunehmen. Dem stehen zum einen die Funktion des Dispositivs und zum anderen das Fehlen einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverwaltungsverfahren entgegen.

382. Das Dispositiv dient der Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses. Es muss daher bei einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung die Rechte und Pflichten des Adressaten in der Sache bestimmen und bei einer Feststellungsverfügung klarstellen, worin die Rechte und Pflichten des Adressaten bestehen (vgl. TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, 273). Eine Endverfügung über eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ist ein Leistungs- oder Gestaltungsentscheid. Die Sanktion wird ausgesprochen, wenn die entsprechenden Tatbestandselemente vorliegen, oder es wird davon abgesehen, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Aus der Verfügungsformel muss demzufolge allein ersichtlich sein, ob eine Sanktion angeordnet oder ob auf deren Verhängung verzichtet wird. Dabei hat sich das Entscheiderkenntnis auf die Rechtsfolge zu beschränken, d.h. die Anordnung einer Sanktion oder den Verzicht auf eine solche. Hingegen sind im Dispositiv keine Ausführungen im Hinblick auf das Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale vorzunehmen; diese bilden ausschliesslich einen Bestandteil der Begründung des jeweiligen Entscheids. Daher ist im Erkenntnis grundsätzlich weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 KG vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.2).

383. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 KG ist allerdings ausschliesslich über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.3).

384. Gemäss Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz hiervon nicht abweicht. Nach Art. 25 VwVG kann eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen. Die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG setzt bei

beiden Varianten voraus, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, welches nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Überdies muss ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden könnte (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; HÄNER, VwVG, Art. 25 Rn. 14, 20; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, Rn. 1279 ff.).

385. Die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode kann grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Deshalb ist es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden; auch wenn hierbei unter Berücksichtigung der prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten auf bereits vorgenommene Untersuchungshandlungen oder Beweismassnahmen zurückgegriffen werden kann (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.5.1). Aus denselben Gründen bedarf es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.5.1). Mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann eine entsprechende Feststellung demzufolge auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden.

386. Die Beschwerde ist insoweit begründet.

VII. Unzulässige Verhaltensweise

387. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Entsprechende Beispiele für solche Verhaltensweisen werden zur Verdeutlichung in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt.

1) Formen des unzulässigen Verhaltens

388. Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG umfasst alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, welche volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen behindern (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.2.1; BGer, 17.6.2003, 2A.520/2002, Entreprises Electriques Fribourgeoises [EEF] gg. Watt Suisse/Weko u.a., BGE 129 II 497 und RPW 2003/4, 912, E. 6.4.2). Solche Verhaltensweisen richten sich überwiegend als sog. Behinderungsmissbrauch gegen andere Wettbewerber oder als sog. Ausbeutungsmissbrauch gegen die jeweilige Marktgegenseite, d.h. Abnehmer bzw. Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.1). Die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ist für jeden Einzelfall danach vorzunehmen, ob die infolge einer Behinderung oder Ausbeutung eingetretenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen sich durch sachlich angemessene Aspekte

rechtfertigen lassen oder nicht (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2). Massstab für die Beurteilung bildet die ausreichende Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb, welche sowohl den Institutionenschutz als auch den Individualschutz umfasst (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2). Das bedeutet, dass der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das jeweilige Verhalten beeinflussten Märkten. Um die Transparenz und Kohärenz einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu gewährleisten, wurden von Praxis und Literatur Fallgruppen bestimmter missbräuchlicher Verhaltensweisen ausgearbeitet, von denen die am häufigsten auftretenden Fallgruppen in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich abgebildet werden. Der Typus eines sonstigen wirtschaftlichen Verhaltens kann verschiedene Tatbestandsmerkmale unterschiedlicher Fallgruppen erfüllen. In derartigen Fällen ist er je nach inhaltlicher Gewichtung seiner Handlungsakte einer Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 KG oder aber als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen. Im Einzelfall kann ein konkretes wirtschaftliches Verhalten auch die Tatbestandsmerkmale verschiedener Fallgruppen erfüllen (vgl. die Darstellung mit zahlreichen Beispielen bei EILMANSBERGER THOMAS/BIEN FLORIAN, in: Bornkamm/ Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, zit. MüK-EuWBR, Art. 102 Rn. 630 f.).

2) Kosten-Preis-Schere

a) Entwicklung und Qualifizierung der Kosten-Preis-Schere

389. Die Wettbewerbskonstellation einer Kosten-Preis-Schere (auch als Beschneidung der Margen oder Margenbeschneidung bezeichnet; engl. margin squeeze oder price squeeze) wurde erstmals 1945 in den USA im wettbewerbsrechtlichen Präzedenzfall *Alcoa (United States v. Aluminium Co. of America et al., 148 F. 2d 416 [2d Cir. 1945])* als Missbrauchstatbestand umschrieben. Gegenstand des Entscheids bildete die Preispolitik von Aluminium Co. of America (nachfolgend: Alcoa), der damals einzigen Aluminiumproduzentin in den USA, die zugleich auch auf dem nachgelagerten Markt im Bereich der Herstellung von Aluminiumerzeugnissen tätig war. Alcoa wurde vorgeworfen, konkurrierende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt durch eine Kombination von niedrigen Endkundenpreisen und hohen Vorproduktpreisen zu verdrängen. Dabei wurde ein Missbrauch darin gesehen, dass Alcoa einerseits mehr als einen „fair price“ für das Vorleistungsprodukt von den Abnehmern verlangte, während sie ihre Preise für die Endprodukte so niedrig ansetzte, dass die konkurrierenden Abnehmer des Vorleistungsprodukts keinen „living profit“ bei der Herstellung von konkurrierenden Endprodukten erzielen konnten. Im Anschluss daran wurden vergleichbare Sachverhalte unter dem Aspekt der Kosten-Preis-Schere geprüft, die teilweise als missbräuchlich (vgl. *City of*

Mishawaka v. Am. Elec. Power Co., 616 F.2d 983 f. [7th Cir. 1980]; Mishawaka II 449 U.S. 1096, 101 S.Ct. 892, 66 L.Ed.2d 824 [1981]; Covad Communication Co. v. Bell South Corp., 374 F.3d 1044, 1050 [11th Cir.] 2004), teilweise aber auch als nicht missbräuchlich (vgl. Town of Concord Mass. et al. v. Boston Edison Co. 915 F.2d 17, 25 [1st. Cir. 1990]) qualifiziert wurden.

390. In der Europäischen Union wurde im Jahr 1988 in einer Entscheidung der EU-Kommission in Sachen Napier-Brown (EU-Kom, 18.7.1988, IV/30.178, Napier Brown gg. British Sugar, ABl. 1988 L 284/41) zur Preispolitik eines britischen Unternehmens, welches ein gesetzliches Monopol für die Herstellung von Rübenzucker inne hatte, Folgendes festgehalten: Wenn ein Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestelltes Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet und dem Preis, den es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten, und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, dann stellt dies einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar.

391. Diese rechtliche Bewertung wurde im Jahr 2000 für einen anderen Sachverhalt durch das (damalige) Europäische Gericht erster Instanz (EuG, 30.11.2000, T-5/97, Industrie des poudres sphériques gg. EU-Kom, EU:T:2000:278) bestätigt. Dabei wurde ausgeführt: Eine als Preisschere bezeichnete Praxis liege vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfüge und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwende, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetze, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügten, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben.

392. Nachdem die EU-Kommission bereits im Jahr 1998 für den Bereich der Telekommunikation in allgemeiner Weise auf die Notwendigkeit zur Vermeidung einer Kosten-Preis-Schere hingewiesen hatte (vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 22.8.1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsmarkt, ABl. 1998 C 256/2, zit. Anwendungsmittteilung Telkom, Ziff. 118) wurden ab dem Jahr 2003 Voraussetzungen, Inhalt und Nachweis des Missbrauchstatbestands einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Verfahren Deutsche Telekom, Telefonica und TeliaSonera (vgl. SV L) auch für den Bereich der Telekommunikation bestätigt und weiter präzisiert.

393. Nach der Praxis der EU-Kommission liegt eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere jedenfalls dann vor, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner

eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken (vgl. EU-Kom, Comp/C1/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 107; EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 283). Diese Definition wurde durch das Europäische Gericht gestützt (EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Telekom, Ziff. 167; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 173) und in nunmehr ständiger Rechtsprechung bestätigt (EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 197 f.; EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 42; EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 104 f.).

394. Seit dem Jahr 2003 wurden weitere 38 Fälle einer Kosten-Preis-Schere in 20 europäischen Ländern festgestellt, wovon 71 % auf Telekommunikationsunternehmen entfielen (vgl. VELJANOWSKI CENTO, Margin Squeeze: An Overview of EU and National Case Law, 2.7.2012, e-Competitions: Competition Law Bulletin Nr. 46442, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.ssrn.com/abstract=2079117, zit. Margin Squeeze, Ziff. 4).

395. Demgegenüber zeichnet sich in der US-amerikanischen Rechtsprechung eine Abkehr von der bisherigen Qualifizierung eines margin squeeze ab. Den Gegenstand des Verfahrens im Fall linkLine (Supreme Court of the United States, 25.2.2009, Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California et al. v. linkLine Communications Inc. et al., 555 U.S. 438, 129 S. Ct. 1109, 172 L.Ed.2d 836 [2009], zit. linkLine; vgl. ZÖTTL JOHANNES, Kein Verbot der Kosten-Preis-Schere im US-amerikanischen Kartellrecht, RIW 2009, 446) bildete die Preisgestaltung bei xDSL-Grosshandelsprodukten durch marktbeherrschende, vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen, die über eine Netzinfrastruktur verfügen, gegenüber Internetdiensteanbietern, die nur auf der Einzelhandelsstufe tätig waren. Der Supreme Court kam zu dem Schluss, dass ein eigenständiger Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere nicht bestehe. Soweit eine wettbewerbsrechtliche Lieferverpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens nicht gegeben sei, könne sich ein Preismissbrauch nur im Fall eines predatory pricings ergeben. Dafür seien allerdings dessen spezifische Prüfungskriterien nachzuweisen. Hingegen treffe ein marktbeherrschendes Unternehmen keine Verpflichtung zur Beachtung einer ausreichenden Marge zu Gunsten seiner Konkurrenten. Denn ein Unternehmen, dem keine wettbewerbsrechtliche Lieferverpflichtung auf einem Grosshandelsmarkt zukomme, könne frei entscheiden, ob und zu welchen Geschäftsbedingungen es vertragliche Vereinbarungen mit Dritten eingehe. Diese Qualifizierung wurde ausdrücklich auch für den Fall vorgenommen, dass die Grosshandelspreise über den Einzelhandelspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens liegen.

396. Gegenstand, Ausgestaltung, Auswirkungen und Rechtsentwicklung der Kosten-Preis-Schere wurden in der wirtschaftswissenschaftlichen und wettbewerbsrechtlichen Literatur beschrieben und kommentiert (vgl. z.B. JEAN TIROLE, Industrieökonomik, 2. dtsh.-sprach. Aufl. 1999, 422 f.). Die rechtliche Qualifizierung des missbräuchlichen Verhaltens einer Kosten-Preis-Schere erfolgt in unterschiedlicher Weise. Verschiedentlich wird sie je nach konkreter Ausgestaltung mehreren der bekannten Fallgruppen des Marktmissbrauchs zugeordnet (vgl. BERGMANN BETTINA, Massstäbe für die Beurteilung

einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, WUW 2001, 234; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 Rn. 137; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.654). In Übereinstimmung mit der EU-Wettbewerbspraxis wird sie teilweise als eigenständiger Tatbestand angesehen (vgl. BULST FRIEDRICH WENZEL, in: Bunte [Hrsg.], Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, zit. LB-KR, Art. 102 Rn. 301; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 353; MERTEN HENK, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004, zit. KPS, 123 ff., 157; KLOTZ ROBERT, Die Preis-Kosten-Schere bei regulierten Entgelten als Verstoss gegen EG-Wettbewerbsrecht, MMR [Multimedia und Recht] 2008, 650, zit. PKS, 653; NILS GUNNAR/JENKINS HELEN/KAVANAGH JAMES, Economics for Competition Lawyers, 2011, zit. Economics, 242, 261; REINERT MANI, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, 91 ff., zit. Preisgestaltung, 145; SCHRÖTER HELMUTH/BARTL ULRICH, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, zit. SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Teilweise wird sie auch den einzelnen Tatbestandsvarianten der Diskriminierung (vgl. BORER, KG, Art. 7 Rn. 18; DE BRONETT, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, zit. Kartellrecht, § 22 Rn. 70; REINERT, SHK-KG, Art. 7 Rn. 17; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.651), der Einschränkung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 452, wobei die Regeln zur Einschränkung mangels eines adäquaten Tests für die Kosten-Preis-Schere im Sinne eines sachgerechten Auffangtatbestands zur Anwendung kommen sollen) oder der Erzwingung zugeordnet (vgl. BORER, KG, Art. 7 Rn. 20; REINERT, SHK-KG, Art. 7 Rn. 24). Andere Ansichten gehen davon aus, dass sich die als Kosten-Preis-Schere bezeichnete Preispolitik vom Missbrauchstatbestand der Preisunterbietung erfassen lasse (vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, MüK-EuWBR, Art. 102 Rn. 541; LOMMLER HANS, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WUW 2011, 244, zit. KPS, 254; PETZOLD DANIEL, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, zit. KPS, 185). In Übereinstimmung mit dem Fall linkLine wird aber auch die Ansicht vertreten, dass eine Kosten-Preis-Schere nur bei Vorliegen einer Lieferverpflichtung als Variante einer Geschäftsverweigerung zu qualifizieren wäre (vgl. AUF'MKOLK HENRIK, From Regulatory Rule to Competition Law: The Case of Margin Squeeze under EU Competition Law, 2011, zit. Margin Squeeze, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.ssrn.com/abstract=1959126, Rn. 3.2.1; EILMANNSBERGER THOMAS, in: Hirsch/Montag/Säcker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, zit. MüK-EuKR, Art. 82 Rn. 534 f.; HEIMLER ALBERTO, Journal of Competition Law & Economics, [2010] 6 [4], 879 ff., 880; O'DONOGHUE ROBERT/PADILLA JORGE, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Aufl. 2013, zit. Art. 102, 395 f.; vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission vom 24.2.2009 zur Anwendung von Art. 82 EG, ABl. 2009 C 45/7, zit. Anwendungsmitteilung Art. 102, Ziff. 75 f., bei der die Kosten-Preis-Schere im Gegensatz zu den bisherigen Entscheiden in Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung behandelt wird) und ansonsten überhaupt kein missbräuchliches Verhalten durch ein marktmächtiges Unternehmen dar-

stelle (vgl. PETIT NICOLAS, Price squeezes with positive margins in EU Competition Law - Economic and legal anatomy of a zombie, 7.5.2014, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.ssrn.com/abstract=2506521, für den Fall, dass der Preis für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt höher ist als der Preis des Vorprodukts; vgl. auch AMSTUTZ MARC, Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht?, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, 151 ff., zit. Wirtschaftsregulierung, nach dem Eingriffe gegenüber Kosten-Preis-Scheren als Massnahmen der Wirtschaftsregulierung und nicht des Kartellrechts zu qualifizieren seien).

b) Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

397. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass der Kern der von der Vorinstanz vorgelegten Begründung darin bestehe, dass die anderen Internetdiensteanbieter aufgrund der tiefen Endkundenpreise keine ausreichende Marge hätten erzielen können. Der Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens sei daher nicht auf eine Diskriminierung ausgerichtet, sondern auf das Nichtgewähren einer ausreichenden Marge für Mitbewerber auf einem Markt. Für marktbeherrschende Unternehmen bestehe allerdings keine allgemeine Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Mitbewerber über eine ausreichende Marge verfügten. Daher könne entsprechend den Feststellungen im Fall linkLine eine Kosten-Preis-Schere von vornherein nicht vorliegen.

398. Des Weiteren erheben die Beschwerdeführerinnen unter Verweis auf Ansichten in der Literatur den Einwand, bei dem Instrument der Kosten-Preis-Schere handle es sich um ein Element der Preisregulierung. Denn die Intention dieser Intervention bestehe nicht im Schutz des Wettbewerbs, sondern darin, bestimmte Ergebnisse zu erzielen. Aufgabe des Kartellgesetzes sei es, im Sinne einer Verhaltenskontrolle die für Wettbewerb erforderlichen Freiräume für wohlfahrtsförderndes unternehmerisches Verhalten zu schaffen, nicht jedoch als Instrument der direkten Wirtschaftsförderung zu fungieren. Bei einer Intervention aufgrund einer Kosten-Preis-Schere bestehe zudem die Gefahr, dass nicht der Wettbewerb, sondern die Wettbewerber geschützt würden. Im Übrigen seien die Wettbewerbsbehörden schlechterdings ungeeignet und überfordert, einen fairen, d.h. rentablen Preis für das Endleistungsprodukt festzulegen unter Berücksichtigung des Preises für das Vorleistungsprodukt, die Preisbildungsmechanismen der beiden Preise sowie einer Profitabilitätsanalyse in Bezug auf die Relation dieser Preise. Daher müsse im Rahmen des Wettbewerbsrechts entsprechend der Argumentation im Fall linkLine auf den Missbrauchstatbestand der Kosten-Preis-Schere verzichtet werden, und entsprechende Sachverhalte müssten ausschliesslich anhand der Missbrauchsvarianten des Ausbeutungsmissbrauchs, der Preisunterbietung oder der Lieferverpflichtung beurteilt werden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

399. Die Vorinstanz macht die Wettbewerbswidrigkeit einer Kosten-Preis-Schere geltend, wobei sie zum einen

im Ergebnis auf die im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargelegten Aspekte abstellt, zum anderen darüber hinaus aber auch das Element der Diskriminierung als Voraussetzung des Tatbestands qualifiziert (vgl. E. 436).

(3) Würdigung durch das Gericht

400. Die inhaltliche Beschreibung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie der hierfür massgeblichen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere ergeben sich aufgrund der bisher in der Wirtschaftspraxis aufgetretenen Konstellationen und der hierzu ergangenen Entscheide.

401. Eine Kosten-Preis-Schere stellt eine missbräuchliche Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens dar, bei der die Preise für zwei Produkte, die auf zwei vertikal miteinander verbundenen Märkten vertrieben werden, in ein solches Missverhältnis gesetzt werden, dass hierdurch die Wettbewerbsbedingungen auf dem vertikal nachgelagerten Markt unangemessen beeinträchtigt werden. Das Missverhältnis zeichnet sich dabei dadurch aus, dass es zu einer Margenbescheidung bei den Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt führt, die es diesen nicht ermöglicht, gewinnbringend auf diesem Markt operieren zu können. Eine Kosten-Preis-Schere liegt demnach dann vor, wenn ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Unternehmen die Preise für ein „Endprodukt“ (auch als Endleistungsprodukt oder Endleistung bezeichnet) auf dem nachgelagerten Endproduktmarkt (auch als Endleistungsproduktmarkt oder Endleistungsmarkt bezeichnet) im Vergleich zu den Preisen für ein „Vorprodukt“ (auch als Vorleistungsprodukt oder Vorleistung bezeichnet), das für die Bereitstellung des Endprodukts verwendet wird, auf dem „Vorproduktmarkt“ (auch als Vorleistungsproduktmarkt oder Vorleistungsmarkt bezeichnet) in einer solchen Weise ansetzt, dass auch effiziente Wettbewerber auf der Stufe des Endproduktmarkts nicht mehr gewinnbringend wirtschaften können, weil sie über keine ausreichende Gewinnmarge verfügen.

402. Die personale Voraussetzung für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere ist ein sog. vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf dem Vorproduktmarkt als auch auf dem Endproduktmarkt tätig ist (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 32; EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 146; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 546; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 353; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 373; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Dabei ist es unerheblich, ob die Bearbeitung der unterschiedlichen Märkte durch verschiedene Abteilungen eines Unternehmens, durch dessen eigenständige Niederlassungen oder selbständige Tochtergesellschaften oder durch verschiedene Gruppengesellschaften eines Konzerns erfolgt.

403. Die strukturelle Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere besteht darin, dass dem vertikal integrierten Unternehmen auf dem Vorproduktmarkt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Ein besonderes Ausmass der Marktbeherrschung wird dabei nicht verlangt (vgl. EuGH, EU:C: 2011:83, TeliaSonera, Ziff. 82; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 546; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 359). Demge-

genüber ist es unerheblich, ob dem Unternehmen auf dem Endproduktmarkt eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 89; EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 146). Es bedarf auch nicht der Feststellung einer in anderer Weise starken oder besonderen Stellung auf diesem Markt (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 89). Unerheblich ist auch die Stellung der Wettbewerber auf dem relevanten Markt (vgl. EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Telekom, Ziff. 167, 193).

404. Eine Kosten-Preis-Schere setzt kein Ausschliesslichkeitsverhältnis zwischen dem Vorprodukt und dem Endprodukt voraus. Das Vorprodukt muss demnach für die Bereitstellung des Endprodukts nicht unerlässlich sein (vgl. EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 75; EuGH, EU:C:2011: 83, TeliaSonera, Ziff. 69 f.; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 180 f.; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuKR, Art. 102 Rn. 549; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 358). Regelmässig wird eine Kosten-Preis-Schere zwar nur dann umgesetzt werden können, wenn den Abnehmern des Vorprodukts keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuKR, Art. 102 Rn. 549; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 358; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 367, 374). Grundsätzlich ist es angesichts der marktbeherrschenden Stellung des vertikal integrierten Unternehmens aber durchaus möglich, dass sich wettbewerbswidrige Auswirkungen auch dann einstellen, wenn den Abnehmern in einem gewissen Umfang Ausweichmöglichkeiten verbleiben. Daher ist eine Kosten-Preis-Schere in derartigen Fällen nicht per se ausgeschlossen (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 72; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 358).

405. Die wettbewerbswidrige Tathandlung besteht in der Herbeiführung eines Missverhältnisses zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 108; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 353; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Dieses Missverhältnis kann durch eine zu hohe Ansetzung des Preises für das Vorprodukt oder eine zu niedrige Ansetzung des Preises für das Endprodukt oder einer Kombination aus beiden Preisansetzungen herbeigeführt werden (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 187; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 353; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 367). Massgeblich ist dabei allein die Differenz zwischen den beiden Preisen. Demgegenüber ist es unerheblich, ob der Preis für das Vorprodukt im Sinne einer wettbewerbswidrigen Preisausbeutung unangemessen hoch, oder ob der Preis für das Endprodukt im Sinne einer wettbewerbswidrigen Preisunterbietung unangemessen niedrig ist (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 34, 98; EuGH, EU:C: 2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 183; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 360; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Das bedeutet, dass allein die Margenbescheidung zur Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere führt (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 187).

406. Im Gegensatz zum Tatbestand der Preisunterbietung ist auch der Umstand grundsätzlich unerheblich, ob die fragliche Preisgestaltung zu Verlusten des marktbe-

herrschenden Unternehmens führt oder ob dieses allfällige Verluste auf dem Endproduktmarkt durch Gewinne auf dem Vorproduktmarkt ausgleichen kann (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera*, Ziff. 99 f.; EILMANNSBERGER/BIEN, MÜK-EuKR, Art. 102 Rn. 551; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 360; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309; a.A. REINERT, Preisgestaltung, Rn. 4.142, nach dem die Wiederanhebung bzw. die Verringerung der Ausbringungsmenge eine notwendige Voraussetzung der Missbräuchlichkeit bildet). Diese Unerheblichkeit gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich neue Märkte aufgrund von neuen investitionsbedürftigen Technologien bilden. Denn gerade bei derartigen Märkten muss sichergestellt werden, dass sich normale Wettbewerbsbedingungen einstellen und sich nicht aufgrund von missbräuchlichen (Preis-)Strategien eines marktbeherrschenden Unternehmens eine verzerrte Wettbewerbsstruktur bildet (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera*, Ziff. 105 f.). Allerdings sind die Gründungs- und Investitionskosten des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem von ihm beherrschten Vorproduktmarkt im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere zu berücksichtigen (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera*, Ziff. 110).

407. Unerheblich ist ferner, ob es sich bei den Abnehmern des Vorprodukts um bestehende oder neue Kunden des vertikal integrierten Unternehmens handelt (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, *TeliaSonera*, Ziff. 92; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 360).

408. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen kommt einem vertikal integrierten Unternehmen daher die Verpflichtung zu, seine Preise für ein Vorprodukt auf dem vorgelagerten Markt und für ein Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt in einer Weise auszugestalten, dass den Abnehmern des Vorprodukts als Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt eine ausreichende Marge verbleibt, welche die Möglichkeit zu einem kompetitiven Verhalten eröffnet.

409. Diese Anforderung kann auch beim Fehlen einer wettbewerbsrechtlichen Lieferverpflichtung nicht entsprechend der Argumentation im Fall *linkLine* mit einem Verweis auf die Vertragsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens widerlegt werden. Denn selbstverständlich steht in derartigen Fällen auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Entscheidungsfreiheit zu, ob es zur Vermarktung eines Vorprodukts überhaupt bestimmte vertragliche Beziehungen zu Dritten eingehen will oder ob es das Vorprodukt durch die Verwendung in einer eigenen Wertschöpfungskette auch als Endprodukt selbst vermarktet. Bei einer Selbstvermarktung der Produkte übernimmt das Unternehmen die Vor- und Nachteile dieser Vertriebsform, wobei die wettbewerbsrechtlichen Komplikationen aus vertraglichen Beziehungen zu Dritten, die als Abnehmer des Vorprodukts auftreten, entfallen. Soweit sich ein marktbeherrschendes Unternehmen - aus welchen Gründen auch immer - gegen die Selbstvermarktung eines Vorprodukts entscheidet und Dritte vollständig in die weitere Wertschöpfungskette zur Vermarktung des Vorprodukts einbezieht, ergeben sich aufgrund dieser Entscheidung aber auch gewisse wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen gegenüber den einbezogenen Dritten. Die am häufigsten relevanten Ver-

pflichtungen, wie etwa eine diskriminierungs- und koppelungsfreie sowie sachlich angemessene Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen, sind dabei durch den Gesetzgeber als Tatbestandsvarianten beispielhaft ausdrücklich statuiert worden. Diese Einschätzung gilt in gleicher Weise zum einen auch bei einem vertikal integrierten Unternehmen, wenn die Dritten nur teilweise einbezogen werden, weil das vertikal integrierte Unternehmen auch eine gewisse Selbstvermarktung des Produkts im Rahmen einer eigenen Wertschöpfungskette durchführt. Denn die grundsätzliche Beeinträchtigung des Marktgeschehens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, welche die sachliche Rechtfertigung für die Statuierung besonderer Missbrauchstatbestände bildet, ist umso mehr gegeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gleichzeitig auch noch als Konkurrent auf einem nachgelagerten Markt auftritt. Zum anderen gilt diese Einschätzung nicht nur für die durch den Gesetzgeber beispielhaft statuierten Fallgruppen, sondern auch für die anderen Sachverhalte, die der Generalklausel unterstehen. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich einer Ausgestaltung der Produktpreise für das Vorprodukt und der hiervon abgeleiteten Endprodukte kann demzufolge nicht gegen die Anerkennung eines Missbrauchstatbestands der Kosten-Preis-Schere angeführt werden, weil die Vertragsfreiheit in gleicher Weise durch die anerkannten Missbrauchstatbestände der Diskriminierung, der Ausbeutung und der Koppelung eingeschränkt wird. Ansonsten hätte die Begründung des *linkLine*-Urteils bei konsequenter Anwendung zur Folge, dass bei Fehlen einer Lieferverpflichtung das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens überhaupt keinen Einschränkungen durch die Regeln über ein missbräuchliches Verhalten unterstehen würde. Dieses Ergebnis würde offensichtlich der wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung widersprechen, auch und gerade im Einflussbereich von marktbeherrschenden Unternehmen einen ausreichend wirksamen Wettbewerb sicherzustellen (vgl. Botschaft KG 1995, 518, 547).

410. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, bei dem Instrument der Kosten-Preis-Schere handle es sich um ein Element der Wirtschaftsregulierung, ist sachlich nicht überzeugend. Ziel der wettbewerbsrechtlichen Prüfung ist nicht die abstrakte Feststellung eines angemessenen Preises für ein Vor- und/oder Endprodukt, sondern die Prüfung, ob angesichts eines konkret vorhandenen Preisverhältnisses zwischen zwei Preisen die Möglichkeit zu einem profitablen Wirtschaften besteht. Diese Prüfung muss auch nicht aus sachlichen Gründen zwingend von einer Regulierungsbehörde durchgeführt werden. Im Übrigen wurde jedenfalls für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen eine entsprechende Zuweisung des Gesetzgebers zur Wirtschaftsregulierung ausdrücklich abgelehnt. So hält die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz gerade fest, dass die Massnahmen des Wettbewerbsrechts ausreichend sind und sich in den meisten Fällen bewährt haben. Aus diesem Grund sei ein mit beträchtlichen Kosten verbundenes System, aufgrund dessen ein Regulator in den Markt eingreifen könne, nicht erforderlich (Botschaft FMG 2007, 7963 Ziff. 1.2.3).

c) Wettbewerbswidrige Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

411. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass ausserhalb regulierter Bereiche eine Kosten-Preis-Schere nicht vorliegen könne und die Swisscom-Gruppe im vorliegenden Sachverhalt auch keine Veranlassung zur Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere gehabt habe.

412. Zunächst tragen die Beschwerdeführerinnen vor, dass sich eine Intervention gegen Kosten-Preis-Scheren in nicht regulierten Märkten anerkanntermassen nachteilig auswirke. Daher hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob eine Intervention angesichts der Erkenntnisse der ökonomischen Literatur und der Praxis in anderen Ländern überhaupt angezeigt gewesen sei, weil unbestimmte Rechtsbegriffe des KG, wie „missbräuchliche Verhaltensweisen“ oder „Behinderungen von Konkurrenten“, innerhalb des Schutzzwecks des Kartellgesetzes zur Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs auszulegen seien.

413. Des Weiteren behaupten die Beschwerdeführerinnen, dass die konkrete Marktkonstellation für sie keinerlei Anreiz geboten habe, eine Kosten-Preis-Schere zu praktizieren, weil dies letztlich mit dem Risiko verbunden gewesen wäre, Endkunden an Kabelnetzbetreiber zu verlieren. Auch dass die Gewinne fast ausschliesslich im Grosshandelsgeschäft angefallen seien, würde nichts Gegenteiliges belegen, weil die Beschwerdeführerinnen umso mehr an einer möglichst grossen Nachfrage nach dem Grosshandelsprodukt hätten interessiert sein müssen. Würden die anderen Internetdienstleister als Kunden des Grosshandelsprodukts BBCS nämlich aus dem Markt gedrängt, würden die Gewinne der Swisscom-Gruppe im Grosshandelsgeschäft geschmälert. Denn ein Teil der Endkunden der verdrängten BBCS-Kunden würde zu den Kabelnetzbetreibern abwandern, während vermutlich nur ein kleinerer Teil dieser Endkunden zur Swisscom-Gruppe wechseln würde. Zudem hätte nach dem unterstellten Konzept der Vorinstanz eine Verdrängung der Konkurrenten auf der Einzelhandelsstufe zwar eine Vergrösserung des Marktanteils von Bluewin zur Folge gehabt, wobei dies aber gleichzeitig mit einer Erhöhung der Verluste auf der Einzelhandelsstufe einhergegangen sei. Es sei daher ersichtlich, dass sich kein wirtschaftlicher Nutzen für die Swisscom-Gruppe aus der Durchführung einer Kosten-Preis-Schere ergeben habe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

414. Die Vorinstanz weist in Bezug auf die volkswirtschaftliche Schädlichkeit von Kosten-Preis-Scheren darauf hin, dass sie wegen der Verringerung des Angebots für Endkunden und wegen der sich ergebenden Monopolrente zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens zu volkswirtschaftlichen Schäden führe. Dies bestätige auch die EU-Wettbewerbspraxis, welche bereits mehrfach Sanktionen basierend auf dem Tatbestand der Kosten-Preis-Schere ausgesprochen habe. Daher sei eine Intervention angezeigt.

415. Im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt macht die Vorinstanz geltend, dass die Swisscom-Gruppe einen sehr grossen Anreiz zur Anwendung einer

Kosten-Preis-Schere gehabt habe. Aufgrund des Verhältnisses zwischen Gross- und Einzelhandelspreisen habe ein strukturelles Defizit vorgelegen, weil die Internetdienstleister ihre laufenden Kosten nicht aus den laufenden Erträgen hätten begleichen können. Damit habe die Swisscom-Gruppe verhindert, dass ihre Konkurrenten in grösserem Masse Marktanteile gewinnen konnten. Da es sich die Internetdienstleister aus strategischer Sicht nicht leisten könnten, auf Angebote im xDSL-Bereich zu verzichten, seien diese gezwungen gewesen, ihre Internetangebote quer zu subventionieren, was wiederum dazu führe, dass die Preise in anderen Märkten ebenfalls tendenziell überhöht sein könnten. Deshalb profitierten die Beschwerdeführerinnen nicht nur bei einer Verdrängung ihrer Konkurrenten auf der Einzelhandelsstufe, sondern sie würden diese damit dazu bringen, das Preisniveau auch auf anderen Märkten hoch zu halten.

416. Selbst bei einem Ausscheiden eines Konkurrenten auf der Einzelhandelsstufe würde nicht einfach die entsprechende Menge an nachgefragten Breitbandprodukten sinken. Dies hätte vielmehr die Verlagerung der Kunden entweder zu Bluewin, einem anderen Internetdienstleister oder zu einem Kabelnetzbetreiber zur Folge. Da Letztere - wie die Beschwerdeführerinnen selbst behaupten und darlegen - keine vollwertigen Substitute gewesen seien, wären sie vom Endkunden nicht als gleichwertig erachtet worden. Aufgrund dieser Konstellation hätte die Swisscom-Gruppe aus zweierlei Hinsicht einen Anreiz gehabt, eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden. Einerseits, um das Preisniveau auf dem Einzelhandelsmarkt durch die zu hohen Grosshandelspreise zu beeinflussen, und andererseits, um die Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt zu verdrängen, sollte Ersteres nicht möglich sein.

(3) Würdigung durch das Gericht

417. Die Strategie der Kosten-Preis-Schere basiert auf einer bestimmten Kombination von Vor- und Endproduktpreisen auf zwei unterschiedlichen, vertikal angeordneten Märkten, sodass die Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt über keine ausreichende Spanne bzw. Marge mehr verfügen (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 364, welche diesen Umstand als "key point" bezeichnen; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 359).

418. Die Umsetzung einer Preis-Kosten-Schere wird durch einen zweidimensionalen Missbrauchscharakter gekennzeichnet. Die vertikale Integration im Verbund mit der Marktbeherrschung auf dem Vorproduktmarkt ermöglicht es dem betreffenden Unternehmen, im vertikalen Verhältnis durch die Preisgestaltung für das Vorprodukt auf dessen Abnehmer Druck auszuüben. Gleichzeitig ermöglicht die vertikale Integration im Verbund mit der Verarbeitung des Vorprodukts und dem Tätigwerden auf dem Endproduktmarkt, durch die Preisgestaltung des Endprodukts im horizontalen Verhältnis Druck auf die Abnehmer als Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt auszuüben. Aufgrund des Tätigwerdens eines marktbeherrschenden Unternehmens als vertikal integriertes Unternehmen entlang der Wertschöpfungskette kommt diesem die Möglichkeit zu, einerseits Abnehmer für die Vermarktung des Vorprodukts einzuspannen,

andererseits diese Abnehmer gleichzeitig als Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt unter Wettbewerbsdruck zu setzen. Einem marktbeherrschenden Unternehmen wird durch diese Strategie ermöglicht, seine besondere Marktmacht nicht nur auf dem vorgelagerten Markt auszuüben, sondern darüber hinaus auch auf dem nachgelagerten Markt einzusetzen und auszudehnen. Durch eine entsprechende Gestaltung der Preise für Vor- und Endprodukt kann die Wirkung der Kosten-Preis-Schere auf die Erzielung einer Kartellrendite, die Beeinträchtigung oder sogar Verdrängung der Konkurrenten oder die Beeinträchtigung weiterer Märkte ausgerichtet sein (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 354; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 368 f.; PETZOLD, KPS, 74 ff.).

419. Die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Kosten-Preis-Schere ergibt sich aus mehreren Aspekten. Die fehlende Marge in Bezug auf das Endprodukt führt dazu, dass die Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt über keine ausreichende Wettbewerbsfähigkeit verfügen. Dadurch ist es ihnen nicht möglich, tatsächlich in Wettbewerb zum vertikal integrierten Unternehmen zu treten. Die Konkurrenten können daher nicht durch eigene Preissenkungen das vertikal integrierte Unternehmen so unter Druck setzen, dass es die Preise für das Vorprodukt senken muss, um selbst auf dem Endproduktmarkt wieder konkurrenzfähig zu sein und gleichzeitig profitabel zu bleiben. Darüber hinaus muss regelmässig eine Quersubventionierung des Endprodukts durch andere Produkte erfolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt im Bündel mit anderen Produkten angeboten wird. Dadurch wird die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf den benachbarten Märkten der Bündelprodukte beeinträchtigt. Insgesamt ermöglicht eine Kosten-Preis-Schere dem vertikal integrierten Unternehmen einerseits, auf dem Vorproduktmarkt eine Kartellrendite für das Vorprodukt zu erzielen, und andererseits die Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt zu verdrängen. In jedem Fall wird das Angebot auf dem nachgelagerten Markt zu Lasten der Endkunden beeinträchtigt. Zudem kann dieser Effekt auch auf Märkte für weitere Produkte übertragen werden.

420. Die schädlichen Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere treten insbesondere dann deutlich zu Tage, wenn sich Vor- und Endleistungsprodukt nur unwesentlich voneinander unterscheiden und den Abnehmern und Konkurrenten daher auch keine Möglichkeiten verbleiben, Effizienzgewinne im Rahmen der Wertschöpfungskette zu erzielen, die zur Herbeiführung eines Wettbewerbsdrucks auf das vertikal integrierte Unternehmen genutzt werden könnten.

421. Vorliegend ist das Grosshandelsprodukt BBCS mit dem Einzelhandelsprodukt xDSL technisch praktisch identisch, lediglich die Vermarktung unterscheidet sich nach Zielgruppe und Geschäftsbedingungen. Die anderen Internetdienstanbieter haben daher keine Möglichkeit, im Rahmen einer eigenständigen Verarbeitung des Vorprodukts BBCS Effizienzgewinne zu erzielen, um diese im Wettbewerb gegenüber der Swisscom-Gruppe einzusetzen. Vielmehr sind sie dazu gezwungen, die mangelnde Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts durch andere Geschäftsbereiche quer zu subventionie-

ren. Für die grössten Internetdienstanbieter, die als Anbieter in allen Geschäftsbereichen an Telekommunikationsdienstleistungen auftreten, bedeutet dies, dass die Erträge aus diesen Geschäftsbereichen zur Finanzierung des Internetgeschäfts herangezogen werden müssen, wodurch auch ihre Wettbewerbsfähigkeit in diesen Märkten gegenüber der Swisscom-Gruppe beeinträchtigt wird. Die Chancengleichheit der Wettbewerber ist zum Schaden der Verbraucher demzufolge nicht gegeben, weshalb das System eines unverfälschten Wettbewerbs vereitelt wird (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 204).

422. Im Hinblick auf die Einwendung der Beschwerdeführerinnen, sie hätten keine Veranlassung zur Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere gehabt, ist festzuhalten, dass eine bestimmte Intention auf Seiten des Unternehmens weder ein objektives noch ein subjektives Tatbestandsmerkmal einer Kosten-Preis-Schere darstellt. Massgebend ist ausschliesslich die Ausgestaltung eines Missverhältnisses zwischen den Preisen des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts. Das Vorliegen oder das Fehlen einer entsprechenden Veranlassung ist demzufolge völlig unerheblich.

423. Angesichts der von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Stellungnahmen ist der Vollständigkeit halber dennoch darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Sachverhalt eine beispielhafte Konstellation für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere darstellt. Das Verhalten der Swisscom-Gruppe muss dabei im Zusammenhang mit der technischen, wirtschaftlichen und regulatorischen Entwicklung des Breitbandmarkts beurteilt werden.

424. Aufgrund der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerinnen ergab sich in den Jahren 1999/2000 die nachfolgend beschriebene Ausgangslage für den Geschäftsbereich der (Breitband-)Internetdienstleistungen. Die Kabelnetzbetreiber hatten einen erheblichen sachlichen und wirtschaftlichen Vorteil, weil sie bereits mit entsprechenden Produkten auf dem Markt präsent waren. Demgegenüber musste die Swisscom-Gruppe diesen Geschäftsbereich erst vollständig neu entwickeln. Dabei bestand die Gefahr, durch ein weiteres Zuwarten mit dem Markteintritt die Chancen zu verschlechtern, diesen Vorsprung später aufholen zu können. Die Entwicklung des Geschäftsbereichs verlangte aber beachtliche Anfangsinvestitionen in Millionenhöhe für die Infrastruktur. Ungeachtet dessen war der Markterfolg von Breitbandinternet zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar, weshalb ein hohes Risiko verblieb, ob sich die notwendigen Investitionen auch lohnen würden.

425. Vor diesem Hintergrund war es wirtschaftlich von Bedeutung, die übrigen Fernmeldedienstanbieter ebenfalls für eine Mitwirkung beim Breitbandinternet gewinnen zu können. Denn die Erweiterung der Kundenbasis für DSL durch die potentiellen Kunden der anderen Internetdienstanbieter führte dazu, dass diese mittelbar ebenfalls an der Finanzierung der Infrastrukturmassnahmen beteiligt wurden, und dass dem Bereich des drahtgebundenen Breitbandinternets gegenüber den kabelgebundenen Breitbandinternetprodukten ein grösseres Gewicht verliehen wurde. Aus diesem Grunde wurde den übrigen Internetdienstanbietern auf freiwilliger

vertraglicher Basis das Vorleistungsprodukt BBCS angeboten.

426. Für die anderen Internetdiensteanbieter bestand keine andere Möglichkeit, Breitbandangebote zu entwickeln. Von Seiten der Kabelnetzbetreiber wurde kein Grosshandelsprodukt angeboten. Den Zugang zum Festnetz hatte die Swisscom-Gruppe für andere Anbieter von Telekommunikationsleistungen seit 1998 jeweils verweigert und diese Verweigerung in den Verfahren CommCare I und II, Sunrise I und II sowie Marktzugang schneller Bitstrom vor dem Bundesgericht und dem Bundesverwaltungsgericht nahezu ein Jahrzehnt verteidigt (vgl. SV E), bis im Rahmen des Verfahrens Marktzugang schneller Bitstrom im Jahr 2009 die rechtsverbindliche Feststellung der Marktbeherrschung und der Verpflichtung zur Zugangsgewährung getroffen worden war (vgl. SV K.e).

427. Allerdings war aufgrund der regulatorischen Aktivitäten zur Sicherstellung einer Interkonktionsverpflichtung zu Lasten eines marktbeherrschenden Unternehmens im In- und Ausland auch für die Swisscom-Gruppe erkennbar, dass der Zeitraum für die monopolartige Vermarktung des Grosshandelsprodukts BBCS zeitlich beschränkt war. Dies wurde in der Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes im Jahr 2003 deutlich zum Ausdruck gebracht. Vom Bundesrat wurde ausdrücklich festgehalten, dass der mangelnde Wettbewerb „in erster Linie auf den fehlenden direkten Zugang der alternativen Anbieterinnen zu den Nutzerinnen und Nutzern zurückzuführen“ sei. Solange die ehemalige Monopolistin bei Teilnehmeranschlüssen und Mietleitungen eine beherrschende Stellung einnehme, bleibe dieser Engpass bestehen. „Da die Hürden für den Markteinstieg relativ schwer zu überwinden sind, sind die alternativen Anbieterinnen weitgehend von den Diensten der ehemaligen Monopolistin abhängig, um ihre eigenen Dienste den Teilnehmerinnen und Teilnehmern anbieten zu können“ (Botschaft FMG 2007, 7957 Ziff. 1.1.2.1). Es war daher offensichtlich, dass mit Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf den Zugang zu den regulierten Produkten TAL und schneller Bitstrom für andere Internetdiensteanbieter die Preisgestaltung für das freiwillige Breitbandprodukt BBCS an die regulierten Preise jener Produkte anzupassen war.

428. Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen ihres Vorbringens selbst bestätigt, dass die Einführung der neuen regulierten Produkte TAL und schneller Bitstrom infolge der Änderung des Fernmeldegesetzes den Internetdiensteanbietern ermöglicht habe, sich von der einseitigen Abhängigkeit vom freiwilligen Grosshandelsangebot BBCS der Swisscom-Gruppe zu befreien. Danach habe die technische und kommerzielle Ausgestaltung dieser Produkte ermöglicht, dass die anderen Internetdiensteanbieter die Swisscom-Gruppe im Breitbandmarkt auf Einzelhandelsstufe stärker konkurrenzieren könnten. Swisscom habe diese neuen Angebote beim Grosshandelsprodukt BBCS berücksichtigen müssen. Die regulierten Produkte hätten demzufolge den tatsächlichen Verhaltensspielraum der Swisscom-Gruppe beeinflusst. Nach Einführung der regulierten Produkte sei

für das Vorprodukt BBCS auch ein Rückgang zu verzeichnen gewesen.

429. Die Swisscom-Gruppe hatte demzufolge ein offensichtliches Interesse daran, die Grosshandelspreise für die BBCS-Produkte bis zum Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung zur Bereitstellung eines regulierten Zugangs zu den Endkunden gegenüber den anderen Internetdiensteanbietern endgültig rechtsverbindlich wurde, so hoch wie möglich zu halten. Diese Intention hat sie mehrere Jahre nach Einführung des Breitbandinternets auch dann noch beibehalten, als auf der Grosshandelsstufe die Anfangsinvestitionen ausgeglichen und darüber hinaus erhebliche Gewinne erzielt wurden, während andererseits auf der Einzelhandelsstufe immer noch erhebliche Verluste aufliefen.

430. Wie der vorliegende Sachverhalt belegt, besteht auch in einem nicht regulierten Bereich die Möglichkeit, dass ein Unternehmen die Strategie einer Kosten-Preis-Schere verfolgt. Die Beschwerdeführerinnen belegen auch nicht, dass eine anerkannte Ansicht die Möglichkeit des Auftretens einer Kosten-Preis-Schere für die vorliegende Sachverhaltskonstellation ausschliesst. Insofern kommt allgemein gehaltenen Aussagen zu den Auswirkungen einer Kosten-Preis-Schere nicht ein solches Gewicht zu, dass sie eine Beurteilung unter Ausserachtlassung der tatsächlich vorliegenden Konstellation rechtfertigen würden.

431. Im Übrigen räumen auch die Beschwerdeführerinnen ausdrücklich ein, dass ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden nachvollziehbar sei, wenn wie im Fall Deutsche Telekom der Grosshandelspreis über dem Einzelhandelspreis liege oder wie im Fall Wanadoo Interactive eine Verdrängungsstrategie nachgewiesen sei (EU-Kom, 16.7.2003, Comp/ 38.233, Wanadoo Interactive, zit. Wanadoo Interactive). Die Beschwerdeführerinnen bestätigen damit, dass unabhängig vom Regulierungscharakter der jeweiligen Branche Konstellationen auftreten können, bei denen ein Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG und damit auch eine Kosten-Preis-Schere festzustellen ist. Demzufolge ergibt sich bereits aus dem eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ein sachlicher Widerspruch zu den von ihnen angeführten Theorien über die Unmöglichkeit eines Auftretens von Kosten-Preis-Scheren in nicht regulierten Branchen. Der entsprechende Einwand ist daher unbeachtlich.

432. Schliesslich ist auch die Argumentation der Beschwerdeführerinnen zum wirtschaftlichen Nutzen einer Verdrängung von Konkurrenten widersprüchlich. Wenn die Kabelnetzbetreiber im massgeblichen Zeitraum angesichts des von der Swisscom-Gruppe vertriebenen Breitbandangebots auf Einzelhandelsstufe keine vollwertigen Konkurrenten darstellten, wie dies von den Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die von Ihnen vertriebenen Produkte und insbesondere den gewährten Kundendienst behauptet wird, dann bestand angesichts der tatsächlichen Marktentwicklung auch keine Gefahr, dass ein grösserer Anteil an Kunden der anderen Internetdiensteanbieter zu Kabelnetzbetreibern anstatt zur Swisscom-Gruppe abgewandert wäre.

d) Abgrenzung der Kosten-Preis-Schere

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

433. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Hinweis auf den neuen Entscheid *linkLine* im US-amerikanischen Recht zum einen geltend, dass ein eigenständiger Missbrauchstatbestand einer Kosten-Preis-Schere nicht anzuerkennen sei. Vielmehr sei die Kosten-Preis-Schere nur dann missbräuchlich, wenn entweder eine Lieferverweigerung oder eine Preisunterbietung vorliege.

434. Zum anderen wird von den Beschwerdeführerinnen vorgetragen, dass der in der vorinstanzlichen Verfügung als massgeblich qualifizierte Tatbestand der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht erfüllt worden und eine Sanktionierung daher ausgeschlossen sei. Der Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere enthalte keine Diskriminierung von Handelspartnern. Auch die Swisscom-Gruppe habe alle Handelspartner und die konzerninternen Einheiten immer gleich behandelt, weshalb keine Diskriminierung vorliegen könne. Da das zentrale Merkmal des objektiven Tatbestands fehle, könne der gesetzliche Tatbestand nicht verwirklicht worden sein. Der Vorwurf einer angeblich indirekten Diskriminierung sei schon deshalb unbeachtlich, weil in der vorinstanzlichen Verfügung nicht begründet werde, worin die Ungleichbehandlung zu sehen sei. Unter den von der Vorinstanz angeführten Verweisen zur Kosten-Preis-Schere werde ebenfalls kein Bezug zu einer Diskriminierung hergestellt. Vielmehr führe die Vorinstanz zur Begründung an, dass die anderen Internetdienst-anbieter aufgrund der tiefen Endkundenpreise keine ausreichende Marge hätten erzielen können. Der Vorwurf sei daher nicht auf eine Diskriminierung ausgerichtet, sondern auf das Nichtgewähren einer ausreichenden Marge.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

435. Die Vorinstanz subsumiert die unzulässige Verhaltensweise grundsätzlich unter eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Hierzu führt sie an, dass bei Kosten-Preis-Scheren die Diskriminierung indirekt erfolge, indem die Abnehmer zwar grundsätzlich zu gleichen Bedingungen die Vorprodukte beim marktbeherrschenden Unternehmen beziehen könnten, jedoch der Weiterverkauf an die Endkunden aufgrund der Endkundenpreise des vertikal integrierten Anbieters wegen zu knapper Margen nur mit Verlusten erfolgen könne. Dadurch ergebe sich eine Ungleichbehandlung, weil das marktbeherrschende Unternehmen die Verluste auf dem Endproduktmarkt durch die Gewinne auf dem Vorproduktmarkt ausgleichen könne. Allerdings bezeichnet die Vorinstanz das Verhalten im Dispositiv nicht als Diskriminierung, sondern als Missverhältnis zwischen Gross- und Einzelhandelspreisen der Swisscom-Gruppe. Zudem stützt sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer rechtlichen Ausführungen ohne Weiteres auf die EU-Wettbewerbspraxis ab, ohne dabei auf die unterschiedlichen tatbestandlichen Grundlagen einzugehen. Im Laufe des Verfahrens hat die Vorinstanz unter Verweis auf neuere Ansichten in der Literatur darauf hingewiesen, dass durch verschiedene Arten von Kosten-Preis-Scheren auch die Beispielstatbestände des Art. 7 Abs. 2 Bst. c und d KG erfüllt werden könnten. Schliesslich macht sie geltend, dass eine unterschiedli-

che Klassifizierung für die Sanktionierung des Verhaltens nicht von Bedeutung sei.

(3) Würdigung durch das Gericht

436. Der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere unterscheidet sich in Bezug auf den wettbewerbswidrigen Charakter von den übrigen potentiell einschlägigen Varianten eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG in Form der Diskriminierung, Geschäftsverweigerung, Erzwingung oder Preisunterbietung, auch wenn teilweise gewisse inhaltliche Überschneidungen gegeben sind (vgl. MÖSCHEL/FUCHS, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 362). Grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal bildet der Umstand, dass bei einer Kosten-Preis-Schere eine zweidimensionale vertikale und horizontale Druckausübung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens ausgeht (vgl. EU-Kom, Anwendungsmitteilung *Telkom*, Ziff. 118: „2-facher Preisdruck“; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 353, 359), während bei den anderen Fallgruppen jeweils nur eine eindimensionale horizontale oder vertikale Druckausübung stattfindet. Deshalb ist der Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen.

437. Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen bestimmte Dritte im Vergleich zu anderen ohne objektiven Grund benachteiligt. Im Fall der Kosten-Preis-Schere wird teilweise angenommen, es liege eine Diskriminierung vor, wenn Erträge aus einem (Monopol-)Bereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, der ein strukturelles Defizit aufweist (vgl. BORER, KG, Art. 7 Rn 18), weil das marktbeherrschende Unternehmen die für den nachgelagerten Markt zuständige Unternehmenseinheit mittels Transferpreisgestaltung indirekt besser Stelle als die Konkurrenten auf diesem Markt (vgl. DE BRONETT, in: Wiedemann [Hrsg.], *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 70; OSTENDORF PARICK/GRÜN ANSELM, *Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen Kartellrecht*, WuW 2010, 950, 956; im Ergebnis ebenso REINERT, SHK-KG, Art. 7 Rn. 17). Gegenüber einer Einstufung der Kosten-Preis-Schere als Diskriminierung wird demgegenüber eingewendet, dass es bei rein firmeninternen Vorgängen strukturell und bei gruppeninternen Vorgängen wegen des Konzernprivilegs - das auch im Rahmen eines Marktmissbrauchs zur Anwendung gelangen müsse - ausgeschlossen sei, die vertikal integrierte Unternehmenseinheit als Handelspartner im Sinne der Vorschrift zu behandeln und eine Ungleichbehandlung zu konstruieren (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 82 Rn. 362; MERTEN, KPS, 89 f., 121 f.; ausführlich PETZOLD, KPS, 163 f.; ebenso allgemein AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 224; im Ergebnis lehnt auch AMSTUTZ, *Wirtschaftsregulierung*, 160, eine Qualifizierung als Diskriminierung wegen der unterschiedlichen Ausrichtung gegenüber dem Tatbestand einer Preis-Kosten-Schere ab). Für die Abgrenzung einer Kosten-Preis-Schere gegenüber einer Diskriminierung kommt allerdings einem anderen Aspekt massgebliche Bedeutung zu. Dem Verhältnis zwischen dem internen Preis, der intern gegenüber der auf dem nachgelagerten Markt tätigen, vertikal

integrierten Einheit des marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen der buchhalterischen Erfassung als Abgrenzungspreis innerhalb einer Firma oder als Transferpreis gruppenintern für das Vorprodukt angesetzt wird, und dem externen Preis, den das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber den externen Abnehmern des Vorprodukts berechnet, kommt für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere keine Bedeutung zu. Sowohl der Abgrenzungspreis, der nur eine Position im Rahmen der internen Kostenrechnung darstellt, als auch der Transferpreis können als rein unternehmensinterne Daten grundsätzlich beliebig angesetzt werden, weshalb ihnen kein relevanter Aussagewert zukommt. Soweit der Transferpreis dem externen Preis entspricht, ergibt sich im Aussenverhältnis formal auch gar keine Ungleichbehandlung. Aus diesem Grunde stellt der Nachweis einer Kosten-Preis-Schere gerade nicht auf den internen Preis des Unternehmens ab (vgl. E. 448, 449). Die Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preis-Schere ergibt sich vielmehr aus einer unzureichenden Preisdifferenz zwischen dem externen Preis für das Vorprodukt auf dem Vorproduktmarkt und dem Preis des marktbeherrschenden Unternehmens für das Endprodukt auf dem Endproduktmarkt. Massgebend für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere ist demzufolge eine Preisberechnung aus zwei strukturell völlig unterschiedlichen Preisen, weil diese auf zwei verschiedenen Märkten zur Anwendung gelangen, und nicht ein Preisvergleich zwischen strukturell gleichen Preisen. Aus diesem Grunde kann ein Missverhältnis der Preisgestaltung für Vor- und Endprodukte auch dann gegeben sein, wenn eine formal unterschiedliche Preisfestsetzung gegenüber den Abnehmern des Vorprodukts - wie im vorliegenden Fall - gar nicht vorliegt.

438. Die Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als eine Form des Behinderungsmissbrauchs setzt unter anderem voraus, dass das jeweilige Produkt für die Ausübung der intendierten wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt unerlässlich ist, und die Lieferverweigerung durch die - zumindest nahezu vollständige - Verdrängung von Konkurrenten bzw. der Verhinderung des Eintritts von neuen Wettbewerbern eine Wettbewerbsbeseitigung auf dem nachgelagerten Markt zur Folge hat (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 125 f.; BORER, KG, Art. 7 Rn. 10 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Ziff. 2.585, 2.592). Diese beiden Tatbestandselemente der Geschäftsverweigerung können auch im Fall einer Kosten-Preis-Schere gegeben sein, sie bilden jedoch keine zwingenden tatbestandlichen Voraussetzungen für deren Verwirklichung (vgl. PETZOLD, KPS, 175). So setzt eine Kosten-Preis-Schere - wie dargelegt - nicht voraus, dass das Vorprodukt unerlässlich ist, weshalb der Tatbestand auch dann erfüllt sein kann, wenn für die Abnehmer des Vorprodukts gewisse Ausweichmöglichkeiten bestehen (vgl. EuGH, EU:C: 2014:2062, Telefonica, Ziff. 75, 96, 118). Im Gegensatz zur Lieferverweigerung muss eine Kosten-Preis-Schere zudem nicht auf eine Verdrängung der Konkurrenten vom Markt ausgerichtet sein (vgl. E. 418). Daher besteht keine Deckungsgleichheit zwischen den beiden Fallgruppen in Bezug auf die jeweiligen Tatbestandsmerkmale (vgl. PETZOLD, KPS, 179 f.).

439. Die Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG besteht in einer gewissen Durchsetzung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen, womit sie als Ausbeutungsmissbrauch nicht auf eine Verdrängung von Konkurrenten, sondern auf eine Ausnutzung von Geschäftspartnern ausgerichtet ist. Die Unangemessenheit von Preisen ist dabei dann gegeben, wenn diese im Einzelfall als offensichtlich unbillig oder als unverhältnismässig zu qualifizieren sind (vgl. Botschaft KG 1995, 572 f.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 300; BORER, KG, Art. 7 Rn. 20; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 731; REINERT, SHK-KG, Art. 7 Rn. 26; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.660 f.). Wie vorstehend dargelegt, stellt die Unangemessenheit des Preises sowohl für das Vorprodukt als auch das Endprodukt keine tatbestandliche Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere dar. Vielmehr bildet das unzureichende Preisverhältnis zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt das massgebliche Kriterium für die Missbräuchlichkeit des Tatbestands. Die Durchführung einer Preishöhenkontrolle ist demzufolge auch kein sachgerechtes Prüfungsmittel zur Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 396; KLOTZ, PKS, 653; PETZOLD, KPS, 156 f.). Im Übrigen kann die Kosten-Preis-Schere im Gegensatz zu einer Erzwingung auch auf die Verdrängung von Konkurrenten ausgerichtet sein.

440. Die Preisunterbietung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG als Form des Behinderungsmissbrauchs besteht grundsätzlich in der Strategie eines Unternehmens, mittels gezielter Tiefpreise die Konkurrenzpreise zu unterbieten und dabei zumindest kurzfristige Verluste hinzunehmen, um die aktuellen Konkurrenten vom Markt zu verdrängen und/oder potenzielle Konkurrenten vom Markteintritt abzuhalten (vgl. AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 Rn. 322; BORER, KG, Art. 7 Rn. 24; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 731; REINERT, SHK-KG, Art. 7 Rn. 30; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.695). Als Tiefpreise im Sinne der Preisunterbietung sind in jedem Fall solche Preise zu qualifizieren, die unter dem massgeblichen Kostenstandard liegen, wobei auf unterschiedliche Kostenstandards abgestellt werden kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 Rn. 377 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.707). Während dieser Umstand regelmässig in vergleichbarer Weise auch bei der Kosten-Preis-Schere Bedeutung erlangt - wobei sich im Grenzbereich einer Kostendeckung allerdings Unterschiede ergeben können (vgl. PETZOLD, KPS, 130 f.; zu Abweichungen in Bezug auf den möglichen Inhalt der Tiefpreise vgl. KLOTZ, PKS, 653; LOMMLER, KPS, 247. f.) -, bilden sonstige, als Voraussetzungen einer Preisunterbietung diskutierten Elemente, wie der Verdrängungsplan, der Ausgleich der angefallenen Verluste sowie die Preisanhebung über das bisherige Preisniveau (vgl. AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 Rn. 380 f.; BORER, KG, Art. 7 Rn. 24; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.704 f.), keine notwendigen Elemente zur Erfüllung des Tatbestands einer Kosten-Preis-Schere (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 363; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 398). Umgekehrt weisen die bei einer Kosten-Preis-Schere notwendigen Anforderungen im vertikalen Verhältnis an das Vorprodukt keinerlei Bedeutung für eine Preisunterbietung auf, weil die Bezugsquel-

len der Vorprodukte für die Beurteilung einer Preisunterbietung unerheblich sind.

441. Die genannten Tatbestandsvarianten vermögen demzufolge den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere nicht richtig oder zumindest nicht adäquat zu erfassen. Insbesondere besteht der kartellrechtliche Vorwurf nicht nur darin, dass die Preise des vertikal integrierten Unternehmens im vorgelagerten Markt zu hoch bzw. im nachgelagerten Markt zu tief seien. Vielmehr weist der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere einen eigenständigen Unwertgehalt auf, wonach den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Ebene keine ausreichende Marge mehr verbleibt und sie dadurch zu einer Quersubventionierung gezwungen sind, wenn sie nicht vom Markt verdrängt werden wollen (vgl. ZÖTTL, Kosten-Preis-Schere, 446). Um diesen eigenständigen Unwertgehalt sachgerecht zu beurteilen, ist es demzufolge auch notwendig, eigenständige Prüfkriterien anzuwenden. Es ist deshalb gerechtfertigt und erforderlich, die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Dies entspricht auch der heutigen Einschätzung der EU-Wettbewerbspraxis (vgl. EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 96; EuG, EU:T:2012: 172, Telefonica, Ziff. 178; EuGH, EU:C:2011:83, Telia-Sonera, Ziff. 30-31, 56; EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 155 ff.; EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Telekom, Ziff. 167). Aus diesem Grunde ist die neueste Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts zum margin squeeze im Fall linkLine abzulehnen, weil diese den unterschiedlichen Charakter der einschlägigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht beachtet.

442. Ungeachtet dessen, dass die Kosten-Preis-Schere als eigenständiger Missbrauchstatbestand zu qualifizieren ist, kann im Einzelfall bei entsprechendem Nachweis darüber hinaus auch eine der vorstehend genannten einschlägigen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG gegeben sein, wenn deren jeweilige Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt werden (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 56; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 554; FUCHS/MÖSCHEL, IM-WBR, Art. 102 Rn. 362; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 321).

443. Da die Kosten-Preis-Schere eine eigenständige Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, sind die Rügen der Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf das Vorliegen einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG in formaler Hinsicht zwar berechtigt, in der Sache aber unerheblich. Denn die Qualifizierung ihres konkreten wirtschaftlichen Verhaltens als Kosten-Preis-Schere beruht auf den massgeblichen Prüfkriterien, die auch von der Vorinstanz ungeachtet der nicht zutreffenden rechtlichen Zuordnung zur Missbrauchsvariante der Diskriminierung in richtiger Weise angewendet wurden (vgl. E. 466 ff.).

e) Massgebliche Prüfkriterien

444. Die Wettbewerbswidrigkeit einer Kosten-Preis-Schere ist anhand eines eigenständigen Prüfungsrasters mit spezifischen Prüfkriterien zur Beurteilung der vertikalen und horizontalen Druckausübung zu beurteilen, weil es sich dabei um eine eigenständige Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 1 KG handelt. Die Prüfkri-

terien der anderen Tatbestandsvarianten des Art. 7 KG finden demzufolge grundsätzlich keine Anwendung. Ungeachtet dessen hat die EU-Wettbewerbspraxis hinsichtlich einzelner Aspekte auch auf Prüfkriterien zurückgegriffen, die bei der Überprüfung anderer Tatbestandsvarianten verwendet werden, soweit dies sachlich gerechtfertigt war.

(a) Überblick

445. Massgeblicher Ausgangspunkt und Rahmen der Prüfung einer Kosten-Preis-Schere bildet der wettbewerbsrechtliche Vorwurf, dass den Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt keine ausreichende Preisspanne verbleibt, weil ein Missverhältnis zwischen den von einem marktbeherrschenden Unternehmen angesetzten Preisen für seine Vor- und Endprodukte besteht.

446. Zum Nachweis einer nicht ausreichenden Preisspanne sind getrennte Wirtschaftlichkeitsberechnungen auf der Stufe Vorproduktmarkt und Endproduktmarkt zur Ermittlung der jeweiligen produktspezifischen Kosten durchzuführen. Angesichts der Ausgestaltung der Preise und der anfallenden Kosten für die jeweiligen Vor- und Endprodukte muss die Vergleichbarkeit der Preise im Rahmen einer Überprüfung gegebenenfalls erst hergestellt werden (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 35; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 548; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 357; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 388; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Zudem sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Aspekte zum Gegenstand der Prüfung, zum Kostenstandard für die Ermittlung der massgeblichen Kosten sowie zum Inhalt der Rentabilitätsanalyse zu berücksichtigen. Massgebend für die Anwendung der jeweiligen wirtschaftlichen Konzepte sind die Umstände des Einzelfalls. Den Wettbewerbsbehörden kommt dabei angesichts der Vielzahl an bestehenden wirtschaftlichen Konzepten und dem Umstand, dass deren Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt im Detail eine spezifische Festlegung einzelner Positionen unter Berücksichtigung von technischen, wirtschaftlichen und sonstigen Annahmen und Abgrenzungen erfordert, ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Auswahl und Konkretisierung der im Rahmen einer Überprüfung verwendeten Modelle und Standards zu (so auch EuG, 30.1.2007, T 340/03, France Telecom SA gg. EU-Kom, EU:T:2007:22, zit. Wanadoo Interactive, Ziff. 129, im Hinblick auf die Berechnung der Kostendeckung).

447. Den Gegenstand der Prüfung bildet eine interne Wirtschaftlichkeitsberechnung auf der Grundlage der Daten des vertikal integrierten Unternehmens (im Sinne eines „as efficient competitor test“, „equally efficient competitor test“ oder „Test unter Annahme eines gleich effizienten Wettbewerbers“, nachfolgend: Eigenwirtschaftlichkeitstest) oder eine externe Wirtschaftlichkeitsrechnung auf der Grundlage der Daten von Wettbewerbern des vertikal integrierten Unternehmens (im Sinne eines „reasonably efficient competitor test“ oder „Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers“, nachfolgend: Fremdwirtschaftlichkeitstest). Grundsätzlich wäre es wohl auch nicht ausgeschlossen, andere Prüfungsmethoden wie eine „Mar-

genvergleichsanalyse“ auf der Grundlage eines Retail-Minus-Kostenansatzes durchzuführen.

448. Bei einem Eigenwirtschaftlichkeitstest ist zu untersuchen, ob die Geschäftstätigkeit des vertikal integrierten Unternehmens auf dem Endproduktmarkt auf der Grundlage der Preise, die das Unternehmen auf dem Vorproduktmarkt von seinen Konkurrenten für das Vorprodukt verlangt, rentabel sein konnte oder nicht. In diese Wirtschaftlichkeitsberechnung sind allein die wirtschaftlichen Daten des marktbeherrschenden Unternehmens einzustellen (vgl. EU-Kom, Comp/C1/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 107; EU-Kom, Comp/38.784 Telefonica, Ziff. 311; EU-Kom, IV/30.178, Napier-Brown, Ziff. 66). Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Endproduktgeschäfts wird der Marktpreis des Vorprodukts im Sinne einer zumindest virtuellen Trennung des marktbeherrschenden Unternehmens der nachgelagerten, vertikal integrierten Unternehmenseinheit als Kostenposition für deren Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegt. Massgebend sind also nicht die buchhalterisch dokumentierten, sondern die unter Zugrundelegung des Marktpreises tatsächlich anfallenden Kosten des unternehmensinternen Produkttransfers (vgl. EU-Kom, Comp/C1/37.451, Deutsche Telekom, Ziff. 140).

449. Bei einem Fremdwirtschaftlichkeitstest ist zu untersuchen, ob die Differenz zwischen dem Preis, welcher ein hinreichend effizienter Wettbewerber im nachgelagerten Markt für das Vorprodukt bezahlt, und dem Preis, den er im nachgeordneten Markt berechnet, ausreicht, um im nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 311). Im Unterschied zum Eigenwirtschaftlichkeitstest wird hierbei auf die tatsächlichen Kosten eines Wettbewerbers abgestellt und dessen Marge im Endproduktgeschäft berechnet. Im Rahmen des Fremdwirtschaftlichkeitstests ist neben der eigentlichen Margenberechnung auch eine Abklärung vorzunehmen, unter welchen Umständen von einer hinreichenden Effizienz des Wettbewerbers ausgegangen werden kann.

450. Bei einer Margenvergleichsanalyse, welche den Anforderungen an einen ausreichenden Nachweis gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen gerecht werden würde - andernfalls könnte der Test nur ergänzend herangezogen werden (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 379) -, müsste der Eigenwirtschaftlichkeitstest mit dem Fremdwirtschaftlichkeitstest für mehrere Wettbewerber kombiniert werden, indem die Wirtschaftlichkeitsberechnung sowohl auf der Grundlage der eigenen Zahlen des marktbeherrschenden Unternehmens als auch der Daten der Konkurrenten durchgeführt wird. Sie erfordert demzufolge einen höheren Aufwand gegenüber den anderen beiden Wirtschaftlichkeitsberechnungen, ohne dass hierfür ein wesentlicher inhaltlicher Vorteil ersichtlich wäre. Dies dürfte wohl der Grund dafür sein, dass ihre Anwendung in der Praxis bislang nicht in Erwägung gezogen wurde.

451. Grundsätzlich ist der Nachweis eines Missverhältnisses auf der Grundlage eines Eigenwirtschaftlichkeitstests zu führen (vgl. EuGH, EU: C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 44; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 190 f.; EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 202;

CLERC, CR-Concurrence, Art. 7 I Rn. 119; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuKR, Art. 102 Rn. 547; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn. 357; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 380; PETZOLD, KPS, 110; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Die bislang ergangenen Entscheide zum EU-Wettbewerbsrecht basieren inhaltlich auch auf dieser Nachweismethode (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 376). Denn der Eigenwirtschaftlichkeitstest kann prinzipiell einfacher durchgeführt werden, weil er auf weniger Quervergleiche und Adäquanzüberlegungen zurückgreifen muss als die anderen Prüfmethode. Dies gilt insbesondere auch aus der Sicht des vertikal integrierten Unternehmens; denn es kennt seine eigenen Kosten, weshalb es die Rechtmässigkeit seines Verhaltens auch ohne Weiteres überprüfen kann (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 44; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 190 f.). Auf die anderen Prüfmethode ist nur dann abzustellen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein Eigenwirtschaftlichkeitstest nicht durchgeführt werden kann oder dieser aufgrund besonderer Wettbewerbsverhältnisse nicht hinreichend aussagekräftig ist. Dies soll nach der EU-Wettbewerbspraxis etwa dann der Fall sein, wenn (i) die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist, oder (ii) die den Wettbewerbern erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, oder (iii) die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Markts es erfordern (vgl. EuGH, EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 45; EuG, EU:T: 2012 172, Telefonica, Ziff. 193; EU-Kom, Anwendungsmitteilung Art. 102, Ziff. 80 Fn. 9; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuKR, Art. 102 Rn. 547; zur Kritik an den genannten Ausnahmegründen vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 379 f.). Derartige Gründe müssen von Seiten der Wettbewerbsbehörden im Einzelfall jedoch dargelegt werden und können nicht ohne Weiteres pauschal unterstellt werden. Soweit das vertikal integrierte Unternehmen und die Wettbewerber die gleiche Kostenstruktur aufweisen, führt ein Fremdwirtschaftlichkeitstest im Übrigen zum gleichen Ergebnis wie ein Eigenwirtschaftlichkeitstest.

452. Der Nachweis eines Missverhältnisses ist grundsätzlich erbracht, wenn aufgrund der jeweils im Einzelfall massgeblichen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung die Unangemessenheit der Preisgestaltung dargelegt wird (in diesem Sinne auch EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 189, wonach keine zusätzliche Margenuntersuchung bei alternativen Anbietern vorzunehmen ist). Eine kumulative Erfüllung mehrerer unterschiedlicher Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen ist daher regelmässig nicht erforderlich (a.A. CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II Rn. 142; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 408 f., wonach der Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere nur gegeben sein soll, wenn sowohl ein Eigen- als auch ein Fremdwirtschaftlichkeitstest die nicht ausreichende Preisspanne bestätigen). Soweit besondere Umstände vorliegen, kann es aber erforderlich sein, den Nachweis aufgrund eines Eigen- und Fremdwirtschaftlichkeitstests zu führen.

453. Im Hinblick auf die Ermittlung der massgeblichen Kosten ist die Annahme zu Grunde zu legen, dass ein rationales, profitmaximierendes Unternehmen seine

Preise so gestalten muss, dass die anfallenden Kosten nicht unterschritten werden. Welche Kosten in welchem Umfang tatsächlich anfallen und demzufolge als massgeblich zu betrachten sind, ist aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls abzuklären. Hierzu werden in Praxis und Literatur unterschiedliche Kostenstandards propagiert (zu möglichen Varianten von Kostenstandards vgl. EU-Kom, Anwendungsmittelung Art. 102, Ziff. 26 Fn. 2; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 356 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 383; PETZOLD, KPS, 122 f.; für den Bereich von Netzwerkindustrien vgl. VOGEL-SANG INGO, Abrechnungssysteme und Zusammenschaltungsregime aus ökonomischer Sicht, Gutachten im Auftrag der deutschen Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 2006, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/IPinterconnection/GutachtenVogelsangld6202pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Ziff. 2.3.1). Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ergeben sich bei Anwendung aller Kostenstandards jeweils gewisse Vor- und Nachteile (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 358). Daher bedarf es im Einzelfall einer Festlegung des angemessenen Kostenstandards und dessen sachgerechter inhaltlicher Anpassung an die konkreten Umstände (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 390; zur Ansetzung von gewichteten Preisen vgl. EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Telekom, Ziff. 206; EILMANNBERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 548; SCHRÖTER/BARTL, SJKM-WBR, Art. 102 Rn. 309). Im Vordergrund der bisherigen EU-Wettbewerbspraxis zur Kosten-Preis-Schere steht der Kostenstandard der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (engl. LRAIC, Long Run Average Incremental Cost), die einem Unternehmen dadurch entstehen, dass es auch auf dem nachgelagerten Markt tätig ist (vgl. EU-Kom, Anwendungsmittelung Art. 102, Ziff. 80). Danach ergeben sich die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten aus der Differenz zwischen den Kosten, die einem Unternehmen durch die Herstellung aller Produkte entstehen und denjenigen Kosten, die anfallen, wenn das untersuchte Produkt ausgeklammert wird, während für die übrigen Produkte von einem konstanten Wert ausgegangen wird (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Rn. 314). Allerdings müssen auch im Rahmen der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten unter Umständen Anpassungen vorgenommen werden - wie etwa zur angemessenen Berücksichtigung von Grössen- und Verbundvorteilen (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 316 Fn. 290, Ziff. 314). Unabhängig von dem konkret gewählten Kostenstandard ist sicherzustellen, dass im Einzelfall sämtliche spezifischen Kosten, die mit der Herstellung oder dem Bezug und dem Absatz eines Produkts einschliesslich allfälliger darauf entfallender allgemeinen Kosten verbunden sind, in der Wirtschaftlichkeitsberechnung für den jeweiligen Geschäftsbereich sachgerecht berücksichtigt werden (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 238; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 358).

454. Für die eigentliche Rentabilitätsanalyse können prinzipiell zwei Methoden herangezogen werden, die jeweils auf unterschiedliche Zeiträume bezogen sind: Einerseits der betriebswirtschaftlich übliche historische Ansatz (auch Period by Period-Ansatz) und andererseits

die für die Unternehmensbewertung entwickelte Ertragswertmethode (auch Discounted Cash Flow- oder DCF-Methode).

455. Beim historischen Ansatz erfolgt die Rentabilitätsanalyse unter Betrachtung getrennter Zeiträume, indem die festgestellten Erträge und Kosten innerhalb bestimmter abgegrenzter Zeitspannen - regelmässig innerhalb eines Kalender- oder eines Rechnungsjahres - miteinander verglichen werden. Dieser Ansatz erfordert prinzipiell, dass die Kostendeckung jeweils für jeden betrachteten Zeitraum gegeben ist. Kosten werden dabei grundsätzlich dem jeweiligen Zeitraum, in dem sie angefallen sind, zugerechnet, soweit sie nicht abschreibungsfähig sind und über mehrere Zeiträume anteilig - regelmässig linear - verbucht werden können. Grundsätzlich findet für eine Rentabilitätsanalyse im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere der historische Ansatz Anwendung. Dadurch wird prinzipiell sichergestellt, dass allfällige Verluste im jeweils zu untersuchenden Geschäftsbereich aufgedeckt werden. Dies entspricht der EU-Wettbewerbspraxis zu Kosten-Preis-Scheren und Preissmissbräuchen mit Verdrängungswirkung (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 213; EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 325 ff.; EuGH, 14.11.1996, C-333/94 P, Tetra Pak International SA gg. EU-Kom, EU:C:1996:436, Ziff. 41 f.; EuGH, 3.7.1991, C-62/86; Akzo Chemie gg. EU-Kom, EU:C:1991:286, Ziff. 71 f.; EuG, EU:T:2007:22, Ziff. 129 f.; EU-Kom, Comp/38.233, Wandoo Interactive, Ziff. 90 f.).

456. Demgegenüber erfolgt die Rentabilitätsanalyse bei der Ertragswertmethode über einen bestimmten, regelmässig mehrjährigen Zeitraum hinweg anhand des Kapitalwerts für den untersuchten Geschäftsbereich, ohne festzulegen, ob und wie die Kosten in den einzelnen Jahren gedeckt werden. Der Kapitalwert ergibt sich dabei als Saldo aus den abgezinsten Erträgen und Kosten für den Betrachtungszeitraum. Die Ertragswertmethode ermöglicht dadurch eine Berücksichtigung sowohl kurzfristiger Verluste als auch des Aspekts, dass diese Verluste in dem angesetzten Zeitraum wieder kompensiert werden können. Ein positiver Kapitalwert bestätigt, dass die betreffende Geschäftstätigkeit über den jeweils angesetzten Zeitraum rentabel betrieben werden könnte, während bei einem negativen Kapitalwert von einem defizitären Geschäftsbetrieb auszugehen wäre. Für eine Rentabilitätsanalyse im Rahmen einer Kosten-Preis-Schere weist die Ertragswertmethode allerdings einige erhebliche strukturelle Mängel auf (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 213, 218; EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 332 f. unter Verweis auf eine Bestätigung durch nationale Regulierungsbehörden; vgl. auch EU-Kom, Comp/38.233, Wandoo Interactive, Ziff. 90, 92, für Preissmissbräuche mit Verdrängungsabsicht; O'DONOGHUE/PADILLA, Art. 102, 386). Zunächst besteht die Gefahr, dass das Testergebnis auf unangemessenen eigenen Prognosen des Unternehmens beruht - z.B. wenn das Unternehmen für die Zukunft zu hohe Gewinne prognostiziert, wie dies angesichts der unzureichenden Business-Pläne der Swisscom-Gruppe auch vorliegend der Fall gewesen war -, weil dies nur zu einem vermeintlich positiven Ergebnis führen würde. Des Weiteren ermöglicht die Ertragswertmethode gerade die Verrechnung anfänglicher

Verluste mit späteren Gewinnen, die auf das jeweilige wettbewerbswidrige Verhalten zurückzuführen sind, wovon im vorliegenden Fall ebenfalls auszugehen ist. Zudem verschleiert die Anwendung der Ertragswertmethode die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, anfänglich hohe Verluste zu verbuchen und später auszugleichen, während die wirtschaftlich schwächeren Wettbewerber derartige Verluste über mehrere Jahre gerade nicht ausgleichen können, wie dies vorliegend auch der Fall gewesen ist. Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass durch die Anwendung der Ertragswertmethode ein wettbewerbswidriges Verhalten kaschiert werden kann. Ihre Anwendung als Rentabilitätsanalyse im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Dies entspricht der EU-Wettbewerbspraxis (vgl. die Nachweise unter E. 455). Eine Anwendung ist daher nur dann angezeigt, wenn eine Rentabilitätsanalyse aufgrund des historischen Ansatzes nicht oder nicht sachgerecht durchgeführt werden kann und geeignete Sicherungen vorgesehen werden, um die strukturellen Mängel der Ertragswertanalyse auszuschliessen. Voraussetzung ist hierbei, dass die Profitabilität des Geschäftsbereichs auch von tatsächlich eintretenden Kostensenkungen in der Zukunft abhängt (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 343). Zudem ist eine sachgerechte zeitliche Begrenzung des Betrachtungszeitraums vorzusehen (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 351 f.; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 220). Für den Bereich von dynamischen Wachstumsmärkten in Netzwerkindustrien wurde von Seiten der EU-Wettbewerbspraxis mittlerweile eine ergänzende Anwendung der Ertragswertanalyse unter Berücksichtigung der notwendigen Voraussetzungen und bestimmten Annahmen vorgesehen, um auszuschliessen, dass der historische Ansatz aufgrund der linearen Abschreibung von anfänglich hohen Investitionskosten zu einer Verzerrung bei der Rechnungslegung führt (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 349 f.; bestätigt durch EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 212 f.; EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 112). Dabei wurde der massgebliche Betrachtungszeitraum allerdings auf ein Zeitfenster von maximal fünf Jahren festgelegt (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 355 f.; bestätigt durch EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 213, 218).

457. Der Nachweis einer Kosten-Preis-Schere ist grundsätzlich in folgenden Fällen erbracht: Soweit eine negative Preisdifferenz vorliegt und bereits der vom vertikal integrierten Unternehmen für das Vorprodukt angesetzte Preis den von der integrierten Einheit angesetzte Verkaufspreis für das Endprodukt im nachgelagerten Markt übersteigt, liegt ein missbräuchliches Verhalten vor, ohne dass es einer genauen Ermittlung der Kosten für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt bedarf, weil ein Wettbewerber im nachgelagerten Markt von vornherein nicht wettbewerbsfähig sein kann (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn 357). Bei einer positiven Preisdifferenz ist eine Kosten-Preis-Schere jedenfalls dann gegeben, wenn die Summe aus dem Preis für das Vorprodukt und den produktspezifischen Kosten für das Endprodukt im nachgelagerten Markt gleich hoch oder höher ist als der Verkaufspreis für das Endprodukt (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 322; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Art. 102 Rn 357),

weil auch in diesen Fällen zweifelsfrei keine ausreichende Marge zu Gunsten der Wettbewerber besteht. Soweit die jeweils erzielte Marge auch einen gewissen Gewinn umfasst (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, IM-EuKR, Rn. 353; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.652; die jeweils auf eine Gewinnspanne oder eine Gewinnmarge abstellen) hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls (z.B. Höhe, Verhältnis zum Umsatz, Regelmässigkeit etc.) ab, ob das Preisverhältnis dennoch als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

3) Nachweis

a) Fernmelderechtlicher Tatbestandsausschluss

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

458. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Heranziehung des Urteils des Bundesgerichts in Sachen Office Connex geltend, dass die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere von vornherein ausgeschlossen gewesen sei, weil aufgrund des bis zum 1. April 2007 geltenden Fernmeldegesetzes auf Seiten der Swisscom-Gruppe keine Angebotspflicht für das Breitbandprodukt BBCS bestanden habe.

459. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen hat das Bundesgericht im Office Connex-Urteil festgestellt, dass von Seiten der Swisscom-Gruppe keine Verpflichtung bestanden habe, den schnellen Bitstrom gegenüber Mitbewerbern anzubieten, weil hierzu im Fernmeldegesetz keine gesetzliche Verpflichtung statuiert gewesen sei. Diese Verpflichtung sei erst durch eine Änderung in das Fernmeldegesetz aufgenommen worden und auf den 1. April 2007 in Kraft getreten. Beim Breitbandprodukt BBCS handle es sich wie beim Produkt Office Connect um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms. Stelle mangels einer Angebotspflicht im Fernmelderecht für bestimmte Produkte die Angebotsverweigerung als stärkste Form der Diskriminierung keinen Verstoss gegen Art. 7 KG dar, könnten freiwillige Angebote wie das Breitbandprodukt BBCS ebenfalls keinen Kartellrechtsverstoss begründen. Demnach könne „ohne Angebotspflicht - so der klare Entscheid des Bundesgerichts - [...] auch kein Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG [...] vorliegen“. Da das neue Fernmeldegesetz im relevanten Zeitraum noch nicht in Kraft getreten sei, habe für Swisscom keine Angebotspflicht bestanden. Sei in einer solchen Situation nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine direkte Diskriminierung nicht unzulässig, müsse dies umso mehr für die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene indirekte Diskriminierung gelten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

460. Die Vorinstanz führt demgegenüber im Wesentlichen aus, dass die Ansicht der Beschwerdeführerinnen zur Folge hätte, dass Angebote über Fernmeldedienste, die nicht durch das Fernmeldegesetz reguliert würden, von einer kartellrechtlichen Überprüfung vollständig ausgeschlossen wären. Dies würde die Anwendbarkeit von Art. 7 KG in absurder Weise einschränken, weil dies unterstellen würde, dass der Gesetzgeber durch die Privatisierung ein Monopol für die Swisscom-Gruppe geschaffen habe, welches von dieser nach Belieben ausgebeutet und missbraucht werden könnte. Ansons-

ten stützt sich die Vorinstanz auf die im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargelegten Gründe.

(3) Würdigung durch das Gericht

461. Grundsätzlich erfasst Art. 7 KG nur dasjenige wirtschaftliche Verhalten, das von einem Unternehmen auch in eigener Verantwortung beeinflusst werden kann. Soweit einzelne Rechtsvorschriften - insbesondere in regulierten Bereichen - ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten vorgeben, ist dessen rechtliche Beurteilung davon abhängig, ob dem Unternehmen ein gewisser Handlungsfreiraum verbleibt, aus dem sich die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens ergeben kann. Soweit die Rechtsvorschriften dem Unternehmen einen Handlungsspielraum für selbständige Verhaltensweisen einräumen, wodurch die Möglichkeit von Wettbewerb verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann, findet Art. 7 KG Anwendung. Geben die jeweiligen Rechtsvorschriften hingegen ein bestimmtes Verhalten zwingend vor oder bilden sie zumindest einen solchen rechtlichen Rahmen, der jede Möglichkeit für ein gewisses selbständiges Verhalten ausschliesst, ist Art. 7 KG nicht anwendbar. Denn die Ursache der Wettbewerbsbeschränkung beruht in diesen Fällen nicht auf einem selbständigen Verhalten des Unternehmens (vgl. EuGH, EU:C: 2011:83, Teliasonera, Ziff. 49; EuGH, 11.11.1997, C-359/95 P und C-379/95 P, EU-Kom gg. Ladbrooke Racing, EU:C:1997:531, Ziff. 33; in diesem Sinne auch die EU-Kom, Deutsche Telekom, Ziff. 163, wonach zwar ein Freiraum zur Vermeidung der Kosten-Preis-Schere vorhanden gewesen sein müsse, aber selbst bei regulierten Produkten bereits die Möglichkeit zur Beantragung von Preiserhöhungen als entsprechender Handlungsspielraum zu qualifizieren sei; EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Telekom, Ziff. 105; EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, Ziff. 80 f.; EIL-MANNIS-BERGER/BIEN, MÜK-EuWBR, Art. 102 Rn. 553).

462. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Belieferung von Konkurrenten mit dem Grosshandelsprodukt BBCS durch die Swisscom-Gruppe auf freiwilliger Basis erfolgte und gerade keiner Regulierung durch das Fernmeldegesetz unterstand. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist auch keine Lieferverweigerung, sondern vielmehr eine unangemessene Preisgestaltung bei einer tatsächlich durchgeführten Belieferung. Die Frage eines tatsächlich bestehenden Handlungsspielraums der Swisscom-Gruppe im Bereich eines regulierten Produktbereichs stellt sich demnach von vornherein nicht.

463. Die Erbringung von Breitbanddienstleistungen, die nicht durch das Interkonnektionsregime des Fernmeldegesetzes reguliert werden, untersteht auch nicht dessen Anwendungsbereich. Daher kann das Fernmeldegesetz auch keine zwingenden Auswirkungen auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung derartiger Dienstleistungen nach sich ziehen. Vielmehr untersteht diese Leistungserbringung entsprechend den allgemeinen Grundsätzen in jedem Fall einer kartellgesetzlichen Beurteilung (vgl. E. 38). Die Beschwerdeführerinnen tragen auch keinerlei Aspekte vor, warum bei der tatsächlichen Erbringung eines nicht regulierten Produkts im Hinblick auf kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen, wie etwa ein Preissmissbrauch oder eine Koppelung, eine kartellrecht-

liche Überprüfung ausgeschlossen sein sollte. Es sind daher von vornherein keinerlei Gründe ersichtlich, woraus sich eine Ausschlusswirkung des Fernmeldegesetzes gegenüber einer kartellgesetzlichen Beurteilung ergeben könnte.

464. Aus dem Office Connect-Urteil des Bundesgerichts kann keine andere Einschätzung abgeleitet werden. Das Urteil stellt zum einen ausschliesslich fest, dass die Verweigerung einer Belieferung von Dritten mit dem Grosshandelsprodukt angesichts der fehlenden Angebotspflicht im Fernmeldegesetz keinen kartellrechtlichen Verstoss darstellen könne. Zum anderen hält das Bundesgericht unter Verweis auf die bestehende Rechtsprechung zur Parallelität von Kartellgesetz und Fernmeldegesetz ausdrücklich fest, dass sich auch im Bereich von regulierten Produkten aus anderen Gründen eine kartellrechtliche Massnahme rechtfertigen könne (BGer, 4C.404/2006, Office Connex, E. 3.2; im Ergebnis ebenso in diesem Sinne EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 128, 133; EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 128, 133). Das Bundesgericht hat demzufolge auch mit diesem Urteil klargestellt, dass das Kartellgesetz nach dessen eigenen Kriterien neben dem Fernmeldegesetz zur Anwendung gelangt. Die Beschwerdeführerinnen unterstellen daher mit ihrer Behauptung, ohne Angebotspflicht könne nach Ansicht des Bundesgerichts keinerlei Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG vorliegen, dem Urteil einen angeblichen Inhalt, der diesem offensichtlich nicht zukommt.

465. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgenommene Herleitung einer Ausschlusswirkung des Fernmeldegesetzes gegenüber dem Kartellgesetz bei nicht regulierten Produkten ist demzufolge lediglich konstruiert und entbehrt jeglicher rechtstheoretischen Grundlage. Der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Ausschluss des Tatbestands einer Kosten-Preis-Schere ist demzufolge sachlich unbegründet und unbeachtlich.

b) Überprüfung

466. Vorliegend ist umstritten, welche Prüfkriterien nach Methode und Inhalt zur Anwendung gelangen können bzw. müssen. Die Vorinstanz hat die Wettbewerbswidrigkeit anhand von drei sog. Tests überprüft, wobei grundsätzlich Test 1 als massgeblich qualifiziert wurde und die Tests 2 und 3 zusätzlich vorgenommen wurden, um die inhaltliche Richtigkeit von Test 1 zu bestätigen.

467. Test 1 entspricht dem Eigenwirtschaftlichkeitstest und bestand aus der wirtschaftlichen Betrachtung des Einzelhandelsgeschäfts von Bluewin in den Jahren 2000 bis 2007, wobei auf eine Jahresbetrachtung aufgrund einer Ermittlung des jährlichen Ergebnisses anhand einer gesonderten Wirtschaftlichkeitsberechnung abgestellt wurde. Test 2 entspricht einem Fremdwirtschaftlichkeitstest; er bestand aus der wirtschaftlichen Betrachtung des Einzelhandelsgeschäfts mit Breitbandprodukten der drei grössten Konkurrenten in den Jahren 2006 und 2007, die sich auf deren Angaben zu durchschnittlichen Einnahmen und Ausgaben pro Benutzer des gesamten xDSL-Geschäfts abstützt. Test 3 entspricht einer Margenvergleichsanalyse und bestand aus einem Retail-Minus-Ansatz, bei dem für das meistverkaufte Breitbandprodukt 3500/300 die sich ergebende Differenz zwischen Grosshandels- und Einzelhandels-

preis ermittelt und mit der Summe der sich typischerweise ergebenden sonstigen Kostenelementen wie Marketing und Vertrieb, Kundenservice, Rechnungswesen, Produktentwicklung und -management, Informationstechnologie, Infrastrukturkosten sowie weiteren anfallenden Kosten verglichen wurde. Als Referenz für den Retail-Minus-Betrachtung diente ein Gutachten des Bundesamts für Kommunikation vom 2. November 2007, welches im Rahmen eines Amtshilfesuchs erstellt worden war. Das Bundesamt für Kommunikation hatte dabei als sektorspezifische Fachbehörde im Telekommunikationsbereich ermittelt, welche Differenz zwischen Gross- und Einzelhandelspreisen für Breitbanddienste in anderen europäischen Ländern als angemessen und zulässig angesehen werden. Dabei ergaben sich folgende Feststellungen: (i) monatlicher Einzelhandelspreis: netto 45.54 CHF; (ii) monatlicher Grosshandelspreis: netto 36.68 CHF; (iii) Differenz: 8.86 CHF, die einer Arbeitsmarge von 19,46 % entsprechen; (iv) referenzierte angemessene Arbeitsmarge 23 % bis 30 %.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

468. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Vielzahl von Einwendungen gegenüber der grundsätzlichen Methodik und einzelnen inhaltlichen Aspekten der von der Vorinstanz durchgeführten Wirtschaftlichkeitsprüfung geltend.

469. Die Beschwerdeführerinnen wenden grundsätzlich ein, dass nach der EU-Wettbewerbspraxis Test 1 eindeutig Priorität aufweise und nicht von einer parallelen oder gar vorrangigen Anwendung von Test 2 auszugehen sei, und dass Test 3 gar keine Bedeutung zukomme.

470. Gegenüber Test 1 bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die von der Vorinstanz vorgenommene historische Betrachtung, die jeweils nur die Ergebnisse aus einzelnen Jahren einbeziehe, in Bezug auf die Feststellung einer Kosten-Preis-Schere zu falschen Schlüssen führe, weil sie ausser Acht lasse, dass einmalige Kosten anfallen könnten, welche nicht im Jahr der „Verbuchung“ abgeschrieben werden könnten. Insbesondere in Wachstumsmärkten, bei denen hohe Anfangsinvestitionen anfallen würden, die mit künftigen Erträgen gedeckt werden müssten, sei daher entsprechend dem Vorgehen der EU-Kommission im Fall Telefonica die Kapitalwertmethode anzuwenden. Dabei würden entgegen dem üblichen Vorgehen bei Investitionsrechnungen nur die Kosten der nicht abgeschriebenen Vermögenswerte (physische Werte und Akquisitionskosten), nicht aber die erwarteten zukünftigen Gewinne mit bestehenden Kunden in den Endwert eingerechnet, um mögliche Vorbehalte gegenüber einer Anwendung der Kapitalwertmethode für wettbewerbsrechtliche Zwecke zu entkräften. Damit liesse sich verhindern, dass aufgrund der Betrachtung einzelner, getrennter Zeiträume fälschlicherweise eine Kosten-Preis-Schere in einer unausgereiften, frühen Marktphase festgestellt werde. Aufgrund einer entsprechenden Berechnung machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass der Kapitalwert des Einzelhandelsgeschäfts positiv zu bewerten sei und bei einer Abschreibungsdauer von 4, 6 oder 10 Jahren zwischen {...} Mio. und {...} Mio. CHF betragen habe. Dass die Vorinstanz auf die Anwendung dieser für Wachs-

tumsmärkte geeigneten Methode verzichtet habe, stelle einen Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz dar, weil auch entlastende Umstände zu ermitteln seien. Im Übrigen sei bei Berücksichtigung der notwendigen Abschreibung der Akquisitionskosten im Jahr 2004 ein Gewinn von annähernd {...} Mio. CHF erzielt worden, weshalb die Tatbestandsverwirklichung einer Kosten-Preis-Schere ausgeschlossen sei.

471. Im Hinblick auf Test 2 bestätigen die Beschwerdeführerinnen im Laufe des Beschwerdeverfahrens einerseits, dass es methodisch zulässig sei, der Prüfung die Kosten eines effizienten Anbieters zu Grunde zu legen; andererseits machen sie hierzu aber geltend, dass im Gegensatz zu regulierten bei nicht regulierten Geschäftsbereichen von einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verlangt werden könne, bei seiner Preisgestaltung neben den eigenen Kosten auch noch die Kostenstruktur seiner Mitbewerber zu berücksichtigen, weil es diese weder kennen noch erheben könne. Vorliegend käme Test 2 allerdings in jedem Fall keine Aussagekraft zu, weil die Vorinstanz in keiner Weise darlege und nachweise, warum es sich bei den herangezogenen Mitbewerbern um effiziente Anbieter handeln soll. Da es sich bei den entsprechenden Daten der Mitbewerber um deren Geschäftsgeheimnisse handle, hätten die Beschwerdeführerinnen auch keine Möglichkeit, diese Daten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, weshalb sie von vornherein nicht verwendet werden könnten.

472. Gegenüber Test 3 wird in grundsätzlicher Weise eingewendet, dass den Beschwerdeführerinnen keine Fälle bekannt seien, in denen Wettbewerbsbehörden auf die Retail-Minus-Methode abgestellt hätten. Diese Prüfung sei zum Nachweis einer Kosten-Preis Schere methodisch untauglich. Zudem beanstanden die Beschwerdeführerinnen weiter, dass zur Durchführung des Tests 3 auf ausländische Vergleichswerte abgestellt worden sei. Vergleiche mit ausländischen Märkten seien jedoch aufgrund unterschiedlicher Preisniveaus und Lohnkosten nicht geeignet, die Preisgestaltung in der Schweiz in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zu qualifizieren. Auch in methodischer Hinsicht sei die Vorinstanz falsch vorgegangen. So habe sie zur Prüfung, ob die Marge ausreiche, um die beim Verkauf anfallenden Kosten zu decken, auf Prozentwerte abgestellt. Dies lasse sich jedoch nur anhand absoluter Werte in Franken prüfen. Im Ergebnis sei in diesem 5-Ländervergleich eine Bruttomarge von 23 % bis 30 % als angemessen beurteilt worden. Für die Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz eine Marge von 19,5 % errechnet, aber nicht begründet, warum eine Marge von 23 %, nicht aber eine von 19,5 % ausreichend sein soll. Ausserdem machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die herangezogenen Länder nicht für einen Benchmark geeignet seien. Zum Beleg führen sie einen Vergleich der Abdeckung der Haushalte nach Technologie in den einzelnen Ländern an.

473. Die Beschwerdeführerinnen machen zudem geltend, dass das von ihr bereitgestellte Grosshandelsprodukt BBCS pro-kompetitiv sei, das xDSL-Einzelhandelsgeschäft profitabel sei und kein strukturelles Defizit vorliege. Hierzu legen sie eine Berechnung vor, nach der die Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts auch ohne

die auf Beginn des Jahres 2008 vorgenommene Preissenkung für die BBCS-Produkte und die Berücksichtigung eines Wachstumsrabatts in jedem Fall eingetreten wäre; denn nach einem geringen Gewinn im Jahr 2008 seien deutliche Gewinnsprünge in den Jahren 2009 und 2010 erfolgt, wodurch bis zum Jahr 2011 alle vorgängigen Verluste auf der Einzelhandelsstufe seit dem Jahr 2001 ausgeglichen worden seien. Daher könne keine Kosten-Preis-Schere vorliegen. Zudem würden die Gewinne auf der Grosshandelsstufe kein Tatbestandsmerkmal einer Kosten-Preis-Schere bilden, weshalb dieser Umstand unerheblich sei. Im Übrigen seien in den Gewinnen auf der Grosshandelsstufe auch interne Umsätze mit Bluewin enthalten, weshalb nicht zutreffen könne, dass Gewinne auf der Grosshandelsstufe die Verluste von Swisscom auf der Einzelhandelsstufe kompensieren würden.

474. In formaler Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, dass der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere nicht mit dem erforderlichen Vollbeweis nachgewiesen worden sei, weil die Vorinstanz nicht alle relevanten Aspekte abgeklärt habe und diese daher nicht mit der erforderlichen Gewissheit belegt seien. Als relevante Aspekte führen die Beschwerdeführerinnen dabei wiederum die Sachpunkte auf, die sie bereits aus sachlichen Gründen gegenüber der Erfüllung des Tatbestands einwenden.

475. Die Beschwerdeführerinnen bringen schliesslich vor, Bluewin habe ab dem Jahr 2000 versucht, in verschiedenen Bereichen, u.a. im Breitbandgeschäft, tätig zu werden, was jeweils mit hohen Investitionen und geringen Erträgen verbunden gewesen sei. Bei der Berechnung der Kosten-Preis-Schere habe die Vorinstanz zu Ungunsten von Swisscom denn auch Kosten und Verlustanteile von Geschäftsbereichen mit eingerechnet, die mit dem Breitbandgeschäft nichts zu tun hätten. Zudem bestünden im Einzelhandelsgeschäft entgegen den Behauptungen der Vorinstanz kaum Grössen- oder Verbundvorteile.

(2) Vorbringen Vorinstanz

476. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass nach der von den Beschwerdeführerinnen zitierten Ansicht in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur eine Berücksichtigung der Kapitalwertmethode bei Geschäften mit hohen Investitionen in die Infrastruktur, welche in den ersten Jahren nicht amortisiert werden könnten, zwar eine Möglichkeit, nicht aber eine Notwendigkeit darstelle. Ausserdem würden die Beschwerdeführerinnen nicht darlegen und behaupten, dass bei Bluewin solche hohen Investitionen bestanden hätten. Im Übrigen sei die Kapitalwertmethode nichts anderes als eine Abdiskontierung der Differenz zwischen laufenden Erträgen und Kosten auf fünf Jahre, einschliesslich einer Berücksichtigung des abdiskontierten Restwerts der Investitionen. Da aufgrund des bereits nachgewiesenen strukturellen Defizits für die Internetdiensteanbieter die laufenden Kosten die laufenden Erträge immer übersteigen würden, sei der Kapitalwert unabhängig vom Abdiskontierungsfaktor immer negativ, weshalb auf eine Berechnung der Kapitalwerte mangels Aussagekraft verzichtet werden könne.

477. Zu Test 2 macht die Vorinstanz geltend, dass diesem immer dann eine Aussagekraft zukäme, wenn Test 1 bestätige, dass das Geschäft des historischen Anbie-

ters nicht profitabel sei, dasjenige des nicht integrierten Anbieters hingegen schon. Dies würde gemäss dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu einer Verneinung der Kosten-Preis-Schere führen, da belegt wäre, dass der nicht integrierte Anbieter effizienter arbeite. Test 3 sei lediglich durchgeführt worden, um entlastende Beweismomente für die Swisscom-Gruppe zu analysieren. Bei der Untersuchung, ob eine Kosten-Preis-Schere gegeben sei, müsse ermittelt werden, ob ein strukturelles Defizit vorliege. Dabei seien Vergleichswerte aus dem Ausland wertvolle Hinweise. Aufgrund des unterschiedlichen Preisniveaus dränge sich ein prozentualer Vergleich auf. Bei den verglichenen Ländern handle es sich um eine Auswahl, die das Bundesamt für Kommunikation anhand verschiedener, differenzierter Kriterien für den Vergleichsmarkt gewählt habe. Auch bei der Untersuchung zum Thema Retail-Minus habe sich das Bundesamt für Kommunikation auf diejenigen Länder abgestützt, in denen dieselbe Methode für die Preisbestimmung von Bitstrom verwendet worden sei.

478. Der Kritik der Beschwerdeführerinnen an Test 3 zur Feststellung einer Kosten-Preis-Schere hält die Vorinstanz entgegen, dass die Beschwerdeführerinnen angesichts der Tatsache, dass es den Internetdiensteanbietern einschliesslich von Bluewin bis und mit 2007 nicht möglich gewesen sei, kostendeckend zu arbeiten, selbst eingestehen würden, dass das Kriterium der „Zurückgewinnung der Verluste“ Bedeutung habe. Ausserdem seien die Gewinne auf der Grosshandelsstufe für die Bestimmung einer Kosten-Preis-Schere durchaus relevant, da sie einen Hinweis darauf geben würden, wie gross der Einfluss des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts auf den Grosshandelsmarkt seien.

479. Die Vorinstanz macht geltend, die Behauptung, das BBCS-Angebot sei prokompetitiv, stehe im Widerspruch zu den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen, dass im Retail-Markt aktueller Wettbewerb herrsche. Träfe dies nämlich zu, könnte das BBCS-Angebot gar nicht prokompetitiv wirken, da bereits das Marktumfeld kompetitiv sei. Eine prokompetitive Wirkung würde in casu aber von der Swisscom-Gruppe durch die angewandte Kosten-Preis-Schere verhindert.

480. Die Vorinstanz macht zudem geltend, dass die Swisscom-Gruppe nach Verlusten in den Jahren 2000 bis 2003 mit ihren Gewinnen auf der Grosshandelsstufe ab dem Jahr 2004 die Verluste von Bluewin um ein Vielfaches überkompensiert habe. So habe Bluewin im Jahr 2007 einen erheblichen Verlust von {.....} Mio. CHF eingefahren, während die Swisscom-Gruppe auf der Grosshandelsstufe im selben Zeitraum einen beachtlichen Gewinn von {.....} Mio. CHF erwirtschaftet habe. Damit habe sie die Verluste von Bluewin bei weitem überkompensiert.

481. Die Vorinstanz weist schliesslich darauf hin, dass den anfänglichen Verlusten von {.....} Mio. CHF ein Mehrfaches an kumulierten Gewinnen aus den Jahren 2003 bis 2007 von über {.....} Mia. CHF gegenüber stehen würden.

482. Im Übrigen seien die Gewinne der Swisscom-Gruppe gerade aufgrund der internen Umsätze mit Bluewin ab dem Jahr 2003 entstanden und in den folgenden Jahren gestiegen. Damit belegten die Be-

schwerdeführerinnen das Bestehen einer Kosten-Preisschere selbst.

(3) Würdigung durch das Gericht

483. Wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend eingewendet haben, ist für die Beurteilung einer Kosten-Preisschere grundsätzlich massgebend, ob aufgrund eines Eigenwirtschaftlichkeitstests festgestellt wird, dass das Einzelhandelsgeschäft nicht profitabel betrieben werden konnte. Auf einen Fremdwirtschaftlichkeitstest oder allenfalls eine Margenvergleichsanalyse ist nur dann zurückzugreifen, wenn hierfür im Einzelfall besondere Gründe vorliegen.

484. Von der Vorinstanz wurden keine derartigen Gründe für die Notwendigkeit einer entsprechenden Prüfung angeführt. Vielmehr hat die Vorinstanz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Tests lediglich zusätzlich vorgenommen worden seien, um dadurch die Validität des Ergebnisses von Test 1 zu kontrollieren. Vorliegend kommt Test 2 und Test 3 demzufolge keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu, weshalb darauf auch nicht weiter einzugehen ist.

485. Massgebend ist im vorliegenden Fall aufgrund eines Eigenwirtschaftlichkeitstests demzufolge ausschliesslich, ob die Swisscom-Gruppe im nachgelagerten Einzelhandelsmarkt für Endkunden ihre Breitbandprodukte hätte anbieten können, ohne Verluste zu erleiden, wenn während des untersuchten Zeitraums Bluewin für den internen Transfer des Vorprodukts denselben Grosshandelspreis zu entrichten hatte, der auch den anderen Internetdiensteanbietern in Rechnung gestellt worden war.

486. Die für den Eigenwirtschaftlichkeitstest von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten und von der Vorinstanz durchgeführten Wirtschaftlichkeitsberechnungen des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts der Swisscom-Gruppe stimmen mit Ausnahme geringfügiger Unterschiede, die auf Darstellungs- oder Rechenfehler zurückzuführen sind, überein. Dies gilt insbesondere auch für die in die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Einzelhandelsgeschäfts einzustellenden Grosshandelspreise für die BBCS-Produkte, weil auch von den Beschwerdeführerinnen die gegenüber den anderen Internetdiensteanbietern geltend gemachten Preise für die Berechnung herangezogen wurden. Abweichungen ergeben sich für die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Einzelhandelsgeschäfts insoweit, als die Beschwerdeführerinnen höhere Akquisitionskosten und niedrigere sonstige Kosten als die Vorinstanz ansetzen, wobei dies jedoch keinen Einfluss auf das jeweilige Jahresergebnis des Einzelhandelsgeschäfts hat. Zudem machen die Beschwerdeführerinnen gewisse zusätzliche Einnahmen in Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen geltend, die jedoch nicht zu berücksichtigen sind (vgl. E. 524 ff.). Die wesentlichen Unterschiede in der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts ergeben sich daraus, dass die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz unterschiedlicher Auffassung darüber sind, ob und inwieweit die folgenden Sachpunkte in der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Einzelhandelsgeschäfts zu berücksichtigen sind: (i) die Abschreibung von Akquisitionskosten (vgl. E. 493 ff.), (ii) die Amortisationsdauer der Akquisitionskosten (vgl. E. 526 ff.), (iii) der Wach-

tumsrabatt im Jahr 2007 (vgl. E. 535 ff.), sowie (iv) eine Quersubventionierung durch Bündelangebote (vgl. E. 547 ff.). Während die Beschwerdeführerinnen eine Berücksichtigung dieser Aspekte geltend machen, hat die Vorinstanz diese Aspekte im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung aus unterschiedlichen Gründen im Ergebnis nicht berücksichtigt. Wie nachfolgend im Einzelnen dargelegt wird, ergeben sich aus der entsprechenden Prüfung dieser Aspekte keine Anpassungen an die für das Einzelhandelsgeschäft massgebliche Wirtschaftlichkeitsberechnung im Rahmen des Eigenwirtschaftlichkeitstests.

487. Aufgrund der massgeblichen und insoweit unstrittigen Wirtschaftlichkeitsberechnung ergibt sich ohne Weiteres, dass das Einzelhandelsgeschäft von Bluewin in den Jahren 2001 bis 2007 über einen Zeitraum von sieben Jahren ausnahmslos zu meist ganz erheblichen jährlichen Verlusten geführt hat (vgl. SV J.b). Es steht daher fest, dass das Einzelhandelsgeschäft mit Breitbandprodukten der Swisscom-Gruppe zu den von ihr für die BBCS-Produkte angesetzten Grosshandelspreisen während dieses Zeitraums nicht profitabel betrieben werden konnte.

488. In diesem Zusammenhang ist auf den folgenden Umstand hinzuweisen. Das Grosshandelsgeschäft der Swisscom-Gruppe war trotz der hohen Anfangsinvestitionen in die technologische Infrastruktur bereits seit dem Jahr 2003 profitabel (vgl. SV J.a). Die Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts wurde dabei spätestens mit der internen Genehmigung der Konzernrechnung für das Jahr 2003 und dessen Veröffentlichung im März 2004 dokumentiert (vgl. SV B.g). Die Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts war dabei so hoch, dass die Verluste aus dem Einzelhandelsgeschäft ohne Weiteres ab dem Jahr 2004 hätten ausgeglichen werden können. Zudem wären im Laufe des Jahres 2005 alle Verluste des Grosshandelsgeschäfts aus den Jahren 2000 bis 2002 kompensiert und zusätzlich bis Ende des Jahres 2005 sogar sämtliche Verluste des Einzelhandelsgeschäfts aus den Jahren 2001 bis 2005 ausgeglichen worden (vgl. SV J.c).

489. Das Einzelhandelsgeschäft konnte erst ab dem Jahr 2008 die Gewinnschwelle überschreiten. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Profitabilität entsprechend der Ansicht der Vorinstanz ausschliesslich auf die nachhaltige Preissenkung für die BBCS-Produkte auf den Beginn des Jahres 2008 zurückzuführen ist oder ob die Profitabilität entsprechend der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch bei einer Fortführung der im Jahr 2007 geltenden Preise eingetreten wäre. Denn der Eintritt der Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts ab dem Jahr 2008 kann nicht zu einer anderen Beurteilung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem Gross- und dem Einzelhandelsmarkt und der von der Swisscom-Gruppe vorgenommenen Handlungen in den Jahren 2001 bis 2007 führen.

490. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es im vorliegenden Fall weder erforderlich noch sachgerecht, zur Abklärung der Wirtschaftlichkeit eine Ertragswertanalyse durchzuführen. Wie vorstehend dargelegt wurde (vgl. E. 456), bestehen gegenüber einer Ertragswertanalyse angesichts von deren strukturellen

Mängeln bereits erhebliche grundsätzliche Vorbehalte in Bezug auf ihre Berücksichtigung zur Überprüfung einer Kosten-Preis-Schere. Diese strukturellen Mängel sind gerade im vorliegenden Sachverhalt auch von Bedeutung. Im Rahmen des Entscheids in Sachen Telefonica wurde der, im Übrigen lediglich ergänzende Einsatz einer Ertragswertanalyse im Bereich des Breitbandeinzelhandelsgeschäfts unter zusätzlichem Hinweis auf Feststellungen nationaler Kartellbehörden zudem an ein beschränktes Zeitfenster von maximal fünf Jahren gebunden (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 355), und ein darüber hinausgehender Zeitraum von sechs oder mehr Jahren ausdrücklich als nicht sachgerecht qualifiziert (vgl. EU-Kom, Comp/ 38.784, Telefonica, Ziff. 369, 370). Die Ansetzung dieses maximalen Zeitfensters wurde von den EU-Gerichten als sachlich angemessen bestätigt (vgl. EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 220, 222, 226). Angesichts des Umstands, dass im vorliegenden Verfahren die tatsächlichen Unternehmensdaten für einen deutlich darüber hinausgehenden Zeitraum von sieben Jahren vorliegen, und in dieser Zeit ein nachhaltiger jährlicher Verlust im Einzelhandelsgeschäft zu verzeichnen ist, besteht von vornherein keine Veranlassung, dieses eindeutige Ergebnis mittels einer ergänzenden Ertragswertanalyse zu überprüfen, um allfällige Verzerrungen, die auf den Modalitäten des historischen Ansatzes beruhen würden, ausgleichen zu können. Es bedarf daher auch keiner verbindlichen Abklärung, inwieweit die von der Vorinstanz nachgereichte Ertragswertanalyse zutreffend ist, wonach unter Berücksichtigung der angemessenen Kosten einschliesslich adäquater Kapitalkosten das Breitbandgeschäft auf der Grundlage der Preise vor dem Jahr 2007 erst nach 11 bis 12 Jahren profitabel gewesen sei.

491. Angesichts der vorstehend dargestellten Sachlage kommt auch den von den Beschwerdeführerinnen darüber hinaus vorgebrachten Rügen keine Entscheidungserheblichkeit in Bezug auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Breitbandeinzelhandelsgeschäfts zu. So ist es vorliegend unerheblich, ob und ggf. inwieweit die Swisscom-Gruppe gegenüber ihren Konkurrenten auch noch Grössen- und Verbundvorteile nutzen konnte. Der Vorwurf, wonach die Vorinstanz zu Ungunsten der Swisscom-Gruppe Kosten und Verlustanteile aus anderen Geschäftsbereichen eingerechnet habe, ist von vornherein unbeachtlich, weil sich die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts auf die eigenen Wirtschaftlichkeitsberechnungen der Swisscom-Gruppe abstützt, welche mit Ausnahme der vorstehend angeführten Sachpunkte mit den von der Vorinstanz vorgelegten Berechnungen übereinstimmen. Im Übrigen kompensieren die Gewinne der Swisscom-Gruppe im Grosshandelsgeschäft deren Verluste im Einzelhandelsgeschäft unabhängig davon, ob das Grosshandelsprodukt intern an Bluewin oder extern an dritte Internetdiensteanbieter verkauft wird, weil bei beiden Geschäftsbeziehungen angesichts des Fehlens einer Diskriminierung - wie dies von den Beschwerdeführerinnen selbst vorgetragen wurde - der Ertrag im Grosshandelsgeschäft der gleiche ist. Daher ist auch diese Rüge der Beschwerdeführerinnen unbegründet.

492. Die Swisscom-Gruppe hat daher jedenfalls ab Inkrafttreten der Sanktionsregelung von Art. 49a KG am

1. April 2004 im Zeitraum zwischen April 2004 und Dezember 2007 den objektiven Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere verwirklicht, indem sie die Gross- und Einzelhandelspreise für ihre Breitbandprodukte in der vorgegenommenen Weise angesetzt hat.

c) Berücksichtigung von Akquisitionskosten

493. Umstritten ist der von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich als entscheidungserheblich qualifizierte Aspekt, ob im Rahmen der Ermittlung der Ertragslage des Einzelhandelsgeschäfts die Kosten, die in Zusammenhang mit der Anwerbung von Neukunden anfallen (nachfolgend: Akquisitionskosten), auf einen längeren Zeitraum aufgeteilt und jährlich abgeschrieben werden können oder ob sie jeweils im Jahr ihres Anfalls in der Jahresrechnung unmittelbar als üblicher Aufwand zu berücksichtigen sind.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

494. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Abschreibung der Akquisitionskosten geltend, wobei sich aus verschiedenen, mehrfach überarbeiteten Modellrechnungen und sonstigen Berechnungen mit realer Datenbasis die Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts nachweisen lasse.

495. Grundlage für die Berücksichtigung einer Abschreibung bilde der Umstand, dass das enorme Wachstum des Breitbandgeschäfts die Notwendigkeit einer hohen Kundenakquisition zur Folge gehabt habe. Für diese Kundenakquisition hätten grosse Aufwendungen, unter anderem für Werbung, Aktionen und Endgeräte, vorgenommen werden müssen. Aufgrund dieser einmaligen Kosten für Neukunden könne sich für eine gewisse Phase eine Verlustsituation des Einzelhandelsgeschäfts ergeben, die in einem Wachstumsmarkt aber unschädlich sei. Die hohen Akquisitionskosten würden die statischen Betrachtungen der Jahresrechnung beeinflussen, weshalb im Rahmen einer gesonderten Wirtschaftlichkeitsrechnung für das Einzelhandelsgeschäft die Akquisitionskosten über die Verweildauer der Kunden abzuschreiben seien. Dies wäre für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere unabdingbar, unabhängig davon, ob die Abschreibung von Akquisitionskosten entsprechend den anwendbaren Vorschriften der Rechnungslegung zulässig sei oder nicht.

496. Im Rahmen einer Darstellung der Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts der Swisscom-Gruppe mit Breitbanddienstleistungen (nachfolgend: Wirtschaftlichkeitsberechnung EH Bluewin), wurden von den Beschwerdeführerinnen als Akquisitionskosten die folgenden Positionen eingestellt: (i) Werbeaufwand und Verkaufsprovisionen, d.h. sämtliche entsprechenden Aufwendungen, (ii) Gratismonate, d.h. den Neukunden nicht verrechnete Gebühren, (iii) Heiminstallation, d.h. Kosten für gratis oder zu einem reduzierten Preis erfolgte Installationen, (iv) Kundendienst, d.h. Anteil der entsprechenden Dienstleistungskosten in Zusammenhang mit Neukunden, (v) Handelswaren, d.h. Kosten für gratis oder zu einem reduzierten Preis abgegebene Router bzw. Modems bzw. für deren Vermietung.

497. Aufgrund der Wirtschaftlichkeitsberechnung EH Bluewin wurden von den Beschwerdeführerinnen unter Anwendung einer Abschreibung dieser Akquisitionskosten

ten über Abschreibungsperioden von vier, sechs und zehn Jahren folgende Ergebnisse - unter Ausserachtlassung des Wachstumsrabatts 2007 (vgl. E. 535 ff.) - in

Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts mit Breitbanddienstleistungen nach dessen Aufnahme im Jahr 2000 ermittelt:

4 J.: 2001-2003 Verlust, 2004 Gewinn, 2005-2007 Verlust;

6 J.: 2001-2003 Verlust, 2004-2005 Gewinn, 2006-2007 Verlust;

10 J.: 2001-2003 Verlust, 2004-2007 Gewinn.

498. In formaler Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen zudem unter Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs geltend, dass es Sache der Wettbewerbsbehörden sei, den Umfang der Akquisitionskosten in ausreichendem Umfang abzuklären und nachzuweisen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

499. Die Vorinstanz macht geltend, dass zum einen die Berücksichtigung von Abschreibungen der Akquisitionskosten aus verschiedenen Gründen nicht zulässig sei und zum anderen die Berechnungen der Beschwerdeführerinnen nicht nachvollziehbar und unstimmig seien.

500. Eine Berücksichtigung könne schon deshalb nicht erfolgen, weil die Swisscom-Gruppe die Akquisitionskosten weder im Rahmen ihrer eigenen Businesspläne noch ihrer Jahresrechnungen abgeschrieben habe und eine Abschreibung von Akquisitionskosten gemäss den anzuwendenden Rechnungslegungsstandards auch von vornherein ausgeschlossen sei. Zudem würde keine der für eine Abschreibung massgeblichen Gründe - Gebrauchsverschleiss, Zeitverschleiss, Substanzverringering und Katastrophenverschleiss - auf Akquisitionskosten zutreffen.

501. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Wirtschaftlichkeitsberechnungen würden wesentliche Mängel aufweisen. Akquisitionskosten könnten nicht vollständig ausgeklammert werden, weil aufgrund der üblichen Kundenfluktuation auch dann Akquisitionskosten anfallen würden, wenn kein Wachstum im Markt mehr bestehe. Werbung und Verkaufskosten könnten nicht vollständig als Akquisitionskosten verbucht werden, weil im Umkehrschluss in einem Markt ohne Wachstum keine Werbung vorgenommen werden müsse. Die Kosten für die Heiminstallation könnten nicht verrechnet werden, weil diese erst nach Vertragsabschluss anfallen und deshalb keine Akquisitionskosten darstellen würden. Die Abzüge für den Verkauf oder die Vermietung von Handelswaren sowie die Beträge für die Abschreibung der Handelswaren stünden in keinem Zusammenhang mit der Akquisition der Kunden, weil sie erst nach Vertragsabschluss anfallen würden; dies gelte insbesondere für die entsprechenden Abschreibungen. Die Abzüge für die Handelswaren seien im Übrigen unberechtigt, weil die Erträge aus dem Verkauf der Handelswaren die Kosten deutlich übersteigen würden.

502. Im Rahmen eigener Wirtschaftlichkeitsberechnungen einschliesslich einer Berücksichtigung von Abschreibungen für Aufwendungen, die berechtigterweise als Akquisitionskosten qualifiziert werden könnten, kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass das Einzelhandelsgeschäft für den gesamten Zeitraum zwischen 2001 bis 2007 dennoch zu einem Verlust geführt habe.

(3) Würdigung durch das Gericht

503. Der Begriff „Abschreibung“ ist ein Terminus des betrieblichen Rechnungswesens, der sowohl Eingang in die interne Kostenrechnung als auch die externe Finanzbuchhaltung und damit in die Jahresrechnung findet. Er bezeichnet die Methode zur Erfassung von Wertminderungen an einem Wirtschaftsgut über dessen Nutzungs- bzw. Lebensdauer. Dabei werden die aktivierten Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts entsprechend der voraussichtlichen betrieblichen Nutzungsdauer jedes Jahr um einen bestimmten Teilbetrag zur Erfassung des in der jeweiligen Rechnungsperiode eingetretenen Werteverzehrs gekürzt. Die daraus resultierenden Beträge werden in der Kostenrechnung als Kosten und im Rahmen der Jahresrechnung in der Gewinn- und Verlustrechnung als Aufwand verbucht (vgl. GABLER, Wirtschaftslexikon, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/abschreibung.html; Schellenberg Aldo C., Rechnungswesen: Grundlagen, Zusammenhänge, Interpretationen, 4. Aufl. 2010, 100 f., 215 f.).

504. Kostenrechnung und Finanzbuchhaltung unterscheiden sich grundsätzlich dadurch, dass die Ausgestaltung der Kostenrechnung im Belieben des jeweiligen Unternehmens steht, während die Ausgestaltung der Finanzbuchhaltung den Vorschriften des jeweils zur Anwendung gelangenden Rechnungslegungsstandards zu entsprechen hat. Die Rechnungslegungsstandards sehen Vorschriften für die Erstellung von Dokumenten vor, mit denen ein Unternehmen über seine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage informiert. Ihr Zweck besteht darin, im gesamtwirtschaftlichen Interesse eine einheitliche und transparente Darstellung sicherzustellen, um sowohl für Dritte als auch für das jeweilige Management des Unternehmens eine fundierte Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu ermöglichen.

505. Im Rahmen der Finanzbuchhaltung ergeben sich aufgrund der einschlägigen Vorschriften im Rechnungslegungsrecht Einschränkungen in Bezug auf eine mögliche Abschreibung von Wirtschaftsgütern. Grundsätzlich dürfen nur die Anschaffungs- und Herstellungskosten für Anlagegüter und bestimmte immaterielle Vermögenswerte, denen eine bestimmte Nutzungsdauer zugeschrieben werden kann, für eine Abschreibung herangezogen werden. Kosten für Werbemassnahmen und Geschäftsentwicklung sind hingegen von vornherein nicht aktivierungsfähig, sondern müssen in vollem Umfang als Aufwand in der Jahresrechnung eingestellt werden. Der Grund für die fehlende Aktivierungsmöglichkeit besteht darin, dass derartigen Aufwendungen kein entsprechender längerfristiger Vermögenswert gegenüber steht. Ausnahmen bestehen nur mit Bezug auf bestimmte eng

gefasste Positionen. Dies gilt auch gemäss den International Financial Reporting Standards (IFRS), nach denen die Swisscom-Gruppe ihre Konzernrechnung erstellt. Die vorliegend geltend gemachten Aufwendungen sind - mit Ausnahme eines marginalen und von den Beschwerdeführerinnen nicht näher bezifferten Anteils - auch nach der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerinnen nicht aktivierungsfähig und können daher nicht über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden. Die Beschwerdeführerinnen haben die Akquisitionskosten in den jeweiligen Jahresrechnungen seit 1998 denn auch nicht aktiviert und abgeschrieben, sondern in vollem Umfang als Aufwand verbucht.

506. Für die Prüfung, ob im Einzelfall für einen bestimmten Produktbereich eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, ist die Ertragslage des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts jeweils getrennt durch eine eigenständige Wirtschaftlichkeitsberechnung abzuklären. Diese Wirtschaftlichkeitsberechnungen sind grundsätzlich anhand der für die Jahresabschlüsse massgeblichen Rechnungslegungsvorschriften zu erstellen. Demgegenüber sind individuelle, vom Unternehmen in seine interne Kostenrechnung eingestellte Kriterien nicht zu berücksichtigen. Denn für eine kartellrechtliche Beurteilung der Ertragslage einzelner Geschäftsbereiche sind die nach allgemein anerkannten und übereinstimmend festgelegten Anforderungen, wie sie in den Rechnungslegungsvorschriften zum Ausdruck kommen, massgebend und nicht interne individuelle Festlegungen auf Unternehmensebene. Ausnahmen hiervon sind nur aufgrund besonderer Aspekte anzuerkennen. Massgebend sind dabei die konkreten Umstände des Einzelfalls.

507. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Kosten-Preis-Schere ist daher eine Abschreibung von Akquisitionskosten aufgrund der Verweildauer von Kunden oder der sonstigen Amortisationszeit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

508. Vorliegend steht in Frage, ob bei einem Wachstumsmarkt und hohen Aufwendungen für die Kundenakquisition eine Ausnahmesituation gegeben ist, welche die Berücksichtigung von Abschreibungen rechtfertigt.

509. Die EU-Kommission hat in Zusammenhang mit einem Sachverhalt der Kampfpreisunterbietung im französischen Telekommunikationsmarkt (vgl. EU-Kom, Comp/38.233, Wanadoo Interactive, Ziff. 76 f.) eine solche Ausnahme mit folgender Begründung angenommen. Bei Vorliegen eines Wachstumsmarkts, bei dem die Kosten der Kundenakquisition einen erheblichen Anteil der Ausgaben darstellen, sei zu Gunsten eines Unternehmens anzuerkennen, dass sein Interesse primär nicht auf die kurzfristige Deckung der gesamten Kosten und die Erzielung eines positiven Geschäftsergebnisses ausgerichtet sei, sondern zur kommerziellen Entwicklung des Produkts das Erreichen der Gewinnschwelle im Sinne eines return on investment innerhalb eines gewissen Zeitrahmens angestrebt werde. Daher könnten die Akquisitionskosten im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach dem Prinzip der Abschreibung einer Sachanlage aufgeschlüsselt und auf einen angemessenen Zeitraum verteilt werden.

510. Ob und inwieweit diese Begründung zur Beantwortung der Sachfrage auch für den Sachverhalt einer Kos-

ten-Preis-Schere herangezogen werden kann, dürfte jedoch fraglich sein, weil im Gegensatz zum eindimensionalen Sachverhalt einer Kampfpreisunterbietung bei einer zweidimensionalen Kosten-Preis-Schere das wirtschaftliche Ergebnis des Grosshandelsgeschäfts für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens nicht ausser Acht gelassen werden darf. Zumindest ab dem Zeitpunkt, ab dem das Grosshandelsgeschäft profitabel ist und die Verluste des Einzelhandelsgeschäfts ohne Weiteres durch die Gewinne des Grosshandelsgeschäfts ausgeglichen werden können, besteht kein Grund zur Annahme, die Akquisitionskosten in einem Wachstumsmarkt entgegen den allgemeinen Regelungen des anzuwendenden Rechnungslegungsstandards abzuschreiben. Vielmehr führt die Möglichkeit einer Abschreibung der Akquisitionskosten auf der Einzelhandelsstufe sogar noch dazu, dass sich die Zwangswirkung einer Kosten-Preis-Schere verstärkt, weil die Spanne zwischen den Erträgen des Grosshandelsgeschäfts und den Erträgen bzw. Verlusten des Einzelhandelsgeschäfts vergrössert werden würde. Vorliegend hat die Swisscom-Gruppe ab dem Jahr 2003 ein positives Ergebnis im Grosshandelsgeschäft erzielt, wobei ab dem Jahr 2004 der Verlust des Einzelhandelsgeschäfts um ein Vielfaches übertroffen wurde (vgl. SV J.a, J.c), und demzufolge ein Ausgleich der vollen Verluste aus dem Einzelhandelsgeschäft auch ohne Berücksichtigung einer Abschreibung der Akquisitionskosten möglich gewesen wäre. Gleichzeitig hat das Wachstum im Einzelhandelsmarkt im massgeblichen Zeitraum ganz deutlich abgenommen (vgl. SV H.h). Es sind daher vorliegend keine Gründe ersichtlich, welche die Anerkennung einer Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz ausreichend begründen würden.

511. Die EU-Wettbewerbspraxis zu diesem Sachpunkt ist uneinheitlich. Im Fall Deutsche Telekom war überhaupt keine Abschreibung von Akquisitionskosten berücksichtigt worden. Auch im Vorabentscheidungsverfahren TeliaSonera wurde dieser Aspekt nicht thematisiert. Demgegenüber wurde im Fall Telefonica unter Verweis auf die Begründung im Fall Wanadoo Interactive eine Abschreibung von Akquisitionskosten während eines spezifischen Zeitraums berücksichtigt, was allerdings nicht zu einem anderen Ergebnis führte (EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 474). Da der Entscheid in Sachen Telefonica keinen Rückschluss auf die genauen Ergebnisse des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts zulässt, ist zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen auch vorliegend zu prüfen, ob und inwieweit eine Abschreibung der Akquisitionskosten anzuerkennen ist.

512. Als angemessene Periode für eine Abschreibung der Akquisitionskosten wurden von der EU-Kommission im Fall Telefonica drei Jahre qualifiziert. Grundlage hierfür bildeten die entsprechenden Ansichten von nationalen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, welche teilweise sogar kürzere Abschreibungsperioden vorsahen bzw. anwendeten, sowie die Vertragslaufzeit der jeweiligen Kundenverträge (EU-Kom, Comp/ 38.784, Telefonica, Ziff. 489). In der Schweiz bestand keine regulatorisch anerkannte Abschreibungsperiode für den massgeblichen Zeitraum der Wettbewerbsbeschränkung. Die Verträge der Swisscom-Gruppe mit den Endkunden sahen nur eine Mindestvertragslaufzeit von 12

Monaten vor. Im vorliegenden Fall muss ein Ausgleichszeitraum von drei Jahren demnach ebenfalls als maximale zeitliche Obergrenze für die Anerkennung der Abschreibung von Akquisitionskosten qualifiziert werden.

513. Die massgebliche Wirtschaftlichkeitsberechnung führt allerdings auch unter Berücksichtigung einer entsprechenden Abschreibung von Akquisitionskosten über einen Ausgleichszeitraum von drei Jahren zu keinem anderen Ergebnis. Denn aus den eigenen Berechnungen der Beschwerdeführerinnen zur Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts zeigt sich, dass bei einer linearen Abschreibung der Akquisitionskosten über vier Jahre in den Jahren 2001 bis 2003 sowie 2005 bis 2007 - unter Ausserachtlassung des für 2007 eingestellten Wachstumsrabatts (vgl. E. 535 ff.) - ein Verlust resultiert, und nur im Jahr 2004 ein geringer Gewinn von annähernd {...} Mio. CHF zu verzeichnen war. Bei einer Verkürzung der Abschreibungsperiode auf drei Jahre würde sich die Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts demnach noch deutlich verschlechtern.

514. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist eine längere Abschreibungsperiode als drei Jahre auch nicht unter Verweis auf die Verweildauer der Kunden und die Vertragslaufzeit anzusetzen. In den Entscheidungen der EU-Wettbewerbspraxis wurde eine von den betroffenen Unternehmen geltend gemachte Abschreibung der Akquisitionskosten anhand der Verweildauer der Kunden und der Vertragslaufzeit ebenfalls ausdrücklich als sachlich unangemessen abgelehnt (vgl. EU-Kom, Comp/ 38.784, Telefonica, Ziff. 485; bestätigt durch EuG, EU:T:2012:172, Telefonica, Ziff. 246).

515. Die Berücksichtigung einer Abschreibung anhand der durchschnittlichen Verweildauer der Kunden scheidet schon deshalb aus, weil eine entsprechende Annahme von Seiten der Swisscom-Gruppe jedenfalls zum massgeblichen Zeitpunkt nicht berechtigt war. Eine konkrete Aufstellung der tatsächlichen Verweildauer der Kunden ist nicht vorhanden. Die Beschwerdeführerinnen haben die durchschnittliche Verweildauer aus dem Kehrwert der Abwanderungsrate hergeleitet und mit einem Wert von mindestens zehn Jahren angesetzt (vgl. E. 529). Wie die Beschwerdeführer selbst ausführen, sind sie während des massgeblichen Zeitraums davon ausgegangen, dass es sich bei dem Breitbandmarkt um einen dynamischen Wachstumsmarkt handle, bei dem der Markterfolg in keiner Weise absehbar gewesen sei und die Produkte laufend den neuen Herausforderungen, insbesondere den neuen Angeboten der Kabelkonkurrenz, angepasst werden mussten. Sie machen zudem ausdrücklich geltend, dass ein Wechsel für einen Endkunden ohne Probleme und ohne erhebliche Kosten vorgenommen werden könne. Vor diesem Hintergrund ist es sachlich ausgeschlossen und widersprüchlich, die durchschnittliche Verweildauer der Kunden mit mindestens zehn Jahren anzusetzen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Breitbandprodukte zum massgeblichen Zeitpunkt noch nicht einmal annähernd während eines Zeitraums von zehn Jahren verfügbar waren. Zudem wird bei Zugrundelegung eines Wachstumsmarkts die Verweildauer tendenziell zu hoch angesetzt, wie dies bereits im Fall Telefonica nachgewiesen worden war (vgl. EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 482 f.). Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass die Aus-

wirkungen einer wettbewerbswidrigen Preisansetzung durch das marktbeherrschende Unternehmen gerade dazu beitragen können, die Verweildauer eines Kunden zu verlängern (ähnlich bereits EU-Kommission, Telefonica, Ziff. 478).

516. Die Berücksichtigung einer Abschreibung von mehr als drei Jahren aufgrund der Vertragslaufzeit wäre nicht sachgerecht, weil die Swisscom-Gruppe nach eigenem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen keine Verträge über eine feste Laufzeit abgeschlossen hat. Vielmehr wurden unbefristete Verträge mit einer Mindestvertragsdauer von 12 Monaten abgeschlossen, die nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen beendet werden konnten. Den Kunden stand somit nach einjähriger Vertragslaufzeit die Möglichkeit offen, kurzfristig auf Veränderungen im Markt zu reagieren und gegebenenfalls zu einem Konkurrenzprodukt zu wechseln. Demzufolge lag von vornherein keine vertragliche Kundenbindung vor, die über einen Zeitraum von drei Jahren hinausgereicht hätte.

517. Eine Abschreibung von Akquisitionskosten innerhalb eines adäquaten Ausgleichszeitraums führt demzufolge nicht dazu, dass die Feststellung der negativen Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts der Swisscom-Gruppe korrigiert werden müsste.

518. Dieses Ergebnis wird ferner dadurch bestätigt, dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung EH Bluewin, welche als Grundlage für die von den Beschwerdeführerinnen vorgenommen Berechnungen der Abschreibungen diente, in Bezug auf verschiedene Sachpunkte Mängel aufweist, welche die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Einzelhandelsgeschäfts wesentlich verfälschen. Eine korrekte Berücksichtigung dieser Sachpunkte verschlechtert das wirtschaftliche Ergebnis des Einzelhandelsgeschäfts und führt zu höheren Verlusten.

519. Die Gewährung von Gratismonaten an Neukunden bei Abschluss des Vertrags und deren Berücksichtigung als Akquisitionskosten im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung führt zu einer Verschlechterung des wirtschaftlichen Ergebnisses des Einzelhandelsgeschäfts. Dieser Effekt kann nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der materielle Wert der Gratismonate als Einnahmen in die Wirtschaftlichkeitsberechnung eingestellt wird, weil aus der Gewährung von Gratismonaten keine tatsächlichen Einnahmen generiert werden. Die Berücksichtigung von fiktiven Einnahmen führt demzufolge zu einer Verfälschung der vorgelegten Ertragslage des Einzelhandelsgeschäfts.

520. Die Berücksichtigung sämtlicher Verkaufs- und Werbekosten als Akquisitionskosten bei Neukunden ist nicht sachgerecht, weil die Bewerbung der Produkte ganz offensichtlich nicht nur auf die Anbahnung des Geschäfts mit Neukunden, sondern auch auf die weitere Bindung bestehender Kunden ausgerichtet ist. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass die Mindestvertragslaufzeit im Einzelhandelsgeschäft nur ein Jahr betrug und der Wettbewerbsdruck - wie behauptet - hoch gewesen ist. Da die Verkaufs- und Werbekosten einen grossen Anteil an den Akquisitionskosten ausmachen, ergibt sich aus einer notwendigen Aufteilung dieser Position eine erhebliche Verringerung der insgesamt

anzusetzenden Akquisitionskosten und damit eine beachtliche Reduzierung des Betrags, der hätte abgeschrieben werden können, wodurch sich der jährliche Verlust des Einzelhandelsgeschäfts wiederum erhöht.

521. Die Kosten für die Heiminstallation können gegebenenfalls als Kosten qualifiziert werden, die unmittelbar mit der Akquisition von Neukunden in Zusammenhang stehen. Es ist allerdings nicht ersichtlich, warum die gesamten Kosten für den Kundendienst mit Neukunden als Akquisitionskosten qualifiziert werden sollten. Kundengespräche zum Zweck der Kundenberatung bis zum Vertragsabschluss wären zu berücksichtigen. Nach erfolgter Heiminstallation unterscheidet sich der Neukunde jedenfalls nicht von einem Bestandskunden, weshalb weitere Aufwendungen nicht mehr den Akquisitionskosten zuzurechnen sind.

522. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Zahlen zum Kundenwachstum in den Jahren 2001 bis 2007 korrelieren auch nicht mit den für den Kundendienst geltend gemachten Aufwendungen. Denn die Kosten des Kundendienstes pro Neukunde erhöhten sich in dieser Zeit um das 2,5-fache von {...}-CHF auf {...}-CHF, ohne dass hierfür ein Grund ersichtlich ist. Aufgrund allgemein üblicher Umstände ist allerdings davon auszugehen, dass sich die durchschnittlichen Kosten für den Kundenservice pro Neukunde aufgrund der allgemeinen Verbreitung der Internetprodukte sowie des verbesserten Know-hows der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf die richtige Installation der Produkte im Laufe der Zeit nicht um ein Mehrfaches erhöhen, sondern sich im Gegenteil angesichts der effizienteren Bearbeitungsmöglichkeiten reduzieren (diese Feststellung wurde bereits allgemein durch die EU-Kom, Comp/38.784, Telefonica, Ziff. 342, getroffen). Zudem ging die Anzahl der Neukunden während dieser Zeit deutlich zurück. Darüber hinaus blieben im Jahr 2003 die Kosten pro Neukunden trotz einer Verdoppelung des Kundenwachstums nahezu unverändert, während sich im Jahr 2005 die Kosten pro Neukunden um das 1,6-fache erhöhten und damit den stärksten Anstieg verzeichneten, obwohl das Kundenwachstum nur noch in einem wesentlich geringeren Ausmass um das {...}-fache anwuchs. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die geltend gemachten Kosten des Kundendienstes Bestandteile aufweisen, die für den Kundendienst von Neukunden nicht zu berücksichtigen sind, weshalb sie zu hoch angesetzt wurden.

523. Im Rahmen der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Berechnung wird zudem keine Unterscheidung zwischen der Anwerbung von Neukunden und einem Produktwechsel von Bestandskunden vorgenommen. Ein Produktwechsel von Bestandskunden ist aber weder in einem sonstigen Markt noch in einem Wachstumsmarkt mit der Akquisition eines Neukunden zu vergleichen. Aus diesem Grund sind die in Zusammenhang mit einem Produktwechsel anfallenden Kosten nicht den Akquisitionskosten zuzurechnen. Gleiches gilt für die Anzahl an Kunden, die aufgrund der üblichen Fluktuationsrate einen Unternehmenswechsel vornehmen, unabhängig davon, ob es sich um einen Wachstumsmarkt handelt oder nicht.

524. Aufgrund der Sach- und Rechtslage, die sich anhand der vorstehend dargelegten Aspekte ergibt, bedürfen die zahlreichen weiteren Sachpunkte und Berechnungen, die von den Parteien im Rahmen des Verfahrens zum Nachweis der Kostenstruktur, der Abschreibungsmodalitäten und der Rentabilität vorgetragen wurden, keiner weiteren detaillierten Betrachtung, weil sie zu keiner Änderung der rechtlichen Einschätzung beitragen bzw. beitragen können. Insbesondere bedarf es keiner Auflösung des umfangreichen Vorbringens der Parteien, welche Daten in welchem Zusammenhang zu welchem Zeitpunkt von der jeweils anderen Partei angeblich richtig oder falsch ermittelt oder verwendet wurden.

525. Im Hinblick auf den Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, der Umfang der Akquisitionskosten sei behördlicherseits abzuklären und nachzuweisen, ist Folgendes festzuhalten. Bei der Berücksichtigung von Akquisitionskosten im Rahmen von Wachstumsmärkten handelt es sich um eine besondere Sachverhaltskonstellation des konkreten Einzelfalls, deren Vorliegen von Seiten der Beschwerdeführerinnen geltend gemacht, von Seiten der Wettbewerbsbehörden allerdings bestritten wird. Auch unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes ist es daher Sache der Beschwerdeführerinnen, den Ausnahmesachverhalt in angemessener Weise inhaltlich darzulegen und zu substantiieren. Hierzu sind die notwendigen Tatsachen vollständig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei vorzutragen. Es besteht in diesem Fall keine Verpflichtung der Wettbewerbsbehörden, unvollständige, nicht nachvollziehbare oder widersprüchliche Angaben der Beschwerdeführerinnen durch eigene Untersuchungsmassnahmen umfassend abzuklären und aufzulösen. Soweit die Beschwerdeführerinnen entsprechende Angaben nicht selbst klar- und richtigstellen, tragen sie auch das Risiko einer unter Umständen unzureichenden Würdigung dieser Angaben durch die Wettbewerbsbehörden. Vorliegend bedarf es jedenfalls keiner detaillierten verbindlichen Abklärung der vorstehend vorgetragenen Aspekte, die eine Reduzierung der anrechenbaren Akquisitionskosten nach sich ziehen, weil auch ohne ihre Berücksichtigung eine Abschreibung - wie dargelegt - nicht zu einem anderen Ergebnis führt und ihre verbindliche Abklärung das vorliegende Ergebnis lediglich bestätigen würde.

d) Amortisationsberechnungen

526. Im Zusammenhang mit der Erörterung einer notwendigen Abschreibung von Akquisitionskosten wurden von den Beschwerdeführerinnen auch Break Even-Berechnungen zur Amortisation der Akquisitionskosten vorgenommen, wobei die Forderung erhoben wurde, dass diese Amortisationsberechnungen als massgebliche Grundlage für eine Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren heranzuziehen seien.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

527. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen soll für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere allein massgeblich sein, ob sich aufgrund einer Break Even-Berechnung die Akquisitionskosten über die Verweildauer der Kunden wieder einspielen liessen. Generiere der Kunde für die Swisscom-Gruppe höhere wiederkehrende Erträge als Kosten, und übersteige die Verweil-

dauer des Kunden die Dauer bis zum Erreichen der Gewinnschwelle, könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das Gesamtgeschäft in absehbarer Zeit profitabel sei.

528. Da im vorliegenden Fall die Verweildauer der Kunden zehn Jahre, die Amortisationszeit für die Akquisitionskosten aber im Durchschnitt vier Jahre bzw. - unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz vorgebrachten Einwendungen - fünf Jahre betrage, sei eine ausreichende Wirtschaftlichkeitsbetrachtung gegeben gewesen. Die Swisscom-Gruppe habe daher in jeder Planungsphase damit rechnen können und dürfen, dass das Retail-Geschäft mittelfristig Gewinne abwerfen würde. Es habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch kein strukturelles Defizit vorgelegen, weil ein solches nur dann gegeben sei, wenn das Einzelhandelsgeschäft auf Dauer unprofitabel wäre.

529. Die im Rahmen der Berechnungen zu Grunde gelegte Verweildauer der Kunden errechne sich aus dem Kehrwert der jährlichen Abwanderungsrate, welche die prozentuale Quote an einzelnen Kunden, welche die Geschäftsbeziehung mit der Swisscom aufgeben würden, wiedergebe. Die Abwanderungsrate liege für die Swisscom-Gruppe bei neun Prozent, weshalb sich mindestens eine Verweildauer von über zehn Jahren ergebe.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

530. Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, dass den Break-Even-Berechnungen der Beschwerdeführerinnen keinerlei Aussagekraft zukäme, weil ein gewichtiger Teil der Kosten, wie Werbe- und Verkaufsaufwand sowie Verkaufsprovisionen, nicht einmalig, sondern aufgrund der Vertragslaufzeiten von 12 Monaten jährlich anfallen würden. Bei einer angemessenen Berücksichtigung von Werbe- und Verkaufsaufwand erhöhe sich der Break-Even auf 13 bzw. 14 Jahre für das Jahr 2006 und auf 10,72 Jahre für das Jahr 2007. Bei Berücksichtigung des weiteren Umstands, dass ein Drittel der Verkaufsprovisionen auch bei der Vertragsverlängerung anfallen würden, wäre der Deckungsbeitrag für Bestandskunden pro Jahr sogar negativ. Daher würde die von den Beschwerdeführerinnen angegebene äusserst lange Verweildauer in jedem Falle überschritten, unabhängig davon, dass eine sachgerechte Beurteilung ohnehin nicht zur Anerkennung eines derart langen Zeitraums führe.

(3) Würdigung durch das Gericht

531. Im Hinblick auf die Berücksichtigung von Amortisationsberechnungen ist festzuhalten, dass die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere anhand der Wirtschaftlichkeitsberechnungen des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts unter Berücksichtigung sämtlicher im Einzelfall relevanter wirtschaftlicher Aspekte durchzuführen ist (vgl. E. 444 ff.). Demgegenüber ist eine hierzu verkürzte Amortisationsberechnung in Bezug auf die Akquisitionskosten entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen grundsätzlich nicht massgeblich. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass den Akquisitionskosten im Regelfall keine besondere Bedeutung zukommt (vgl. E. 507).

532. Unabhängig davon würde sich angesichts des im vorliegenden Sachverhalt massgeblichen Ausgleichs-

zeitraums für Akquisitionskosten von längstens drei Jahren auch unter Berücksichtigung einer Amortisationsberechnung in jedem Fall keine andere Beurteilung ergeben.

533. Bereits die eigenen selektiven Rentabilitätsrechnungen der Beschwerdeführerinnen zur Amortisation der Akquisitionskosten führen zum Ergebnis, dass ein Neukunde im ungünstigsten Fall erst ab dem vierten Jahr profitabel war und die Gewinnschwelle mit durchschnittlichen Neukunden je nach Art des Breitbandprodukts zwischen 1,13 und 3,77 Jahren erreicht wurde, wobei die Amortisationszeit bei den verschiedenen Standardprodukten, die einen Anteil von 80 % an den verkauften Produkten ausgemacht hatten, noch in den Jahren 2006 und 2007 jeweils deutlich über drei Jahren lag. Unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz vorgebrachten Einwendungen in Bezug auf Höhe und Gegenstand der Akquisitionskosten, die unter sachlich gerechtfertigten Gründen überhaupt berechtigterweise angerechnet werden könnten (vgl. E. 518), konzidieren die Beschwerdeführerinnen im Rahmen einer überschlägigen Berechnung zudem, dass die Amortisationszeit dann tatsächlich mindestens fünf Jahre betragen hätte. Die tatsächliche Amortisationszeit bei Neukunden übertraf daher in wesentlichen Fällen den als maximal vorgesehenen Ausgleichszeitraum von drei Jahren.

534. Dieser Ausgleichszeitraum von drei Jahren bildet im vorliegenden Verfahren die maximale Dauer, die zum massgeblichen Zeitpunkt von Seiten der Swisscom-Gruppe als potentielle Verweildauer hätte herangezogen werden dürfen. Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 512 ff.), war die Bestimmung der zukünftigen Verweildauer bei Breitbandinternetkunden zum einen aufgrund historischer Daten nicht möglich, zum anderen war aufgrund des behaupteten Wettbewerbsdrucks sowie des Fehlens einer längeren Vertragsbindung nur von einer Verweildauer auszugehen, die nicht wesentlich über die vorgesehene Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr hinausging. Die Swisscom-Gruppe konnte bei einer ordnungsgemässen Würdigung demzufolge im massgeblichen Zeitraum nicht davon ausgehen, dass die voraussichtliche Amortisation der Akquisitionskosten von mindestens fünf Jahren innerhalb der potentiellen Verweildauer der Kunden erfolgen würde.

e) Berücksichtigung des Wachstumsrabatts 2007

535. Umstritten ist die Berücksichtigung eines Nachlasses im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung des Einzelhandelsgeschäfts für das Geschäftsjahr 2007, der Bluewin aufgrund eines sog. Wachstumsrabatts für die Geschäftserfolge bei der Vermarktung der BBCS-Produkte im Dezember 2007 durch eine interne Verrechnung gutgeschrieben worden war.

536. Der Wachstumsrabatt sollte nach Ansicht der Swisscom-Gruppe die BBCS-Kunden zu weiteren Anstrengungen im Einzelhandelsmarkt, der sich immer noch in der Wachstumsphase befand, animieren. Die Rabattbedingungen sahen vor, dass in Abhängigkeit des Verhältnisses zwischen dem individuellen Wachstum des jeweiligen Internetdiensteanbieters und dem Wachstum des Gesamtmarkts ein gestaffelter Rabatt gewährt wurde, bei dem die Eckpunkte folgendermassen festgelegt waren: (i) Lag das individuelle Wachstum um min-

destens 12 % über dem Wachstum des Gesamtmarkts, wurde ein Rabatt in der Höhe von 15 % eingeräumt; (ii) entsprach das individuelle Wachstum dem Wachstum des Gesamtmarkts, betrug der Rabatt 10 %; (iii) lag das individuelle Wachstum mehr als 15 % unter dem Wachstum des Gesamtmarkts, wurde noch ein Rabatt von 4 % gewährt.

537. Der Wachstumsrabatt war von der Swisscom-Gruppe im Oktober 2006 angeboten worden, worauf 20 Internetdienstleister einen entsprechenden Rabattvertrag unterzeichneten. Gemäss den Vertragsbedingungen sollte der Rabatt aufgrund der tatsächlich eingetretenen Daten in Bezug auf individuelles Wachstum und Wachstum des Gesamtmarkts Anfang 2008 berechnet und anschliessend ausbezahlt werden.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

538. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts unter Berücksichtigung des Wachstumsrabatts bereits im Jahr 2007 gegeben war. Im Gegensatz zu den Vorjahren habe im Verhältnis zu den Verlusten in den Vorjahren ein geringer Gewinn in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF resultiert. Selbst ein geringfügiger Gewinn schliesse eine Kosten-Preis-Schere per se aus.

539. Der Rabatt entspreche den Anforderungen an ein Rabattsystem, welches die Vorinstanz im Verfahren ADSL I formuliert habe. Er sei wettbewerbsneutral und nicht diskriminierend ausgestaltet, weil Bluewin und alle anderen Internetdienstleister gleich behandelt worden seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

540. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass es Bluewin nur aufgrund des Wachstumsrabatts möglich gewesen sei, im Jahr 2007 einen Gewinn zu erwirtschaften. Die meisten anderen Internetdienstleister seien demgegenüber nicht in den Genuss eines gleich hohen Rabatts gekommen, was dazu geführt habe, dass sie aufgrund des hohen Grosshandelspreises nach wie vor keine Gewinne hätten realisieren können. Deshalb müsse der Wachstumsrabatt ausschliesslich als Quersubventionierung von Bluewin angesehen werden. Ausserdem schliesse ein geringfügiger Gewinn in einem Jahr die Existenz einer Kosten-Preis-Schere nicht aus. Selbst unter Berücksichtigung des Rabatts würde Swisscom nur ein im Verhältnis zu den Vorjahren geringen Gewinn erzielen, weshalb auch trotz der Verrechnung des Rabatts im Dezember 2007 vom Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere auszugehen wäre.

(3) Würdigung durch das Gericht

541. Nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerinnen wurde Bluewin im Dezember 2007 aufgrund des Wachstumsrabatts für das Jahr 2007 ein interner Nachlass in der Höhe von insgesamt rund {.....} Mio. CHF im Rahmen der internen Verrechnung gutgeschrieben. Soweit dieser Nachlass nicht berücksichtigt wird, ergibt sich aus dem Einzelhandelsgeschäft nach unstrittiger Ansicht auch für das Jahr 2007 ein deutlicher Verlust in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF, der sich in der Grössenordnung der Verluste in den vorhergehenden Jahren bewegt.

542. Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Rabattbedingungen ist zunächst festzustellen, dass damit einerseits eine indirekte Preissenkung in der Höhe von 4 % verbunden war, weil auch dann immer noch ein Minimalrabatt in dieser Höhe gewährt wurde, wenn das individuelle Wachstum eines Internetdienstleisters erheblich unter dem Wachstum des Gesamtmarkts zurückblieb und gegebenenfalls auch gar nicht erreicht wurde. Andererseits konnte ein Rabatt von mehr als 10 % auch nur dann erzielt werden, wenn der Internetdienstleister ein individuelles Wachstum erreichte, das grösser als dasjenige des Gesamtmarkts war. Insgesamt handelte es sich nicht um einen einfachen Mengenrabatt, weil der tatsächlich erzielte Nachlass nicht von der tatsächlich abgenommenen Mehr- oder Mindermenge, sondern vom Verhältnis der tatsächlich abgenommenen Mehr- oder Mindermenge zum Wachstum des Gesamtmarkts abhängig war. Letztlich war dieses Verhältnis für die sonstigen Internetdienstleister im Voraus nicht absehbar und auch nicht vom Umfang ihrer tatsächlich vorgenommenen zusätzlichen Anstrengungen zur Geschäftsausdehnung abhängig. Ihre Preisstrategien zur Steigerung ihres Umsatzes konnten sie daher nur sehr eingeschränkt auf etwaig zu erwartende Nachlässe aus dem Wachstumsrabatt abstützen.

543. Für die Swisscom-Gruppe war aufgrund der bisherigen Entwicklung ihres Einzelhandelsgeschäfts (vgl. SV H.h) demgegenüber absehbar, dass das Umsatzwachstum zu einem Rabatt von mehr als 10 % führen würde. Denn die Swisscom-Gruppe war dasjenige Unternehmen, welches das Einzelhandelsgeschäft in den vorhergehenden Jahren am meisten und jeweils über dem Wachstum des Gesamtmarkts zu vergrössern vermochte. Aufgrund der zu diesem Zeitpunkt bestehenden sehr hohen Gewinnmargen im Grosshandelsgeschäft konnte die Swisscom-Gruppe im Rahmen ihrer Verkaufsförderungsmaßnahmen auch eine riskantere Preisstrategie in Angriff nehmen, um ihren Anteil am Markt weiter zu vergrössern.

544. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst einräumen, wurde der Wachstumsrabatt bereits nach einem Jahr wieder eingestellt, weil die effektiven Wachstumszahlen vieler Internetdienstleister zu geringeren als von der Swisscom-Gruppe erwarteten Nachlässen geführt hätten. Tatsächlich konnten sechs von zwanzig Internetdienstleistern gegenüber dem Wachstum des Gesamtmarkts ein höheres individuelles Wachstum erzielen, während die restlichen vierzehn Internetdienstleister dahinter zurückblieben. Dieses Resultat stellt jedoch keine Überraschung dar, weil von vornherein nicht davon auszugehen war, dass alle Internetdienstleister ihren Umsatz in einem solchen Umfang hätten steigern können, der über dem Wachstum des Gesamtmarkts lag. Ein anderes als das tatsächlich eingetretene Resultat konnte demzufolge nicht der Grund für die Gewährung des Wachstumsrabatts gewesen sein. Dies wird auch dadurch belegt, dass der Wachstumsrabatt bereits nach einem Jahr wieder abgeschafft wurde.

545. Es ist demzufolge davon auszugehen, dass die Einführung des Wachstumsrabatts 2007 im Wesentlichen dazu diente, durch die Quersubventionierung die mangelnde Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts der Swisscom-Gruppe buchhalterisch auszuglei-

chen. Wesentlicher Nutzniesser des Wachstumsrabatts bildete demzufolge die Swisscom-Gruppe selbst, die dadurch den Verlust des Einzelhandelsgeschäfts aufgrund der zu hohen Grosshandelspreise verschleiern konnte. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Einzelhandelsgeschäfts zur Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere ist die im Dezember 2007 vorgenommene Verrechnung des Nachlasses jedenfalls nicht zu berücksichtigen.

546. Im Übrigen schliesst eine kurzfristige bzw. einmalige Erzielung eines geringen Gewinns die Annahme einer Kosten-Preis-Schere nicht aus. Massgebend für die Annahme einer Kosten-Preis-Schere ist das unangemessene Verhältnis zwischen den Grosshandels- und den Einzelhandelspreisen eines vertikal integrierten Unternehmens. Die Unangemessenheit dieses Verhältnisses kann auch dann gegeben sein, wenn die Preisspanne von Seiten des vertikal integrierten Unternehmens so ausgestaltet wird, dass die Gewinnschwelle in einem Jahr gerade erreicht wird. Denn ein einmaliger geringer Jahresgewinn in einem mehrjährigen Betrachtungszeitraum führt prinzipiell nicht dazu, dass die Konkurrenzfähigkeit der Wettbewerber auf dem Endproduktmarkt in einem entscheidenden Ausmass verbessert wird.

f) Berücksichtigung von Bündelangeboten

547. Die Breitbandprodukte wurden von Bluewin und den anderen Internetdiensteanbietern in Kombination mit Festnetztelefoniediensten angeboten. Strittig ist die Frage, ob Erträge aus anderen Produkten eines solchen Bündels im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung für das Einzelhandelsgeschäft mit den Breitbandprodukten als Deckungsbeiträge zu berücksichtigen sind oder nicht.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

548. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass eine isolierte Betrachtung von Breitbandprodukten zu eng sei. Angesichts der vorhandenen Angebote sei davon auszugehen, dass der Endkunde von den Fernmeldediensteanbietern aufgrund seines gesamten Bedarfs und nicht bloss als Breitband- oder als Telefoniekunde wahrgenommen werde. Dies ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die Mitbewerber offensichtlich eine Mischrechnung zwischen Breitband- und Telefoniediensten vornehmen würden, weil die Breitbanddienste im Rahmen der Bündelangebote auch vergünstigt oder gratis abgegeben würden, um deren Attraktivität zu steigern. Daher müsse auch der Deckungsbeitrag aus dem Telefoniegeschäft bei der Beurteilung der Profitabilität des Breitbandeinzelhandelsgeschäfts mit einberechnet werden.

549. Aufgrund von eigenen Berechnungen der Beschwerdeführer sei davon auszugehen, dass sich aus dem Telefoniegeschäft ein Deckungsbeitrag in der Höhe von {...}- CHF ergebe ({...}- CHF aus der Festnetztelefonie und {...}- CHF aus der Mobiltelefonie). Diesem Betrag entspreche auch die von Sunrise erhobene Zusatzgebühr in der Höhe von 15.- CHF für die Nutzung von Breitbandprodukten, soweit der Kunde nicht mehr dauernd auf dem Festnetz aufgeschaltet sei. Daraus ist ersichtlich, dass auch Sunrise das Breitbandgeschäft

nicht isoliert betrachte und den Deckungsbeitrag aus der Festnetztelefonie mit 15.- CHF bewerte.

550. Unter Berücksichtigung eines angemessenen Deckungsbeitrags aus den übrigen Leistungsbereichen eines Bündelangebots würde die Amortisationszeit der Akquisitionskosten von 2.72 bis 3.77 Jahren auf 1.36 bis 1.57 Jahren sinken. Dies mache deutlich, dass sich die einmaligen Kosten innerhalb kurzer Zeit amortisieren liessen und eine Kosten-Preis-Schere nicht vorliege.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

551. In Bezug auf die Bündelangebote führt die Vorinstanz zunächst aus, dass auf dem Grosshandelsmarkt gar keine Bündelangebote angeboten würden, weshalb eine Berücksichtigung bereits prinzipiell ausscheide. Eine Berücksichtigung von Bündelangeboten führe zudem nur dazu, dass die Breitbandprodukte im Einzelhandelsgeschäft durch das Telefoniegeschäft quer subventioniert würden, wodurch die Breitbandprodukte im Einzelhandelsgeschäft für sich alleine jedoch nicht profitabel werden würden. Da die Endkunden vermehrt Bündelangebote nachgefragt hätten, wäre den Konkurrenten keine andere Wahl verblieben, als das unrentable Breitbandgeschäft quer zu subventionieren. Die Swisscom-Gruppe hätte somit mittels der Kosten-Preis-Schere die Erträge der Konkurrenten aus anderen Bereichen ebenfalls indirekt abschöpfen können.

(3) Würdigung durch das Gericht

552. Im Hinblick auf eine Berücksichtigung von Bündelangeboten ist zunächst zu berücksichtigen, dass diese weder aktuell noch potentiell auf dem Grosshandelsmarkt als Austauschprodukt für das Breitbandprodukt BBCS zur Verfügung standen und demzufolge unter keinem Gesichtspunkt zum relevanten Markt zu zählen sind. Ihre Berücksichtigung scheidet daher schon aus formalen Überlegungen aus.

553. Des Weiteren ist offensichtlich, dass durch eine zwingende Berücksichtigung von Deckungsbeiträgen aus anderen Leistungsbereichen der Telekommunikation, die in einem Bündel mit dem jeweiligen in Frage stehenden Internetprodukt angeboten werden, die anfallenden Verluste mittels einer Quersubventionierung ausgeglichen werden und damit die unzureichende Wirtschaftlichkeit des Breitbandgeschäfts verbessert wird.

554. Durch die notwendige Bündelung verliert der Wettbewerber zudem die Wahlmöglichkeit, auf das Internetprodukt zu verzichten und nur noch sonstige Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten. Vielmehr wird er gezwungen, das verlustträchtige Internetprodukt durch seine sonstigen Telekommunikationsdienstleistungen zu finanzieren. Demzufolge wird durch eine Produktbündelung die Wettbewerbsfähigkeit des Wettbewerbers auf der Einzelhandelsstufe nicht nur auf dem Markt des Internetprodukts, sondern auch noch auf den Märkten der sonstigen Telekommunikationsdienstleistungen beeinträchtigt. Denn die infolge der notwendigen Querfinanzierung verbrauchten Finanzmittel fehlen einem Wettbewerber zur Durchführung eines Preiswettbewerbs auf diesen sonstigen Märkten.

555. Bei Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere werden deren wettbewerbswidrige Auswirkungen demzufolge

sogar noch verstärkt, soweit aufgrund einer Bündelung des massgeblichen Produkts mit anderen Leistungsbe-
reichen eine Quersubventionierung durch die anderen
Wettbewerber auf Einzelhandelsstufe erfolgt. Denn die
Bündelung verschlechtert die Chancengleichheit eines
(ebenso effizienten) Wettbewerbers auf dem Markt. Un-
ter Berücksichtigung der tatsächlich eintretenden Aus-
wirkungen einer Kosten-Preis-Schere ist es daher aus-
geschlossen, dass Deckungsbeiträge aus anderen Pro-
duktbereichen eines Produktbündels für die Berechnung
der Wirtschaftlichkeit des massgeblichen Produkts her-
angezogen werden.

556. Dies entspricht auch der EU-Wettbewerbspraxis,
die eine Berücksichtigung von Erträgen aus anderen
Produktbereichen im Rahmen der Beurteilung einer Kos-
ten-Preis-Schere ablehnt (vgl. EuG, EU:T:2012:172,
Telefonica, Ziff. 201 f.; EuGH, EU:C:2010:603, Deutsche
Telekom, Ziff. 230, EuG, EU:T:2008:101, Deutsche Tele-
kom, Ziff. 198 f.; EU-Kom, Comp/C1/37.451, Deutsche
Telekom, Ziff. 117).

4) Kausalität

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

557. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Verweis
auf das Gutachten von Büren geltend, dass ein Behinde-
rungsmissbrauch nicht nachgewiesen sei. Denn die Vor-
instanz habe nicht belegt, dass den Wettbewerbern die
Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Breitband-
bereich erheblich erschwert oder quasi verunmöglicht
worden sei. Der Verweis auf die von der EU-Kommission
untersuchten Fälle sei fehl am Platz, weil weder die
Marktsituation noch das Regulierungssystem vergleich-
bar seien.

558. Insbesondere beruhe der Rückzug von Tele2 vom
Markt auf einer Strategieänderung des Mutterhauses.
Denn zeitgleich habe sich Tele2 aus mehreren europä-
ischen Ländern zurückgezogen. Überdies seien Klagen
von Konkurrenten nicht bereits ein Beweis für unzulässi-
ge Behinderungen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

559. Die Vorinstanz macht geltend, es sei nicht alleine
massgeblich, ob sich Tele2 (auch) aufgrund des BBCS-
Preises aus dem schweizerischen Telekommunikati-
onsmarkt zurückgezogen habe. In der Verfügung der
Vorinstanz sei lediglich festgehalten worden, dass die
Margen mit ein Grund gewesen sein könnten. Zwar sei
richtig, dass Klagen von Konkurrenten keinen Beweis für
eine unzulässige Behinderung darstellen würden, doch
seien diese zumindest ein Hinweis für eine zu knappe
Marge.

560. Die Vorinstanz führt überdies aus, dass die von der
Swisscom-Gruppe angewandte Kosten-Preis-Schere
sich in zweierlei Hinsicht als wohlfahrtsschädigend aus-
wirke. Zum einen werde die effektive Wahlmöglichkeit
beschränkt, was sich innovationshemmend auswirke.
Zum anderen nutze die Swisscom-Gruppe die Kosten-
Preis-Schere dazu, um auf dem Markt höhere Preise
durchzusetzen und gleichzeitig durch Gewährung von
Einführungsrabatten ihre Konkurrenten auf dem Einzel-
handelsmarkt am Wachstum zu hindern.

(3) Würdigung durch das Gericht

561. Für die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere
ist allein das Auftreten einer unzureichenden Preisspan-
ne nach der bisherigen EU-Wettbewerbspraxis nicht
ausreichend. Vielmehr muss die wettbewerbswidrige
Beeinträchtigung durch eine Analyse der einzelfallbezo-
genen Auswirkungen bestätigt werden, um ein solches
Vorgehen als missbräuchlich zu qualifizieren (vgl. EuGH,
EU:C:2011:83, TeliaSonera, Ziff. 61, 63; EuGH, EU:C:
2014:2062, Telefonica, Ziff. 124; EuG, EU:T:2012:172,
Telefonica, Ziff. 270; EILMANNSBERGER/BIEN, MÜK-EuKR,
Art. 102 Rn. 549; Fuchs/ Möschel, IM-EuKR, Art. 102
Rn. 358).

562. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen
ist es für die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere
nicht erforderlich, dass den im Wettbewerb durch das
marktmächtige Unternehmen beeinträchtigten Konkur-
renten die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit völlig ver-
unmöglicht oder in schwerwiegender Weise erschwert
wird.

563. Im Übrigen ist es auch nicht erforderlich, im Einzel-
nen detailliert nachzuweisen, welcher Marktteilnehmer
als Abnehmer des Vorprodukts, (i) in welcher Weise und
in welchem Ausmass von der unzureichenden Preis-
spanne betroffen wurde, und (ii) welche konkreten Mas-
nahmen als Folge der unzureichenden Preisspanne
durchgeführt hat. Vielmehr ist es ausreichend, wenn bei
einer Gesamtwürdigung aufgrund der konkreten Um-
stände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass von
der Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unter-
nehmens eine potentiell beeinträchtigende Wirkung für
die Abnehmer des Vorprodukts ausging. Da der Schutz
des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf
ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren
Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu
bewahren, sondern auch darauf, angemessene Wettbe-
werbsstrukturen sicherzustellen, wird der verbliebene
bzw. der zumindest sich noch einstellende Wettbewerb
bereits durch die nicht nur rein theoretische Möglich-
keit einer Beeinträchtigung weiter gefährdet. Diese Einschät-
zung entspricht im Ergebnis auch der EU-Wettbewerbs-
praxis zur Kosten-Preis-Schere (vgl. EuGH, EU:C:2014:
2062, Telefonica, Ziff. 124; EuG, EU:T:2012:172, Tele-
fonica, Ziff. 270; EuGH, EU:C:2011: 83, TeliaSonera,
Ziff. 64). Aus diesem Grund erlangt der Aspekt, ob der
Rückzug vom schweizerischen Markt durch Tele2 zu-
mindest teilweise durch die von der Swisscom-Gruppe
angewendeten Preis-Kosten-Schere verursacht wurde,
keine Bedeutung und bedarf demzufolge auch keiner
Abklärung.

564. Wie vorstehend dargelegt, hat die Swisscom-
Gruppe die unzulässige Preisgestaltung auf dem Breit-
bandmarkt zu Lasten der anderen Internetdienstanbieter
als Abnehmer ihres Grosshandelsprodukts im Zeitraum
von April 2004 bis Dezember 2007 vorgenommen. Wäh-
rend dieses Zeitraums war es den anderen Internet-
dienst Anbietern nicht möglich, angesichts der Grosshan-
delspreise, die sie an die Swisscom-Gruppe für die
BBCS-Produkte bezahlt haben, und ihrem Einzelhan-
delspreis, den sie im Wettbewerb auf dem Einzelhan-
delsmarkt an demjenigen von Bluewin ausrichten muss-
ten, eine ausreichende sachgerechte Marge zu erzielen.

Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass während des massgeblichen Zeitraums auch eine Beeinträchtigung der anderen Internetdienstanbieter im Wettbewerb stattgefunden hat, weil diese den Absatz des Vorprodukts nur unter Inanspruchnahme von Erträgen aus anderen Geschäften bewerkstelligen konnten.

5) Rechtfertigungsgründe

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

565. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen nicht ordnungsgemäss geprüft worden sei.

566. Hierzu führen sie an, dass die Vorinstanz in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungs- bzw. strafrechtlichen Sanktionsverfahren sich damit begnügt habe, die von Swisscom vorgetragene Rechtfertigungsgründe zu widerlegen, nicht aber von Amtes wegen geprüft habe, ob eine Verhaltensweise aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sei.

567. Als Rechtfertigung für ihr Verhalten tragen die Beschwerdeführerinnen vor, (i) die hohen Anfangsinvestitionen hätten die entsprechenden Preisfestsetzungen auf der Grosshandelsstufe bedingt, und (ii) die Einzelhandelspreise hätten nicht anders gestaltet werden können, weil sie der Preispolitik der kabelnetzbasierten Konkurrenten hätten Rechnung tragen müssen.

568. Ansonsten verweisen die Beschwerdeführerinnen darauf, dass die übrigen in der Stellungnahme zum Entwurf der vorinstanzlichen Verfügung als „legitimate business reasons“ vorgebrachten Argumente wenigstens im Rahmen der Rechtfertigungsgründe hätten berücksichtigt werden müssen, nachdem sie im Rahmen der materiellen Prüfung der Kosten-Preis-Schere nicht berücksichtigt worden seien. Daher würden sich weitere Ausführungen dazu in der vorliegenden Beschwerde erübrigen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

569. Die Vorinstanz macht geltend, dass im vorliegenden Fall keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich seien und hält fest, dass selbst die grösste Kabelnetzbetreiberin nur begrenzt Wettbewerbsdruck auf die Beschwerdeführerinnen ausüben könne.

(3) Würdigung durch das Gericht

570. Zunächst ist allgemein festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet sind, nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu forschen. Denn die Wettbewerbsbehörden haben einzig den entscheidend erscheinenden Umständen im Rahmen des Zumutbaren nachzugehen (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 27). Von Amtes wegen sind daher lediglich offensichtliche Aspekte, die eine solche sachliche Bedeutung aufweisen, dass sie als Rechtfertigung für das konkrete wettbewerbswidrige Verhalten dienen könnten, von den Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Prüfung abzuklären und für eine Entscheidung heranzuziehen. Andere Aspekte, die zur Rechtfertigung herangezogen werden sollen, sind vom betreffenden Unternehmen selbst darzulegen und zu begründen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz,

wonach die Parteien in allen Verfahren, bei denen ihre Mitwirkung durch das öffentliche Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung geboten ist, nach Treu und Glauben die Ermittlung des Sachverhalts in angemessener Weise zu unterstützen haben, wobei sie alles Zumutbare zur Abwendung eines ihnen zum Nachteil reichenden Verhaltens zu unternehmen haben (vgl. BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise, E. 6.6.1, KRAUSKOPF/EMMENEGGER, VwVG, Art. 12 Rn. 54). Art. 30 Abs. 2 KG, der das Recht eines Verfahrensbeteiligten zur Abgabe einer Stellungnahme vorsieht und eine sachliche Erweiterung von dessen verwaltungsrechtlichem Anspruch auf rechtliches Gehör darstellt (vgl. BGer, 2A.492/2003, Elektra Baselland, E. 3.4; Borer, KG, Art. 30 Rn. 5; CARCAGNI ROMINA, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellrecht, 2007, zit. SHK-KG, Art. 30 Rn. 7; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30 Rn. 15), verdeutlicht unzweifelhaft, dass im Rahmen des Kartellverfahrens ein öffentliches Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung besteht. Ein Unternehmen trifft daher nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht im Hinblick auf die Darstellung von Rechtfertigungsgründen, die sich für die Wettbewerbsbehörden nicht aufgrund des massgeblichen Sachverhalts offensichtlich ergeben und im Rahmen des Verfügungsantrags des WEKO-Sekretariats abgehandelt werden. Dies gilt unabhängig davon, dass einem Kartellsanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK beizumessen ist.

571. Allein aus dem Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Antrags oder der Verfügung gar keine oder nur von dem Unternehmen geltend gemachte Rechtfertigungsgründe abgehandelt haben, ergibt sich noch keine unzureichende Abklärung von Rechtfertigungsgründen.

572. Wie bereits vorstehend vorgetragen wurde (vgl. E. 488), führten die hohen Investitionen lediglich in den ersten Jahren zu einem negativen Ergebnis im Grosshandelsgeschäft. Bereits ab dem Jahr 2003 konnte ein positives Jahresergebnis erzielt werden. Die Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts wurde spätestens im März 2004 dokumentiert. Im Laufe des Jahres 2005 wurden auf der Grosshandelsstufe sämtliche Verluste aus den Jahren 2001 bis 2003 durch entsprechende Gewinne wettgemacht. Die geltend gemachten Anfangsinvestitionen stellen daher keinen Rechtfertigungsgrund für die Weiterführung der Kosten-Preis-Schere im massgeblichen Zeitraum dar.

573. Die weitere Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die Bedingtheit des Einzelhandelspreises sei der Preispolitik der Kabelnetzbetreiber geschuldet, stellt von vornherein kein Rechtfertigungsgrund dar, weil sich dadurch der Verkaufspreis für das Grosshandelsprodukt nicht begründen lässt.

574. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, umso mehr, als von den Beschwerdeführerinnen keine solchen in substantiiert Weise vorgetragen wurden.

6) Zwischenergebnis

575. Die Swisscom-Gruppe hat im Zeitraum zwischen April 2004 und Dezember 2007 durch die Ausgestaltung

ihrer Grosshandelspreise für die Breitbandprodukte BBCS einerseits und ihrer Einzelhandelspreise für die Breitbandprodukte xDSL andererseits den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verwirklicht.

VIII. Sanktionen

576. Die Vorinstanz hat gegen die Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG eine Busse in der Höhe von 219'861'720.- CHF ausgesprochen.

1) Massgebende Sanktionsvorschriften

577. Art. 49a KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird.

578. Die Zielgruppe der Sanktionen entspricht dabei dem Kreis der Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Soweit eine natürliche Person als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, wäre sie entsprechend den sonstigen Kartellrechtssubjekten zu behandeln (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 6; TAGMANN, Sanktionen, 13; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 207).

579. Im Gegensatz zu sonstigen, nicht in Art. 49a KG aufgeführten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, ist jeder Missbrauch von Marktmacht gemäss Art. 7 KG unmittelbar sanktionierbar. Im vorliegenden Sachverhalt ist - wie vorstehend dargelegt - der Sachverhalt einer Preis-Kosten-Schere gemäss Art. 7 KG gegeben.

a) Unschuldsvermutung

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

580. Die Beschwerdeführerinnen machen in allgemeiner Weise einen Verstoss gegen die Unschuldsvermutung geltend. Danach habe jede beschuldigte Person gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV bis zum Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten und es sei Sache der Behörde, die Schuld nachzuweisen. Dabei setze ein Schuldspruch den Nachweis aller urteilsrelevanten Tatsachen voraus. Vermutungen, Plausibilitäten oder eine überwiegende Wahrscheinlichkeit würden hierfür nicht ausreichen. Die Vorinstanz habe aber nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit den Nachweis des objektiven und subjektiven Tatbestands führen können. Insbesondere seien weder ein Vollbeweis hinsichtlich einer marktbeherrschenden Stellung noch einer unzulässigen Verhaltensweise noch eines Verschuldens erbracht.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

581. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale entsprechend den durch Gesetz und Rechtsprechung gegebenen Anforderungen nachgewiesen wurden. Sie verweist dabei auf die Ausführungen zu den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen.

(3) Würdigung durch das Gericht

582. Im Hinblick auf die Anforderungen an das Beweismass, das einem Entscheid zu Grunde zu legen ist, ist auf die Ausführungen zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz zu verweisen (vgl. E. 146 ff.). Da die Ansicht der Beschwerdeführerinnen,

im Kartellrecht müssten die Wettbewerbsbehörden bzw. das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls bei einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG mit Gewissheit sämtliche Tatbestandsmerkmale bejahen können, wie vorstehend dargelegt abzulehnen und einem Entscheid nicht zu Grunde zu legen ist, ergibt sich nicht bereits aus der blossen Anwendung eines abweichenden Beweismasses ein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung. Im Hinblick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale wurde bei deren Abhandlung dargelegt, dass diese von den Beschwerdeführerinnen erfüllt wurden. Aus diesem Grunde ergeben sich weder eine allgemeine noch eine spezifische Verletzung der Unschuldsvermutung.

b) Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

583. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass eine Sanktionierung wegen verschiedener Aspekte einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots ausgeschlossen sei.

584. Zunächst wird von den Beschwerdeführerinnen eingewendet, dass der Gesetzestext zu unbestimmt sei. Die Sanktionsnorm des Art. 49a Abs. 1 KG enthalte keine eigenständige Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens, sondern verweise pauschal auf Art. 7 KG. Unter Verweis auf die Rechtsprechung (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 4.5.1) wird darauf hingewiesen, dass Art. 7 Abs. 1 KG für sich allein den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht zu genügen vermöge. Auch wenn Art. 7 Abs. 1 KG - wie von der Rechtsprechung vor-ausgesetzt - in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 KG als Einheit zu sehen wäre, werde die Bestimmtheit dadurch nicht erhöht, weil beide Absätze jeweils nur auf verschiedene Tatbestandsmerkmale bezogen seien. Daher sei zum einen das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung nicht ausreichend bestimmt, weil die in Art. 4 Abs. 2 KG statuierte Generalklausel keine genaue Definition enthalte und auslegungsbedürftig sei. Zum anderen sei das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung zu unbestimmt, weil das Gesetz nicht näher definiere, was unter einer Diskriminierung zu verstehen sei.

585. Des Weiteren wird eingewendet, dass keine einschlägige Fallpraxis vorhanden gewesen sei. Im Kartellrecht bestünde grundsätzlich nur eine quantitativ beschränkte Fallpraxis. Entscheide, die zu einem Wirtschaftsbereich ergangen seien, könnten nicht auf einen anderen Wirtschaftsbereich übertragen werden. Zu Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG habe zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verfügung keinerlei einschlägige Fallpraxis bestanden. Die Fallpraxis der europäischen Behörden könne nicht herangezogen werden, weil die Verhältnisse nicht vergleichbar seien und auch dort keine einheitliche Praxis festgestellt werden könne. Auf die Ansichten im Schrifttum könne nicht zurückgegriffen werden, weil nur eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung den Anforderungen an die Bestimmtheit genüge. Auch der Entscheid der Vorinstanz sei immer noch zu unbestimmt, weil nicht konkretisiert werde, was unter der Voraussetzung „ausreichende Gewinne für einen Verbleib im Markt“ im Rahmen der Beschreibung einer Kosten-Preis-Schere genau zu verstehen sei.

586. Im Hinblick auf die Verwirklichung des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, der in der vorinstanzlichen Verfügung als massgebliche Tatbestandsvariante bezeichnet worden sei, wird eingewendet, der Tatbestand der Diskriminierung sei nicht verwirklicht worden. Da die Swisscom-Gruppe alle Handelspartner und die konzerninternen Einheiten immer gleich behandelt habe, könne eine Diskriminierung im Sinne der Vorschrift nicht vorliegen. Art. 7 Abs. 1 EMRK untersage eine Erweiterung von Tatbeständen einer Strafnorm. Daher könne der Tatbestand nicht entsprechend der Argumentation der Vorinstanz auf eine indirekte Diskriminierung erweitert werden. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 12.4.1) könne eine solche Lücke nicht durch die Schaffung neuer Straftatbestände im Wege der Auslegung erfolgen, vielmehr müsse der Gesetzgeber entscheiden, ob er diese Lücke schliessen wolle oder nicht. Die Swisscom-Gruppe sei deshalb nicht in der Lage gewesen, zu erkennen, dass eine angebliche Kosten-Preis-Schere unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG subsumiert werden könne.

587. Da Art. 7 Abs. 1 KG nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.4.1) zu unbestimmt sei, um allein gestützt darauf Strafen zu verhängen, dürften auch nur für die in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführten Verhaltensweisen Strafen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG verhängt werden. Selbst wenn eine Kosten-Preis-Schere unter die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG subsumiert werde, könnte demzufolge für einen solchen Wettbewerbsverstoss keine Sanktion verhängt werden.

588. Die mangelnde Bestimmtheit von Art. 7 KG könne entgegen der bisherigen Rechtsprechung auch nicht mit einem Hinweis auf verschiedene, inhaltlich weit gefasste strafrechtliche Bestimmungen, wie insbesondere Wucher gemäss Art. 157 StGB oder Nötigung gemäss Art. 181 StGB, verglichen und erklärt werden. Denn diese Vorschriften seien zum einen über die Jahrzehnte hinweg durch eine reiche Fallpraxis konkretisiert worden. Zum anderen würden diese Vorschriften im Gegensatz zu den kartellrechtlichen Bestimmungen auch kein spezielles ökonomisches Fachwissen bzw. einen besonderen ökonomischen Sachverstand voraussetzen. Die kernstrafrechtlichen Normen würden daher einen wesentlich höheren Grad an Bestimmtheit aufweisen.

589. Letztlich fehle es schon deshalb an der Bestimmtheit der Norm, weil die Vorinstanz nicht dargelegt habe, welcher Preis und welche Marge angemessen bzw. ausreichend gewesen wären. Wenn schon eine Fachbehörde nicht sagen könne, bei welchem Preis ein Verhalten zulässig sei oder nicht, könne von einem Unternehmen unter dem Blickwinkel der Voraussehbarkeit und Bestimmtheit staatlicher Sanktionen sicher nicht mehr verlangt werden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

590. Die Vorinstanz hält den Tatbestand des Art. 7 KG unter Verweis auf die bestehende Rechtsprechung für ausreichend bestimmt.

(3) Würdigung durch das Gericht

591. Die Frage einer ausreichenden Bestimmtheit der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG wurde vom Bundesgericht (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2) unter Hinweis auf divergierende Ansichten in der Literatur (vgl. bejahend Heinemann Andreas, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Jusletter 21.6.2010, Sanktionen, Rn. 24; ablehnend Wildhaber, Wettbewerbsrecht, Rn. 87) bislang ausdrücklich offen gelassen.

592. Das Bestimmtheitsgebot bildet einen Teilgehalt des Legalitätsprinzips, welches verfassungs- und konventionsrechtlich allgemein für alle Rechtsgebiete in Art. 5 Abs. 1 BV und darüber hinaus für den Bereich des Strafrechts zusätzlich in Art. 7 EMRK verankert ist (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1). Danach muss ein Rechtssatz, welcher die Grundlage für eine staatliche Massnahme bildet bzw. bilden soll, hinreichend klar und bestimmt ausgestaltet sein. Hierzu muss die Norm so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; BGE 119 IV 242 E. 1c; BGE 117 Ia 472 E.3e), bzw. dass er erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen als Straftat qualifiziert werden und welche Sanktion für die Tat angedroht wird, damit er sein Verhalten entsprechend anpassen kann (vgl. EGMR, 15.7.2014, 45554/08, Ashlarba gg. Georgien, zit. Ashlarba, Ziff. 33; EGMR, 12.2.2008, 21906/04, Kafkaris gg. Zypern, zit. Kafkaris, Ziff. 140). Der Zweck des Bestimmtheitsgebots besteht im Wesentlichen darin, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 368 f.; POPP PETER/BERKEMEIER ANNE, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, zit. BSK-StGB I, Art. 1 Rn. 44; RENZIKOWSKI JOACHIM, in: Pabel/Schmahel [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2013, zit. IKEM, Art. 7 Rn. 52; STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, zit. AT I, § 4 Rn. 3 f.). Nach einhelliger Auffassung bezieht sich das Bestimmtheitsgebot sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolgen, und es bindet nicht nur den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Norm, sondern auch die Rechtsprechung bei deren Anwendung.

593. Während eine Gesetzesvorschrift im kodifizierten nationalen Recht primär als Befehl eines Gesetzgebers gegenüber den Behörden und Gerichten zur Anwendung des Rechts angesehen wird und die Beurteilung der Gesetzesbestimmtheit daher auf eine richtige Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung ausgerichtet ist, wird die Gesetzesbestimmtheit unter der Europäischen Menschenrechtskonvention angesichts des Einflusses des Common Law von vornherein als Einheit aus Gesetzesrecht und richterlicher Rechtsanwendung behandelt (vgl. RENZIKOWSKI, IKEM, Art. 7 Rn. 53). Aus den unterschiedlichen Ansätzen ergeben sich aber keine beachtlichen und erkennbaren Unterschiede für die Beurteilung konkreter Rechtsfälle. Vielmehr sind sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch das Bundesgericht äusserst zurückhaltend mit der Annahme einer Unbestimmtheit gesetzlicher Normen.

594. Das Bestimmtheitsgebot kann nämlich nicht in absoluter Weise verstanden werden. Denn es ist von vornherein ausgeschlossen, dass alle denkbaren Sachverhaltsvarianten, die rechtlich in spezifischer Weise erfasst werden sollen, in einer gesetzlichen Vorschrift auch ausdrücklich abgebildet werden können. Der Gesetzgeber kann daher gar nicht darauf verzichten, allgemeine sowie mehr oder weniger vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Rechtspraxis überlassen werden muss (vgl. BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 8.2.1; BGE 138 IV 13 E. 4.1; EGMR, 21906/04, Kafkaris, Ziff. 141; EGMR, 25.5.1993, 14307/88, Kokkinakis gg. Griechenland, Ziff. 40). Dabei kann der notwendige Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt definiert werden, weshalb sich nicht einmal ein allgemeines Mindestmass an Bestimmtheit festlegen lässt (vgl. POPP/BERKEMEIER, BSK-StGB, Art. 1 Rn. 45; Stratenwerth, AT I, § 4 Rn. 14). Zudem bedürfen Rechtsvorschriften angesichts der immerwährenden gesellschaftlichen Veränderungen auch einer inhaltlichen Fortschreibung und Anpassung, die durch die Rechtsprechung gewährleistet werden muss. Daher bildet die richterliche Interpretation von Rechtsvorschriften ein notwendiges und durch die Rechtstradition anerkanntes Element der Rechtsanwendung, um zweifelhafte Punkte zu klären und eine Anpassung an veränderte Verhältnisse vorzunehmen (vgl. EGMR, 21906/04, Kafkaris, Ziff. 141; EGMR, 12.7.2007, 74613/01, Jorgic gg. Deutschland, zit. Jorgic, Ziff. 101). Eine Rechtsfortbildung ist dabei immer dann zulässig - auch wenn es sich um den ersten Rechtsfall seiner Art handelt (vgl. EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 109; EGMR, 16.9.2004, 60819/00, Delbos gg. Frankreich, zit. Delbos, o. Ziff. [S. 12]) -, wenn das Ergebnis der Entwicklung mit dem Kern der Vorschrift in Einklang steht und vernünftigerweise vorherzusehen war (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; EGMR, 45554/08, Ashlarba, Ziff. 34; EGMR, 21906/04, Kafkaris, Ziff. 141; EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 101; EGMR, 7.9.2004, 58753/00, Eurofinacom gg. Frankreich, zit. Eurofinacom, o. Ziff. [S. 22]; EGMR, 25.9.2001, 34941/97, Unterguggenberger gg. Österreich, zit. Unterguggenberger, o. Ziff. [S. 13]; EGMR, 22.3.2001, 34044/96, 35532/97 und 44081/98, Streletz/Kessler/Krenz gg. Deutschland, Ziff. 50; EGMR, 22.11.1995, 20166/92, S.W. gg. Grossbritannien, Ziff. 36). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist nur ausnahmsweise davon auszugehen, dass einer gesetzlichen Vorschrift eine ausreichende Bestimmtheit von vornherein abgesprochen werden kann.

595. Nach der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als auch des Bundesgerichts hängt das notwendige Mass der Bestimmtheit von einer ganzen Reihe an Kriterien ab, die im Rahmen einer einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen sind: (i) Komplexität der Regelungsmaterie und der dadurch bedingten Vielfalt an zu ordnenden Sachverhalten, (ii) Anzahl und Status der Normadressaten, (iii) Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, (iv) Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte oder sonstige Rechte, sowie (v) Sachgerechtigkeit der Entscheidung aufgrund der im Einzelfall notwendigen und möglichen Konkretisierung. Dabei sind im Rahmen der Beurteilung die nachfolgend aufgeführten Aspekte zu berücksichtigen.

596. Massgebend für die inhaltliche Verständlichkeit einer Norm ist das zu erwartende Verständnis des jeweiligen Adressatenkreises einer Vorschrift. So kommt technischen Begriffen und sonstigen Fachausdrücken nicht ein allgemeiner, sondern der jeweilige fachspezifische Inhalt zu, wenn als Normadressat nicht die Allgemeinheit, sondern Fachgruppen oder ausgewählte Mitglieder einer Berufsgruppe angesprochen werden (vgl. BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 8.2.1 [2. Abs.]; EGMR, 60819/00, Delbos, o. Ziff. [S. 11]; EGMR, 58753/00, Eurofinacom, o. Ziff. [S. 23]; EGMR, 28.3.1990, 10890/84, Groppera gg. Schweiz, Ziff. 68; Renzikowski, IKEM, Rn. 53).

597. Grundsätzlich gilt in jedem Falle für alle Rechtssubjekte, dass sie in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Masse rechtlichen Rat einholen müssen, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 128 I 327 E. 4.2, je m.w.H.; EGMR, 58753/00, Eurofinacom, o. Ziff. [S. 24]; EGMR, 24.02.1998, 140/1996/759/958-960, Larissis u.a. gg. Griechenland, Ziff. 34; EGMR, 11.11.1996, 17826/91, Cantoni gg. Frankreich, zit. Cantoni, Ziff. 35). Dabei sind auch die Ansichten anderer Autoritäten als die nationalen Gerichte zu berücksichtigen (vgl. EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 107, 113). Zum einen sind Entscheide internationaler Gerichte oder Gremien, die in einem sachlichen Zusammenhang zum jeweiligen Rechtsfall stehen, als Autorität zu berücksichtigen (vgl. EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 107, 112, wonach auch die Entscheide des Internationalen Strafgerichtshofs und Resolutionen der Vereinten Nationen für die Beurteilung heranzuziehen sind). Als zu beachtende Autorität gilt zum anderen das (rechts-)wissenschaftliche Schrifttum (vgl. EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 113; EGMR, 24.5.2007, 77193/01 und 77196/01, Dragotoni und Militaru-Pidhorni gg. Rumänien, Ziff. 43; RENZIKOWSKI, IKEM, Rn. 61). Dabei ist es für die Vorhersehbarkeit einer spezifischen Normauslegung durch das zuständige Gericht bereits ausreichend, dass mehrere Ansichten im Schrifttum für dieses Normverständnis plädieren, auch wenn demgegenüber eine grössere Anzahl von Ansichten ein gegenteiliges Normverständnis vertreten (vgl. EGMR, 74613/01, Jorgic, Ziff. 113). Im Hinblick auf die Abklärung von Risiken gelten für Rechtssubjekte, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten agieren und die gewohnt sind, dabei mit einem hohen Grad an Sorgfalt vorzugehen, strenge Anforderungen, weil von ihnen verlangt werden kann, dass sie besondere Sorgfalt bei einer Abwägung der Risiken, die in Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit stehen, walten lassen (vgl. EGMR, 60819/00, Delbos, o. Ziff. [S. 12]; EGMR, 58753/00, Eurofinacom, o. Ziff. [S. 22]; EGMR, 17826/91, Cantoni, Ziff. 35; EGMR, 34941/97, Unterguggenberger, o. Ziff. [S. 13]; EKMR, 9.4.1996, 25399/94, H.M.A gg. Spanien, o. Ziff. [S. 124, 125]; EKMR, 21.5.1997, 34970/97, Klein Poelhuis gg. die Niederlande, Ziff. 2 a.E.; Renzikowski, IKEM, Rn. 53).

598. Für eine Beurteilung der Bestimmtheit des Art. 7 KG ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte zunächst in grundsätzlicher Weise zu beachten, dass es sich bei den zur Beschreibung des Tatbestands verwendeten Begriffen nicht nur um juristische Fachtermini ei-

nes rechtlich unzulässigen Verhaltens handelt, sondern auch um wirtschaftliche bzw. wirtschaftswissenschaftliche Fachbegriffe, die ausserhalb rechtlicher Würdigungen nicht im Hinblick auf ihre rechtliche Relevanz, sondern im Hinblick auf ihre tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen, insbesondere jene auf den Wettbewerb, verwendet werden. Insoweit unterscheiden sie sich nicht von speziellen Begriffen, die in Fachgesetzen Verwendung finden und ebenfalls einer fachlichen Inhaltsbestimmung einerseits zugänglich und andererseits auch ausgesetzt sind. Diese fachspezifische Inhaltsbestimmung kumuliert etwa in Regelungen, wonach die vorgesehenen Massnahmen den „anerkannten Regeln der Technik“ entsprechen müssen. Hierbei ergeben sich die jeweiligen Anforderungen an die Handlungsausführung primär nicht aus rechtlichen Überlegungen, sondern aus den in der jeweiligen Berufsgruppe herrschenden Ansichten über die ordnungsgemässe Durchführung der vorgesehenen Massnahmen. Die in Art. 7 KG verwendeten Termini entsprechen daher nicht originären Begriffen des Strafrechts, wie etwa dem Erschleichen einer falschen Beurkundung, der Grenzverrückung, dem Schrecken der Bevölkerung oder der Irreführung der Rechtspflege, deren Bedeutungsgehalt im Wesentlichen durch das rechtswissenschaftliche Verständnis vorgegeben wird. Vielmehr ergibt sich der Bedeutungsgehalt der Begriffe von Art. 7 KG auch durch die fachspezifische, d.h. wirtschaftswissenschaftliche Inhaltsbestimmung. Im Rahmen der Rechtsanwendung ist demzufolge eine fachspezifische Inhaltsbestimmung zu berücksichtigen, auch wenn diese eine rechtliche Beurteilung nicht zwingend vorzugeben vermag.

599. Aufgrund dieser Ausgangskonstellation sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht nur der Wortlaut von Art. 7 KG und bereits ergangene Entscheide der Rechtsprechung für dessen Bestimmtheit massgebend. Vielmehr sind auch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und Ansichten zu berücksichtigen, die bei einer genügenden allgemeinen Anerkennung in der betroffenen Berufsgruppe auch eine ausreichende Bestimmtheit der Norm für einen speziellen Sachverhalt bewirken können. Die Bestimmtheit von Art. 7 KG ist somit auch durch die Fachliteratur im Bereich der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie der tatsächlichen Fachpraxis zu beurteilen. Art. 7 KG kann somit nicht von vornherein prinzipiell eine ausreichende Bestimmtheit für die Beurteilung von einzelnen wirtschaftlichen Sachverhalten abgesprochen werden (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2, noch offen gelassen; zustimmend HEINEMANN, Sanktionen, Rn. 24; Heizmann, Unternehmen, Rn. 6; a.A. BORER, Art. 7 Rn. 2 und 7; JETZER LAURA, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, recht 2013, 169, zit. Bestimmtheitsgebot, 174 f.; WILDHABER, Wettbewerbsrecht, Rn. 81 ff.). Vielmehr ist die Frage der Bestimmtheit entsprechend den vorstehend aufgeführten, von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und Aspekten für jeden Einzelfall zu bestimmen.

600. Diese Einschätzung wird entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch nicht durch die Feststellung aufgehoben, dass „anerkanntermassen eine Vielfalt von wirtschaftstheoretischen Erklärungsmodellen zur Verfügung steht, die Lehrmeinungen zufolge beinahe

jedes Ergebnis einer Kartellgesetzanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen“ (BVG 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 4.5.1). Diese Begründung mag im Einzelfall aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Problemstellung und den hierzu bestehenden Ansichten in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zutreffend sein. Sie schliesst aber gerade nicht aus, dass im Einzelfall für eine bestimmte Sachfrage auch eine ausreichende oder sogar ganz überwiegende Anerkennung einer bestimmten Sichtweise festgestellt werden kann. Im Übrigen werden auch zu den meisten juristischen Sachpunkten - insbesondere auch im Bereich des Strafrechts - praktisch alle denkbaren Standpunkte in der Rechtswissenschaft vertreten, weshalb die vorstehende Aussage mit leichten Abwandlungen auch für rechtliche Problemstellungen Gültigkeit besitzt. Würde man diese Ausgangslage zur Beurteilung der Bestimmtheit von Rechtsvorschriften heranziehen, könnte demzufolge für kaum eine gesetzliche Norm eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit festgestellt werden. Allein dieser Umstand hindert jedoch weder die Rechtsprechung noch die Rechtswissenschaft daran, unter Umständen sogar gegenüber einem mehrheitlich favorisierten Normverständnis eine bestimmte massgebliche Ansicht zu bilden, auf der die Beurteilung einzelner rechtlicher Standpunkte abgestützt wird. Das gleiche Vorgehen ist auch im Hinblick auf die wirtschaftswissenschaftlichen Inhalte der in Art. 7 KG verwendeten Begriffe vorzusehen.

601. Im Übrigen würde eine fehlende Anerkennung einer rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Beurteilung für die notwendige Qualifizierung dazu führen, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten, welches in der Literatur durchgehend als schädliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert und demzufolge in der Praxis von der überwiegenden Mehrheit der Wirtschaftsteilnehmer auch gar nicht erst durchgeführt wird, bei der ersten kartellverfahrensrechtlichen Behandlung aufgrund des Aspekts der Bestimmtheit der Norm nicht sanktioniert werden könnte. Dass eine Sanktion in derartigen Fällen ausgeschlossen sein soll, wird aber weder durch den Zweck des Bestimmtheitsgebots noch durch die bestehenden Anforderungen an eine zulässige Rechtsfortbildung vorgegeben.

602. Für die Beurteilung der Bestimmtheit von Art. 7 KG ist in grundsätzlicher Hinsicht überdies zu beachten, dass es sich bei dessen Abs. 1 und Abs. 2 nicht um zwei voneinander unabhängige Normen, sondern um eine einheitliche Vorschrift handelt (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2). Dies ergibt sich zum einen schon aus dem Wortlaut, wonach in Abs. 2 eine Reihe von entsprechenden Verhaltensweisen als Tatbestandsvarianten beispielhaft aufgeführt werden (vgl. E. 388), und zum anderen aus dem Umstand, dass Abs. 2 gar keinen vollständigen eigenen Tatbestand aufweist, der unabhängig von Abs. 1 Anwendung finden könnte. Wenn aber Abs. 2 nicht ohne Abs. 1 anwendbar ist, dann kann auch Abs. 1 nicht ohne Berücksichtigung von Abs. 2 beurteilt werden. Abs. 1 erfährt demzufolge im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs, der Behinderung und der Benachteiligung eine inhaltliche Konkretisierung durch die Auflistung von Bei-

spielfällen in Abs. 2 (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 8.2.2). Da sonstige Sachverhaltskonstellationen von mehreren Tatbestandsbeispielen des Abs. 2 erfasst werden können und eine zwingende Zuordnung vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist, ergibt sich daraus auch ohne Weiteres, dass derartige Sachverhaltskonstellationen letztlich Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen sind. Gleiches gilt auch für sonstige Sachverhaltskonstellationen, die aufgrund ihrer nachteiligen Auswirkungen auf den Markt den Tatbestandsvarianten in Abs. 2 entsprechen, allerdings von deren Tatbestandsmerkmalen von vornherein nicht erfasst werden. Art. 7 Abs. 1 KG weist daher für sonstige Sachverhaltskonstellationen eine eigenständige Bedeutung auf (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigruppe, E. 8.2.2).

603. Die von den Beschwerdeführerinnen hiergegen vorgebrachte Behauptung, Art. 7 Abs. 1 KG sei in jedem Falle zu unbestimmt, weshalb eine Sanktionierung im Einzelfall nicht darauf abgestützt werden könne, widerspricht ganz offensichtlich der vorgesehenen Normkonstruktion des Gesetzgebers. Dies würde nämlich dazu führen, dass die vom Gesetzgeber lediglich als Beispiele vorgesehenen Tatbestandsvarianten als abschliessend qualifiziert werden müssten, weil sonstige Sachverhaltskonstellationen selbst dann, wenn sie aufgrund eines vorgängigen Entscheids und damit einer bestehenden Rechtsprechungspraxis unzweifelhaft als wettbewerbswidrig zu qualifizieren wären, nicht unter Art. 7 Abs. 1 KG subsumiert werden könnten (vgl. auch REINERT, Preisgestaltung, Rn. 4.110).

604. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass eine Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere sowohl in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur als auch in der Rechtsprechung eine lange Tradition aufweist (vgl. E. 389 f.). Denn der erste Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere ist mit dem Urteil in Sachen Alcoa bereits im Jahr 1945 bekannt geworden. Auch in der EU-Wettbewerbspraxis wurde - nachdem bereits im Jahr 1975 ein Entscheid in Sachen National Carbonising Company ergangen war (EU-Kom, 29.10.1975, 109 und 114/ 75, National Carbonising Company Limited u.a., ABl. 1976 L 35/6) - spätestens mit den Verfahren Papier Brown im Jahr 1988 (vgl. E. 390) und Industrie poudres sphériques im Jahr 2000 (vgl. E. 391) die Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preis-Schere durch ein marktmächtiges Unternehmen lange vor dem beanstandeten Verhalten der Swisscom-Gruppe festgestellt. Mit dem Entscheid Deutsche Telekom im Jahr 2003 (vgl. SV L.b) wurde der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere dann sogar ausdrücklich auch für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen als massgeblich qualifiziert.

605. Die grundsätzliche Beachtung von Entscheiden der EU-Wettbewerbspraxis im Rahmen des schweizerischen Kartellrechts obliegt sowohl den schweizerischen Wettbewerbsinstanzen als auch den schweizerischen Unternehmen (vgl. E. 167 f.). Für die Beurteilung einer ausreichenden Bestimmtheit von Art. 7 KG ist demzufolge auch die EU-Wettbewerbspraxis heranzuziehen. Die Beschwerdeführerinnen tragen im Übrigen keinerlei konkrete Gründe vor, warum die im Rahmen der bestehenden EU-Wettbewerbspraxis entwickelten Beurteilungskri-

terien zwar für eine Kosten-Preis-Schere in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten, nicht aber auch im vorliegenden Fall für eine Kosten-Preis-Schere in der Schweiz zur Anwendung gelangen sollten.

606. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Grundsätze zur Ermittlung der ausreichenden Bestimmtheit einer Gesetzesvorschrift können die Beschwerdeführerinnen daher nicht geltend machen, ihnen sei die Möglichkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens infolge einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 KG ab dem Jahr 2003 nicht bekannt und die Norm daher zu unbestimmt gewesen (so auch EuGH, EU:C:2014:2062, Telefonica, Ziff. 149 für die entsprechende Vorschrift des Art. 102 AEUV im EU-Wettbewerbsrecht). Zudem wurde die Swisscom-Gruppe durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit dem Schlussbericht in Sachen Talk & Surf vom Februar 2004 ausdrücklich auf die entsprechende Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der EU-Wettbewerbspraxis und die Berücksichtigung dieser Praxis in der Schweiz aufmerksam gemacht. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen nach eigenen Angaben eine eigene Rechtsabteilung eingerichtet haben, welche kartellrechtliche Angelegenheiten in Eigenregie abwickelt und daher über ausreichendes Fachwissen zur Beurteilung von entsprechenden Entscheiden verfügt.

607. Ob eine Kosten-Preis-Schere der Tatbestandsvariante eines Erzwingens wie bei dem Entscheid der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom, einer Diskriminierung wie beim vorinstanzlichen Entscheid oder der Generalklausel wie im vorliegenden Beschwerdeentscheid und den Entscheiden der EU-Wettbewerbspraxis in Sachen Telefonica und TeliaSonera zugeordnet wird, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen letztlich unbeachtlich. Denn die Bestimmtheit der Vorschrift war durch die vorgängige Rechtsprechungspraxis zu Kosten-Preis-Scheren und insbesondere durch den Entscheid Deutsche Telekom der EU-Kommission in ausreichender Weise gegeben. Sie wurde nicht dadurch wieder aufgehoben, weil in einem nächsten Fall eine andere rechtliche Zuordnung zu einer der möglichen Tatbestandsvarianten vorgenommen wurde bzw. wird. Dies gilt umso mehr, als im Rahmen der vorinstanzlichen Verfügung und der Beschwerdeentscheidung die gleichen Prüfungskriterien für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere herangezogen wurden. Aber auch wenn nunmehr abweichende oder ergänzende Prüfungskriterien herangezogen werden, hält sich diese Veränderung im Rahmen einer zulässigen Rechtsfortbildung und stellt keinen Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot dar.

608. Art. 4 Abs. 2 KG statuiert eine Bestimmung, wonach ein Unternehmen als marktbeherrschend zu qualifizieren ist, wenn es sich gegenüber anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Für die Beurteilung einer Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten wurden von der Rechtspraxis unter Berücksichtigung von Art. 11 Abs. 3 VKU bereits verschiedenste Kriterien für die Bestimmung und Prüfung der Marktstellung im jeweils sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt entwickelt. Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung in Art. 7 KG ist demzufolge entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen

in allgemeiner Hinsicht ausreichend bestimmt (so bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3). Die Beschwerdeführerinnen tragen im Übrigen auch keine Gründe vor, warum im vorliegenden Sachverhalt die Anwendung dieser Kriterien nicht ausreichend vorhersehbar gewesen sein sollte.

609. Des Weiteren sind verschiedene von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Einwendungen von vornherein unbeachtlich, weil sie keine ausreichende Begründung für das Vorliegen der Unbestimmtheit einer Gesetzesvorschrift darstellen oder enthalten.

610. Wenn die Entstehung einer Fallpraxis in Bezug auf eine gesetzliche Vorschrift dazu geführt hat, dass unterschiedliche Voraussetzungen alternativ das Vorliegen des jeweiligen Tatbestands begründen, dann resultiert daraus nicht die Unbestimmtheit der jeweiligen Vorschrift. Vielmehr hat ein betroffenes Rechtssubjekt alle diese unterschiedlichen Varianten einer Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands zu beachten und zu vermeiden, um sich rechtmässig zu verhalten. Ein Unternehmen hat keinen Anspruch darauf, dass ausschliesslich nur eine mögliche Variante der Tatbegehung als kartellrechtswidrig qualifiziert wird.

611. Auch wenn kartellrechtliche Entscheide immer einen Bezug zu einem bestimmten Wirtschaftsbereich aufweisen, weil es sich um konkrete Einzelfallentscheidungen handelt, so sind die allgemeinen Feststellungen zu den Voraussetzungen der einzelnen Tatbestandsmerkmale unzweifelhaft allgemein gültig und gelten grundsätzlich für alle Wirtschaftsbereiche, weshalb sie grundsätzlich auch von allen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen zu beachten sind. Soweit ein Unternehmen diese Voraussetzungen nicht einhält, weil es diese für den entsprechenden Wirtschaftsbereich nicht für anwendbar hält, erfolgt diese Missachtung auf eigenes Risiko. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, eine gesetzliche Vorschrift sei erst dann ausreichend bestimmt, wenn auch für den jeweiligen Wirtschaftsbereich bereits ein Entscheid ergangen sei, trifft demnach nicht zu. Im Übrigen ist diese Behauptung gerade der Beleg dafür, dass sich entsprechende Anforderungen nicht als taugliche Voraussetzungen für die Beurteilung der Bestimmtheit von gesetzlichen Vorschriften eignen. Denn rechtliche Vorschriften können von vornherein nicht so ausgestaltet werden, dass sie die notwendigen spezifischen Formulierungen aufweisen, welche unzweifelhaft sämtliche Wirtschaftsbranchen - und alle sonstigen Varianten, die sich aufgrund entsprechender Kriterien ergeben - umfassen.

612. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist ein Vergleich mit inhaltlich weit gefassten Straftatbeständen im Kernstrafrecht durchaus angebracht, um die angebliche Unbestimmtheit von Art. 7 KG zu relativieren. Wenn bereits im Kernstrafrecht derart weit gefasste Tatbestände offensichtlich zulässig sind, so bestehen grundsätzlich noch weniger Bedenken, auch verwaltungsrechtliche Sanktionsvorschriften mit lediglich strafrechtsähnlichem Charakter in gleicher Weise mit einem inhaltlich weiten Anwendungsbereich auszugestalten (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2, 8.2.3, mit Verweis auf verschiedene strafrechtliche Bestimmungen). Der Verweis der Be-

schwerdeführerinnen auf die bestehende reichhaltige Fallpraxis zu den Strafrechtsvorschriften und dem Fehlen einer äquivalenten Praxis im Kartellrecht geht von vornherein ins Leere. Ganz offensichtlich beruht eine reichhaltige Fallpraxis zu einer Vorschrift in jedem Rechtsgebiet auf dem ersten Entscheid, der hierzu ergangen ist; und dieser Entscheid konnte aufgrund des Fehlens der sich erst später entwickelten Fallpraxis auch nur an dem unbestimmten, weit gefassten (Straf-)Tatbestand ausgerichtet werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung wird von Rechtsprechung und Lehre - wie vorstehend dargelegt - auch bereits beim ersten Fall anerkannt.

613. Dass kartellrechtliche Bestimmungen im Gegensatz zu strafrechtlichen Vorschriften zumindest teilweise ein ökonomisches Fachwissen und einen ökonomischen Sachverstand voraussetzen, stellt keine prinzipielle Einschränkung, sondern eine Milderung ihrer Bestimmtheit dar. Denn die kartellrechtlichen Bestimmungen finden gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ausschliesslich auf Unternehmen und damit auf Rechtssubjekte, die sich in besonderer Weise, nämlich eigenverantwortlich wirtschaftlich betätigen, Anwendung. Der Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes sieht - wie vorstehend ausführlich dargelegt - für eine hinreichende Erfassung des Bedeutungsgehalts der Sanktionsnorm vor, dass sowohl das besondere Fachwissen von betroffenen Rechtssubjekten zu berücksichtigen ist als auch von betroffenen Rechtssubjekten entsprechender Rechtsrat eingeholt werden muss; zudem sind bei Fachpersonen besondere Anforderungen an die auszuübende Sorgfalt zu stellen. Im Regelfall verfügen Kartellrechtssubjekte daher über die notwendigen ökonomischen Kenntnisse als allfällige implizite Voraussetzung einer Verwirklichung von kartellrechtlichen Tatbeständen. Andernfalls haben sie sich diese Kenntnis im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten selbst zu verschaffen.

614. Dass durch die Wettbewerbsbehörden und die Beschwerdeinstanz kein individualisierter Preis oder eine spezifische Marge für die Zulässigkeit einer Kosten-Preis-Schere angegeben wird, ist auf die Wettbewerbskomplexität (vgl. E. 80) und den Beurteilungsspielraum, der im Hinblick auf die Adäquanz von Preis oder Marge besteht, zurückzuführen. Daraus kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen jedoch nicht auf die mangelnde Bestimmtheit von Art. 7 KG geschlossen werden. Denn solange sich der vom Unternehmen angewendete Preis oder die erzielte Marge in einem Bereich bewegt, der aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich als übermässig und damit als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist, können sich keine Zweifel an der Unzulässigkeit ergeben. Dies entspricht auch der Rechtsprechung im Strafrecht. So wird dort für den Tatbestand des Wuchers festgehalten, dass je nach Geschäftsbereich und Umständen des Einzelfalls die Unzulässigkeit der Höhe der Zinsen zum Teil bereits bei 18 %, zum Teil erst bei 25 % beginnt; in jedem Fall wird der Tatbestand aber bei Zinsen ab einer Höhe von 35 % verwirklicht (vgl. BGE 92 IV 132 E. 1; WEISSENBERGER PHILIPPE, BSK-StGB, Art. 157 Rn. 32; TRECHSEL STEFAN/CRAMERI DEAN, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxis-kommentar StGB, 2. Aufl. 2013, Art. 157 Rn. 10).

615. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Einwendungen gegen die Subsumtion einer indirekten Diskriminierung unter die Tatbestandsvariante der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und eine sich daraus ergebende Unbestimmtheit der Norm sind unbeachtlich, weil der Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere - wie vorstehend ausführlich dargelegt (vgl. E. 436 f.) - als eigenständige Tatbestandsvariante zu qualifizieren und keiner der in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführten Tatbestandsvarianten zuzuordnen ist.

616. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Tatbestands von Art. 7 KG für dessen Anwendung auf den Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere im massgeblichen Zeitraum in ausreichender Weise gegeben ist. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer mangelnden Bestimmtheit des Tatbestands sind daher unbegründet.

c) Bestimmtheit der Rechtsfolge

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

617. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die Sanktionsdrohung die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots aus mehreren Gründen nicht erfülle und daher rechtsunwirksam sei. Erstens sei die Sanktionsdrohung betragsmässig nicht absolut begrenzt und damit nach oben offen. Zweitens stehe die Sanktionsandrohung im Zeitpunkt des unterstellten Wettbewerbsverstosses noch gar nicht fest, weil das Geschäftsergebnis erst nachträglich festgestellt werde; sie sei somit nicht im Voraus bestimmt, sondern dynamisch, weshalb sie nicht in jedem beliebigen Zeitpunkt nachgewiesen werden könne. Drittens sei die nach oben offene und dynamische Sanktionsandrohung exorbitant und weder das Kartellgesetz noch die SVKG enthielten hinreichende bestimmte Kriterien, nach denen die konkrete Strafe in vorhersehbarer Weise festgelegt werden könne. Viertens könne die Unbestimmtheit der Sanktionsandrohung auch nicht durch ein hohes Mass an Bestimmtheit der Tatbestandsseite kompensiert werden, weil der Tatbestand ebenfalls unbestimmt sei.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

618. Die Vorinstanz hält die Sanktionsdrohung unter Hinweis auf die bestehende Rechtsprechung für ausreichend bestimmt, weil sich aus den Regelungen des Kartellgesetzes und der SVKG eine konkrete Sanktionsobergrenze ergebe. Die Möglichkeit einer genaueren vorherigen Berechnung durch ein Unternehmen ergebe sich weder aus dem Zweck des Kartellgesetzes noch aufgrund der Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz.

(3) Würdigung durch das Gericht

619. Das Bestimmtheitsgebot ergibt sich - wie bereits ausgeführt (vgl. E. 592) - aus dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK. Die Anforderung einer ausreichenden Bestimmtheit findet auch auf die Rechtsfolge einer Vorschrift Anwendung (vgl. POPP/BERKEMEIER, BSK-StGB, Art. 1 Rn. 48; RENZIOWSKI, IKEM, Art. 7 Rn. 52; Stratenwerth, AT I, § 4 Rn. 14, FROWEIN/PEUKERT, Art. 7 Rn. 4).

620. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots in Bezug auf die Rechtsfolgen besteht zum einen darin, dass die Rechtsunterworfenen erkennen können, welche Auswirkungen ein rechtswidriges Verhalten nach sich zieht. Zum anderen bietet eine ausreichende Bestimmtheit die Gewähr, dass den zuständigen Behörden und Gerichten durch den Gesetzgeber ein Rahmen vorgegeben wird, in dem sich die im Einzelfall verhängten Sanktionen zu bewegen haben, wodurch die prinzipielle Angemessenheit im Verhältnis zu sonstigen Rechtsbereichen sichergestellt und eine Verhängung von völlig willkürlichen Sanktionen verhindert wird.

621. Die Sanktionierung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens ergibt sich aus Art. 49a KG sowie den Bestimmungen der KG-Sanktionsverordnung des Bundesrats vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5), welche der Bundesrat gestützt auf die in Art. 60 KG verankerte Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften erlassen hat. Die Sanktionsvorschriften beruhen demzufolge auf einer ausreichenden formalen Rechtsgrundlage.

622. Gemäss Art. 49a KG, Art. 7 SVKG wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, bis zu einem Betrag in der Höhe von 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Sanktionsbetrag bemisst sich unter Berücksichtigung des in Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich statuierten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Gemäss Art. 3 SVKG wird der relevante Ausgangsbetrag als sog. Basisbetrag auf den Umsatz bezogen, den das Unternehmen auf den jeweiligen relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Die Sanktionierung knüpft demzufolge ausnahmslos an das vorhandene kartellrechtswidrige Verhalten an. Dieser Basisbetrag wird gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des unzulässigen Verhaltens um 50 % bis 100 % erhöht. Gleiches gilt gemäss Art. 5 SVKG bei bestimmten erschwerenden Umständen. Der Betrag ist gemäss Art. 6 SVKG bei Vorliegen von mildernden Umständen zu reduzieren. Gemäss Art. 7 SVKG bildet die in Art. 49a KG festgelegte Umsatzschwelle von 10 % in Bezug auf die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit des betroffenen Unternehmens auf allen - und nicht nur auf den relevanten - Märkten in der Schweiz die absolute Obergrenze einer Sanktion.

623. Die Bemessung der Sanktion entspricht strukturell den Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts, wie sie in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003 L 1/1, zit. VO 1/2003) und den Leitlinien der EU-Kommission vom 1. September 2006 für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 Bst. a der Verordnung [EG] 1/2003 (ABl. 2006 C 210/2, zit. EU-Leitlinien Bussgeldfestsetzung) niedergelegt worden waren. Aufgrund der im Jahr 2006 geänderten Anwendungspraxis durch die EU-Wettbewerbsbehörde ergeben sich allerdings wesentliche Unterschiede bei einer konkreten Berechnung einer Sanktion.

624. Angesichts der bestehenden Vorschriften ist eine eindeutig definierte Obergrenze für die Bestimmung des Sanktionsbetrages gegeben (so im Ergebnis auch BO-

RER, KG, Art. 49a Rn. 2; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 9; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 210; a.A. JETZER, Bestimmtheitsgebot, 177; NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49a -53 Rn. 85). Diese beläuft sich auf 10 % des Umsatzes, der in den vergangenen drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt wurde. Der Umsatz eines Geschäftsjahres wird nachträglich innerhalb einer statutarisch oder gesetzlich vorgegebenen spezifischen, kalendermässig festgelegten Frist von einem Unternehmen in eigener Verantwortung nach handelsrechtlichen Regeln selbst festgestellt und in vielen Fällen sogar durch Revisionsstellen als besondere Fachpersonen überprüft und testiert. Da die Untersuchung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens erfahrungsgemäss über die gesetzlich zulässigen Fristen zur Erstellung eines jährlichen Geschäftsabschlusses hinausgehen, sind die massgeblichen Geschäftszahlen spätestens bei Erlass einer Verfügung durch die Vorinstanz bekannt und verfügbar. Von diesen massgeblichen Geschäftszahlen lässt sich der maximale Sanktionsbetrag ohne Weiteres durch eine einfache Berechnung ermitteln. Die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, es bestünde eine betragsmässig nicht begrenzte und nach oben offene Sanktion, ist daher nicht zutreffend.

625. Die Beschwerdeführerinnen unterstellen mit ihrer Argumentation, dass dem Bestimmtheitsgebot nur dann Genüge getan sei, wenn das Gesetz als Obergrenze einer Sanktionierung (zusätzlich) einen genau bezifferten Geldbetrag im Gesetz vorsieht. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, warum nur die Statuierung eines zahlenmässig festgelegten Sanktionsbetrags als Obergrenze dem Bestimmtheitsgebot in ausreichender Weise entsprechen soll. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots erfüllt vielmehr auch eine Variante, bei der - wie im vorliegenden Fall - auf eine definierte Referenzgrösse abgestellt wird, auf welche die verfügende Behörde keinen Einfluss nehmen kann. Umgekehrt würde die Festlegung einer für alle Sachverhalte geltenden Kennzahl nur zu einer Plafonierung führen, welche Unternehmen mit darüber hinausgehenden Umsätzen gegenüber solchen mit kleineren Umsätzen bevorteilen würde, ohne dass hierfür eine sachliche Begründung ersichtlich wäre. Auch in anderen Sachbereichen werden Sanktionen an solche Referenzgrössen angeknüpft, ohne zusätzlich einen bestimmten Geldbetrag als Obergrenze festzulegen. So kann etwa im Steuerstrafrecht gemäss Art. 175 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) als Sanktion eine Geldstrafe bis zum Dreifachen des nicht entrichteten Steuerbetrags verhängt werden. Selbst im Strafrecht werden Sanktionen ohne bestimmte Grenzen oder Vorgaben statuiert (vgl. POPP/BERKEMEIER, BSK-StGB, Art. 1 Rn. 48; Stratenwerth, AT I, § 4 Rn. 14). Weder durch das Bundesgericht noch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde denn auch ein zahlenmässig genau festgelegter absoluter Geldbetrag als zwingende Anforderung einer strafrechtlichen Sanktionierung statuiert (darauf weist auch Jetzer, Bestimmtheitsgebot, 177, ausdrücklich hin). Vielmehr wurde die Ausgestaltung der Rechtsfolge durch die Angabe eines Vielfachen von einem spezifischen, aufgrund von speziellen Umständen zu berechnenden oder sich ergebenden Betrags für ausreichend angesehen (vgl. EKMR,

5.4.1995, 17951/91, H.B. gg. Schweiz, Ziff. 6; EKMR, 14.1.1998, 28332/95, H.B. gg. Schweiz, Ziff. 2). So wurde denn auch der Höchstbetrag einer kartellrechtlichen Sanktion in der Höhe von 10 % des Umsatzes vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Sachen Menarini nicht beanstandet (EGMR, 43509/08, Menarini, Ziff. 24, 41).

626. Die Sanktionsvorschriften sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch nicht deshalb zu unbestimmt, weil der Umsatz für das jeweilige Geschäftsjahr erst nachträglich festgestellt wird und der Sanktionsbetrag zum Zeitpunkt der Durchführung des kartellrechtswidrigen Verhaltens demzufolge noch gar nicht bekannt sein kann. Denn die Unternehmen werden nicht mit höheren Sanktionsbeträgen als vorhersehbar konfrontiert. Zum einen verändern sich die Umsätze eines Unternehmens im Regelfall nicht kurzfristig in einem ungeahnten Ausmass. Zum anderen steht einem Unternehmen - ungeachtet etwaiger überraschender erheblicher Umsatzschwankungen - angesichts der heutzutage zur Verfügung stehenden elektronischen Datenverarbeitung die Möglichkeit offen, jederzeit seine Umsätze aggregiert für bestimmte Perioden sowohl für seine gesamte Geschäftstätigkeit als auch für einzelne Produkte für die gesamte Schweiz oder einzelne spezifische Gebiete festzustellen. Daher kann ein Unternehmen anhand der gesetzlich vorgesehenen maximalen Koeffizienten von 10 % des Umsatzes auf dem relevanten Markt bzw. in der Schweiz zu jedem Zeitpunkt selbst die finanzielle Obergrenze eines kartellrechtlichen Sanktionsbetrags zumindest annähernd ermitteln.

627. Die durch das Kartellgesetz festgelegte Sanktionierung stellt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch keine exorbitante, völlig unverhältnismässige Sanktion dar, die aufgrund der möglichen Bandbreite als zu unbestimmt zu qualifizieren wäre. Der Sanktionsbetrag knüpft vielmehr zwingend an den tatsächlich erzielten Umsatz eines kartellrechtswidrig handelnden Unternehmens auf dem relevanten Markt an, weshalb er ausnahmslos in einem konkreten Verhältnis zum wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Eine Berücksichtigung des Gesamtumsatzes als maximale Obergrenze der Sanktion ist zudem gerechtfertigt, weil der Gesamtumsatz die Wirtschaftskraft eines Unternehmens widerspiegelt, welche wiederum die Möglichkeit des Unternehmens bestimmt, ein wettbewerbswidriges Verhalten im Markt tatsächlich auszuüben. Ein sehr hoher Sanktionsbetrag ist demzufolge von vornherein überhaupt nur dann möglich, wenn auch sehr hohe Umsätze des Unternehmens vorliegen. Es sind deshalb keine Gründe ersichtlich, warum in derartigen Fällen eine andere Gewichtung vorgenommen werden sollte, die im Ergebnis auf eine Bevorzugung von Unternehmen mit sehr hohen Umsätzen hinauslaufen würde. Dies entspricht auch der Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union sowie internationalen Ansichten (vgl. E. 630 f.)

628. Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Sanktionen gemäss Art. 49a KG ist zudem auf Folgendes hinzuweisen. Gemäss Art. 40 StGB beträgt die Höchstdauer einer zu verhängenden Freiheitsstrafe 20 Jahre. Bei den Straftatbeständen, die zwingend eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vorsehen, beläuft sich der Strafrahmen demnach auf 20 Jahre. Wenn das Gesetz sogar

bei Verhängung einer Freiheitsstrafe einen 20-fachen Sanktionsrahmen vorsieht, ist kein Grund ersichtlich, warum ein 10-facher Sanktionsrahmen für die Feststellung des kartellrechtlichen Basisbetrags per se unverhältnismässig sein soll. Im Übrigen reicht der Strafrahmen im Bereich des Strafrechts sogar noch weiter, weil in bestimmten Fällen mögliche Strafen von einem Tagessatz Geldstrafe bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe zur Wahl stehen (vgl. Stratenwerth, AT I, § 4 Rn. 16). Die Beschwerdeführerinnen legen denn auch nicht dar, aufgrund welcher konkreten Umstände sich die Unverhältnismässigkeit der Sanktion ergeben soll.

629. Aus praktischer Sicht sind verschiedene Aspekte zu ergänzen, die allesamt ein unverhältnismässiges oder exorbitantes Ausmass der in Art. 49a KG statuierten Sanktionen widerlegen.

630. Ein wesentlicher Zweck der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht darin, die sog. Kartellrente, d.h. den durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten Gewinn, abzuschöpfen, um dadurch die Unternehmen zu veranlassen, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen. Dieser Zweck wurde durch den Gesetzgeber vorgegeben (Botschaft KG 2004, 2033, 2037 f.). Die präventive Wirkung des Kartellgesetzes verlangt daher, dass die zu erwartende Sanktion höher ausfällt als die Kartellrente, weshalb der Nettonutzen aus einem Kartellrechtsverstoss negativ sein muss (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 15; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 16; ROTH ROBERT/BOVET CHRISTIAN, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 19; TAGMANN/ZIERLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, *Verantwortlichkeit*, 211). Dieser Ansatz wird durch Art. 49a KG, Art. 2 SVKG ausdrücklich berücksichtigt und umgesetzt. Dieser Ausrichtung der Sanktionen entsprechen auch internationalen Ansichten und Praktiken. So hält etwa die OECD aufgrund verschiedener Untersuchungen und einem internationalen Vergleich fest, dass die Sanktionierung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens mindestens zu einer Abschöpfung des unrechtmässig erzielten Gewinns führen sollte, für eine ausreichende Abschreckung aber am besten ein mehrfaches dieses Betrags aufweisen sollte (Studie der OECD, *Fighting hard core cartels - harm, effective sanctions and leniency programmes*, 2002, zuletzt abgerufen am 27.8.2015 unter: www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf, zit. *Effective Sanctions*, 80 f., 90).

631. Einer Gewinnabschöpfung sind in der Praxis enge Grenzen gesetzt, weil die Ermittlung des tatsächlichen Gewinns durch die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall regelmässig grosse Schwierigkeiten bereitet. Daher ist es sinnvoll und angemessen, eine Sanktionierung nicht (nur) auf der Grundlage der Kartellrendite, welche zumindest das Dreifache betragen sollte, sondern (auch) anhand des Umsatzes vorzunehmen (vgl. OECD, *Effective Sanctions*, 85), wie dies neben dem schweizerischen Kartellgesetz eine Vielzahl weiterer Kartellrechtsordnungen vorsehen.

632. Der Basisbetrag von maximal 10 % als Anknüpfungspunkt entspricht nach empirischen Kenntnissen der OECD einem unterdurchschnittlichen Gewinn, weil bei

entsprechend bekannt gewordenen Daten der Median des wettbewerbswidrigen Gewinns bei 15 % bis 20 % liegt, wobei die darüber hinaus gehenden Schäden bei der Marktgegenseite und den Konsumenten in diesem Zusammenhang noch nicht einmal berücksichtigt sind (vgl. OECD, *Effective Sanctions*, 80 f.; zustimmend WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, *Verantwortlichkeit*, 211). Die Sanktion gemäss Art. 49a KG stellt im internationalen Vergleich somit keine auffallend schwerwiegende Massnahme dar (vgl. DÄHLER ROLF/KRAUSKOPF PATRICK/STREBEL MARIO, *Aufbau und Nutzung von Marktpositionen*, in: Geiser/Krauskopf/Münc [Hrsg.], *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 2005, Rn. 8.129, zit. *Marktpositionen*, Rn. 8.119).

633. Der Basisbetrag knüpft gemäss Art. 3 SVKG auch nur an diejenigen Umsätze an, die auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt wurden, während Umsätze auf relevanten Märkten im Ausland nicht berücksichtigt werden. Dies stellt denn auch eine Abweichung zur Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union dar, wonach gemäss Ziff. 18 der EU-Leitlinien *Bussgeldfestsetzung* auch die Umsätze auf ausländischen Märkten als Grundlage der Bemessung heranzuziehen sind (vgl. GERHARD DANNECKER/JÖRG BIERMANN, in: Immennga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/2, *EU-Kartellrecht*, V. Abschnitt, *Kartellverfahrensordnung 1/2003*, 5. Aufl. 2012, zit. IM-VO1/2003, Art. 23 Rn. 168).

634. Für den maximalen Gesamtbetrag einer Sanktion ist gemäss Art. 7 SVKG ausschliesslich der Gesamtumsatz massgebend, den das Unternehmen in der Schweiz erzielt hat. Auch dies stellt eine deutliche Abweichung zur Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union dar, weil gemäss Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 der weltweit generierte Gesamtumsatz des Unternehmens die massgebliche Obergrenze bildet (vgl. Dannecker/ Biermann, IM-VO1/2003, Art. 23 Rn. 116). Allerdings wird der Sanktionsbemessung nach dem Kartellgesetz der Umsatz der letzten drei Jahre zu Grunde gelegt, während nach den EU-Wettbewerbsregeln nur der Umsatz des letzten Geschäftsjahres heranzuziehen ist.

635. Demzufolge weist das Kartellgesetz sowohl mildere als auch schärfere Bemessungsgrundlagen als die EU-Wettbewerbsregeln auf, weshalb sich im Einzelfall niedrigere oder höhere Sanktionsbeträge als in der Europäischen Union ergeben können. Im Vergleich zum EU-Wettbewerbsrecht weist das schweizerische Kartellgesetz jedoch keine prinzipiell unangemessenen Belastungen auf.

636. Bei Unternehmen, bei denen das Umsatz-Gewinn-Verhältnis über 10 % liegt, können durch den maximalen Basisbetrag von 10 % des Umsatzes noch nicht einmal die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielten Gewinne vollständig abgeschöpft werden. Selbst wenn von Seiten der Kartellbehörden nachgewiesen werden kann, dass darüber hinausgehende Gewinne erzielt wurden, lässt sich der Sanktionsbetrag gemäss Art. 5 SVKG maximal verdoppeln. Daher kann ein Unternehmen je nach konkreter Konstellation trotz einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG noch Gewinne aus seinem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielen. In derartigen

Fällen weist die Sanktionsvorschrift noch nicht einmal eine abschreckende Wirkung auf.

637. Angesichts der vorstehend genannten Umstände ist die von Art. 49a KG vorgesehene Sanktionierung als verhältnismässig zu betrachten (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a Rn. 11). Im Übrigen ist es einem Unternehmen ohne Weiteres möglich, sowohl den maximalen Basisbetrag als auch den maximalen Gesamtbetrag einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG selbst zu ermitteln.

638. Der zu verhängende genaue Sanktionsbetrag ergibt sich aufgrund einer wertenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde aufgrund der konkreten Umstände des wettbewerbswidrigen Verhaltens unter Berücksichtigung von dessen Dauer sowie erschwerender und mildernder Umstände. Zwar besteht aufgrund dieser Bestimmungskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die genaue Höhe der Sanktion innerhalb des Bezugsrahmens von maximalem Basisbetrag und maximalem Gesamtbetrag, den die Wettbewerbsbehörden unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeits- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nutzen können. Allerdings kommt auch einem Strafrichter bei der Bemessung einer Geldstrafe ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die Anzahl der Tagessätze zu. Deshalb besteht auch für einen Straftäter trotz der ihm bekannten Bezugspunkte des Tagessatzes und der maximalen Geldstrafe eine Ungewissheit über die genaue Höhe einer Geldstrafe. Den Strafzumessungsregeln des Strafrechts kommt auch nicht die Aufgabe zu, dass ein Straftäter die ihn treffende Geldstrafe bereits vor Begehung einer Straftat genauestens bestimmen könnte. Gleiches gilt für die Bestimmung der kartellrechtlichen Sanktion. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes gehen jedenfalls nicht so weit, dass eine ausreichende Bestimmtheit der Rechtsfolge von Art. 49a KG erst dann gegeben wäre, wenn ein Unternehmen bereits im Voraus die Höhe der Sanktion exakt ermitteln könnte, um daraufhin zu entscheiden, ob es das kartellrechtswidrige Verhalten tatsächlich umsetzt oder nicht (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 22). Andernfalls würde die präventive Wirkung völlig verloren gehen, weil ein Unternehmen in diesen Fällen durch die vorgesehene Sanktionierung gerade nicht mehr von einem wettbewerbswidrigen Verhalten abgehalten würde.

639. Da die Rechtsfolgen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a KG, Art. 2 ff. SVKG - wie vorstehend dargestellt - in ausreichender Weise inhaltlich bestimmt sind, ist das Mass der Bestimmtheit des Tatbestands entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen für die Beurteilung nicht (mehr) von Bedeutung.

640. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die inhaltliche Bestimmtheit der sich aus Art. 49a KG ergebenden Rechtsfolgen für ein Unternehmen als Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG in ausreichender Weise gegeben ist. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer mangelnden Bestimmtheit der Rechtsfolgen sind daher abzuweisen.

2) Verschulden

a) Sanktionscharakter des Art. 49a KG

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

641. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Verweis auf das Rechtsgutachten NIGGLI/RIEDO geltend, dass aufgrund des Schuldprinzips, welches sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV und dem StGB ableite, keine verschuldensunabhängigen Strafen verhängt werden dürften. Die Gültigkeit des Schuldprinzips für Sanktionen gemäss Art. 49a StGB ergäbe sich unmittelbar aus Art. 333 Abs. 7 StGB, weil der Gesetzgeber keine vom StGB abweichende Regelung habe treffen wollen. Bei der Sanktion gemäss Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen im Sinne des Strafrechts.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

642. Die Vorinstanz stützt sich auf das nachfolgend im Rahmen der Würdigung durch das Gericht dargestellte Ergebnis ab.

(3) Würdigung durch das Gericht

643. Das Schuldprinzip besagt, dass in Strafverfahren ein Beschuldigter nur dann verurteilt werden darf, wenn ein Verschulden und damit eine persönliche Verantwortlichkeit für die Tat gegeben ist ("nulla poena sine culpa"). Es wird nach überwiegender Auffassung aus der Unschuldsumutung in Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet (vgl. TOPHINKE ESTHER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, zit. BSK-StPO, Art. 10 Rn. 19). Als Ausprägung des Schuldprinzips ist Art. 12 StGB zu verstehen, wonach nur ein vorsätzliches oder allenfalls ein fahrlässiges Handeln eine Ahndung wegen einer Straftat zulässt. Art. 333 Abs. 7 StGB erweitert diese Regelung auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, wobei prinzipiell eine fahrlässige neben eine vorsätzliche Begehung tritt.

644. Das Schuldprinzip beeinflusst nicht nur einzelne strafrechtliche Verfahren, sondern wirkt sich auch auf die Gesetzgebung aus. Demzufolge dürfen Straftatbestände durch den Gesetzgeber grundsätzlich nicht in einer solchen Weise ausgestaltet werden, dass dadurch die Notwendigkeit einer Feststellung an persönlicher Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen würde. Nicht vereinbar mit dem Schuldprinzip ist es daher, (i) eine schlichte Erfolgshaftung zu statuieren, bei der aus dem blossen Eintritt eines Erfolgs auf die Schuld des Betroffenen geschlossen wird (vgl. TOPHINKE, BSK-StPO, Art. 10 Rn. 22; a.M. GOLLWITZER WALTER, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, Art. 6 Rn. 138), (ii) einen blossen Verdacht als Grundlage für eine Strafbarkeit genügen zu lassen, (iii) im Rahmen eines Tatbestands unwiderlegbare Vermutungen zu Lasten des Betroffenen vorzusehen, oder (iv) eine Haftung für fremde Schuld zu statuieren. Allerdings werden auch gewisse Einschränkungen des Schuldprinzips anerkannt. So wird es als zulässig erachtet, die Strafbarkeit durch abstrakte Gefährdungsdelikte vorzuverlegen (vgl. TOPHINKE, BSK-StPO, Art. 10 Rn. 22 m.w.H.). Gesetzliche Rechts- und Tatsachenvermutungen werden anerkannt, wenn sie sich innerhalb vernünftiger Grenzen halten und die

Rechte der Verteidigung wahren (vgl. EGMR, 7.10.1988, 10519/83, Salabiaku gg. Frankreich, Ziff. 28; EGMR, 25.9.1992, 13191/87, Pham Hoang gg. Frankreich, Ziff. 33; kritisch Müller/Schefer, Grundrechte, 984). Aus diesem Grund sind Beweislastumkehrungen grundsätzlich möglich, wenn sie dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnen, den Gegenbeweis zu erbringen. Dies gilt insbesondere für Beweislastverschiebungen bei entlastenden Tatsachen (vgl. WASER, Grundrechte, 157; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 228). Bei schwerwiegenden Sanktionen muss dem Betroffenen jedenfalls die Möglichkeit offen stehen, durch geeignete Massnahmen den Nachweis zu erbringen, dass die einem Entscheid zu Grunde liegenden Tatsachen nicht zutreffend sind (vgl. WASER, Grundrechte, 161; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 228).

645. Des Weiteren ist zu beachten, dass die bestehenden inhaltlichen Voraussetzungen und Schranken zum Schuldprinzip ausschliesslich für natürliche Personen entwickelt wurden. Ein Entscheid zur Geltung und konkreten Ausgestaltung des Schuldprinzips für juristische Personen sowie nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder einfache Wirtschaftsgemeinschaften besteht - soweit ersichtlich - bislang nicht.

646. Zur Geltung des Schuldprinzips bei den durch Art. 49a KG mit Sanktionen belegten Kartellrechtstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG bestehen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten.

647. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, dass die Verwaltungssanktionen verschuldensunabhängig ausgefällt werden können (vgl. DÄHLER ROLF/KRAUSKOPF PATRICK, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, 127 ff., zit. „Sanktionsbemessung“, 139; Koumbarakis Zinon, Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda, 2007, 114; Lüscher Christoph, Der Ruf nach einem wirksameren und gerechteren Kartellstrafrecht - Ein irritierender Ruf?, Jusletter 15.3.2010, Rn. 45; Waser, Grundrechte, 162, entnimmt Art. 49a KG eine objektive Schuldvermutung, die im Einzelfall durch das Unternehmen widerlegt werden kann; allgemein zu Verwaltungssanktionen vor der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004 vgl. DUCREY, in: Homburger et. al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, Vor Art. 50 ff. Rn. 18; ZURKINDEN PHILIPP, Sanktionen, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, 2000, 520; ZÄCH ROGER/WICKY ANDREAS, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, 2001, 589, 596). Begründet wird dies im Wesentlichen unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte damit, dass der Gesetzgeber mit Art. 49a KG eine vom StGB abweichende Regelung getroffen habe. Dies werde auch durch die Ausgestaltung der Strafsanktionen in den Art. 54 und 55 KG belegt, welche die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands unter Strafe stellen und somit ausdrücklich ein Verschulden vorsehen würden.

648. Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass das Schuldprinzip uneingeschränkt auch für Kartellsanktionen zur Anwendung gelangen müsse (vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 106 f.; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 5; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 209). Denn das Kartellgesetz stelle gegenüber den massgeblichen Vorschriften des StGB keine Sonderregelung auf, weshalb der aus Art. 333 Abs. 7 StGB ersichtliche Grundsatz, wonach eine schuldunabhängige Strafe ausgeschlossen sei, Beachtung finden müsse (vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a -53 Rn. 108).

649. Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Sanktionen gemäss Art. 49a KG ausdrücklich als Verwaltungssanktionen zur Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten qualifiziert und eindeutig von einer Strafsanktion abgegrenzt hat. Dabei wird für eine Verwirklichung auf Seiten der rechtswidrig handelnden Wirtschaftsteilnehmer auch kein strafrechtlich vorwerfbares Verhalten vorausgesetzt (vgl. Botschaft KG 2004, 2034: „Mit Art. 49a wird das Kartellgesetz durch eine Verwaltungssanktion ergänzt. Als solche dient sie der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten [...]. Die Verwaltungssanktion setzt - im Gegensatz zu einer Strafsanktion - kein Verschulden vor-aus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden [...]. Subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff [insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit usw.] von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden.“ Ein Antrag im Rahmen der Beratungen des Nationalrats auf Berücksichtigung des Verschuldens im Rahmen von Art. 49a KG wurde durch Mehrheitsentscheidung ausdrücklich abgelehnt, vgl. AB 2002 N 1449, 1453). Diese Qualifizierung wird dadurch bestätigt, dass der Wortlaut von Art. 49a KG für die Bezeichnung der Sanktion den neutralen Begriff „Belastung“ und nicht die entsprechenden strafrechtlichen Fachbegriffe „Geldstrafe“ oder „Busse“ verwendet. Die Sanktionsregelung wurde zudem als Art. 49a KG im 6. Abschnitt über die Verwaltungssanktionen des 4. Kapitels über das verwaltungsrechtliche Verfahren und nicht im 5. Kapitel über die Strafsanktionen eingefügt. Damit knüpft die Vorschrift an die Vorstellung des Gesetzgebers im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 1995 an (vgl. Botschaft KG 1995, 493, Ziff. 123 a.E.). Der Gesetzgeber hat mit Art. 49a KG somit implizit eine Sonderregelung geschaffen, die nicht von den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften einschliesslich des Art. 333 Abs. 7 StGB erfasst wird, sondern diesen als *lex specialis* vorgeht (im Ergebnis ebenso HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT, Rechtsgutachten zur Sanktionierung natürlicher Personen/Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellgesetzrevision, 2010/2011, zit. Sanktionierung, 15; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.218; vgl. allgemein zu Sonderregelungen BGE 83 IV 121 E. 1; TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2012, Art. 333 Rn. 4; WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, zit. BSK-StGB-II, Art. 333 Rn. 10).

650. Dabei kann offen bleiben, ob der Gesetzgeber diesbezüglich tatsächlich einem Irrtum über die Deliktsfähigkeit von juristischen Personen unterlegen ist, wie dies in der Literatur teilweise angenommen wird (vgl. Heine Günter, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, 105, zit. Quasi-Strafrecht, 116; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a -53 Rn. 109), ob er eine (zusätzliche) ausdrückliche Statuierung der Abweichung von strafrechtlichen Verfahren im Kartellgesetz für unnötig gehalten oder vergessen hat, oder ob er - wenn auch ohne nähere Begründung - gegebenenfalls bewusst rechtsdogmatisch neue Wege einleiten wollte. Denn im Rahmen der angestrebten Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2012 wurde trotz einer Änderung der Entscheidpraxis zum Verschulden sowie des zwischenzeitlich konsolidierten Meinungsstands in der Literatur (vgl. E. 656) erneut klargestellt, dass an der Sanktionsordnung der Kartellgesetzrevision von 2004 festzuhalten sei (vgl. Botschaft KG 2012, Ziff. 1.3.6). Demgemäss wurden im Rahmen der angestrebten Revision auch keine Anpassungen des Art. 49a KG im Hinblick auf eine Qualifizierung der Massnahme als Verwaltungssanktion und eine nähere Qualifizierung des Verschuldens vorgesehen (vgl. Botschaft KG 2012, Ziff. 2.1.5.5). Zudem wurde auch kein Verweis auf das Verwaltungsstrafrecht aufgenommen, woraus ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die bisherige Praxis übernehmen wollte, die eine Anwendung des Verwaltungsstrafrechts aufgrund des Fehlens eines entsprechenden ausdrücklichen oder impliziten Verweises in den Art. 49a f. KG über die Verwaltungssanktionen ausgeschlossen hat (im Ergebnis so bereits Hangartner, Aspekte, 277). Im Hinblick auf eine Feststellung der Intention des Gesetzgebers sind diese Aspekte zu berücksichtigen, auch wenn die im Jahr 2012 eingeleitete Revision des Kartellgesetzes wegen eines Beschlusses des Nationalrats vom 17. September 2014 auf Nichteintreten auf die gesetzliche Vorlage nicht umgesetzt wurde, weil dies gemäss den parlamentarischen Debatten letztlich auf sonstigen Umständen beruhte.

651. Diese grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers hat zum einen zur Folge, dass bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine direkte Anwendung finden und strafrechtliche Grundsätze nur - aber immerhin - insoweit zu berücksichtigen sind, als ihre Anwendung aufgrund höher-rangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- bzw. konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist. Daher scheidet auch - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen - eine Abstützung auf Art. 333 Abs. 7 StGB aus (vgl. Heine/Roth, Sanktionen, 14). Umgekehrt wird dadurch allerdings nicht gänzlich ausgeschlossen, dass bei Anwendung der kartell- und verwaltungsrechtlichen Verfahrensvorschriften im Rahmen einer notwendigen Ausfüllung von vorhandenen Lücken indirekt per Analogie auf strafrechtliche Vorschriften und Prinzipien zurückgegriffen wird, soweit dies sachgerecht ist (vgl. HANGARTNER, Aspekte, Fn. 104).

652. Zum anderen hat die gesetzgeberische Entscheidung zur Folge, dass eine Beurteilung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ausschliesslich im Rahmen der vom Kartellgesetz vorgesehenen Verwal-

tungs- und Rechtsmittelverfahren zu erfolgen hat, weshalb auch Sachverhalte, die zu Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG führen bzw. führen können, nicht strafprozessualen oder verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren unterstehen (vgl. HANGARTNER, Aspekte, 277; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 238; a.A. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 105 f.). Diese formale Betrachtung wird auch durch Aspekte der Praktikabilität und der Sachgerechtigkeit bestätigt. Denn eine Differenzierung in Bezug auf die Zuweisung von Rechtsmittelverfahren anhand des Umstands, ob die streitgegenständliche Verfügung eine Sanktion gemäss Art. 49a KG statuiert oder nicht, würde letztlich zu einer Aufspaltung des Rechtswegs in Kartellrechtsangelegenheiten führen (vgl. WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 237). Während Verfügungen mit Sanktionen gemäss Art. 49a KG durch Strafgerichte zu beurteilen wären, würden sämtliche sonstigen Rechtsmittelverfahren auch weiterhin durch das Bundesverwaltungsgericht behandelt werden. Dadurch würde die Einheitlichkeit der materiellen Beurteilung von Kartellrechtssachverhalten, die angesichts von deren Bedeutung und nationalen Auswirkungen sowie der erforderlichen Fachkompetenz zu deren Beurteilung unabdingbar ist, erheblich erschwert. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass gemäss Art. 57 KG die Verfolgung von Strafsanktionen nach Art. 54 und 55 KG dem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) untersteht. Bei diesen Tatbeständen handelt es sich nicht um Verstösse gegen materielle Kartellrechtstatbestände, sondern entweder um Zuwiderhandlungen gegen bestehende Entscheide und Urteile der Wettbewerbsbehörden und Rechtsmittelinstanzen oder um Zuwiderhandlungen gegen formale Meldepflichten. Dabei liegt entweder eine materielle kartellrechtliche Beurteilung bereits vor oder eine solche ist nicht erforderlich. Die im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren als Rechtsmittelinstanzen zuständigen Strafgerichte haben denn auch regelmässig keine materiellen Kartellrechtsfragen zu beantworten.

653. Ungeachtet der ausdrücklichen Intention des Gesetzgebers erfüllt die Sanktion des Art. 49a KG aber die für strafrechtliche (Anklage-)Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK vorausgesetzten Kriterien (vgl. E. 57 f.). Denn auch wenn die Verwaltungssanktion als Massnahme zur Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten konzipiert wurde und ihr da-durch nach Ansicht des Gesetzgebers unter Umständen ein anderes Unwerturteil und auch eine andere Rechtskonzeption als eigentlichen Strafrechtstatbeständen beizumessen ist, kommt ihr damit zumindest ein strafrechtsähnlicher Charakter zu, der eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen mit verfassungs- bzw. konventionsrechtlicher Grundlage zur Folge hat. Aufgrund von Art. 5 Abs. 4 und Art. 35 BV sind verfassungs- und konventionsrechtlich gewährleistete Grund- und Menschenrechte im Falle eines Normenkonflikts grundsätzlich vorrangig zu beachten (vgl. BGE 139 I 16 E. 5.1; BGE 138 II 524 E. 5.1; BGE 135 II 243 E. 3.1; BGE 131 II 352 E. 1.3.1; BGE 125 II 417 E. 4d; EPINEY ASTRID, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 2015, Art. 5 Rn. 76 ff., 84 ff.; SCHWEIZER RAINER, in: Ehrenzeller/Mastro-

uardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 35 Rn. 1 ff.; TSCHUMI TOBIAS/SCHINDLER BENJAMIN, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 71 ff.; WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 2015, Art. 35 Rn. 1 ff.), wobei dies regelmässig im Wege einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung bei Anwendung der jeweiligen Rechtsvorschrift umgesetzt wird. Dabei können sich angesichts von Anwendungsbereich und Zielsetzung der jeweiligen Tatbestände im Einzelfall inhaltliche Anpassungen der strafrechtlichen Grundsätze auf verwaltungsrechtliche Sachverhalte ergeben, soweit dies sachlich gerechtfertigt ist und die strafrechtliche Garantie nicht vollständig ihres Inhalts beraubt wird (vgl. hierzu z.B. die inhaltliche Anpassung des verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Gerichtsvorbehalts, E. 58). Dies ist unter Berücksichtigung eines Verfassungsrangs verwaltungsrechtlicher Zielsetzungen auch rechtsdogmatisch vertretbar (vgl. E. 93). Eine völlige Negierung derartiger strafrechtlicher Grundsätze ist jedoch von vornherein ausgeschlossen.

654. Im Hinblick auf den Aspekt der Verantwortlichkeit eines kartellrechtswidrigen Verhaltens als Voraussetzung einer Sanktionierung schliesst das durch die Europäische Menschenrechtskonvention statuierte strafrechtliche Schuldprinzip demnach eine völlig verschuldensunabhängige Verantwortung des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers aus. Vielmehr ist auch im Rahmen von Sanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden dem jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer eine bestimmte Verantwortung für das inkriminierte Verhalten im Einzelfall nachzuweisen haben (vgl. BVGer, B-8399/2010, Baubeschläge Sigenia, E. 4.4.28 f., 6.4.3 ff.; BVGer, B-8404/2010, Baubeschläge SFS, E. 5.3.10.15 ff.; BVGer, B-8430/2010, Baubeschläge Koch, E. 5.4.28 f., 7.4.3 ff.).

655. Die Praxis hat bereits vor Einführung der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG für die Zulässigkeit von indirekten Sanktionen gemäss Art. 51 KG festgestellt, dass allein die Erfüllung des objektiven Tatbestands für die Verwirklichung eines Kartellrechtstatbestands nicht ausreichend sei; vielmehr müsse eine subjektive Verantwortlichkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hinzutreten. Seit einem Urteil der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Jahr 2002 (vgl. REKO/WEF, 7.3.2002, 01/FB-002, Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc. gg. Weko, RPW 2002/2, 386, E. 3.3) wurde in der Folge in den Entscheiden der Wettbewerbskommission, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht grundsätzlich unter dem Begriff der Vorwerfbarkeit das subjektive Verschulden als Voraussetzung einer verwaltungsrechtlichen oder strafrechtlichen Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses geprüft (vgl. E. 674).

656. Die heute herrschende Ansicht in der Literatur setzt - insbesondere wegen der verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantie der Unschuldsvermutung - ebenfalls eine subjektive Verantwortlichkeit für die Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses voraus (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 11; DAVID/JACOBS, WBR, Rn.

769; HANGARTNER, Aspekte, 251 ff., 274 ff.; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 105 f.; SPITZ, Problemstellungen, 564 f.; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 5; ROTH, CR-Concurrence, Rem art. 49a-53 Rn. 39 ff.; TAGMANN, Sanktionen, 72; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 10; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.220).

657. Auch die EU-Wettbewerbspraxis setzt für die Verhängung von Geldbussen ein Verschulden in Form der Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer voraus. Dies wird in Art. 23 der VO 1/2003 ausdrücklich vorgesehen.

658. Unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers sowie der Praxis und der heute herrschenden Literatur steht demzufolge nicht mehr in Frage, ob überhaupt ein Verschulden gegeben sein muss, sondern lediglich der Aspekt, welche materiell- und verwaltungsrechtlichen Kriterien und Voraussetzungen des Verschuldens für die unterschiedlichen Fallgestaltungen einer Verwirklichung von kartellrechtlichen Tatbeständen zur Anwendung gelangen.

b) Nachweis des Verschuldens

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

659. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Verweis auf das Rechtsgutachten Niggli/Riedo in prinzipieller Weise geltend, dass ein für die Verwirklichung von Art. 49a KG notwendiges Verschulden ihrerseits gar nicht gegeben sei. Denn die Verfügung enthalte keine ausreichenden Ausführungen zur subjektiven Vorwerfbarkeit, weil die Vorinstanz sich gar nicht mit Vorsatz und Fahrlässigkeit des Unternehmens auseinandersetze. Vielmehr schliesse die Vorinstanz aus dem objektiven Tatbestand direkt auf die Fahrlässigkeit und setze diese mit einem Organisationsverschulden gleich, obwohl sich die Verantwortlichkeit für das Anlassdelikt, d.h. den Verstoss gegen das Kartellgesetz, von der Verantwortung für einen Organisationsmangel strukturell unterscheide. Der Schluss vom objektiven Tatbestand auf die Erfüllung des subjektiven Tatbestands der Mitarbeitenden und von dieser auf ein Organisationsverschulden des Unternehmens sei zudem unzulässig, weil der subjektive Tatbestand bei diesem Vorgehen zu einer rein theoretischen Frage und damit zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung führen würde. Die Vorinstanz versteige sich zu einer unzulässigen Schuldvermutung und einer Negierung des Schuldprinzips, wenn sie im Hinblick auf das Verschulden der Beschwerdeführerinnen lediglich allgemein ausführe, ein Verschulden werde nur im Einzelfall nicht vorliegen und eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung sei bei einem Verstoss gegen das Kartellgesetz im Regelfall ohne Weiteres gegeben.

660. Im Übrigen beschränke sich die Prüfung der Vorinstanz auf den Aspekt des Wissens, welcher für den Vorwurf einer Fahrlässigkeit nicht ausreichend sei.

661. Zwar könne sich analog zu Art. 102 StGB eine Strafbarkeit aus einem Organisationsmangel ergeben. Hierzu sei neben dem Verstoss gegen das Kartellgesetz aber auch der Nachweis zu erbringen, dass das Unternehmen durch die Vornahme bestimmter Massnahmen den Verstoss hätte ausschliessen können. Hierbei wäre ein subjektiv-individueller Massstab anzuwenden, d.h.

massgebend wäre, welche Vorsicht nach den Umständen und den persönlichen Verhältnissen anzuwenden gewesen wäre; demgegenüber sei das Abstellen auf einen objektiven Massstab unzulässig. Die Vorinstanz habe weder aufgezeigt, in welchem Umstand ein Organisationsverschulden bestehen solle, noch zeige sie auf, mit welchen organisatorischen Massnahmen der angebliche Verstoss zu vermeiden gewesen wäre.

662. Die Beschwerdeführerinnen machen im Einzelnen geltend, dass ein Verschulden ihrerseits durch die Vorinstanz nicht in ausreichender Weise nachgewiesen worden sei. Hierzu führen sie eine Reihe unterschiedlicher Aspekte an, wobei ein beträchtlicher Teil mit denjenigen Gründen übereinstimmt, die für das Vorliegen eines Verstosses gegen das Vertrauensprinzip vorgebracht wurden (vgl. E. 207 f.) und deshalb an dieser Stelle nicht wiederholt werden müssen, umso mehr als sie für die Begründung einer Gutgläubigkeit der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe und damit eines fehlenden Verschuldens nicht geeignet sind.

663. Der Vorwurf, bei Festhalten an einer Verhaltensweise nach der Eröffnung einer Untersuchung sei auf Eventualvorsatz zu schliessen, sei offensichtlich unhaltbar und damit eine Verletzung der Unschuldsumutung. Aus den Feststellungen der Vorinstanz sei allerdings der Umkehrschluss zu ziehen, dass die Swisscom-Gruppe vor Eröffnung der Untersuchung am 20. Oktober 2005 nicht habe davon ausgehen müssen, dass ihr Verhalten unzulässig sei, weshalb vor diesem Zeitpunkt eine Vorwerfbarkeit von vornherein nicht gegeben sein könne.

664. Weder dem Gesetz noch der Fallpraxis der Vorinstanz lasse sich entnehmen, unter welchen Voraussetzungen eine Marge als ausreichend oder als unzulässige Kosten-Preis-Schere und als Behinderung von Konkurrenten und damit als Ausbeutung der Marktgegenseite zu qualifizieren sei. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass diese Frage nicht ex post zu beurteilen sei, sondern für den Schuldvorwurf die massgeblichen Umstände und das verfügbare Wissen zum Zeitpunkt der Ausführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zu Grunde gelegt werden müssten.

665. Aufgrund ihrer ökonomischen und kartellrechtlichen Kenntnisse hätte die Swisscom-Gruppe angesichts der behördlichen Praxis davon ausgehen dürfen, dass eine Kosten-Preis-Schere nicht gegeben sei und dass die Marge zwischen den Gross- und Einzelhandelspreisen erlaube, das Einzelhandelsgeschäft erfolgreich zu betreiben. Gegenteilige Schlüsse würden sich weder aus dem Kartellgesetz noch aus der vorinstanzlichen Fallpraxis ergeben.

666. Die Swisscom-Gruppe habe aufgrund der Businesspläne der Beschwerdeführerin 2 für die Jahre 2002 bis 2005 immer davon ausgehen dürfen, dass das Endkundengeschäft profitabel betrieben werden könne. Dass sich die Profitabilität des Geschäfts wegen des stärker als erwartet ausgefallenen Wachstums der Endkundenzahlen und der deshalb höheren Akquisitionskosten zeitlich nach hinten verschieben würde, sei nicht vorhersehbar gewesen. Für die Jahre 2007, 2008 und 2009 hätten die Beschwerdeführerinnen zudem gewusst, dass das Endkundengeschäft profitabel betrieben

werden könne. Die in der Verfügung ADSL I enthaltenen Vorgaben seien stets erfüllt gewesen, und die Vorinstanz habe daran festgehalten, dass das Endkundengeschäft der Beschwerdeführerin 2 voraussichtlich im Jahr 2004 profitabel gewesen wäre.

667. Hohe Gewinne im Grosshandelsgeschäft seien für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nicht massgebend; relevant sei vielmehr, ob die Einzelhandelsmarge ausreichend sei, um das Endkundengeschäft profitabel betreiben zu können.

668. Eine Behinderung der Konkurrenten durch hohe Grosshandelspreise im Vergleich zu niedrigeren Einzelhandelspreisen sei nicht erkennbar gewesen.

669. Die Beschwerdeführerinnen weisen schliesslich darauf hin, dass sie umfangreiche Compliance-Massnahmen eingerichtet hätten. So würden jeder Geschäftsbereich und jeder Mitarbeiter im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit die Verantwortung für die Einhaltung der rechtlichen und regulatorischen Bedingungen tragen. Zur Sensibilisierung für die kartellrechtliche Problematik seien breit angelegte Schulungen durchgeführt worden. Den Mitarbeitern stünden im Intranet Leitfäden über kartellrechtliche Risiken und Verhaltensanweisungen zur Verfügung. Innerhalb der Einheit Legal und Regulatory (LR) sei ein besonderes Compliance-Team geschaffen worden, welches die Geschäftsbereiche und Mitarbeiter bei der Einhaltung der regulatorischen Vorgaben unterstütze. Bei allen kartellrechtlich relevanten Geschäftsfällen, insbesondere bei der Einführung neuer Produkte sowie bei Preis- oder Produktpassungen, sei der Beizug von LR durch die sog. Geschäfts- und Zuständigkeitsordnung - ein Anhang zum Organisationsreglement der Swisscom Group - zwingend vorgeschrieben, wobei mit dem sog. KALI-Prozess ein einheitlicher Bestellungs- und Pflegeprozess für neue und bestehende Marktleistungen mit vorgegebenen Prüfungsanforderungen zur Anwendung gelange. Regulatorische Vorgaben seien in der sog. Investitionssteuerung SCS als Bestandteil des Business Case zu berücksichtigen und die Compliance-Prüfung sei Bestandteil der Freigabe im Rahmen des sog. Life Cycle Management-Prozesses. Vor diesem Hintergrund könne den Beschwerdeführerinnen weder ein Verschulden für den behaupteten Wettbewerbsverstoss noch ein Organisationsverschulden angelastet werden.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

670. Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der früheren Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sowie ihrer eigenen neueren Praxis geltend, dass für den Nachweis eines Verschuldens dem Unternehmen zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können müsse.

671. Die Vorinstanz verweist darauf, dass sie bereits im Eröffnungsbeschluss ihrer vorliegenden Untersuchung explizit auf die Prüfung einer Kosten-Preis-Schere hingewiesen habe. Den Beschwerdeführerinnen hätte in mehrfacher Hinsicht bekannt sein müssen, dass durch ihre Preispolitik im Bereich xDSL unter Umständen ein Verstoss gegen kartellrechtliche Bestimmungen vorlie-

gen könnte. Allerdings habe es die Swisscom-Gruppe im sicheren Wissen um das Risiko eines Kartellrechtsverstosses in dem zu sanktionierenden Zeitraum unterlassen, ihre Preispolitik auf dem Grosshandelsmarkt zu ändern. Wenn ein Unternehmen das zweifelhafte Verhalten auch nach Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens durch die Wettbewerbsbehörde fortführe, dann nehme es die Kartellrechtsverletzung zumindest billigend in Kauf und handle somit eventualvorsätzlich, weil es in jedem Fall spätestens ab dem Zeitpunkt der Eröffnung über die mutmassliche Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens informiert gewesen sei.

672. Soweit Verhaltensweisen bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision des Kartellgesetzes Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden bildeten, könnten diese gemäss Rechtsprechung (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4) direkt sanktioniert werden, weil die Zulässigkeit einer Weiterführung als zweifelhaft angesehen werden müsse.

673. Die Vorinstanz lehnt eine Berücksichtigung von Compliance-Programmen im Rahmen der Beurteilung des materiellen Tatbestands ab.

(3) Würdigung durch das Gericht

(a) Ausgangslage

674. Die Rechtsprechung hat für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit im Bereich des Kartellrechts bislang auf ein wettbewerbswidriges Handeln oder auf ein Organisationsverschulden von Seiten des betroffenen Unternehmens abgestellt. So ist die Vorwerfbarkeit zum einen dann gegeben, wenn ein Mitarbeiter des Unternehmens wissentlich handelt oder Handlungen nicht vornimmt, die man von einer vernünftigen, mit den entsprechenden Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können bzw. müssen (vgl. BVGer, 3.10.2007, B-2157/2006, Flughafen Zürich AG gg. Weko, RPW 2007/4, 653, E. 4.2.6, wobei das wettbewerbswidrige Verhalten ausdrücklich als Ausfluss einer Verdrängungsabsicht und weniger als Ausfluss eines Organisationsverschuldens des Unternehmens bewertet wurde; BVGer, RPW 2010/1, 190, Auskunftspflicht, E. 5.4.9, wobei nicht nur ein einfacher Organisationsmangel, sondern ein bewusstes Fehlverhalten festgestellt wurde). Zum anderen wird die Vorwerfbarkeit durch einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens begründet (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.2.2 [nicht abgedr.]; BVGer, B-2977/2007, Publigroupe, E. 8.2.2.1). In einem jüngeren Entscheid wurde die Vorwerfbarkeit mit Bezug auf eine Gebietsklausel mit der offensichtlichen Kartellrechtswidrigkeit der fraglichen vertraglichen Regelung begründet, ohne näher zu konkretisieren, ob die Vorwerfbarkeit im Sinne eines aktiven Verhaltens auf der Herbeiführung der kartellrechtswidrigen Vertragslage oder dem Unterlassen geeigneter Änderungen dieser Vertragslage oder im Sinne eines Organisationsverschuldens auf einer fehlenden allgemeinen oder konkreten Überprüfung entsprechender Vertragsabschlüsse oder sogar auf mehreren dieser Aspekte beruhte (BVGer, B-506/2010, Gaba, E. 14.3.5). In allen Fällen wurde ohne Weiteres eine Zuordnung des Fehlverhaltens zum jeweiligen Unternehmen ungeachtet dessen vorgenommen, ob es in Bezug zu einem aktiven Han-

deln oder einem Organisationsverschulden gesetzt wurde.

675. In der Literatur ist diese Ausgestaltung der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit einerseits auf Zustimmung (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 11 f.; GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 2007, 105, zit. Quasi-Strafrecht, 107; CHRISTOPH G. LANG, Die Sanktionierung von unzulässigem Wettbewerbsverhalten nach dem neuen Kartellrecht, in: Wohlers [Hrsg.], Neue Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, 2007, 113 ff., zit. Sanktionierung, 120; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 10; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.220 WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 203 ff., 209 f.; weiter differenzierend Reinert, SHK-KG, Art. 49a Rn. 5; vgl. die zusammenfassende Darstellung von Rechtsprechung und Literatur bei Kubli, Sanktionssubjekt, 149 ff.) und andererseits wegen der fehlenden Anwendung von bestehenden strafrechtlichen Grundsätzen und der damit einhergehenden Unklarheit, welche konkreten Auswirkungen sich aus einer Berücksichtigung dieses subjektiven Elements ergeben, auf Ablehnung gestossen (vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 124 f.). Dabei wird auch eine funktionsgerechte Übertragung der strafrechtlichen Grundsätze unter Berücksichtigung von Zweck und Wirkungsweise des Kartellrechts eingefordert (vgl. HEINE, Quasi-Strafrecht, 118; HEINE/ROTH, Sanktionen, 14 f.).

676. Ungeachtet der bestehenden Differenzen ist nach überwiegender Ansicht für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens jedenfalls das Vorliegen eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens prinzipiell ausreichend. Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich anerkannt. Soweit ein solches Organisationsverschulden im Einzelfall nachgewiesen wird, bedarf es demzufolge auch keiner weiteren Abklärungen von Seiten der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte im Hinblick auf die Verwirklichung des Verschuldens aufgrund eines sonstigen aktiven oder passiven Verhaltens. Gleichfalls bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung dargelegt werden.

677. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen und verschiedenen Ansichten in der Literatur (vgl. DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR-Rechtsschutz, Rn. 1330; NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 134; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.223) führt die Feststellung eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens auch nicht unzulässigerweise zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung, weil dadurch aus dem objektiven Tatbestand eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens automatisch die Fahrlässigkeit eines organisatorisch unzureichenden Verhaltens abgeleitet werde. Denn hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, denen ein jedenfalls wie im vorliegenden Fall ausgestaltetes Unternehmen bei seinem wirtschaftlichen Verhalten im Rahmen seiner Teilnahme am Wettbewerb zu genügen hat, ist Folgendes zu beachten. Den gesetzlichen oder gesellschaftsintern vorgesehenen Mitgliedern der Führungsgremien von Gesellschaften als juris-

tische Personen einschliesslich von Gruppengesellschaften eines Konzerns kommt im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 812 Abs. 1 OR die Verpflichtung zu, die Geschäftstätigkeit sorgfaltsgemäss auszugestalten und im laufenden Geschäftsbetrieb umzusetzen, was etwa gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Beachtung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einschliesst (vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rn. 378 ff., 563 ff.; spezifisch zur Oberaufsichtspflicht hinsichtlich der Befolgung von Gesetzen im Konzern vgl. BÖCKLI PETER, Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: BAER CHARLOTTE M. [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, 37 f., 54 f., 78 f.; BUFF HERBERT, Compliance, 2000, Rn. 132, 137 f.; VOGEL ALEXANDER, Neue Tendenzen im Konzern(haftungs)-recht, in: Schweizer/Burkert/Gasser [Hrsg.], Festschrift JEAN NICOLAS DRUEY, 2002, 607 ff., 618 f.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern - Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl. 2005, 63). Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe kommt somit die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst auch die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften durch die Umsetzung eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens (vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 11 f.). Grundsätzlich kann unterstellt werden, dass ein Unternehmen zur Verfolgung seiner geschäftlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Positionen innerhalb seines Geschäftsbetriebs nur Mitarbeiter einsetzt, welche aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit in der Lage sind, bei Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Behandlung der hierbei regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich notwendig ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, müsste nämlich andernfalls davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel auf Seiten des Unternehmens vorliegt, weil es Mitarbeiter für Tätigkeiten einsetzen würde, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen von vornherein nicht gewachsen wären. Diese übliche angemessene Sorgfalt ist demzufolge der grundlegende Bezugspunkt der Sorgfaltsbeurteilung. Und diese Sorgfaltsanforderung wird bei der Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen objektiven Tatbestands regelmässig - wenn auch nicht zwingend - verletzt worden sein. Soweit keine gegenteiligen Umstände, wie etwa auf eigene Rechnung arbeitende Mitarbeiter, für die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung ersichtlich oder durch das Unternehmen belegt werden, hat das Unternehmen für diese Sorgfaltspflichtverletzung einzustehen. Diese Zuweisung von Verantwortlichkeit entspricht auch den Anforderungen des Schuldprinzips, weil Beweislastverschiebungen zulässigerweise eingesetzt werden können (vgl. E. 644).

678. Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die innerhalb des Konzern eintreten,

ohne Weiteres auch diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. E. 29; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 3.4 [nicht abgedr.]).

(b) Umstände des Einzelfalls

679. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sind im vorliegenden Fall die folgenden Aspekte von Bedeutung.

680. Zunächst ist im Hinblick auf die Zuordnung des massgeblichen Verhaltens einzelner Personen zur Swisscom-Gruppe im vorliegenden Fall zu beachten, dass die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, die wettbewerbswidrigen Handlungen seien von anderen Personen vorgenommen worden, als von den Mitarbeitern, die im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeiten zur Durchführung derartiger Massnahmen berechtigt waren. Auch die Feststellungen und Ausführungen der Wettbewerbsbehörden lassen keinen begründeten Rückschluss auf ein anderes Szenario zu, auch wenn eine Identifikation dieser Personen im Rahmen des Kartellverwaltungsfahrens nicht vorgenommen wurde. Daher ist davon auszugehen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten - einschliesslich von dessen Kontrolle - von denjenigen Personen vorgenommen wurde, die in der Swisscom-Gruppe mit der Entscheidung und Umsetzung der entsprechenden Angelegenheiten ordnungsgemäss betraut waren. Einer Zuordnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens einzelner Mitarbeiter zur Swisscom-Gruppe stehen daher von vornherein keine beachtenswerten Gründe entgegen.

681. Die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe konnten unbestrittenermassen die geschäftliche Entwicklung sowohl auf der Grosshandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe (vgl. SV J.d). Dabei konnten sie feststellen, dass auf der Grosshandelsstufe nach anfänglichen Verlusten aufgrund der vorgenommenen Investitionen ab dem Jahr 2003 erhebliche Gewinne erwirtschaftet wurden, während auf der Einzelhandelsstufe dauerhaft massive Verluste aus der Geschäftstätigkeit resultierten. Zudem war für sie auch ohne Weiteres erkennbar, dass aufgrund der grossen Gewinnsteigerungen auf Grosshandelsstufe die Kosten der anfänglichen Investitionen relativ schnell wieder erwirtschaftet werden konnten. Ungeachtet dessen wurde die Preisgestaltung des Grosshandelsprodukts BBCS unverändert auch in den weiteren Jahren beibehalten. Insgesamt ergab sich bis Ende des Jahres 2007 auf der Grosshandelsstufe ein Gewinn in der Höhe von rund {.....} Mio. CHF, während auf Einzelhandelsstufe ein Verlust in der Höhe von {.....} Mio. CHF resultierte. Der Überschuss aus den Ergebnissen von Grosshandels- und Einzelhandelsgeschäft bis zum Jahr 2007 betrug rund {.....} Mio. CHF. Bereits ab dem Jahr 2004 hätten deshalb die Verluste auf der Einzelhandelsstufe ohne Schwierigkeiten jeweils aus den Gewinnen auf der Grosshandelsstufe beglichen werden können. Ab diesem Jahr nahm auch der bisherige negative Gesamtsaldo des gesamten Breitbandgeschäfts auf Gross- und Einzelhandelsstufe erstmals deutlich ab. Aufgrund der weiter ansteigenden Gewinne im Grosshandelsgeschäft wurde der bisherige negative Gesamtsaldo im Jahr 2005 vollständig abgebaut, d.h. bis zum Jahr 2005 konnten nicht nur die Anfangsverluste der Jahre 2000 bis 2002 im Grosshandelsgeschäft, son-

dem darüber hinaus auch sämtliche Verluste des Einzelhandelsgeschäfts in den Jahren 2001 bis 2005 ausgeglichen werden. Im Jahr 2006 wurde der positive Gesamtsaldo ganz erheblich ausgebaut und im Jahr 2007 dann sogar nochmals ungefähr verdoppelt. Die vorstehend geschilderte Entwicklung war dabei spätestens ab dem 22. März 2004 mit Freigabe der Konzernrechnung für das Jahr 2003 durch den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 ohne Weiteres erkennbar. Trotz der dokumentierten positiven Gesamtentwicklung wurde die Preisstrategie von der Swisscom-Gruppe in den folgenden Jahren 2005 bis 2007 aber beibehalten.

682. Aufgrund dieses jahrelangen Verhaltens ergibt sich unzweifelhaft, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe ganz offensichtlich kein Interesse daran hatten, durch eine Preisreduzierung für das Vorprodukt BBCS den Gewinn auf der Grosshandelsstufe abzusenken, um dadurch die Rentabilität auf der Einzelhandelsstufe zu Gunsten von Bluewin - und damit zwangsläufig auch für die anderen Internetdiensteanbieter - zu gewährleisten. Vielmehr haben sie die offen zu Tage tretenden Verluste im Einzelhandelsgeschäft über Jahre hinweg hingenommen.

683. Die Ausarbeitung und Einräumung des Wachstumsrabatts für das Jahr 2007 zeigt auf, dass den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Jahr 2006 bewusst sein musste, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse auf Gross- und Einzelhandelsstufe unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht akzeptabel waren. Es ist kein Grund ersichtlich, warum ansonsten ein Rabatt hätte gewährt werden sollen, bei dem von vornherein ersichtlich war, dass er vor allem der eigenen Vertriebs Einheit Bluewin und nur sehr eingeschränkt den Konkurrenten zugute kam. Die Rabattgewährung ist demzufolge auch nur als Versuch zu qualifizieren, das vorliegende Missverhältnis zu kaschieren.

684. Wie die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Ausführungen zur Marktstellung selbst geltend machen, war vorhersehbar, dass die gesetzlich vorgesehene Einführung der Bereitstellungsprodukte schneller Bitstrom und TAL im Rahmen der Liberalisierung des schweizerischen Telekommunikationsmarkts zu einer Reduzierung des Geschäftsvolumens mit dem Vorprodukt BBCS führen würde. Denn durch deren Einführung ergaben sich für ihre Konkurrenten als Abnehmer des Vorprodukts BBCS Alternativen für den Bezug eines notwendigen Bereitstellungsprodukts für Breitbanddienstleistungen. Dadurch war auch absehbar, dass die Preisfestsetzung der Swisscom-Gruppe im Grosshandelsgeschäft eine Änderung erfahren würde und nicht mehr in gleicher Weise vorgenommen werden konnte. Die Änderungen des Fernmeldegesetzes traten am 1. April 2007 in Kraft. Ab dem 1. Januar 2008 hat die Beschwerdeführerin 2 die Preise für das Vorprodukt BBCS dann auch nachhaltig gesenkt. Diese Liberalisierung des schweizerischen Telekommunikationsmarkts war bereits lange vor der gesetzlichen Änderung vorhersehbar. Die Telekommunikationsmärkte in der Europäischen Union wurden bereits auf die Jahrtausendwende hin auch für Breitbanddienste vollständig liberalisiert. Bereits zu diesem Zeitpunkt begannen entsprechende Diskussionen auch in der Schweiz. Die notwendigen gesetzlichen Massnahmen zur entsprechenden Ände-

rung des Fernmeldegesetzes wurden mit der Botschaft FMG 2007 im Jahr 2003 eingeleitet (vgl. SV E.f). Spätestens von diesem Zeitpunkt an, zu dem im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe gleichzeitig die Gewinnschwelle auf der Grosshandelsstufe erreicht wurde, mussten die Verantwortlichen demnach davon ausgehen, dass die völlig selbstbestimmte Festsetzung der Preise und die sich daraus ergebenden enormen Gewinne auf der Grosshandelsstufe nur noch für einen begrenzten Zeitraum sichergestellt waren.

685. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst geltend machen, war bekannt, dass durch die Bündelangebote eine Quersubventionierung durch andere Produkte erfolgen würde. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe war demzufolge bewusst, dass eine Quersubventionierung durch das Grosshandelsgeschäft erforderlich war, um die fehlende Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts auszugleichen. Aufgrund ihrer, im vorliegenden Verfahren behaupteten und dokumentierten Kenntnisse über die Preisstruktur der Wettbewerber in Bezug auf ihre Bündelangebote musste ihnen auch bekannt sein, dass die Konkurrenten auf der Einzelhandelsstufe ihre Breitbandangebote durch den Ertrag aus anderen Produktbereichen quersubventionieren mussten. Die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe wussten somit, dass aufgrund der notwendigen Quersubventionierung die Konkurrenten bei diesen anderen Produkten ebenfalls Gewinneinbussen hatten, wodurch nicht nur deren Wettbewerbsfähigkeit auf dem Breitbandmarkt, sondern auch deren grundsätzliche Wettbewerbsfähigkeit in anderen Märkten herabgesetzt wurde. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe war demnach bewusst, dass sie durch die Fortführung des Missverhältnisses bei der Preisgestaltung für ihre Breitbandprodukte die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Konkurrenten insgesamt schwächen würden.

686. Die Beschwerdeführerinnen haben zwar geltend gemacht, dass die EU-Wettbewerbspraxis in der Schweiz keine Berücksichtigung finden könne; die Kenntnis über diese Rechtslage haben sie allerdings nicht bestritten. Aufgrund der ausdrücklichen Ausführungen im Abschlussbericht des Wettbewerbssekretariats in der Angelegenheit Talk&Surf vom 12. Februar 2004 (vgl. SV K.d) ist denn auch nachgewiesen, dass den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe spätestens ab diesem Zeitpunkt sowohl die Rechtsentwicklung der EU-Wettbewerbspraxis als auch die Haltung der Wettbewerbsbehörden, zur Beurteilung von entsprechenden Sachverhalten auf die EU-Wettbewerbspraxis zurückzugreifen, bekannt war. Dabei war sogar ausdrücklich auf den Entscheid der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom vom 21. Mai 2003 hingewiesen worden, wonach für Telekommunikationsunternehmen eine missbräuchliche Preisgestaltung in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn sich ein Missverhältnis zwischen den Preisen für Vorprodukte auf der Grosshandelsstufe und den Preisen für Breitbandleistungen auf der Einzelhandelsstufe einstellt und als Folge davon das Einzelhandelsgeschäft nicht mehr profitabel betrieben werden kann. Für die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hatte daher unzweifelhaft dazu Anlass bestanden, die gesamte eigene wirtschaftliche Tätigkeit regelmässig anhand der massgeblichen Prüfungskriterien

einer eingehenden internen Untersuchung zu unterziehen. Eine entsprechende Prüfung hätte zur Feststellung geführt, dass der Tatbestand einer Preis-Kosten-Schere verwirklicht wurde.

687. Diese Einschätzung wird noch durch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen verstärkt, dass die Swisscom-Gruppe eine besondere Kartellrechtsabteilung unterhält, die sämtliche vertriebenen Produkte der Gruppe einschliesslich der vorliegend in Frage stehenden Breitbandprodukte auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft. Angesichts des Bestehens einer entsprechenden Compliance-Abteilung hätte bei einer ordnungsgemässen Bearbeitung nicht unentdeckt bleiben können, dass die eigene Preisgestaltung im Breitbandmarkt als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist.

688. Dass auf Seiten der Swisscom-Gruppe zum damaligen Zeitpunkt eine eingehende Auseinandersetzung mit der EU-Wettbewerbspraxis stattgefunden hat, ergibt sich nicht zuletzt aus der Einwendung der Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die fehlende ausreichende Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestands. Nach deren Ansicht liegt ein Verstoss gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vor, weil die Vorinstanz die Kosten-Preis-Schere unter den Diskriminierungstatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG subsumiert habe und damit von der rechtlichen Einschätzung der EU-Wettbewerbspraxis im Fall Deutsche Telekom abgewichen sei, welche die Kosten-Preis-Schere als Anwendungsfall des Erzwingungstatbestands im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG qualifiziert habe. Aufgrund dieser Behauptung ist davon auszugehen, dass sich die Swisscom-Gruppe detailliert mit der Kosten-Preis-Schere unter dem Gesichtspunkt einer Erzwingung von unangemessenen Preisen auseinandergesetzt haben muss, weil sie nachträglich bereits eine Subsumtion der Kosten-Preis-Schere unter den Diskriminierungstatbestand als unvorhersehbar und damit als unrechtmässig qualifiziert hat. Andernfalls wäre bei einer nachträglichen Beurteilung die abweichende Zuordnung zu den verschiedenen Tatbestandsvarianten angesichts der identischen Rechtsfolgen nämlich als unerheblich zu beurteilen gewesen.

689. Insgesamt haben die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe somit spätestens seit dem 1. April 2004 und bis Dezember 2007 an den bestehenden Preisen und den sich daraus ergebenden beachtlichen Gewinnmargen auf der Grosshandelsstufe festgehalten, obwohl erkennbar war, dass unter diesen Umständen das eigene Einzelhandelsgeschäft nicht profitabel betrieben wurde, und dadurch die Konkurrenten, die noch auf absehbare Zeit auf den Bezug des Vorprodukts BCS angewiesen waren, behindert und benachteiligt wurden.

690. Angesichts der vorstehend dargestellten Umstände, insbesondere auch der geltend gemachten zwingenden konzerninternen kartellrechtlichen Prüfung der Breitbandprodukte, liegt es auf der Hand, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe zumindest billigend in Kauf genommen und demzufolge mit Eventualvorsatz begangen wurde. Allerdings hat die Vorinstanz hierzu keinerlei tatsächliche Feststellungen getroffen, welche einen entsprechenden Vorwurf im vorliegenden Fall ausreichend

dokumentieren. Der blosser Verweis darauf, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten auch nach der Eröffnung des Kartellverfahrens fortgeführt hätten, ist hierfür im vorliegenden Fall nicht ausreichend. Denn die Eröffnung eines Kartellverfahrens kann angesichts der bisherigen Prüfungs- und Entscheidpraxis der Wettbewerbsbehörden nicht mit einer Untersagung des betreffenden wirtschaftlichen Verhaltens gleichgesetzt werden. Von Seiten des Gerichts erscheint es unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwands vorliegend allerdings nicht aussichtsreich zu sein, hierzu nachträglich mit einem ganz erheblichen zeitlichen Abstand noch verwertbare rechtsbeständige Feststellungen treffen zu können. Zu Gunsten der Swisscom-Gruppe ist daher davon auszugehen, dass kein vorsätzliches Verhalten vorgelegen hat.

691. Ungeachtet dessen steht jedoch eine fahrlässige Tatbestandsverwirklichung des Art. 7 Abs. 1 KG angesichts der vorstehend dargestellten Umstände ausser Frage. Dabei kann letztlich dahin gestellt bleiben, ob die Verwirklichung des Tatbestands auf ein aktives Verhalten der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe oder auf Organisationsmängel in der kartellrechtlichen Überprüfung von Produkten und Vertriebsmodalitäten der Swisscom-Gruppe zurückzuführen ist.

692. Denn bei einer ordnungsgemässen Ausführung der kartellrechtlichen Überprüfung des Breitbandgeschäfts durch die konzerninterne Kartellrechtsabteilung, hätte diese bei Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt insbesondere angesichts der bereits seit Jahrzehnten bestehenden negativen wettbewerbsrechtlichen Bewertung einer Kosten-Preis-Schere durch europäische und US-amerikanische Gerichte, der Bejahung einer Kosten-Preis-Schere für den Telekommunikationsbereich durch die EU-Kommission bei Vorliegen eines Missverhältnisses zwischen den Preisen für die Gross- und Einzelhandelsprodukte im Jahr 2003, des ausdrücklichen Hinweises der Wettbewerbsbehörden auf die Anwendung dieser Rechtsprechung auf entsprechende Sachverhalte auch in der Schweiz sowie des offensichtlich bestehenden Missverhältnisses zwischen den Ergebnissen auf Gross- und Einzelhandelsstufe im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe feststellen müssen, dass im konkreten Sachverhalt der Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere erfüllt war. Daher bedarf auch die Frage, ob die Einrichtung einer ordnungsgemässen Kartellrechts-Compliance überhaupt sanktionsausschliessend wirken kann, vorliegend keiner abschliessenden Beantwortung.

693. In entsprechender Weise hätten die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe bei einer Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt insbesondere angesichts der ausdrücklichen Hinweise der Wettbewerbsbehörden auf die bestehende Rechtslage bei Kosten-Preis-Schere im Allgemeinen und im Telekommunikationsbereich im Besonderen, des offensichtlich bestehenden Missverhältnisses zwischen den Ergebnissen auf Gross- und Einzelhandelsstufe im Breitbandgeschäft, des Wissens um die Notwendigkeit einer Quersubventionierung des Breitbandprodukts auf Einzelhandelsstufe durch andere Produkte, der sich aufgrund der notwendigen Quersubventionierung ergebenden Einschränkung der allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der anderen Konkurrenten sowie eines entsprechenden Hinweises der kon-

zerninternen Kartellrechtsabteilung feststellen müssen, dass im konkreten Sachverhalt ein wettbewerbswidriges Verhalten in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere gegeben war.

694. Die Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt wäre dabei angesichts der Schwere des wettbewerbsrechtlichen Vorwurfs einer Kosten-Preis-Schere, der Grösse und Ausstattung der Swisscom-Gruppe, der Bedeutung der Swisscom-Gruppe auf dem Telekommunikationsmarkt und dem Breitbandmarkt, der Bedeutung des Breitbandmarkts und der auf dem Breitbandmarkt erzielten Umsätze sowie der erkennbaren Auswirkungen des eigenen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf die Wettbewerbsfähigkeit der anderen Internetdiensteanbieter ohne Weiteres zu erwarten gewesen. Im Übrigen haben die Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe, einschliesslich derjenigen der Kartellrechtsabteilung, aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit gar nicht zu einer notwendigen Einhaltung der üblichen angemessenen Sorgfaltspflichten in der Lage gewesen wären.

695. Dabei kann vorliegend offen gelassen werden, welche der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Rahmen einer mangelnden Erfüllung der üblichen angemessenen Sorgfaltspflichten im Einzelnen welche genaue Handlungen tatsächlich vorgenommen oder vorzunehmen unterlassen haben. Wenn die Swisscom-Gruppe als Unternehmen und Kartellrechtssubjekt im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Geschäftstätigkeiten und Verantwortlichkeiten im Rahmen einer arbeitsteiligen Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs auf mehrere unterschiedliche Personen aufgeteilt hatte, so muss sie sich im Hinblick auf ihre eigene wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit die arbeitsteiligen Beiträge der einzelnen Mitarbeiter auch insgesamt an- und zurechnen lassen. Im Übrigen lag die Gesamtverantwortung für eine ordnungsgemässe Ausgestaltung der Organisation bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2, deren Mitglieder im massgeblichen Zeitraum durch das Handelsregister dokumentiert werden.

696. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen kann diese offensichtliche Verletzung der Sorgfaltspflicht nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hätten aufgrund ihrer Businesspläne für die Jahre 2002 bis 2005 und der mengenmässigen Entwicklung des Einzelhandelsgeschäfts immer davon ausgehen dürfen, dass das Einzelhandelsgeschäft profitabel betrieben werden könne. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe kommt - wie vorstehend dargelegt - die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb einschliesslich eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens sicherzustellen. Daher können die Anforderungen an ein wettbewerbskonformes Verhalten, die sich aus der tatsächlichen aktuellen wirtschaftlichen Lage oder Entwicklung eines Unternehmens ergeben, nicht einfach deshalb negiert oder ausser Acht gelassen werden, weil sich bestimmte Erwartungen in einzelnen Businessplänen als unrichtig herausstellen oder sich bestimmte geschäftliche Erwartungen nicht bestätigen. Letztlich ist vorliegend auch nicht ersichtlich, warum die tatsächlich vorhandene jahrelange Verlustsituation des Einzelhandels-

geschäfts und die sich daraus ergebenden Folgen in Bezug auf die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere von den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe unter Hinweis auf eine in der Zukunft liegende, aber nicht einmal genau zu prognostizierende Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts und offensichtlich überholten Businessplänen hätte ausgeblendet werden dürfen. Dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe ihrer Profitabilitätsbetrachtung eine Amortisationszeit zu Grunde gelegt haben, die angesichts der Umstände des vorliegenden Sachverhalts nicht sachgerecht und deshalb auch nicht haltbar war, wurde bereits im Rahmen der Prüfung des objektiven Tatbestands festgestellt (vgl. E. 514 f.). Sie scheidet daher auch als ausreichende Begründung im Rahmen des subjektiven Tatbestands aus. In gleicher Weise ist es für die Beurteilung des massgeblichen Zeitraums zwischen April 2004 und Dezember 2007 auch unerheblich, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe in den Jahren 2008 und 2009 gewusst haben, dass das Einzelhandelsgeschäft profitabel betrieben werden könne.

697. Gleiches gilt für die Behauptung, dass sich der bisherigen Wettbewerbspraxis nicht entnehmen lasse, unter welchen Voraussetzungen eine Marge als ausreichend oder als unzulässige Kosten-Preis-Schere zu qualifizieren sei. Jedenfalls im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt war unzweifelhaft feststellbar, dass das Einzelhandelsgeschäft der Swisscom-Gruppe keine ausreichende Marge aufwies, weil während des massgeblichen Zeitraums nur Verluste und keine Gewinne erzielt wurden, während auf der Grosshandelsstufe aufgrund der gewählten Preisansetzung deutliche Gewinne anfielen, welche die Verluste auf der Einzelhandelsstufe ohne Probleme kompensiert hatten.

3) Sachverhalts- und Rechtsirrtum

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

698. Die Beschwerdeführerinnen machen eventualiter geltend, dass jedenfalls ein Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 13 StGB, zumindest jedoch ein Rechtsirrtum gemäss Art. 21 StGB, vorliege. Ein Sachverhaltsirrtum liege vor, weil die Beschwerdeführerinnen immer der Überzeugung gewesen seien, dass unabhängiges Verhalten angesichts des Wettbewerbsdrucks aus dem Einzelhandelsmarkt ausgeschlossen und ihr Verhalten kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei. Sollte diese Ansicht unrichtig gewesen sein, so wäre sie jedenfalls unvermeidbar gewesen. Ein Rechtsirrtum liege vor, weil (i) die Vorinstanz im Rahmen der Einstellung der Untersuchung ADSL I die Fragen einer Quersubventionierung und der Margen implizit als nicht wesentlichen Bestandteil der Untersuchung bezeichnet habe, (ii) von der Vorinstanz auch keine vorsorglichen Massnahmen in Erwägung gezogen worden seien, obwohl sich die Vorinstanz solche Massnahmen noch am 17. Oktober 2005 - wie etwa im Fall von Strukturveränderungen - vorbehalten habe, sowie (iii) die Vorinstanz die angeblich rechtswidrige Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen auch nach Eröffnung der Untersuchung und bis zu deren Abschluss geduldet habe. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher nicht an der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens zweifeln müssen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

699. Die Vorinstanz hält das Vorliegen eines Sachverhaltsirrtums für ausgeschlossen, weil bereits im Eröffnungsbeschluss der Untersuchung auf das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere hingewiesen worden sei, weshalb den Beschwerdeführerinnen seit Eröffnung der Untersuchung hätte bewusst gewesen sein müssen, dass ihre Preispolitik im Bereich xDSL unter Umständen einen Verstoss gegen kartellrechtliche Bestimmungen darstellen könnte. Des Weiteren hält sie das Vorliegen eines unvermeidbaren und daher schuldausschliessenden Verbotsirrtums für nicht nachgewiesen, weil die Beschwerdeführerinnen im sicheren Wissen um das Risiko eines Kartellrechtsverstosses eine Änderung ihrer Preispolitik im massgeblichen Sanktionierungszeitraum unterlassen hätten.

(3) Würdigung durch das Gericht

700. Im Hinblick auf die Beurteilung eines Sachverhalts- oder Rechtsirrtums im Rahmen des Kartellrechts ist zu beachten, dass bislang keine anerkannten Grundsätze bestehen, ob sich ein Unternehmen im Hinblick auf seine grundsätzlich bestehende Sorgfaltspflicht überhaupt, und allenfalls unter welchen Voraussetzungen, auf falsche Vorstellungen über den Sachverhalt oder die Rechtslage berufen kann. Insbesondere ist unklar, ob und inwieweit allenfalls strafrechtliche Grundsätze für die Beurteilung herangezogen werden können (so aber NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 149). Vorliegend bedarf es jedoch keiner Beantwortung dieser Aspekte, weil angesichts der dargelegten Umstände zur Vorwerfbarkeit des Verhaltens auf Seiten der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum keine solchen Fehlvorstellungen bestanden.

701. Ein Sachverhaltsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über relevante Aspekte des Sachverhalts bestanden hätte. Die Beschwerdeführerinnen behaupten zwar, dass solche Fehlvorstellungen vorgelegen hätten, allerdings wird von ihnen keine ausreichende Erklärung hierfür vorgetragen. Denn die relevanten Sachpunkte, welche die tatsächliche Grundlage für die Beurteilung des wirtschaftlichen Verhaltens als Kosten-Preis-Schere bilden, wie etwa das Vorhandensein eines Konkurrenzprodukts, die Marktanteile der Swisscom-Gruppe, der festgesetzte Preis für das Grosshandelsprodukt BBCS und die erzielten Gewinne im Grosshandelsgeschäft, der festgesetzte Preis für die xDSL-Produkte und die erzielten Verluste im Einzelhandelsgeschäft, die jeweilige Dauer für die Abschreibung der Akquisitionskosten oder die Amortisation, werden von den Beschwerdeführerinnen inhaltlich selbst ausdrücklich bestätigt. Die Beschwerdeführerinnen machen letztlich geltend, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Breitbandgeschäfts aus den verschiedenen Tatsachen andere Schlüsse ziehen und eine abweichende Bewertung dieser Tatsachen vornehmen dürfen, ungeachtet dessen, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu einem anderen Ergebnis hätten gelangen müssen. Dabei handelt es sich jedoch von vornherein nicht um einen Sachverhaltsirrtum.

702. Ein Rechtsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über die Wettbewerbswidrigkeit im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Breitbandgeschäfts vorgelegen hätte. Auch hier behaupten die Beschwerdeführerinnen das Vorhandensein entsprechender Fehlvorstellungen, ohne dass hierfür eine ausreichende Erklärung vorgebracht wird. Vielmehr machen die Beschwerdeführerinnen die gleichen Gründe geltend, die nach ihrer Ansicht bereits einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz darstellen. Wie vorstehend ausführlich erläutert (vgl. E. 216 f.), sind diese Gründe jedoch keine Rechtfertigung für einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz. Gleiches gilt auch im Hinblick auf das Bestehen eines Rechtsirrtums. Insbesondere der Umstand, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe von Seiten der Vorinstanz ausdrücklich auf den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und entsprechende Urteile einschliesslich des Entscheids in Sachen Deutsche Telekom hingewiesen wurden, schliesst vorliegend unter Berücksichtigung der Sorgfaltspflichten zu einem rechtstreuen Verhalten, welche den Verantwortlichen von Unternehmen von Gesetzes wegen auferlegt werden, und den Möglichkeiten der Swisscom-Gruppe zur Abklärung von entsprechenden Sach- und Rechtsfragen, einen Rechtsirrtum in jedem Fall aus.

4) Verjährung

703. Art. 49 Abs. 3 KG sieht vor, dass die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. In der Literatur ist umstritten, welcher Inhalt dieser Vorschrift beizumessen ist und wie die Verjährung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens aufgrund welcher rechtlicher Vorschriften zu bestimmen ist (für die Massgeblichkeit von Art. 49 Abs. 3 Bst. b KG vgl. BORER, KG, Art. 49a Rn. 31; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.129; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 796; KUSTER, in: Baker&McKenzie [Hrsg.], Kartellrecht, 2007, zit. SHK-KG, Art. 53 Rn. 6; SPITZ, Problemstellungen, 564; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49 Rn. 241; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.314; für einen entsprechenden Rückgriff im Rahmen von Art. 53 KG vgl. MOREILLON LAURENT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR-Concurrence, Art. 53 Rn. 17; für die Massgeblichkeit der [verwaltungs-]strafrechtlichen Vorschriften vgl. NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 Rn. 171; ZURKINDEN/TRUEB, KG, Art. 53 Rn. 3).

704. Vorliegend ist zu beachten, dass das wettbewerbswidrige Verhalten bis zum Dezember 2007 andauerte und erst ab Anfang 2008 beendet wurde. Das kartellrechtliche Verfahren der Wettbewerbsbehörde wurde noch während der Umsetzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens eröffnet und durch die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Oktober 2009 abgeschlossen. Eine Verjährung ist demzufolge unter keinem Gesichtspunkt gegeben.

5) Sanktionsbemessung

705. Die Vorinstanz hat das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 49a KG aufgrund des Umsatzes in der Schweiz in den Jahren 2005 bis 2007 mit einem Betrag in der Höhe von

219'861'720.- CHF sanktioniert. Grundlage dieser Sanktion bildete ein massgeblicher Gesamtumsatz in der Höhe von 1'691'244'000.- CHF. Als Basisbetrag wurden 10 % dieses Gesamtumsatzes und damit ein Betrag in der Höhe von 169'124'400.- CHF festgelegt. Aufgrund der zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung wurde der Basisbetrag um 30 % und damit um einen Betrag in der Höhe von 50'737'320.- CHF erhöht.

a) Allgemeine Aspekte

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

706. Die Beschwerdeführerinnen halten die von der Vorinstanz vorgenommene Sanktionsbemessung bereits grundsätzlich für rechtsfehlerhaft: (i) Da die angefochtene Verfügung keine Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Sanktion aufweise, liege aufgrund von Art. 5 Abs. 2 BV ein Verstoss gegen Art. 2 Abs. 2 SVKG vor; (ii) die Vorinstanz stufe entsprechend ihren Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung Verstösse gegen Art. 7 KG grundsätzlich als schwerwiegend ein und ziehe einen Prozentsatz im oberen Drittel des 10%-Rahmens in Betracht, während der untere Bereich des 10%-Rahmens nur für Bagatellfälle ins Auge zu fassen sei, obwohl die Sanktionen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bemessen seien; (iii) dadurch würden alle Sachverhaltsvarianten des Art. 7 KG in einen Topf geworfen; (iv) eine Sanktion solle gemäss der Intention des Gesetzgebers nur in seltenen (krassen) Fällen die Höchstsätze erreichen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

707. Die Vorinstanz verweist auf die Regelungen der KG-Sanktionsverordnung, welche das Verhältnismässigkeitsprinzip ausgestalten würden. Im Übrigen seien die notwendigen Bewertungen unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgt.

(3) Würdigung durch das Gericht

708. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist anhand der Regelungen der Art. 2 bis 7 SVKG vorzunehmen (vgl. E. 621 f.).

709. Art. 49a KG sieht dabei nicht vor, dass die Ausfällung von Sanktionen im (Entschiessungs-)Ermessen der Wettbewerbsinstanzen steht (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BORER, KG, Art. 49a Rn. 17; DAVID/JAKOBS, WBR, Rn. 765; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 16 f.; TAGMANN, Sanktionen, 161, 171 f., 180 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.209). Gemäss dieser Bestimmung haben die Wettbewerbsinstanzen vielmehr Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht wurden. Dies gilt in gleicher Weise für die Berücksichtigung von Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründen. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen eine Erhöhung oder eine Milderung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BORER, KG, Art. 49a Rn. 17; ROTH/BOVET, CR-

Concurrence, Art. 49a Rn. 17; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.231). Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 7.4.5.4; BORER, KG, Art. 49a Rn. 15; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 15, 28 ff; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.231). Art. 2 Abs. 2 SVKG sieht denn auch ausdrücklich vor, dass bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist.

710. Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 f. SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn die Verfügung keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist.

711. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich daher vorliegend kein Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Im Übrigen führen sie auch keine sachlichen Gründe an, warum die vorgesehene Sanktion bei einer angenommenen Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens als unverhältnismässig zu qualifizieren wäre. Daher ist dieser Einwand nicht ausreichend substantiiert.

712. Art. 3 SVKG sieht vor, dass der Basisbetrag nach Art und Schwere des Verstosses festzulegen ist. Dabei gibt er einen Rahmen von 10 % eines bestimmten Umsatzes vor, innerhalb dessen die Festlegung vorgenommen werden kann. Dadurch ist eine sachgerechte Ahndung von geringfügigen bis schwerwiegenden Missbrauchsfällen möglich (vgl. Botschaft KG 2004, 2038; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.126; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 25; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.231).

713. Angesichts des gesetzlich vorgegebenen Sanktionsrahmens können die Wettbewerbsbehörden zweifellos ein grundsätzliches Schema entwickeln, anhand dessen die Sanktionsbemessung regelmässig auszurichten ist. Dabei entspricht es gerade sachlichen Erwägungen, Bagatellfälle dem unteren Bereich des Sanktionsrahmens und schwerwiegende Fälle dem oberen Bereich des Sanktionsrahmens zuzuordnen. Zudem ist es auch nicht bereits von vornherein unsachlich, bestimmten Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich einen gewissen Schweregrad beizumessen. Überdies kann auch eine gewisse schematische Differenzierung aufgrund der Unterscheidung zwischen einem vorsätzlichen und einem fahrlässigen Verhalten vorgenommen werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich dadurch nicht eine undifferenzierte Gleichbehandlung aller Tatbestandsvarianten des Art. 7 KG. Denn ungeachtet einer entsprechenden abstrakten Festlegung hat die Wettbewerbsbehörde im Einzelfall eine individuelle Zuweisung aufgrund der konkreten

Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Entgegen der weiteren Behauptung der Beschwerdeführerinnen unterbleibt eine solche individuelle Zuweisung nicht bereits aus dem Grund, weil ein abstrakter, allgemein gültiger Bewertungskanon bekannt gegeben wurde. In der vorinstanzlichen Verfügung sind denn auch entsprechende Aussagen zur konkreten Festlegung der Sanktion enthalten.

714. Im Hinblick auf die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach gemäss der Intention des Gesetzgebers der Höchstsatz nur in seltenen (krassen) Fällen erreicht werden solle, ist festzuhalten, dass es sich hierbei nicht um eine regulatorische Anordnung, sondern nur um eine Einschätzung mit Bezug auf die zukünftig anfallenden Kartellrechtsfälle handeln konnte. Denn letztlich kann der Gesetzgeber anstelle einer Statuierung von detaillierten gesetzlichen Sanktionsbeträgen für bestimmte Wettbewerbsverstösse keine zwingenden Anweisungen für die spezifische Ausübung eines behördlichen oder gerichtlichen Sanktionierungsermessens im Hinblick auf ihm unbekanntes, in der Zukunft eintretende Sachverhalte vorgeben.

b) Ermittlung des massgeblichen Umsatzes

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

715. Gegenüber der Ermittlung des massgeblichen Umsatzes zur Festlegung des Basisbetrags durch die Vorinstanz erheben die Beschwerdeführerinnen mehrere Einwände.

716. Die Berechnung der Vorinstanz umfasse auch diejenigen Umsätze mit den BBCS-Produkten auf der Grosshandelsstufe für solche Produkte auf der Einzelhandelsstufe, bei denen nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Internetdienstanbieter das Einzelhandelsgeschäft hätten profitabel betreiben können. Dies widerspreche Art. 49a KG und Art. 3 SVKG, weil nur diejenigen Umsätze in die Sanktionsbemessung einfließen dürften, die auf dem wettbewerbswidrigen Verhalten beruhen würden.

717. Die konzerninternen Umsätze seien zudem bei der Ermittlung gemäss der Regelung in Art. 5 Abs. 2 SVKG nicht zu berücksichtigen. Angesichts der Zugehörigkeit der Beschwerdeführerinnen zu einem Konzern könnten weder die konzerninternen Transaktionen noch solche innerhalb der Betriebseinheiten der Beschwerdeführerin 2 als wettbewerbswidrig qualifiziert werden. Art. 7 KG erfasse nur eine Behinderung anderer Unternehmen, weil es einen konzerninternen Machtmissbrauch nicht gebe. Nur die mit Drittunternehmen erreichten Umsätze liessen Rückschlüsse auf die Auswirkungen unzulässiger Verhaltensweisen auf Konkurrenten, Endabnehmer oder die Volkswirtschaft zu. Bislang sei es auch ständige und anerkannte Praxis, dass konzerninterne Umsätze für die Bussenberechnung nicht herangezogen würden. Dass vorliegend entgegen dieser Ausgangslage konzerninterne Umsätze berücksichtigt würden, sei verfassungswidrig, weil ein solches Vorgehen willkürlich sei und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstosse. Zudem liege dadurch ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK vor. Bei der Sanktionsbemessung hätte demzufolge aufgrund des erzielten Umsatzes mit BBCS durch Geschäfte mit Drittunternehmen maximal ein geringer

Basisbetrag in der Höhe von {...} Mio. CHF zu Grunde gelegt werden dürfen.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

718. Die Vorinstanz hält die Einwände der Beschwerdeführerinnen für unbegründet. Der sachlich relevante Markt für die Ermittlung des Basisbetrags stimme mit der erfolgten Marktabgrenzung für die Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung überein und müsse daher bei der Sanktionsbemessung nicht erneut abgegrenzt werden.

(3) Würdigung durch das Gericht

719. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag anhand des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielt hat, festzulegen. Dieser Umsatz bildet somit die Grund- und Ausgangslage für die Festlegung der Sanktion.

720. Allerdings sehen weder Art. 49a Abs. 1 KG noch Art. 3 SVKG spezifische Regelungen für die konkrete Ermittlung des Umsatzes im Einzelfall vor. Für Unternehmenszusammenschlüsse statuieren die Art. 4 und 5 VKU Regelungen zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes. Grundsätzlich können diese Regelungen sinngemäss herangezogen werden, soweit ihr Regelungsgehalt sachlich auch auf den jeweiligen Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG angewendet werden kann (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 12.3.2, jedoch ohne nähere Darlegung; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 45; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49 Rn. 26; David Mamane, Neue EG-Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen bei Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 17.7.2006, Rn. 10). Ansonsten ist der massgebliche Umsatz unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände zu bestimmen.

721. Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Umsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind (vgl. BGE 127 II 225 E. 4a). Bei Konzernsachverhalten ist der jeweilige Konzernumsatz massgebend, der sich grundsätzlich aus der Konzernrechnung ergibt (DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR-Rechtsschutz, Rn. 1328; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.232; ebenso für eine Unternehmensvereinigung TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 47; a.A. BORER, KG, Art. 49a Rn.15; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 12), weil der Konzern, und nicht nur eine einzelne Gruppengesellschaft, als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist (vgl. E. 29). Dies ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wirtschaftskraft des Konzerns gerade für die Umsetzung eines missbräuchlichen Verhaltens von entscheidender Bedeutung sein kann, auch unter sachlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt.

722. Art. 3 SVKG statuiert als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht den Umsatz, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielt wurde. Die Vorschrift sieht dabei keine Differenzierung hinsichtlich des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes vor. Daher ist auch keine Unterscheidung danach vorzunehmen, welcher Anteil dieses Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhal-

ten erzielt wurde und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Eine solche Differenzierung ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck der Vorschrift. Ungeachtet des Umstands, dass mit der Sanktionierung gemäss Art. 49a KG ein wettbewerbswidriges Verhalten erfasst werden soll, kann als Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung eine wirtschaftliche Unternehmenskennziffer herangezogen werden, die nicht ausschliesslich auf das entsprechende wettbewerbswidrige Verhalten ausgerichtet ist. In ähnlicher Weise wird auch im Rahmen des Strafrechts für die Bemessung einer Geldstrafe gemäss Art. 34 StGB auf das (gesamte) Einkommen und Vermögen des Täters, und demzufolge nicht nur auf einen durch das kriminelle Verhalten erlangten Vorteil, abgestellt. Durch die Zuordnung wird auch kein unzulässiger Bezug vorgenommen. Denn die Sanktionsbemessung ergibt sich immer aufgrund einer Gesamtbeziehung zwischen dem Umsatz als Bemessungsgrundlage und dem gesetzlich vorgesehenen Koeffizienten. Da die Sanktionsbemessung in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtrahmen stehen muss (vgl. E. 626 f.), kann die Bezugnahme auf eine unter Umständen nicht ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten in Zusammenhang stehende wirtschaftliche Kennziffer nicht unzulässig sein. Auch eine systematische und historische Auslegung der Vorschrift ergeben keinerlei Hinweise für eine solche Differenzierung. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist daher unbegründet.

723. Art. 49 KG sieht keine gesonderte Regelung zur Bestimmung des relevanten Markts für die Bemessung einer Sanktionierung vor. Für eine Sanktionierung eines Marktmissbrauchs sind vielmehr diejenigen Märkte relevant, auf die das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltenweise einwirkt. Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche relevante Markt dem sachlich und räumlich relevanten Markt (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.124). Für die Sanktionsbemessung ist daher regelmässig keine erneute Marktabgrenzung vorzunehmen; vielmehr ist diesbezüglich auf die Marktabgrenzung zum sachlich und räumlich relevanten Markt abzustellen (vgl. E. 256 ff.). Soweit der zeitlich relevante Markt Bedeutung erlangt, ist dieser ebenfalls zu berücksichtigen. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen.

724. Bei einer Kosten-Preis-Schere sind als relevante Märkte für eine Sanktionsbemessung gemäss Art. 49 Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sowohl der Grosshandelsmarkt als auch der Einzelhandelsmarkt zu berücksichtigen. Denn bei einer Kosten-Preis-Schere handelt es sich um ein zweidimensionales Wettbewerbsverhalten, welches direkte Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation von anderen Marktteilnehmern als Abnehmer auf dem Grosshandelsmarkt sowie als Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt zeitigt. Das Schädigungspotential einer Kosten-Preis-Schere ergibt sich demzufolge nicht nur aus der Betrachtung eines einzelnen Markts; vielmehr ermöglicht erst das strategische Zusammenwirken von vertikaler Ausbeutung und horizontaler Behinderung

die besondere Beeinträchtigungswirkung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 417 f.). Dabei bilden die Umsätze zwischen der Obergesellschaft und dem vertikal integrierten Unternehmen gerade den Hebel für diese Beschränkung. Je höher diese gruppeninternen Umsätze sind, umso grösser ist der Anteil der Unternehmensgruppe am Einzelhandelsmarkt und umso stärker ist der Behinderungseffekt für die Konkurrenten im Einzelhandelsgeschäft und damit das gesamtwirtschaftliche Schädigungspotential der jeweiligen Kosten-Preis-Schere. Mithin handelt es sich bei den berücksichtigten Umsätzen um solche, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeeinträchtigung stehen und nicht um sonstige konzerninterne Umsätze, die keinen Bezug zum Missbrauchsverhalten aufweisen. Daher ist es erforderlich und sachgerecht, diese konzerninternen Umsätze bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Soweit die Preise für die xDSL-Produkte im Einzelhandelsgeschäft noch unter den Preisen für die BBCS-Produkte im Grosshandelsgeschäft angesetzt sind und deshalb die schädlichste Form einer Kosten-Preis-Schere vorliegt, wird durch die Bezugnahme auf den gesamten Grosshandelsumsatz sichergestellt, dass eine Sanktionierung auch alle wettbewerbswidrigen Vorteile erfasst. Soweit die Preise für die BBCS-Produkte im Grosshandelsgeschäft über denjenigen der xDSL-Produkte im Einzelhandelsgeschäft angesetzt sind, führt die Bezugnahme auf die Grosshandelspreise zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens sogar zu einem geringeren Umsatzbetrag als bei einer gemischten Heranziehung der jeweils externen Umsätze auf Gross- und Einzelhandelsstufe. Massgebend für die Ermittlung des Umsatzes ist demzufolge der gesamte Umsatz, der auf dem jeweiligen Grosshandelsmarkt erzielt wurde.

725. Entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen steht diesem Vorgehen nicht entgegen, dass konzerninterne Transaktionen aufgrund des Konzernprivilegs nicht als wettbewerbswidrig zu qualifizieren sind (vgl. WEKO, RPW 2008/4, 544, Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU, Ziff. 77; BORER, KG, Art. 2 Rn. 11; Heinemann, Konzern, 53; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 Rn. 27; LANG CHRISTOPH/JENNY RETO M., Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2007, 299, zit. Konzernprivileg, 300; MARTENET/KILLIAS, CR- Concurrence, Art. 2 Rn. 31; RUBIN/COURVOISIER, SHK-KG, Art. 3 Rn. 12 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 1.61) und Art. 5 Abs. 2 VKU vorsieht, dass konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Denn die Frage der wettbewerbsrechtlichen Qualifizierung konzerninterner Transaktionen steht in keinem sachlich zwingenden Zusammenhang mit der Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen im Rahmen der Sanktionsbemessung. Wie bereits dargestellt (vgl. E. 722), werden nicht nur im Kartellrecht, sondern auch im Strafrecht Umsätze und sonstige wirtschaftliche Aspekte ohne unmittelbaren Bezug zu einem rechtswidrigen Verhalten zur Ermittlung einer Sanktionierung herangezogen. Eine sinngemässe Heranziehung von Art. 5 Abs. 2 VKU ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die konzerninternen Umsätze bei der Wettbewerbsbeschränkung einer Kosten-Preis-Schere gerade einen Faktor für die wettbewerbswidrigen Auswirkungen darstellen, während dies bei der Wettbe-

werbsbeschränkung eines Unternehmenszusammenschlusses nicht der Fall ist. Eine gegenteilige Einschätzung in Bezug auf den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere wird auch nicht durch die von den Beschwerdeführerinnen bezeichneten Ansichten in der Literatur vertreten. Demzufolge ergibt sich entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen durch die Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei einer Kosten-Preis-Schere weder im Verhältnis zu Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 9 KG noch im Verhältnis zu sonstigen Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 7 KG ein Verstoss gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV oder das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV. Gleiches gilt auch für einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK, weil die Rechtsfolgen - wie vorstehend dargestellt (vgl. E. 619) - ausreichend bestimmt sind. Diese Bestimmtheit wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass - nach der unzutreffenden Ansicht der Beschwerdeführerinnen - die vorstehende Beurteilung auf alle anderen Arten einer Wettbewerbsbeschränkung ausgedehnt werden müsste.

726. Als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags werden die letzten drei Geschäftsjahre statuiert. Der Zeitraum wurde durch den Gesetzgeber mit drei Geschäftsjahren festgelegt, um zu verhindern, dass Unternehmen mittels geeigneter Massnahmen kurzfristig den Umsatz verringern, um in den Genuss einer geringeren Sanktion zu gelangen (vgl. BOTSCHAFT KG 1995, 2037; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.119).

727. Weder das Kartellgesetz noch die KG-Sanktionsverordnung sehen eine ausdrückliche Regelung über den Anknüpfungspunkt der massgeblichen Geschäftsjahre vor. Die Anknüpfung der letzten drei Geschäftsjahre könnte demzufolge entweder an die Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens oder an die Einleitung oder den Abschluss eines Kartellsanktionsverfahrens anknüpfen. Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Präferenzen für eine dieser Varianten. Nach Sinn und Zweck der Regelung sollte eine Sanktionierung an den Umsatz anknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Dabei handelt es sich regelmässig um den Umsatz, der bei Beendigung des jeweils untersuchten wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt wurde. Dadurch wird prinzipiell sichergestellt, dass angesichts der üblicherweise längeren Dauer von Kartellverwaltungsverfahren eine Beeinflussung des Umsatzes aufgrund sonstiger Umstände keine Berücksichtigung findet. So kommt dem Unternehmen einerseits keine Möglichkeit zu, den Umsatz zwischen einer Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise und dem Abschluss des Kartellsanktionsverfahrens durch geeignete Massnahmen zu vermindern, um eine Busse möglichst gering zu halten. Andererseits erlangt ein Umsatzwachstum, das auf anderen Gründen als einem bereits vergangenen wettbewerbswidrigen Verhalten beruht, keine sanktionsverschärfende Wirkung. Soweit die wettbewerbswidrige Verhaltensweise daher vor oder während der Durchführung eines Kartellsanktionsverfahrens durch ein Unternehmen vollständig beendet wurde, ist prinzipiell weder auf die Einleitung noch auf den Abschluss eines Kartellverfahrens durch die Wettbewerbs-

behörden als Anknüpfungspunkt für die Sanktionsbemessung abzustellen (a.A. REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 10; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 48; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.233).

728. Auf andere Zeiträume ist dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So wäre der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen angesichts der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde das wettbewerbswidrige Verhalten während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt hat, um die sich aus der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ergebenden Vorteile maximal auszunutzen. Zeiträume nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens wären etwa dann zu berücksichtigen, soweit einem Unternehmen in den Folgejahren durch das frühere wettbewerbswidrige Verhalten auch weiterhin dokumentierte umsatzrelevante Vorteile in gesteigertem Ausmass zukommen.

729. Da die Beendigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig mit dem Ende eines kalendarischen oder statutarischen Geschäftsjahres zusammenfällt, ist zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes entweder der Jahresabschluss, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten beendet wurde, oder der Jahresabschluss des vorhergehenden Jahres heranzuziehen, je nach dem, welcher Abschluss einen engeren Zusammenhang zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und dem im Abschluss ausgewiesenen Umsatz aufweist.

730. Im vorliegenden Fall wurde das wettbewerbswidrige Verhalten spätestens im Jahr 2004 begonnen und am 31. Dezember 2007 beendet. Massgebend ist deshalb der Umsatz, den die Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen jeweils in den Jahren 2005, 2006 und 2007 erzielt hat. Diese Umsätze beliefen sich auf {.....} Mio. CHF, {.....} Mio. CHF und {.....} Mio. CHF (vgl. SV J.a), woraus als Sanktionsgrundlage ein Gesamtumsatz in der Höhe von 1'691'244 Mio. CHF resultiert.

c) Festlegung des Basisbetrags

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

731. Die Beschwerdeführerinnen weisen auf verschiedene Aspekte in Bezug auf die Berücksichtigung des Verschuldens hin, die nach ihrer Ansicht zur Fehlerhaftigkeit der von der Vorinstanz vorgenommenen Sanktionsbemessung führen.

732. Im Rahmen der Sanktionsbemessung der vorinstanzlichen Verfügung würden das Verschulden und damit die Schwere des unzulässigen Verhaltens nicht berücksichtigt, weshalb ein Verstoss gegen das Schuldprinzip vorliege, welches aufgrund von Art. 2 Abs. 2 SVKG auch im Rahmen einer kartellrechtlichen Sanktionierung zu beachten sei. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen stellt die Vorinstanz demgegenüber nur auf objektive Elemente ab, wie sich auch aus deren Erläuterungen zur SVKG ergebe, in welchen anstatt von der Schwere des Verhaltens praktisch nur von der „Schwere des Verstosses“ die Rede sei.

733. Für die Bestimmung des Verschuldens sei Art. 47 StGB anzuwenden, weshalb das Ausmass des verursachten Erfolgs und die Schwere der Tatschuld zu ermitteln seien. Hierfür massgeblich sei der Umstand, wie sehr die tatsächliche von der nach Auffassung der Vorinstanz angemessenen Marge abweiche, welcher Schaden dadurch entstanden sei und inwieweit der Verstoss der Swisscom-Gruppe vorgeworfen werden könne.

734. Da weder Art. 7 KG noch Art. 49a Abs. 1 KG dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen würden, könne der Swisscom-Gruppe von vornherein nicht vorgeworfen werden, eine unklare Rechtslage missachtet zu haben.

735. Das BBCS-Angebot der Swisscom-Gruppe sei prokompetitiv zu werten, weil es den vielen Internetdiensteanbietern ein Tätigwerden mit Internetdiensten auf den Endkundenmärkten überhaupt erst ermöglicht habe. Ohne dieses Angebot, zu dem die Swisscom-Gruppe nicht hätte verpflichtet werden können, wären in diesem Markt nur die Kabelnetzbetreiber und die Swisscom-Gruppe tätig.

736. Die Sanktionspraxis gegenüber Kosten-Preis-Scheren müsse äusserst zurückhaltend sein, weil in der Lehre vertreten werde, dass Interventionen gegen Kosten-Preis-Scheren auch volkswirtschaftlich schädlich sein könnten.

737. Die Festlegung des Basisbetrags mit dem Höchstbetrag von 10 % sei zudem unverhältnismässig, weil die Sanktionen nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bemessen seien und vorliegend höchstens ein geringfügiger Fall gegeben sei, weil die Rechtslage unklar gewesen sei und deren Nichtbeachtung den Beschwerdeführerinnen nicht vorgeworfen werden könne. Der Präventionszweck erlaube in dieser Situation nur eine symbolische Strafe.

738. Bei der Festlegung könne das Merkmal einer fehlenden Ausweichmöglichkeit für die Grosshandelskunden im Rahmen der Strafzumessung nicht als Indiz für einen schweren Verstoss berücksichtigt werden. Fehlende Ausweichmöglichkeiten seien ein zwingendes Tatbestandsmerkmal von Art. 7 KG, weil die Swisscom-Gruppe nicht marktbeherrschend sei, wenn andere Internetdiensteanbieter Ausweichmöglichkeiten hätten. Andernfalls würde derselbe Umstand sowohl bei der Bejahung des objektiven Tatbestands als auch bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden, wodurch ein Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot vorliegen würde. Dieses für das Strafzumessungsrecht fundamentale Verbot gelte auch im Kartellrecht, weil Sanktionen gemäss Art. 49a KG als Strafen zu qualifizieren seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

739. Die Vorinstanz verweist zur Feststellung, wonach es sich um eine schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung handle, auf das grundsätzlich erhebliche Beeinträchtigungspotential einer Kosten-Preis-Schere, die gänzlich fehlenden Ausweichmöglichkeiten der anderen Internetdiensteanbieter, die Beeinträchtigung von anderen Produkten sowie den schweren Fall eines Organisationsverschuldens. Im Übrigen habe die Swisscom-Gruppe im Bewusstsein, dass die Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung möglicherweise auf ein

kartellrechtswidriges Verhalten schliessen könnte, ihr Verhalten - obwohl dies durchaus möglich gewesen wäre - nicht in der Weise angepasst, dass sie eine Kosten-Preis-Schere hätte vermeiden können. Dies wiege umso schwerer, als die Swisscom-Gruppe ab dem Jahr 2008 ihre Preispolitik dann doch angepasst und die Preis-Kosten-Schere beseitigt habe.

(3) Würdigung durch das Gericht

740. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag als Koeffizient des massgeblichen Umsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die maximale Obergrenze des Basisbetrags 10 % des Umsatzes beträgt.

741. Weder das Kartellgesetz noch die KG-Sanktionsverordnung enthalten nähere Regelungen dazu, welche Aspekte unter den Kriterien „Art und Schwere des Verstosses“ zu subsumieren sind. Hierzu bestehen auch noch keine detaillierten und übereinstimmenden Ansichten (vgl. REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 14; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 27 ff.; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 50 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.236). Da bestimmte Aspekte als erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG qualifiziert werden, bedarf es einer Abgrenzung, welche Aspekte im Rahmen von Art. 3 SVKG und welche im Rahmen von Art. 5 SVKG zu berücksichtigen sind.

742. Da es sich bei Art. 49a KG um eine Vorschrift mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht aber um eine strafrechtliche Vorschrift handelt (vgl. E. 649), findet Art. 47 StGB jedenfalls keine Anwendung.

743. Mit dem Verweis auf die Art des Verstosses wird der Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dabei handelt es sich insbesondere um die konkrete Form der Wettbewerbsbeschränkung und ihr abstraktes Gefährdungspotential. Der Verweis auf die Schwere des Verstosses bezieht sich zunächst auf die grundlegenden objektiven Modalitäten des wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dabei werden im Rahmen des Basisbetrags die üblichen Umstände und Auswirkungen, die mit einer entsprechenden Wettbewerbsbeeinträchtigung einhergehen, anhand ihres jeweiligen Bedeutungsgehalts gewertet. Soweit aussergewöhnliche Umstände und Auswirkungen auftreten, sind diese als erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG oder als mildernde Umstände gemäss Art. 6 SVKG zu qualifizieren. Mit dem Verweis auf die Schwere des Verstosses werden darüber hinaus das Verschulden und damit die subjektive Komponente eines wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dadurch wird eine differenzierte Berücksichtigung von Fahrlässigkeit und Vorsatz vorgegeben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rn. 1179; a.A. DÄHLER/KRAUSKOPF/STEBLER, Marktpositionen, Rn. 8.122, wonach die subjektiven Aspekte als erschwerende Umstände zu berücksichtigen seien). Mit der Einbeziehung der objektiven Modalitäten und der subjektiven Komponente wird bei Kartellsanktionsverfahren dem Grundsatz entsprochen, dass verwaltungsrechtliche Sanktionen der objektiven und subjektiven Schwere der Pflichtverletzung entsprechend angemessen und aus Präventionsgründen gerechtfertigt sein müssen (vgl. BGE 108 Ib 162 E. 5b).

744. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags allerdings ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Wenn selbst dem Strafrichter im Rahmen der Strafzumessung eines strafrechtlichen Verfahrens dieser Entscheidungsspielraum zukommt (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2a), dann besteht kein Grund, die Wettbewerbsbehörden in einem verwaltungsrechtlichen Kartellsanktionserfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter einem strengeren Entscheidungsspielraum zu unterstellen.

745. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer fehlerhaften Berücksichtigung der mangelnden Bestimmtheit, der Prokompetitivität ihres Grosshandelsangebots, der Ambivalenz von Eingriffen wegen Kosten-Preis-Scheren sowie der Unverhältnismässigkeit angesichts der unklaren Rechtslage, sind unbeachtlich, weil ihnen - wie dargestellt - bereits keine sachliche Berechtigung zukommt. Gleiches gilt im Ergebnis für das Merkmal der fehlenden Ausweichmöglichkeiten, weil dieser Aspekt bei einer Kosten-Preis-Schere gerade kein Tatbestandsmerkmal darstellt.

746. Im vorliegenden Fall beläuft sich die Obergrenze des Basisbetrags angesichts des massgeblichen Umsatzes auf einen Betrag in der Höhe von 169'124'400.- CHF. Der Sanktionsrahmen wurde durch die Vorinstanz mit einer Ansetzung des Basisbetrags bei 10 % vollständig ausgeschöpft.

747. Da vorliegend von einer fahrlässigen Begehung einer Wettbewerbsbeschränkung, die auch vorsätzlich hätte begangen werden können, auszugehen ist, kann entgegen der Festlegung der Vorinstanz nicht die Maximalsanktion verhängt werden. Allerdings handelt es sich bei der Kosten-Preis-Schere eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur um ein wettbewerbsrechtliches Bagatelldelikt, sondern um ein schwerwiegendes Fehlverhalten. Angesichts der konkreten Umstände des Sachverhalts wird diese prinzipielle Einschätzung bestätigt, und auch das Verschulden der Swisscom-Gruppe wiegt schwer. Auch wenn zu Gunsten der Swisscom-Gruppe nicht von einem vorsätzlichen Verhalten auszugehen ist, stellt die Missachtung der ausdrücklichen Hinweise der Wettbewerbsbehörden auf den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und dessen Anwendung in der Schweiz, das offensichtliche Missverhältnis zwischen den Gross- und Einzelhandelspreisen für die jeweiligen Breitbandprodukte und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Resultate, die erkennbaren erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte sowie die allgemeine Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Telekommunikationsmarkt eine grobe Fahrlässigkeit dar.

748. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Aspekte ist nach Ansicht des Gerichts die sachlich gerechtfertigte Sanktion mit 8 % des massgeblichen Umsatzes anzusetzen, wodurch sich ein Basisbetrag in der Höhe von 135'299'520.- CHF ergibt.

d) Erhöhungen des Basisbetrags

749. Vorliegend sind allfällige Erhöhungen wegen der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens und wegen

einer angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns zu berücksichtigen.

i) Dauer des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

750. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten mit mehreren Rügen, dass eine ausreichende Dauer für eine Erhöhung des Basisbetrags vorgelegen habe. So könne ein behördlicherseits nicht beförderlich geführtes Untersuchungsverfahren nicht dem Unternehmen in Form eines Zuschlags für die Dauer des Verfahrens angelastet werden. Eine besondere Dauer sei auch nicht zu berücksichtigen, weil eine Verletzung des Beschleunigungsgebots und des Grundsatzes von Treu und Glauben vorliege, die Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts seit dem Jahr 2003 gegeben und das Grosshandelsgeschäft im Jahr 2004 noch gar nicht profitabel gewesen sei. Im Übrigen könne ein Verstoss längstens 18 Monate angedauert haben; denn die Beschwerdeführerinnen hätten frühestens am 19. Juni 2006 mit Erhalt der Fragebögen von einem potentiell unzulässigen Verhalten ausgehen müssen. Dieser Zeitpunkt sei zudem noch fraglich, weil sie erst am 12. November 2008 durch den Erhalt des Antrags der Wettbewerbsbehörde auf die von der Vorinstanz konkretisierten Vorwürfe hätten schliessen müssen. Für eine Verstossdauer von 18 Monaten wäre die bisherige Erhöhung um 30 % zumindest erheblich herabzusetzen; mit Verweis auf die Sanktionierung in bisherigen Verfahren könnte auf die Erhöhung sogar ganz verzichtet werden. Darüber hinaus sei Folgendes zu berücksichtigen: Da die Frage der Marktbeherrschung einer Leistungspflicht für Grosshandelsprodukte erst mit dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom vom 12. Februar 2009 geklärt worden und das Einzelhandelsgeschäft seit Anfang 2007 profitabel gewesen sei, könne während der angenommenen Dauer vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2007 der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere im Sinne der Vorwerfbarkeit gar nicht erfüllt gewesen sein.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

751. Die Vorinstanz macht geltend, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schwere zwischen dem 1. April 2004 und dem 31. Dezember 2007 gemäss den Ausführungen zum materiellen Tatbestand vorgelegen hätten und daher die Dauer des Verstosses entsprechend anzusetzen sei. Der Einwand der langen Verfahrensdauer sei unerheblich, weil der Swisscom-Gruppe bekannt gewesen sei, dass ein missbräuchliches Verhalten seit dem 1. April 2004 sanktioniert werden könne und sie seit dem 20. Oktober 2005 hätte wissen müssen, dass sie sich womöglich missbräuchlich verhalten habe.

752. Allerdings hat die Vorinstanz den vorgesehenen Erhöhungsbetrag wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses von 40 % auf 30 % reduziert, weil das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Jahr 2007 nicht mehr in gleichem Ausmass gegeben gewesen sei. Zur Begründung hierfür verweist die Vorinstanz allerdings ausschliesslich auf Umstände, die erst im Jahr 2008 eingetreten sind.

(3) Würdigung durch das Gericht

753. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50 % und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10 % zu erhöhen ist.

754. Die Ausgestaltung des zeitlichen Erhöhungsgrunds führt zu unterschiedlichen Auffassungen über dessen konkrete Umsetzung im Einzelfall. Ganz überwiegend wird angenommen, dass eine Dauer unter einem Jahr keinen Erhöhungsgrund darstelle, sondern vom Basisbetrag erfasst werde (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.127; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 779; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 38; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 59; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.238; a.A. HOFFET FRANZ/NEFF KLAUS, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004/5, 129, 130, wonach dies ein Mildegrund darstellen soll). Bei einer Dauer von einem bis fünf Jahren wird im Anschluss an die Praxis (vgl. WEKO, 2.11.2009, Hors-Sol Medikamente, Pfizer AG/Eli Lilly (Suisse) SA/Bayer AG u.a., RPW 2010/4, 649, Ziff. 372 f.) überwiegend die Ansicht vertreten, dass auch in diesem Bereich für jedes vollendete Jahr der Basisbetrag um bis zu 10% zu erhöhen sei (vgl. DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 779; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 38; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.238, wobei in Ausnahmefällen ein anderer Ansatz zulässig sein soll), weil eine Differenzierung zwischen den ersten und den zweiten fünf Jahren sachlich nicht gerechtfertigt sei (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 59). Nach anderer Ansicht kann der Basisbetrag während der ersten fünf Jahre unabhängig von der genauen Dauer um jeden angemessenen Ansatz zwischen 0 % und 50 % erhöht werden (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.127; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 15). Bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren erhöht sich der Basisbetrag nach allgemeiner Ansicht entsprechend dem Wortlaut der Regelung für jedes weitere Jahr um bis zu 10 % (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.127; DAVID/JACOBS, WBR, Rn. 779; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 15; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, Art. 49a Rn. 38; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 59; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.238).

755. Mit der differenzierten Regelung gibt der Verordnungsgeber zu erkennen, dass ein Wettbewerbsverstoss in zeitlicher Hinsicht unterschiedliche Auswirkungen aufweisen kann, die im Rahmen der Erhöhung auch Berücksichtigung finden sollten. Je nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung können die nachteiligen Auswirkungen zum einen gleichmässig über die gesamte Zeitdauer oder verstärkt während bestimmter Phasen auftreten. So kann eine Wettbewerbsbeschränkung gerade in den Anfangsjahren die grössten Auswirkungen auf den Markt aufweisen und etwa eine Marktbereinigung herbeiführen, während in den Folgejahren der dadurch geschaffene Zustand nur noch aufrechterhalten wird. Durch die flexible Verknüpfung einer ersten Teildauer von fünf Jahren mit dem Teilkoeffizienten von

50 % kann diesen Unterschieden bei einer Sanktionierung Rechnung getragen werden. Zum Beispiel kann für ein wettbewerbswidriges Verhalten mit einer kürzeren Laufzeit als fünf Jahren dennoch eine Erhöhung um 50 % vorgesehen werden, wenn der dadurch intendierte Zweck in Form der Verdrängung eines Konkurrenten in dieser Zeit vollständig erreicht wurde. Dauert ein Wettbewerbsverstoss demgegenüber bereits länger als fünf Jahre an, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auswirkungen mittlerweile auch gleichmässig bzw. wiederkehrend über die Zeitachse auftreten und dementsprechend auch linear zu sanktionieren sind. Bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem bei Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an über die jeweilige Zeitdauer im Wesentlichen die gleichen Wirkungen zuzusprechen sind, ist unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bereits während der ersten fünf Jahre eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen.

756. Im vorliegenden Fall wurde das wettbewerbswidrige Verhalten von der Swisscom-Gruppe spätestens seit dem 1. April 2004 begonnen und mindestens bis zum 31. Dezember 2007 fortgeführt (vgl. E. 483 f.). Die massgebliche Dauer beträgt somit drei Jahre und neun Monate.

757. Entgegen der kaum begründeten Ansicht der Vorinstanz ergibt sich für das Jahr 2007 keine signifikante Änderung in der Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens aufgrund der zeitlichen Komponente. Die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung des Erhöhungsbetrages weist insbesondere keinen Bezug zur zeitlichen Komponente auf. Sie wäre allenfalls als Mildegrund zu berücksichtigen.

758. Der Basisbetrag ist demzufolge aufgrund der Dauer von 45 Monaten um 37,5 % und damit um einen Betrag in der Höhe von 50'737'320.-CHF zu erhöhen.

759. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich zum einen aus der Dauer des Kartellverfahrensverfahrens keine Beschränkung für die Erhöhung der Sanktion, unabhängig davon, wie lange das Verfahren angedauert hat. Denn sowohl die Entscheidung über eine Durchführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als auch die Entscheidung über dessen Fortführung nach Einleitung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden werden ausschliesslich von dem jeweiligen Unternehmen getroffen, weshalb dieses auch die volle Verantwortung für die zeitliche Dauer des Wettbewerbsverstosses zu tragen hat. Zum anderen ergibt sich auch weder aus dem Beschleunigungsgebot noch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Beschränkung für die Erhöhung der Sanktion, weil eine Verletzung dieser Grundsätze nicht vorliegt (vgl. E. 217 f., 241 f.).

760. Die Einwendung der Beschwerdeführerinnen, der Wettbewerbsverstoss könne erst mit Übersendung der Fragebögen durch die Wettbewerbsbehörde oder sogar erst mit Übersendung des Antrags zur Stellungnahme begonnen haben, weil sich erst zu diesem Zeitpunkt der Vorwurf zu Lasten der Beschwerdeführerinnen ausreichend konkretisiert habe, ist sachlich nicht begründet.

Gleiches gilt für den Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom aus dem Jahr 2009 (vgl. SV K.e). Massgeblich für den Beginn eines Wettbewerbsverstosses ist der Zeitpunkt, in dem die wettbewerbswidrige Verhaltensweise verwirklicht wird, indem das Unternehmen durch sein Verhalten einzelne Tatbestandselemente erfüllt. Hierzu ist ausschliesslich das Verhalten des Unternehmens zu beurteilen. Die Massnahmen der Wettbewerbsbehörden oder sogar eine gerichtliche Feststellung der Marktbeherrschung stellen keine konstitutive Voraussetzung für die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG dar.

761. Bei den von den Beschwerdeführerinnen darüber hinaus angeführten Aspekten einer angeblich gegebenen Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts seit dem Jahr 2003 und der fehlenden Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts im Jahr 2004 handelt es sich um Einwendungen, die sich gegen das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens richten, weshalb sie nach einer Feststellung der Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 7 KG, wie dies vorstehend erfolgt ist, nicht mehr zu einer Einschränkung der Sanktionierung führen.

ii) Mutmasslicher Gewinn der Wettbewerbsbeschränkung

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

762. Die Beschwerdeführerinnen machen im Hinblick auf eine Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns als Erhöhungsgrund im Rahmen der Sanktionierung verschiedene Aspekte geltend.

763. Als Grundlage einer Ermittlung des mutmasslichen Gewinns dürften ausschliesslich die Gewinne der Swisscom-Gruppe im Einzelhandelsgeschäft, nicht aber die Gewinne im Grosshandelsgeschäft berücksichtigt werden. Denn bei einer Kosten-Preis-Schere bilde die nicht ausreichende Marge im Einzelhandelsgeschäft den Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Vorwurfs, weshalb auch nur die Auswirkungen auf dem Einzelhandelsmarkt für die Bemessung der Sanktion relevant seien. Im vorliegenden Fall sei die Angemessenheit der Grosshandelspreise auch nicht untersucht worden.

764. Für die Ermittlung des mutmasslichen Gewinns dürften die konzerninternen Umsätze und Gewinne nicht berücksichtigt werden. Denn einem Konzern stehe es frei zu bestimmen, wo und wie innerhalb der Unternehmensgruppe Gewinne anfallen und welche internen Preise verrechnet werden. Gegenüber einer Gruppegesellschaft könnten daher keine unrechtmässigen Gewinne erzielt werden.

765. Mit Bezug auf die konkrete Ermittlung des mutmasslichen Gewinns wenden die Beschwerdeführerinnen verschiedene Aspekte zur sachgerechten Bewertung von verschiedenen Anknüpfungskriterien ein, die zu berücksichtigen seien.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

766. Die Vorinstanz weist allgemein darauf hin, dass sowohl der mutmassliche Gewinn im massgeblichen Zeitraum als auch die erzielten Gewinne auf Grosshandelsstufe zu berücksichtigen seien, weil gerade der Grosshandelspreis im Vergleich zu den Preisen auf Ein-

zelhandelsstufe zu hoch gewesen sei. Ausführungen zur detaillierten Ermittlung des mutmasslichen Gewinns erfolgen von der Vorinstanz jedoch nicht.

(3) Würdigung durch das Gericht

767. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen.

768. Aufgrund der ausdrücklichen Formulierung dieser Vorschriften ist ersichtlich, dass eine genaue Ermittlung des tatsächlich erzielten wettbewerbswidrigen Gewinns für dessen Berücksichtigung nicht erforderlich ist. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Grössenordnung des unrechtmässigen Gewinns abgeschätzt werden kann (vgl. Botschaft KG 2004, 2037: „Soweit feststellbar oder zumindest abschätzbar, ist der Gewinn aus dem unzulässigen Verhalten ein wesentliches Bemessungskriterium.“). Dies entspricht den Ausgangshypothesen des Gesetzgebers, wonach zum einen (i) die Kartellrendite abzuschöpfen ist, um eine ausreichend abschreckende Wirkung zu erzielen (vgl. E. 630 f.; Botschaft KG 2004, 2033, 2037: „Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass die Berechnung des Netto-Nutzens für die Unternehmen [...] negativ ausfällt“; zustimmend BORER, KG, Art. 49a Rn. 15; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.119; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR-Rechtsschutz, Rn. 1335; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 16; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Verantwortlichkeit, 211), und zum anderen (ii) der Umsatz als Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung heranzuziehen ist, weil der wettbewerbswidrige Gewinn in den allermeisten Fällen gar nicht eindeutig bestimmt werden kann und die Präventionswirkung der direkten Sanktionen nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden darf (vgl. Botschaft KG 2004, 2037). Da die Sanktionierung mittels eines prozentualen Koeffizienten an den Umsatz anknüpft, bedarf es auch keiner exakten Ermittlung des wettbewerbswidrigen Gewinns, weil dieser Betrag gar nicht unmittelbar in eine Sanktion einfliesst. Ungeachtet dieser Erleichterung ist es für einen Nachweis des wettbewerbswidrigen Gewinns als Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Sanktionsbemessung erforderlich, dass die jeweilige Feststellung aufgrund objektiver Anhaltspunkte erfolgt. Eine blosser Schätzung ins Blaue hinein bildet daher keine ausreichende Grundlage für eine Erhöhung der Sanktion. Die in Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG verwendete Formulierung einer "objektiven Ermittlung" ist in diesem Sinne zu verstehen.

769. Soweit eine objektivierte Abschätzung des mutmasslichen Gewinns möglich ist, haben die Wettbewerbsbehörden den entsprechenden Betrag in die Berechnung der Sanktion einfließen zu lassen. Ihnen kommt diesbezüglich kein Entschliessungsermessen zu; allein in Bezug auf die Festlegung des Koeffizienten für die Erhöhung des Basisbetrags steht ihnen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Ermessensspielraum zu.

770. Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG sieht zudem die Beschränkung vor, dass nur bei einem besonders hohen

Gewinn eine Erhöhung vorzunehmen ist. Nach verschiedenen Ansichten bedeutet dies, dass ein normaler wettbewerbswidriger Gewinn bereits durch den Basisbetrag abgegolten sei (vgl. WEKO-SEKRETARIAT, Erläuterungen zur KG-Sanktionsordnung, Art. 3 Bst. b; REINERT, SHK-KG, Art. 49a Rn. 16; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 69 f., stellen auf den durchschnittlichen wettbewerbswidrigen Gewinn ab, wobei allerdings auf den Widerspruch zum Gesetzeszweck hingewiesen wird; nach DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Marktpositionen, Rn. 8.132, müsse die Sanktion allerdings einen hohen Kartellgewinn übersteigen, wenn eine Gewinnschätzung objektiv möglich sei; gemäss WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 3.243, soll eine Erhöhung aber nur dann zulässig sein, wenn die berechenbare und nachgewiesene Kartellrente den Basisbetrag übersteige). Dies trifft lediglich für diejenigen Fälle zu, bei denen der mutmassliche Gewinn nicht festgestellt oder abgeschätzt werden kann. In allen anderen Fällen steht diese Beschränkung jedoch in einem offensichtlichen Widerspruch zur Ausgestaltung von Art. 49a KG und den nachweislichen gesetzgeberischen Intentionen (vgl. E. 768; so auch bereits die Botschaft KG 1995, 621: „Eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns wird aber regelmässig die untere Grenze der Sanktion bilden“, weshalb die Regelung in ihrer wörtlichen Fassung gesetzeswidrig und nicht anzuwenden ist (vgl. BGE 131 II 271 E. 11.7)). Vielmehr ist im Einzelfall durch eine Erhöhung des Basisbetrags sicherzustellen, dass der festgestellte oder abgeschätzte wettbewerbswidrige Gewinn durch die Sanktionierung auch vollständig abgeschöpft wird, weil er ein wesentliches Bemessungskriterium für die Sanktion darstellt (vgl. Botschaft KG 2004, 2037). Für den Zweck einer vollständigen Abschöpfung ist es dabei unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt. Dies gilt umso mehr, als der vorgesehene Basisbetrag grundsätzlich nur einem unterdurchschnittlichen wettbewerbswidrigen Gewinn entspricht (vgl. E. 632).

771. Als Grundlage für die Abschätzung des mutmasslichen Gewinns, den das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen durch die wettbewerbswidrige Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere erzielt hat, sind grundsätzlich die gesamten Erträge auf dem Vorproduktmarkt heranzuziehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist dabei keine Differenzierung zwischen Erträgen aus konzerninternen Transaktionen mit Gruppengesellschaften und Erträgen aus Geschäften mit externen Abnehmern des Vorprodukts vorzunehmen. Aufgrund der wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 417 f.) führt die konzerninterne Verlagerung der Gewinne vom Endprodukt auf den Vorproduktmarkt dazu, dass die Abnehmer des Vorprodukts als Konkurrenten auf dem nachgelagerten Endproduktmarkt angesichts einer fehlenden Gewinnmarge über keine ausreichende Wettbewerbsfähigkeit verfügen. Deshalb ist es ihnen nicht möglich, durch Preissenkungen für das Endprodukt in Wettbewerb zum marktbeherrschenden Unternehmen zu treten, um es so unter Wettbewerbsdruck zu setzen, dass dieses die Preise für das Vorprodukt senken muss, um selbst auf dem Endproduktmarkt gleichzeitig konkurrenzfähig und

profitabel zu sein. Durch die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere werden demzufolge auch die Erträge aus den internen Transaktionen zwischen den Gruppengesellschaften auf der Stufe sowohl des Vorprodukt- als auch des Endproduktmarkts wirtschaftlich abgesichert. Sie werden demzufolge vom wettbewerbswidrigen Verhalten erfasst und sind folgerichtig im Rahmen des mutmasslichen Gewinns zu berücksichtigen.

772. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die Ermittlung des mutmasslichen Gewinns nicht auf die Gewinne des Einzelhandelsgeschäfts beschränkt. Denn der Aspekt von unangemessenen Preisen oder einer unzureichenden Marge auf der Einzelhandelsstufe bildet nicht den alleinigen Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens einer Kosten-Preis-Schere; vielmehr ist die Preisgestaltung auf dem Vorproduktmarkt ebenfalls massgeblich für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 401 f.). Im Übrigen würde der entsprechende Ansatz der Beschwerdeführerinnen dazu führen, dass die zusätzliche Sanktionierung bei einem missbräuchlichen Verhalten in Form einer Kosten-Preis-Schere von vornherein ins Leere laufen würde. Aufgrund der nicht ausreichenden Marge im Einzelhandelsgeschäft ergeben sich dort offensichtlich regelmässig erst gar keine Gewinne, die berücksichtigt werden müssten bzw. berücksichtigt werden könnten.

773. Im vorliegenden Fall könnte der mutmassliche Gewinn der Swisscom-Gruppe aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungskriterien ermittelt werden. Die Beschwerdeführerinnen haben dargelegt, dass unter sachgerechter Bewertung dieser Anknüpfungskriterien der mutmassliche Gewinn den festgesetzten Basisbetrag deutlich unterschreiten würde, weshalb der mutmassliche Gewinn damit bereits abgegolten wäre. Die Vorinstanz hat trotz ausdrücklicher Instruktion keine Stellungnahme hierzu abgegeben. Daher ist zu Gunsten der Swisscom-Gruppe von deren Darstellung auszugehen.

774. Der mutmassliche Gewinn wird aus diesen Gründen vorliegend als bereits durch den Basisbetrag abgeschöpft angesehen. Der Basisbetrag ist daher unter Berücksichtigung des durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns nicht zu erhöhen.

e) Minderungen des Basisbetrags

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

775. Die Beschwerdeführerinnen machen in allgemeiner Weise geltend, dass die Vorinstanz keine mildernden Umstände berücksichtigt habe. So könne aus dem Umstand, dass die SVKG für die Verhaltensweisen nach Art. 7 KG keine oder mindestens keine geeigneten Regeln für die mildernden Umstände enthalte, nicht geschlossen werden, dass mildernde Umstände nicht ersichtlich seien. Daher hätte sich die Vorinstanz bei der Beurteilung mildernder Umstände nicht nur auf eine Prüfung des Elementes der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens beschränken dürfen, sondern auch andere entlastende Elemente, wie z.B. die Bemühungen der Swisscom-Gruppe zur Gewährleistung der Kartell-Compliance, abklären und berücksichtigen müssen. Zumindest hätte entsprechend dem Entscheid der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom eine Mil-

derung vorgenommen werden müssen, weil es sich um einen erstmaligen Entscheid zu einer Preis-Kosten-Schere in regulierten Netzindustrien handeln würde.

776. Im Übrigen ergebe sich bei einem Verhalten gemäss Art. 7 KG angesichts von dessen Unbestimmtheit erst aus dem Untersuchungsergebnis dessen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit, weshalb sich die Forderung nach einer Beendigung des Verhaltens „nach dem ersten Eingreifen“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG gar nicht rechtfertigen lasse. Vielmehr hätten die Wettbewerbsbehörden ausserhalb einer Untersuchung und losgelöst von der Möglichkeit einer rechtsstaatlichen Kontrolle im Rechtsmittelverfahren auf das unternehmerische Verhalten gestaltend einzuwirken.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

777. Die Vorinstanz verneint aufgrund einer von ihr konkret durchgeführten Prüfung das Vorhandensein von Milderungsgründen.

(3) Würdigung durch das Gericht

778. Art. 6 SVKG sieht vor, dass beim Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen ist. Für sämtliche Varianten eines sanktionierbaren wettbewerbswidrigen Verhaltens wird als mildernder Umstand ausdrücklich die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens gemäss den Art. 26 bis 30 KG statuiert. Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt. Allerdings weisen die in der Vorschrift genannten Gründe keinen abschliessenden Charakter auf, wie sich bereits aus der sprachlichen Fassung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 („insbesondere“) ergibt. Daher sind sonstige mildernde Umstände auch bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits im Hinblick auf die Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind.

779. Aus dem vorliegenden Sachverhalt ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund denen das konkrete wettbewerbswidrige Verhalten als weniger schwerwiegend zu qualifizieren wäre, und die über solche Gründe hinausgehen, die bereits im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen gewesen wären. Insbesondere hat die Swisscom-Gruppe das wettbewerbswidrige Verhalten auch nach Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden fortgeführt. Bezeichnenderweise werden von den Beschwerdeführerinnen mit Ausnahme des Hinweises auf die bestehende Kartell-Compliance und die Erstmaligkeit der Kosten-Preis-Schere in einem bestimmten Industriebereich auch keine entsprechenden konkreten Gründe aufgeführt.

780. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist ersichtlich, dass zum einen die Preisgestaltung sowohl im Grosshandelsgeschäft als auch im Einzelhandelsgeschäft in Kenntnis und mit Zustimmung der Geschäftsleitungsebene stattgefunden hat, und zum anderen die

jeweiligen Produkte und deren Preisgestaltung von der Konzernrechtsabteilung als der für die Kartell-Compliance zuständigen Stelle inhaltlich gutgeheissen worden war (vgl. E. 669). Es ist daher offensichtlich, dass das wettbewerbswidrige Verhalten innerhalb der Swisscom-Gruppe nicht an der internen Kontrollstelle für die Kartell-Compliance vorbeigeschleust, sondern von dieser sogar geprüft und nicht beanstandet worden war. Das Bestehen einer Kartell-Compliance kann in diesem Fall daher von vornherein nicht sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Eine inhaltliche Prüfung, ob diese Kartell-Compliance überhaupt ordnungsgemäss ausgestaltet war und daher sanktionsmindernd Berücksichtigung finden könnte, erübrigt sich demzufolge.

781. Im Hinblick auf den Umstand des erstmaligen Auftretens einer Kosten-Preis-Schere in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ist festzuhalten, dass dieser Umstand kein genereller Milderungsgrund darstellt bzw. darstellen kann. Denn die Missbrauchstatbestände des Art. 7 KG weisen eine wirtschaftsübergreifende Geltung auf. Demzufolge kann ein Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten nicht in der Vorstellung umsetzen, dass es milder sanktioniert werde, nur weil in dem von ihm bearbeiteten Wirtschaftsbereich noch kein entsprechender Fall aufgetreten ist. Im Übrigen stellt das vorliegende Verfahren angesichts der Entscheide in Sachen Deutsche Telekom und Telefonica gerade nicht den ersten Fall einer Kosten-Preis-Schere in regulierten Netzindustrien dar - umso mehr als die Swisscom-Gruppe von der Vorinstanz noch ausdrücklich auf den Entscheid Deutsche Telekom und deren entsprechende Anwendung im schweizerischen Kartellrecht hingewiesen wurde -, weshalb auch eine Milderung aus diesem Grund nicht in Erwägung zu ziehen ist.

782. Des Weiteren ist zur entsprechenden Einwendung der Beschwerdeführerinnen festzuhalten, dass sich die Unzulässigkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG nicht erst rechtsgestaltend aus der Verfügung als Untersuchungsergebnis eines Kartellverwaltungsverfahrens ergibt. Vielmehr ist ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 7 KG ex nunc rechtswidrig und bedarf keines Feststellungs- oder Gestaltungsakts seitens der Wettbewerbsbehörden. Daher ist der Minderungsgrund einer sofortigen Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens nach einem ersten Eingreifen des Sekretariats gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG durchaus auch auf Art. 7 KG anwendbar. Im Übrigen führt die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, selbst wenn deren Inhalt als richtig unterstellt würde, von vornherein nicht dazu, dass ein Minderungsgrund gemäss Art. 6 SVKG anzuerkennen wäre.

783. Zu der durch die Vorinstanz vorgenommenen Reduzierung des Erhöhungsbetrags wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses, weil das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Jahr 2007 nicht mehr in gleichem Ausmass gegeben gewesen sei, ist festzuhalten, dass sich für das Jahr 2007 keine signifikante Änderung in der Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens mit Bezug auf dessen Schwere ergibt. Im Übrigen wird die Reduzierung von der Vorinstanz auch nur mit solchen Umständen begründet, die nach ihrer eigenen Darstellung erst nach dem massgeblichen Zeitraum im Jahr 2008 auftraten.

f) Maximalsanktion

784. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz als Maximalsanktion zu begrenzen.

785. Massgebend für die Berechnung des inländischen Gesamtumsatzes ist bei Konzernsachverhalten grundsätzlich der um die konzerninternen Umsätze bereinigte jährliche konsolidierte Nettoumsatz der gesamten Unternehmensgruppe. Da der Gesamtumsatz zur Bemessung herangezogen wird, sind konzerninterne Umsätze nicht heranzuziehen, weil diese einen unzutreffenden Eindruck über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmensgruppe hervorrufen würden. Soweit allerdings konzerninterne Umsätze im Rahmen der Feststellung des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten zu berücksichtigen sind, gilt dies auch für die Ermittlung des Gesamtumsatzes in der Schweiz. Für die Berechnung der Maximalsanktion sind entsprechend der Regelung für die Berechnung des Basisbetrags regelmässig die drei Geschäftsjahre vor Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise massgebend.

786. Die Swisscom-Gruppe hat gemäss den einzelnen Geschäftsberichten in den Jahren 2005, 2006 und 2007 einen jährlichen konsolidierten Konzernumsatz in der Höhe von 9'732 Mio. CHF, 9'652 Mio. CHF und 11'089 Mio. CHF erzielt. Diese Umsätze fielen mehrheitlich in der Schweiz an, weil die meisten Gruppengesellschaften und Geschäftseinheiten der Swisscom-Gruppe ausschliesslich in der Schweiz tätig sind. Eine Ausnahme bildet die Geschäftstätigkeit der italienischen Fastweb, welche im Jahr 2007 von der Swisscom übernommen worden war und im Jahr 2007 einen im Ausland erzielten Umsatz in der Höhe von 1'473 Mio. CHF zum Ergebnis beitrug, der vom jährlichen konsolidierten Konzernumsatz in Abzug zu bringen ist. Die Swisscom-Gruppe weist somit einen konsolidierten Gesamtumsatz in der Höhe von rund 29'000 Mio. CHF auf. Der maximale Sanktionsbetrag würde sich demzufolge auf mindestens rund 2'900 Mio. CHF belaufen. Da der vorgesehene Sanktionsbetrag deutlich unter diesem Gesamtumsatz liegt, bedarf es im vorliegenden Fall keiner möglichen Erhöhung wegen einer Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen im Bereich des Breitbandgeschäftes.

g) Konkreter Sanktionsbetrag

787. Für die Festlegung des konkreten Sanktionsbetrags ist von einem Basisbetrag in der Höhe von 135'299'520.- CHF auszugehen. Der Basisbetrag ist insgesamt um 37,5 % für erschwerende Umstände und somit um einen Betrag in der Höhe von 50'737'320.- CHF zu erhöhen. Eine Verminderung wegen mildernder Umstände ist nicht vorzunehmen. Der vorgesehene Sanktionsbetrag überschreitet den maximal zulässigen Sanktionsbetrag nicht.

788. Aufgrund der durch das Bundesverwaltungsgericht wahrgenommenen vollen Kognition in Bezug auf die vorliegende Angelegenheit ist damit die dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Swisscom-Gruppe angemessene Sanktion mit einem Betrag in der Höhe von 186'036'840.- CHF festzulegen.

IX. Vorinstanzliche Verfahrenskosten

789. Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Gebührenverordnung KG des Bundesrats vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2).

790. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen verursacht oder Gutachten oder sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebührenbemessung ist gemäss Art. 4 GebV-KG am jeweiligen Aufwand des Einzelfalls auszurichten.

791. Vorliegend hatte die Swisscom-Gruppe Anlass für die Durchführung einer Untersuchung und den Erlass einer Sanktionsverfügung gegeben. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten waren daher den Beschwerdeführerinnen als den von der Vorinstanz bestimmten Verfügungsadressaten vollständig aufzuerlegen.

792. Die Abänderung der Verfügung durch das vorliegende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz führt nicht dazu, dass eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten vorgenommen werden müsste. Denn die Abänderung der erstinstanzlichen Verfügung erfolgt ausschliesslich - und nur in einem untergeordneten Umfang - aufgrund einer abweichenden Beurteilung einzelner tatsächlicher Aspekte und wesentlicher Rechtsfragen durch das Bundesverwaltungsgericht. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass das Untersuchungsverfahren durch die Vorinstanz mit einem geringeren Aufwand hätte durchgeführt werden können.

X. Gesamtbeurteilung der Beschwerde

793. Die Beschwerdeführerinnen haben eine vollständige Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz beantragt. Mit dem vorliegenden Urteil wird diesem Antrag nur zu einem geringen Anteil stattgegeben, auch wenn mehrere Änderungen am Dispositiv der angefochtenen Verfügung vorzunehmen sind. Denn der Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens wird durch das vorliegende Urteil im Wesentlichen bestätigt.

794. Der für den Wettbewerbsverstoss festzusetzende Sanktionsbetrag ist entgegen dem ursprünglichen Betrag in der Höhe von 219'861'720.-CHF auf einen Betrag in der Höhe von 186'036'840.- CHF und damit um 15 % zu reduzieren. Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist entsprechend anzupassen.

795. Die selbständige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in der angefochtenen Verfügung ist aufgrund eines im Laufe des Verfahrens ergangenen Urteils des Bundesgerichts (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk) nicht zulässig (vgl. E. 381 f.). Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge aufzuheben. Die Aufhebung erlangt im vorliegenden

Verfahren allerdings keine selbstständige inhaltliche Bedeutung. Dies auch deshalb, weil die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte für das Jahr 2007 bereits durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom im Februar 2009 (vgl. SV K.e) rechtsverbindlich festgestellt worden war.

796. Aufgrund eines im Laufe des Verfahrens ergangenen Urteils des Bundesgerichts (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk) ist die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens im Dispositiv grundsätzlich weder geboten noch zulässig (vgl. E. 381 f.). Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge ebenfalls aufzuheben. Auch diese Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbstständige inhaltliche Bedeutung.

797. Das vorliegende Urteil hat keine Auswirkung auf die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (vgl. E. 789 f.). Ziff. 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt demzufolge bestehen.

798. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die Rechtsmittelbelehrung nicht in das Dispositiv aufzunehmen ist, weil sie durch eine Beschwerdeentscheidung weder aufgehoben noch bestätigt werden muss und sie daher kein Bestandteil der Entscheidungsformel ist. Auf eine Aufhebung der Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird allerdings verzichtet, weil dieser Umstand im vorliegenden Verfahren keine selbstständige inhaltliche Bedeutung erlangt und die Beschwerdeführerinnen keinen entsprechenden Antrag gestellt haben.

799. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen unterliegen, wobei der Anteil des Unterliegens 85 % beträgt.

XI. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

800. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zuspreehung einer Parteientschädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG.

801. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei die Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Gemäss Art. 2 Abs. 2 VGKE kann das Gericht über die Höchstbeträge der Rahmengebühren hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich eine mutwillige Prozessführung oder ein ausserordentlicher Aufwand, eine Erhöhung rechtfertigen. Vorliegend ist davon auszugehen, dass eine besondere Angelegenheit nach Umfang und Schwere vorlag, die einen ausserordentlichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung erforderte. Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG festgesetzte Höchstbetrag von 50'000.-CHF in keinem Fall überschritten werden (vgl. KIENER/RÜTSCH/KUHN, Verfahrensrecht, Rn. 1567; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren,

Rn. 4.22a). Die Gerichtsgebühr ist demzufolge entsprechend dem Höchstbetrag der Rahmengebühr für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 5 Mio. CHF gemäss Art. 3 Abs. 2 VGKE mit einem Betrag in der Höhe von 50'000.- CHF festzusetzen.

802. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; BVGer, 9.6.2011, A-5979/2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. COMCOM, E. 4.2; BEUSCH MICHAEL, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, zit. VwVG, Art. 63 Rn. 11).

803. Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen, wobei der Anteil des Unterliegens 85 % beträgt. Die Gerichtsgebühr ist demzufolge mit einem Betrag in der Höhe von 42'500.-CHF festzusetzen.

804. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Parteikosten sind dann als notwendig zu qualifizieren, wenn sie für eine sachgerechte und wirksame Rechtsverfolgung unerlässlich erscheinen (vgl. BVGer, 29.01.2015, B-7307/2014, Bietergemeinschaft X gg. AlpTransit Gotthard AG, o. E. [S. 5 f.]; BVGer, 4.10.2007, D-2572/2007, A. u.a. gg. Bundesamt für Migration, E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 4.68).

805. Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 8 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Als Kosten der Vertretung gelten gemäss Art. 9 VGKE zum einen das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nicht berufsmässige Vertretung, für welche Art. 10 VGKE weitere Regelungen zur inhaltlichen Bestimmung statuiert, sowie die Auslagen der Vertretung insbesondere in Form von Reise-, Verpflegungs-, Übernachtungs-, Kopier-, Post- und Telefonkosten, deren inhaltliche Spezifizierung durch Art. 11 VGKE erfolgt. Allfällige weitere Auslagen umfassen gemäss Art. 12 VGKE Spesen einer Partei im Umfang von Art. 11 VGKE, soweit sie 100.- CHF übersteigen, sowie unter gewissen Umständen den Verdienstaufschlag einer Partei.

806. Die Beschwerdeführerinnen wurden im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Mitarbeiter des Konzernrechtsdiensts vertreten. Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist für Vertreter, die in einem Arbeitsverhältnis zur vertretenen Partei stehen, keine Entschädigung geschuldet. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Parteientschädigung in der Höhe von 191'226.40 CHF inklusive Mehrwertsteuer geltend, die sich aus den

Honorarnoten für das ergänzende Rechtsgutachten Niggli/Riedo in der Höhe von 52'500.- CHF sowie für die Beiziehung eines externen Rechtsanwalts zur internen Abklärung von Rechtsfragen in der Höhe von 138'726.40 CHF zusammensetzen.

807. Die Regelungen der VGKE zur Parteientschädigung sehen nicht vor, dass von einer Partei in Auftrag gegebene Parteigutachten zu entschädigen sind. Aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes sowie der juristischen Fachkompetenz des Gerichts sind jedenfalls Honorare für Rechtsgutachten grundsätzlich nicht als notwendige Parteikosten zu qualifizieren. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die im Gutachten geltend gemachten Rechtspositionen von der Vorinstanz vollumfänglich bestritten sowie durch vorgängige Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts nicht anerkannt wurden und auch im vorliegenden Verfahren keine wesentliche inhaltliche Berücksichtigung finden. Auch unter Beachtung der von den Beschwerdeführerinnen angeführten Verfahren in anderen Rechtsbereichen, bei denen eine Entschädigung für Parteigutachten zugesprochen wurde (vgl. BGE 115 V 62 E. 5d; BGer, 28.4.2008, 9C 544/ 2007, M. gg. Office AI pour les assurés résident à l'étranger, E. 6.1; zustimmend MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 4.80), ergibt sich keine andere Beurteilung. Das geltend gemachte Honorar für das Rechtsgutachten Niggli/Riedo ist daher nicht zu erstatten.

808. Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts bei der Bearbeitung der Angelegenheit auf Seiten eines Beschwerdeführers ist gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE dann erstattungsfähig, wenn der Rechtsanwalt die Partei im Rahmen des Verfahrens vor Gericht vertritt. Die Beiziehung eines Rechtsanwalts zur unternehmensinternen Bearbeitung der Angelegenheit stellt keine verfahrensrechtliche Vertretung einer Partei gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE dar. Die interne Beiziehung eines Rechtsanwalts kann im Hinblick auf eine allfällige Entschädigungspflicht durch die anderen Verfahrensbeteiligten auch nicht als sachdienlich erachtet werden. Denn unter diesen Umständen ist von vornherein weder feststellbar noch gesichert, dass dessen Tätigkeit für die Rechtsverfolgung unerlässlich ist, weil keinerlei Kenntnis über die von ihm tatsächlich vorgenommene Bearbeitung und Beurteilung der Angelegenheit erlangt wird. Das Honorar für die interne Beiziehung eines Rechtsanwalts ist daher nicht zu erstatten. Dies gilt auch für die damit in Zusammenhang stehenden und geltend gemachten Kosten.

809. Den Beschwerdeführerinnen ist demzufolge keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2009 in Sachen Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198) wird teilweise gutgeheissen.

2.

Ziff. 1 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird aufgehoben.

3.

Ziff. 2 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird aufgehoben.

4.

Ziff. 3 des Dispositivs der in Ziff. 1 genannten Verfügung wird abgeändert und wie folgt neu formuliert:

„Die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG werden zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem Betrag in der Höhe von 186'036'840.- CHF belastet.“

5.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

6.

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens wird der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag in der Höhe von 42'500.- CHF auferlegt, welcher nach Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt 50'000.- CHF verrechnet wird. Der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG ist der Differenzbetrag in der Höhe von 7'500.- CHF innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf das von ihnen anzugebende Konto zu überweisen.

7.

Der Swisscom AG und der Swisscom (Schweiz) AG werden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Parteientschädigung zugesprochen.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4
Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4 **1. Arrêt du Tribunal fédéral du 13 avril 2015 – Autorisation de représenter les parties en justice (agent d'affaires breveté)**

Publication d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu en application de la Loi sur la marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI)

2C_607/2014
 2C_608/2014

Arrêt du 13 avril 2015

Ile Cour de droit public

Participants à la procédure

1. Commission de la concurrence COMCO,
 recourante 1 (cause 2C_608/2014).

2. X.,
 représenté par [...],
 recourant 2 (cause 2C_607/2014),

contre

Département de la sécurité et de l'économie (DSE) de la République et canton de Genève, représenté par [...],

Objet

autorisation de représenter les parties en justice (agent d'affaires breveté),

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 13 mai 2014.

Faits:

A.

X. est titulaire depuis 1994 d'un brevet d'agent d'affaires délivré par le Tribunal cantonal du canton de Vaud et été autorisé à pratiquer depuis le 22 mars 1995. En vertu de la législation vaudoise, il peut exercer la représentation professionnelle en justice dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 1 CPC, dans les causes de prononcé de séparations de biens et de rétablissement du régime antérieur, les procédures de conciliation (à l'exception des procès en nullité de mariage, en séparation de corps, en constatation et contestation de la filiation et en interdiction), les

affaires soumises à la procédure sommaire selon l'art. 248 CPC, les causes relevant de la compétence du tribunal des baux et loyers et des tribunaux des prud'hommes.

B.

Le 6 mai 2013, X. a demandé au Département de la sécurité, devenu depuis lors le Département de la sécurité et de l'économie (ci-après: le Département cantonal) l'autorisation d'exercer dans le canton de Genève la représentation professionnelle en justice en qualité d'agent d'affaires breveté.

Le 21 mai 2013, le Département cantonal a informé X. qu'il envisageait de refuser de lui délivrer l'autorisation requise, car le législateur genevois n'avait pas procédé à une extension des compétences des agents d'affaires à la suite de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile (CPC). Au terme d'un échange de courriers, le Département cantonal a, par décision du 1^{er} octobre 2013, refusé à X. l'autorisation d'exercer son activité dans le canton de Genève selon les prescriptions du canton de Vaud. En revanche, rien n'empêchait les agents d'affaires autorisés dans le canton de Vaud d'exercer leur activité à Genève aux mêmes conditions que les agents d'affaires locaux.

À l'encontre de la décision du 1^{er} octobre 2013, tant X. que la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) ont interjeté recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: la Cour de justice).

Le 13 mai 2014, la Cour de justice, statuant sur les deux recours dans un seul arrêt, a rejeté ceux-ci, précisant que l'objet du litige ne pouvait porter que sur la possibilité pour l'intéressé d'obtenir une autorisation en vue d'exercer la représentation professionnelle en justice dans les cas mentionnés à l'art. 68 al. 2 let. b CPC.

C.

C.a. Contre l'arrêt du 13 mai 2014, X. forme un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (cause 2C_607/2014). Il conclut principalement à l'annulation de la décision attaquée et à ce qu'il lui soit accordé l'autorisation de représenter les parties à titre professionnel:

- dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 1 CPC;
- dans le prononcé de séparation de biens et de rétablissement du régime antérieur (art. 185, 187 al. 2 et 191 CC);

- en procédure de conciliation, à l'exception des procès en nullité du mariage, en séparation de corps, en constatation et contestation de filiation et en interdiction;
- dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 248 CPC;
- dans les affaires relevant du droit du bail (conformément aux art. 1 et 2 de la loi vaudoise sur la juridiction en matière de bail [RS/VD 173.655]);
- dans les affaires relevant du droit du travail (conformément aux art. 1 et 2 de la loi vaudoise sur la juridiction du travail [RS/VD 173.61]).

À titre subsidiaire, il demande l'annulation du jugement entrepris et le renvoi de l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

C.b. La COMCO interjette également un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt du 13 mai 2014 (cause 2C_608/2014). Elle conclut à la constatation que le refus d'octroyer au requérant une autorisation d'exercer la représentation professionnelle en justice, en procédure civile à Genève selon les compétences que lui octroie le droit vaudois, en qualité d'agent d'affaires breveté vaudois, restreint indûment l'accès au marché.

D.

La Cour de justice n'a pas formulé d'observations, s'en rapportant à justice quant à la recevabilité des deux recours et persistant dans les considérants et le dispositif de son arrêt.

X. a renoncé à prendre position sur le recours de la COMCO, alors que cette dernière, invitée à se prononcer sur le recours de l'agent d'affaires, s'est référée à son propre recours auprès de la Cour de justice et devant le Tribunal fédéral.

Au terme de ses déterminations relatives au recours de X., le Département cantonal conclut à la jonction de la cause avec la procédure 2C_608/2014 et au rejet du recours. S'agissant du recours de la COMCO, le Département demande la jonction avec la procédure 2C_607/2014 et propose que le recours soit déclaré irrecevable, subsidiairement rejeté.

Considérant en droit:

1.

Deux recours ont été déposés contre l'arrêt de la Cour de justice du 13 mai 2014, l'un émanant de la COMCO (recourante 1) l'autre de l'agent d'affaires concerné (recourant 2). Ces deux parties avaient déjà recouru sur le plan cantonal et les juges cantonaux, sans joindre formellement les causes, ont statué sur les deux recours dans la même décision. Bien que les motivations présentées par la COMCO et le recourant 2 ne soient pas en tous points identiques, elles se recoupent largement et soulèvent les mêmes questions juridiques. Partant, comme le requiert le Département cantonal, il y a lieu, devant la Cour de céans, de joindre les causes et de statuer dans un seul arrêt (art. 24 PCF [RS 273] en relation avec l'art. 71 LTF).

2.

2.1. L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l'art. 83 LTF. La voie du recours en matière de droit public est donc ouverte.

2.2.

2.2.1. Le chargé d'affaires, partie à la procédure devant l'autorité de dernière instance cantonale et qui voit sa requête tendant à obtenir l'autorisation d'exercer, dans certains domaines et procédures, la représentation des parties en justice à titre professionnel devant les autorités de justice genevoises refusée, est habilité à recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF.

2.2.2. La recourante 1 se prévaut de l'art. 89 al. 2 let. d LTF, qui lui-même repose sur l'art. 9 al. 2^{bis} LMI (RS 943.02), selon lequel la COMCO peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours. Il en découle que la qualité pour recourir de la COMCO suppose que la LMI s'applique à la présente cause. Or, cette question est aussi l'objet du litige. En présence d'un point de droit qui influence non seulement la recevabilité, mais aussi le fond, il convient d'appliquer par analogie la théorie des faits de double pertinence, d'après laquelle il suffit, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché, pour autant que les autres conditions de recevabilité propres à la matière soient réunies, avec l'examen de la cause au fond (arrêt 2C_380/2014 du 15 septembre 2014 consid. 5.1, destiné à la publication; arrêt 2C_134/2013 du 6 juin 2014 consid. 2.3). En l'espèce, comme la COMCO rend vraisemblable l'application de la LMI, la recevabilité de son recours doit être admise en regard de l'art. 89 al. 2 let. d LTF, contrairement à ce que soutient le Département cantonal.

Le fait que l'agent d'affaires a aussi recouru ne rend pas le recours de la COMCO sans objet, même si celui-ci se limite à une action constatatoire (cf. art. 9 al. 2^{bis} LMI; consid. 2.2 non publié de l'ATF 134 II 329).

2.3. Les recours ayant été déposés en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et, envisagés globalement, dans les formes requises (art. 42 al. 1 et 2 LTF), il se justifie d'entrer en matière, sous réserve des précisions qui suivent.

Les recourants ne peuvent, à titre de motivation, renvoyer aux écritures formées sur le plan cantonal (ATF 138 IV 47 consid. 2.8. p. 54; arrêt 2C_263/2014 du 21 janvier 2015 consid. 1.3). Partant, seuls les griefs présentés dans les recours et déterminations qui remplissent les exigences de motivation idoines seront examinés.

Comme le démontre le Département cantonal, dans la mesure où la COMCO ne fait que reproduire textuellement dans son recours de grands pans de l'argumentation qu'elle avait déjà présentée dans son recours sur le plan cantonal, de manière abstraite, sans faire de lien

avec l'arrêt attaqué, sa motivation ne remplit pas les exigences de l'art. 42 al. 2 LTF (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116).

2.4. Selon la jurisprudence, l'objet de la contestation qui peut être portée devant le Tribunal fédéral est déterminé par la décision attaquée (arrêts 2D_144/2008 du 23 mars 2009 consid. 3 et 2C_669/2008 du 8 décembre 2008, consid. 4.1 et les références citées) et par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Le recourant ne peut par conséquent pas prendre des conclusions allant au-delà de l'objet du litige (cf. arrêt 2C_933/2012 du 11 avril 2013 consid. 4; consid. 2.2 non publié de l'ATF 136 II 241).

Devant la Cour de céans, le recourant 2 conclut à ce qu'il soit autorisé à représenter les parties à titre professionnel en justice en énumérant les procédures et matières visées non seulement à l'art. 68 al. 2 let. b, mais aussi à l'art. 68 al. 2 let. d CPC; quant à la COMCO, sa demande de constatation porte sur l'ensemble des compétences qu'octroie le droit vaudois à l'agent d'affaires requérant. Pourtant, l'arrêt attaqué, se fondant sur la décision du Département cantonal, a limité l'objet du litige aux seuls procédures et domaines visés à l'art. 68 al. 2 let. b CPC et considéré que les conclusions dépassant ce cadre étaient irrecevables, car elles allaient au-delà de l'objet de la procédure. Les juges cantonaux ont souligné que savoir si l'intéressé pouvait être considéré comme un mandataire professionnellement qualifié devant le tribunal des baux ou la juridiction des prud'hommes au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC n'était pas du ressort du Département cantonal, mais des juridictions concernées et qu'apparemment le recourant 2 avait obtenu cette autorisation du tribunal des baux. L'agent d'affaires se contente d'affirmer, dans la partie en fait de son recours, que l'objet du litige porte aussi sur l'art. 68 al. 2 let. d CPC, mais sans indiquer en quoi la position de la Cour de justice serait contraire au droit. La COMCO est aussi muette sur ce point. À défaut de grief relatif à la limitation de l'objet du litige tel que défini par la Cour de justice, seules les conclusions et les motifs concernant la portée de l'art. 68 al. 2 let. b CPC sont recevables devant la Cour de céans. Partant, l'argumentation dépassant ce cadre ne sera pas examinée.

3.

3.1. Il ressort de l'arrêt attaqué que la Cour de justice, après avoir cerné l'objet du litige et procédé à une interprétation de l'art. 68 al. 2 CPC, s'est interrogée sur les rapports entre l'al. 2 let. b de cette disposition et la LMI. Elle est en substance parvenue à la conclusion que, même si la formulation de l'art. 68 al. 2 let. b CPC n'était pas absolument claire, on ne pouvait déduire de l'esprit et du but poursuivi par le législateur que cette disposition permette une application générale et subsidiaire de la LMI; l'art. 68 al. 2 let. b CPC devait au contraire l'emporter sur la LMI en tant que loi plus récente et spéciale. Partant, le refus du Département cantonal d'autoriser le recourant 2 d'exercer à Genève la profession d'agent d'affaires selon les prescriptions vaudoises était fondé. L'arrêt attaqué a également retenu que le refus d'autorisation, s'il revenait certes à restreindre la liberté économique de l'agent d'affaires recourant, demeurait justifié au regard des conditions de l'art. 36 Cst.

3.2. La COMCO soutient principalement que la représentation à titre professionnel entre dans le champ d'application matériel de la LMI. De son point de vue, il n'y a pas de conflit entre la LMI et l'art. 68 al. 2 let. b CPC, qui prévoit une pure délégation de compétence en faveur des cantons, mais sans régler la libre circulation des représentants autorisés. Selon la COMCO, il n'a jamais été question de limiter territorialement la possibilité d'exercer l'activité des représentants professionnels visés par cette disposition. La libre circulation est régie par la LLCA pour les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC), par la LP dans les procédures visées à l'art 68 al. 2 let. c et, à défaut de règles spéciales, par la LMI dans les cas prévus à l'art. 68 al. 2 let. b CPC. En l'occurrence, le droit d'accès au marché des agents d'affaires brevetés vaudois est donc soumis à la LMI, plus précisément à l'art. 2 LMI, l'art. 4 al. 1 LMI ne s'appliquant pas, car Genève ne prévoit pas un certificat de capacité identique. Sur cette base, l'activité déployée à Genève est régie par les dispositions légales du lieu de provenance, soit le canton de Vaud et, selon l'art. 2 al. 5 LMI, l'équivalence des réglementations du lieu de provenance et de destination est présumée. Dans la mesure où cette présomption est renversée, la restriction de l'accès au marché en cause ne peut se justifier qu'aux conditions de l'art. 3 LMI, qui ne sont pas réalisées en l'espèce.

3.3. Le recourant 2 abonde dans le sens de la COMCO, soutenant également que l'art. 68 al. 2 let. b CPC ne règle pas la libre circulation et ne peut donc entrer en conflit avec la LMI, qui demeure applicable, contrairement à la position soutenue dans l'arrêt attaqué. Le droit cantonal pour sa part ne règle pas non plus la libre circulation et, s'il le faisait, il ne pourrait, sous peine de violer la primauté du droit fédéral, aller à l'encontre de la LMI qui pose des exigences minimales qui en l'occurrence ne sont pas respectées. Le recourant 2 invoque aussi une violation de l'art. 27 Cst., reprochant aux juges cantonaux d'avoir admis que les conditions d'une restriction à sa liberté économique étaient réunies.

4.

Avant de se demander si l'art. 68 al. 2 let. b CPC contient des règles spéciales en matière de libre circulation qui l'emporteraient sur la LMI, il est nécessaire de rappeler, dans un premier temps, la portée de cette dernière législation et ses conséquences générales sur l'exercice d'une profession reconnue sur le plan cantonal, telle que celle d'agent d'affaires au sens du droit vaudois.

4.1. L'art. 1 al. 1 LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Des restrictions sont possibles aux conditions de l'art. 3 LMI. Toutefois, l'équivalence des réglementations cantonales et communales sur l'accès au marché est présumée (cf. ATF 135 II 12 consid. 2.1

p. 17; arrêt 2C_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.1, *in* RDAF 2012 I 570). Précisons que la question de l'application de l'art. 4 LMI (que la COMCO réfute en se fondant sur l'ATF 125 I 276 consid. 5c p. 284), n'a pas à être développée plus avant dès lors que, sous réserve d'avantages procéduraires, cette disposition ne confère pas un droit supplémentaire par rapport à l'art. 2 LMI (MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *ad* art. 4 LMI, *in* Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2^e éd., 2013, n. 21 p. 1923).

La LMI vise ainsi à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes (ATF 135 I 106 consid. 2.2 p. 108). Elle pose le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, qui est qualifié par la doctrine de « pierre angulaire » de la LMI (VINCENT MARTENET/PIERRE TERCIER, *ad* Intro. LMI, *in* Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2^e éd., 2013, n. 66 p. 1830 et les références citées; cf. aussi OESCH/ZWALD, *ad* art. 1 LMI, *in* Wettbewerbsrecht Kommentar, vol. 2, 3^e éd., 2011, n. 1 p. 456). Cette volonté de garantir le libre accès au marché a été renforcée par la modification de la LMI du 16 décembre 2005, au travers de laquelle le législateur a tendu, en supprimant les entraves cantonales et communales à l'accès au marché, à consacrer la primauté du marché intérieur sur le fédéralisme (ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 333 s. et 5.4 p. 335).

4.2. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les limitations cantonales au libre accès au marché sont désormais prohibées.

4.2.1. Tout d'abord de telles limitations peuvent résulter du droit fédéral. La LMI ne s'applique en effet pas aux actes fondés sur une loi fédérale autorisant la Confédération à exclure du marché une activité donnée (BIANCHI DELLA PORTA, *ad* art. 1 LMI, *op. cit.*, n. 44 p. 1844 et n. 65 p. 1847). Même si les restrictions de droit fédéral au marché intérieur sont rares, il n'en demeure pas moins que, si une loi fédérale traite différemment les acteurs économiques selon leur siège ou leur établissement, elle l'emporte sur la LMI en application du principe de la *lex specialis* (BIANCHI DELLA PORTA, *ad* art. 1 LMI, *op. cit.*, n. 49 p. 1844 s.). La jurisprudence a toutefois précisé, dans une situation d'enchevêtrement temporel de deux législations, que même en présence d'une loi fédérale restreignant l'accès au marché, il fallait avoir une approche nuancée et examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI ne demeurerait pas applicable parallèlement (cf. ATF 134 II 329 consid. 5.2 p. 333 s.).

La LLCA (qui faisait l'objet de l'arrêt précité), constitue du reste une illustration révélatrice du lien entre LMI et autres lois fédérales. Comme son nom l'indique, la LLCA contient des règles spéciales réglant la libre circulation des avocats (cf. art. 1) qui l'emportent sur la LMI. Toutefois, cela ne signifie pas que la LMI ne trouve jamais application. La jurisprudence a ainsi considéré que, si l'art. 3 al. 1 LLCA permettait aux cantons de fixer des dispositions concernant la formation des stagiaires, une réglementation cantonale qui dépassait l'objectif de formation poursuivi et restreignait la liberté des avocats d'organiser leur travail, tombait sous le coup de la LMI (cf. ATF 134 II 329 consid. 5.3 p. 334 s.). En d'autres

termes, si une loi fédérale contient une disposition fédéraliste (en l'occurrence l'art. 3 LLCA), par essence contraire à la LMI, elle ne saurait être mise en œuvre de manière extensive par les cantons; si la réglementation cantonale adoptée sur cette base dépasse le cadre fixé par la loi fédérale, alors la LMI continue à s'appliquer (cf. ATF 134 II 329 consid. 5.4 p. 335).

L'art. 27 LP constitue aussi une règle de droit fédéral qui l'emporte sur la LMI, dans la mesure où il permet aux cantons de fixer un cadre plus précis que cette dernière, afin de déterminer les exigences pour représenter les parties à la procédure d'exécution forcée (ATF 135 I 106 consid. 2.5 p. 110 s.). Sur cette base, le Tribunal fédéral a considéré que le refus du canton de Genève de reconnaître, en vertu de son droit cantonal, à une société de recouvrement zurichoise la qualité pour représenter un créancier, bien que celle-ci ait été autorisée dans son canton de provenance était admissible, car conforme à l'art. 27 LP (ATF 135 I 106 consid. 2.6 p. 111). Un arrêt récent, qui ne se prononce toutefois pas sur la problématique de la LMI, tend aussi à préserver les spécificités cantonales, tant que le droit fédéral n'impose pas une harmonisation. Il considère que si les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP s'imposent aux cantons par le renvoi de l'art. 68 al. 2 let. c CPC dans la procédure sommaire de l'art. 251 CPC, ceux-ci demeurent libres de ne pas prévoir de réglementation spécifique pour les autres procédures visées par l'art. 27 LP (cf. ATF 138 III 396 consid. 3.4 p. 399 ss).

4.2.2. En matière d'exercice d'activités économiques lucratives privées, les cantons ont également des compétences autonomes, tant que la Confédération n'a pas légiféré (cf. art. 95 al. 1 Cst.). Dans ces domaines, le droit cantonal doit respecter la LMI, en vertu de la primauté du droit fédéral. Les restrictions à la liberté d'accès au marché qui figurent dans le droit cantonal et qui ne trouvent pas leur base dans une délégation de compétences figurant dans une loi fédérale de nature fédéraliste (cf. *supra* consid. 4.2.1), tombent donc sous le coup de la LMI; elles ne sont donc admissibles qu'aux conditions de l'art. 3 LMI et bénéficient de la présomption de l'art. 2 al. 5 LMI. Partant, par rapport au droit cantonal autonome, la LMI fixe des exigences minimales qui doivent en tout cas être respectées (cf. ATF 136 II 470 consid. 3.3 *in fine* p. 481).

4.3. En l'espèce, la profession d'agent d'affaires répond à la définition d'activité lucrative privée au sens de l'art. 1 al. 1 LMI (ATF 135 I 106 consid. 2.2 p. 108). Elle n'est pas réglementée sur le plan fédéral, mais est prévue par certains cantons (cf. ATF 113 la 384 consid. 2b p. 385 s.), dont le canton de Vaud (loi cantonale du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté [RS/VD 179.11]) et le canton de Genève (loi cantonale du 2 novembre 1927 réglementant la profession d'agent d'affaires [RS/GE E 6 20]), qui définissent les compétences des agents d'affaires et les conditions pour exercer cette profession (FRANÇOIS BOHNET, *ad* art. 68 CPC, *in* Code de procédure civile commenté, 2011, n. 18 p. 224), avec toutefois une approche très différente. Sous réserve de dispositions de droit fédéral spécifiques l'emportant sur la LMI, les chargés d'affaires au sens du droit cantonal peuvent, en principe, se prévaloir de l'accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse,

afin de pouvoir exercer leurs activités dans la mesure où ils y sont autorisés dans le canton où ils sont établis. Un canton ne peut donc poser des restrictions empêchant un chargé d'affaires d'effectuer les activités ordinaires qu'il exécute dans son canton de provenance qu'aux conditions de l'art. 3 LMI en lien avec l'art. 2 al. 5 LMI.

4.4. Même si le litige ne concerne pas la possibilité pour les agents d'affaires brevetés vaudois d'accéder au marché de manière générale mais seulement de représenter à titre professionnel les parties en justice dans les domaines et procédures visés par l'art. 68 al. 2 let. b CPC, il n'est pas inutile de souligner les conséquences induites par la LMI pour ce genre de professions. Avant l'entrée en vigueur de cette législation, il était en effet exclu que les agents d'affaires puissent prétendre à pouvoir exercer leur profession sur tout le territoire de la Confédération (cf. ATF 113 la 384 consid. 2 p. 385 ss).

5.

Cela étant posé, il convient de se demander si l'art. 68 al. 2 let. b CPC est une disposition de droit fédéral qui, pour la représentation professionnelle des parties en justice par les chargés d'affaires dans les procédures et domaines décrits, l'emporte sur la LMI.

5.1. La réponse à cette question suppose d'interpréter l'art. 68 al. 2 let. b CPC. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge doit rechercher la véritable portée de la norme au regard notamment de la volonté du législateur telle qu'elle ressort, entre autres, des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique; arrêt 5A_621/2013 du 20 novembre 2014 consid. 5.4.1 destiné à la publication; ATF 138 III 166 consid. 3.2 p. 168). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes interprétations, sans les soumettre à un ordre de priorité (ATF 140 II 202 consid. 5.1 p. 204; 139 IV 270 consid. 2.2 p. 273; 137 III 344 consid. 5.1 p. 348).

5.2. L'art. 68 al. 2 CPC, qui règle la représentation à titre professionnel des parties, est rédigé comme suit:

Sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel:

- a. dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats;
- b. devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, si le droit cantonal le prévoit;
- c. dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251, les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP;

- d. devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit.

5.3. Sur le plan littéral, la let. b de l'art. 68 al. 2 CPC permet aux cantons d'adopter des règles autorisant en particulier des agents d'affaires à représenter à titre professionnel les parties en justice dans des domaines déterminés (cf. MARKUS AFFENTRANGER, ad art. 68 CPC, in Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 8 p. 303).

En mentionnant expressément « si le droit cantonal le prévoit », l'art. 68 al. 2 let. b CPC autorise les cantons à aller moins loin et par exemple à limiter la représentation par des agents d'affaires à une seule catégorie de procédures. En revanche, les cantons ne peuvent pas aller au-delà des procédures et domaines décrits à l'art. 68 al. 2 let. b CPC (GASSER/RICKLI, ad art. 68 CPC, in Schweizerische Zivilprozessordnung - Kurzkomentar, 2^e éd., 2014, n. 6 p. 64; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2^e éd., 2015, p. 81). S'ils le faisaient, ils contreviendraient à l'art. 68 al. 2 let. a CPC.

Le texte de l'art. 68 al. 2 CPC ne contient cependant pas d'indication sur la portée intercantonale d'une autorisation décernée par un canton déterminé à un agent d'affaires breveté de représenter professionnellement les parties en justice dans les domaines et procédures visés par l'art. 68 al. 2 let. b CPC, contrairement à ce que prévoit, par exemple, l'art. 27 al. 2 LP. Malgré ce qu'affirment les recourants, on ne peut d'emblée tirer de cette absence d'indication que la LMI s'applique. Il faut seulement admettre que le texte n'est pas absolument clair et implique d'être confronté aux méthodes d'interprétation reconnues.

5.4. Sur le plan systématique, il ressort de l'art. 68 al. 2 CPC que la règle générale est de réserver la représentation à titre professionnel en justice dans les procédures civiles régies par le CPC aux avocats autorisés à pratiquer celle-ci devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA; la possibilité pour les agents d'affaires de fonctionner aussi à ce titre apparaît ainsi comme une exception que le CPC a réservée aux cantons qui le souhaitent dans des domaines particuliers (cf. AFFENTRANGER, ad art. 68 CPC, *op. cit.*, n. 5 p. 302). Dans son principe, l'art. 68 al. 2 CPC restreint donc, dans le domaine désormais unifié de la procédure civile, le libre accès au marché de la représentation professionnelle des parties en justice, en le limitant aux avocats autorisés en vertu de la LLCA (let. a), sauf cas particuliers limitativement énumérés aux let. b à d (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2^e éd., 2013, p. 185). Les cantons qui ont fait usage de la possibilité prévue en particulier à la let. b dérogent donc au système général qui réserve, sur tout le territoire suisse, la représentation professionnelle dans les domaines couverts par le CPC, aux seuls avocats. Par conséquent, on peut déduire de la systématique de l'art. 68 al. 2 CPC qu'un canton qui n'a pas adopté de législation spécifique ou qui a été moins loin que l'art. 68 al. 2 let. b CPC le lui autorise (cf. supra consid. 5.3), est soumis au système harmonisé prévu par le droit fédéral à l'art. 68 al. 2 let. a CPC aussi dans les domaines visés à la lettre b. En d'autres termes, tant que le droit cantonal ne prévoit pas de règle

spécifique, seuls peuvent représenter les parties en justice à titre professionnel sur le territoire cantonal les avocats autorisés en vertu de la LLCA, conformément au CPC.

5.5. Sur le plan historique et téléologique, il ressort des travaux préparatoires qu'initialement le CPC ne prévoyait pas la possibilité pour les cantons d'étendre aux agents d'affaires brevetés la représentation professionnelle en justice hormis la situation visée à l'art. 27 LP (FF 2006 6841, p. 6894). Cette faculté a été introduite dans le projet du 19 décembre 2008 (FF 2009 21, p. 35), à l'initiative de la commission d'experts, en réponse au projet du Conseil des États, qui voulait limiter la compétence des agents d'affaires aux seuls actes relatifs au droit des poursuites. Le législateur a cherché à ne pas restreindre l'autonomie des cantons, en particulier le canton de Vaud, qui avait permis jusqu'alors aux agents d'affaires d'agir dans l'ensemble des procédures sommaires (BO 2008 CN 648 s.). En réservant la compétence des cantons, il apparaît ainsi que le législateur fédéral a cherché, au nom du fédéralisme, à préserver des spécificités cantonales en s'adaptant à la pratique vaudoise (HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, p. 81), mais n'a pas voulu les étendre à l'ensemble du territoire suisse.

5.6. Si le texte de l'art. 68 al. 2 let. b CPC n'est pas absolument clair, les approches systématique, historique et téléologique penchent en faveur d'une interprétation excluant l'application de la LMI. La let. b de l'art. 68 al. 2 CPC apparaît comme une réserve de type fédéraliste en faveur des cantons s'agissant de la représentation professionnelle des parties en justice qui, en matière de procédure civile, est depuis 2011 régie par le droit fédéral. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'en ce domaine, le marché de la représentation professionnelle des parties en justice n'est pas libre, mais est limité par la règle générale de l'art. 68 al. 2 let. a CPC qui le réserve aux avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA. Les travaux préparatoires démontrent que le législateur a accepté de faire une entorse à l'harmonisation de la représentation à titre professionnel en justice, afin de maintenir certaines spécificités cantonales. Dans cette mesure, l'art. 68 al. 2 let. b CPC apparaît comme une règle de droit fédéral comportant une dérogation au marché pour permettre le maintien de particularismes cantonaux dont les effets ne sauraient par définition être imposés à l'ensemble de la Suisse. Les cantons n'ayant pas légiféré doivent respecter l'art. 68 al. 2 let. a CPC. En cela, l'art. 68 al. 2 CPC contient une dérogation à la LMI qui l'emporte sur l'application de cette dernière.

5.7. On pourrait à la rigueur se demander si la LMI, en tant que loi subsidiaire, ne pourrait pas s'appliquer entre les cantons qui ont fait usage de la faculté offerte par l'art. 68 al. 2 let. b CPC (cf. en ce sens, LEUENBERGER/UFFER TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2010, p. 82). Cette option doit être rejetée, car elle n'est pas conforme au système mis en place à l'art. 68 al. 2 CPC. En effet, comme indiqué, la faculté offerte aux cantons par la réserve figurant à l'art. 68 al. 2 let. b CPC leur permet d'aller moins loin que ne le prévoit le droit fédéral, mais pas au-delà. Or, si la LMI était applicable, il suffirait qu'un seul canton ait utilisé toutes les possibilités offertes par l'art. 68 al. 2 let. b CPC, pour que les autres

cantons ayant certes fait usage de cette disposition, mais de manière plus restrictive, se voient imposer une extension de la représentation en justice, alors que le droit fédéral est censé leur laisser le choix. En outre, il serait difficilement justifiable, sous l'angle de l'égalité de traitement, d'imposer à un canton qui n'a fait qu'un usage limité des possibilités offertes par l'art. 68 al. 2 let. b CPC d'accepter, en vertu de la LMI, qu'un agent d'affaires vaudois vienne représenter les parties à titre professionnel dans des domaines qu'il a choisis d'exclure, alors qu'un canton n'ayant prévu aucune dérogation pourrait refuser en application de l'art. 68 al. 2 let. a CPC. L'idée du législateur ayant cherché à respecter le particularisme cantonal serait vidée de sa substance par l'application de la LMI entre les cantons ayant précisément voulu sauvegarder certaines de leurs spécificités.

5.8. En résumé, l'art. 68 al. 2 let. b CPC contient une réserve de type fédéraliste qui, dans les domaines et procédures visés, permet aux cantons d'adopter des dispositions particulières qui ne s'appliquent que sur leur propre territoire. Les cantons qui n'ont rien prévu ou qui n'ont adopté que des règles allant moins loin que l'art. 68 al. 2 let. b CPC sont, pour le surplus, tenus de respecter l'art. 68 al. 2 let. a CPC. Comme l'a retenu à juste titre la Cour de justice, ces règles de droit fédéral l'emportent sur la LMI, en tant que dispositions spéciales plus récentes.

5.9. La doctrine, dans sa majorité, partage du reste ce point de vue et considère que, lorsqu'un canton fait usage de la possibilité offerte par l'art. 68 al. 2 let. b CPC, celle-ci a une portée limitée au seul canton qui a décerné l'autorisation (MARTIN H. STERCHI, *ad art. 68 CPC*, in *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. 1, 2012, n. 9a et 9d p. 757 s.; LUCA TENCHIO, *ad art. 68 CPC*, in *Basler Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2e éd., 2013, n. 10 p. 420 et n. 13 p. 422; STAEHELIN/SCHWEIZER, *ad art. 68 CPC*, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2e éd., 2013, n. 15 ss p. 565 s.; ROGER MORF, *ad art. 68 CPC*, in *ZPO Kommentar*, 2010, n. 4 in fine p. 162; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *ad art. 68 CPC*, in *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2011, n. 7 p. 440; RÜETSCHI/VETTER, *Beiträge zur Umsetzung der schweizerischen Zivilprozess-, Strafprozess- und Jugendstrafprozessordnung im Kanton Aargau*, 2011, p. 75 s.; pour une position plus nuancée, réservant la LMI aux cantons ayant appliqué l'art. 68 al. 2 let. b CPC: LEUENBERGER/UFFER TOBLER, *op. cit.*, p. 82; contra en faveur de l'application de la LMI: GASSER/RICKLI, *ad art. 68 CPC*, *op. cit.*, n. 6 p. 64; BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, p. 88 s. qui n'envisagent toutefois pas la problématique du CPC qui n'était pas encore en vigueur; HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, p. 81, réservent la future décision du Tribunal fédéral dans la seconde édition de leur ouvrage).

6.

D'ailleurs, appliquer la LMI aux situations visées à l'art. 68 al. 2 let. b CPC conduirait à des incohérences par rapport au système prévu par la LLCA et à une atteinte à la souveraineté cantonale.

6.1. La LLCA réserve, à son article 3, le droit cantonal, étant précisé que les cantons peuvent délivrer des bre-

vets d'avocat à des conditions plus favorables que celles prévues à l'art. 7 LLCA et autoriser les titulaires de tels brevets à représenter les parties « devant leurs propres autorités judiciaires » (cf. art. 3 al. 2 LLCA), bien que ceux-ci ne puissent bénéficier de la libre circulation (cf. STAEHELIN/SCHWEIZER, *ad art. 68 CPC, op. cit.*, n. 12 p. 564; BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, *ad art. 3 LLCA, in Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, n. 5 et 7 p. 27, n. 18 p. 29; MEIER/REISER, ad art. 7 LLCA, in Commentaire romand - Loi sur les avocats, 2010, n. 3 p. 44; HANS NATER, ad art. 2 LLCA, in Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2e éd., 2011, n. 10 p. 14; RÜETSCHI/VETTER, *op. cit.*, p. 75; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, n. 301 p. 68; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2010, n. 60 p. 21). Un avocat titulaire d'un brevet cantonal et autorisé à représenter les parties en justice à titre professionnel dans son canton ne peut donc aller plaider dans un autre canton. Partant, on voit mal que ce qui est exclu pour le titulaire d'un brevet d'avocat cantonal soit admissible pour un chargé d'affaires titulaire d'un brevet vaudois. En outre, permettre à celui-ci de se prévaloir de la LMI, afin de pouvoir représenter les parties en justice sur tout le territoire suisse de la même façon que dans son canton de provenance, alors que des titulaires d'un brevet d'avocat cantonal ne remplissant pas les exigences de la LLCA ne pourraient bénéficier de cette possibilité reviendrait à créer une inégalité de traitement entre concurrents directs s'agissant des domaines et procédures visés à l'art. 68 al. 2 let. b CPC, contraire à l'art. 27 Cst. (cf. ATF 140 I 218 consid. 6.3 p. 229 s.).*

6.2. Imposer aux cantons d'admettre à titre de représentants en justice des professionnels qui ne sont pas des avocats autorisés au sens de l'art. 68 al. 2 let. a CPC au motif qu'ils sont habilités dans un autre canton ne peut se réduire, comme le voudrait la COMCO, à la suppression d'une atteinte au libre accès à un marché. Déterminer qui, hormis les avocats, peut représenter les parties à titre professionnel en justice, touche non seulement à la procédure civile, mais aussi à l'organisation judiciaire cantonale. Or, l'art. 122 Cst., tout en posant à son alinéa 1 que la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération, réserve expressément, à son alinéa 2, la compétence des cantons dans le domaine de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice en matière de droit civil sauf disposition contraire de la loi. Cette réserve implique que l'on ne peut parler d'une véritable autonomie des cantons, mais plutôt de compétences parallèles; les cantons demeurent souverains tant que le droit fédéral n'a pas réglé la question de manière exhaustive (cf. ATF 140 III 155 consid. 4.3 p. 157 s.; cf. également arrêt 4C_1/2013 du 25 juin 2013 consid. 4.1, *in PJA 2014 404*). Il n'en demeure pas moins que, lorsque le droit fédéral comporte des règles qui portent atteinte à la compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire, il doit être interprété restrictivement et se limiter à ce qui est nécessaire, en particulier s'agissant de l'application du droit de procédure civile (CHRISTOPH LEUENBERGER, *ad art. 122 Cst., in St. Galler Kommentar - Die Schweizerische Bundesverfassung, 3e éd., 2014, n. 26 s. p. 2220*).

L'art. 68 al. 2 CPC n'est pas qu'une règle de procédure, mais empiète aussi dans l'organisation judiciaire cantonale, puisqu'il impose aux cantons de reconnaître à titre de représentants à titre professionnel dans toutes les procédures civiles les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA. La lettre b permet toutefois aux cantons de maintenir certaines spécificités, reconnaissant dans cette mesure leur autonomie. Or, si la LMI prime sur le fédéralisme s'agissant d'entraves au commerce liées à l'activité économique, elle ne saurait l'emporter sur le CPC et justifier une atteinte à la compétence des cantons sur un aspect qui relève notamment de l'organisation de la justice, alors que le CPC contient une réserve expresse au droit cantonal, afin d'en garantir les spécificités.

Il ne faut enfin pas perdre de vue qu'il n'y a pas que la procédure civile et qu'en matière administrative, la procédure n'est pas unifiée; les règles cantonales concernant la représentation à titre professionnel des parties en justice dans ce domaine sont disparates. Partant, considérer la problématique uniquement sous l'angle du libre accès à un marché reviendrait à imposer à un canton d'appliquer les exigences procédurales d'un autre canton et d'accepter dans les litiges administratifs des représentants, même si sa propre organisation judiciaire les exclut, ce qui porterait atteinte à sa souveraineté.

7.

Dès lors que la LMI n'est pas applicable, il n'y a pas lieu d'examiner si le refus des autorités genevoises d'autoriser le recourant 2 à représenter les parties en justice dans la même mesure que le prévoit le canton de Vaud sur la base de l'art. 68 al. 2 let. b CPC remplit les conditions de l'art. 3 LMI, voire si la présomption de l'art. 2 al. 5 LMI a été renversée. Il ne sera donc pas entré en matière sur l'argumentation des recourants en lien avec l'application de la LMI.

8.

Le recourant 2 se plaint également d'une atteinte à l'art. 27 Cst.

8.1. Déjà sous l'empire de l'art. 31 aCst., la jurisprudence a admis que la représentation des parties en justice n'est pas une activité soustraite au domaine de la liberté économique (ATF 105 la 67 consid. 4a p. 71, confirmé *in ATF 114 la 34 consid. 2b p. 37, lui-même rappelé in ATF 125 I 161 consid. 3e p. 165 s.*). Le recourant, qui se voit limité dans sa capacité de représenter professionnellement les parties en justice dans certains domaines, est donc atteint dans sa liberté économique. Conformément à l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale qui doit être de rang législatif en cas de restriction grave (al. 1); elle doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3), sans violer l'essence du droit en question (al. 4).

8.2. En l'occurrence, le canton de Genève n'ayant pas fait usage de la dérogation prévue à l'art. 68 al. 2 let. b CPC en faveur des agents d'affaires, le principe figurant

à l'art. 68 al. 2 let. a CPC s'applique. Dès lors que le recourant n'est pas un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA, le refus de donner suite à sa demande d'autorisation repose sur le système mis en place par le droit fédéral, qui limite le droit de représenter à titre professionnel les parties en justice dans les procédures civiles aux avocats au sens de l'art. 68 al. 2 let. a CPC. Le fondement de la restriction trouve donc sa source non pas dans le droit cantonal, mais dans le droit fédéral.

L'art. 190 Cst. impose au Tribunal fédéral d'appliquer le droit fédéral. Même si cette disposition n'interdit pas à la Cour de céans, lorsqu'elle le juge opportun, de vérifier la conformité du droit fédéral à la Constitution et, au besoin, de donner une impulsion au législateur (cf. ATF 139 I 180 consid. 2.2 p. 185), il ne se justifie pas de procéder à cet examen détaillé en l'espèce ni d'examiner plus avant les autres conditions de l'art. 36 Cst. En effet, il suffit de renvoyer à la jurisprudence dans laquelle la conformité de dispositions cantonales instituant un monopole des avocats devant des autorités judiciaires a été considérée comme constituant une restriction admissible sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité à la liberté économique (à l'époque la liberté du commerce et de l'industrie; cf. ATF 114 la 34 consid. 2 p. 36 ss, rappelé *in* ATF 125 I 161 consid. 3e p. 165).

Le grief tiré de la violation de l'art. 27 Cst. formé par le recourant 2 doit donc être rejeté.

9.

Il découle de ce qui précède que les recours doivent être rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

Les frais seront mis partiellement à la charge du recourant 2 (art. 66 al. 1 LTF), la gratuité de la procédure prévue à l'art. 3 al. 4 LMI ne valant pas devant les instances de recours (ATF 136 II 470 consid. 5.3 *in fine*, p. 487; OESCH/ZWALD, *ad* art. 3 LMI, *op. cit.*, n. 7 p. 463). La COMCO n'a, pour sa part, à supporter aucun frais (art. 66 al. 4 LTF). Enfin, le Département cantonal, qui obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles, n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Les causes 2C_607/2014 et 2C_608/2014 sont jointes.

2.

Les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

3.

Des frais judiciaires partiels, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge du recourant 2.

4.

Le présent arrêt est communiqué à la Commission de la concurrence COMCO, au mandataire du recourant 2, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, ainsi que, pour information, au mandataire du Département de la sécurité et de l'économie de la République et canton de Genève.

B 4

2. Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2015 – Marchés publics, marché intérieur

Publication d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI)

ATF 141 II 113 [2C_1131/2013]

Arrêt du 31 mars 2015

Ile Cour de droit public

Participants à la procédure

Commission fédérale de la concurrence COMCO, recourante,

contre

Tridel SA, intimée.

Objet

Marchés publics, marché intérieur,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 30 octobre 2013.

Faits:

A.

La société anonyme Tridel SA, sise à Lausanne, a pour but statutaire « le traitement des déchets urbains, légalement admissibles dans une installation d'incinération au sens de la législation fédérale, provenant des zones d'apport qui lui sont assignées par la législation vaudoise et par le plan cantonal vaudois sur la gestion des déchets ». Son capital-actions est détenu par A. SA à Lausanne, B. SA à Nyon, C. SA à Yverdon-les-Bains et D. SA à Penthaz, qui poursuivent statutairement des buts similaires dans les régions dans lesquelles elles opèrent et dont le capital-actions est détenu par les communes faisant partie des périmètres de gestion considérés.

B.

B.a. Dans un arrêt du 4 juillet 2011 concernant la commune vaudoise de Romanel-sur-Lausanne, le Tribunal fédéral a jugé en substance que le principe du pollueur-payeur applicable en droit de la protection de l'environnement interdisait le financement de l'élimination des déchets urbains par une taxe forfaitaire, indépendante de la quantité de déchets, et exigeait un financement par le biais de taxes causales incitatives (ATF 137 I 257).

B.b. À la suite de cet arrêt, le Grand Conseil vaudois a, le 3 juillet 2012 pour une entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2013, modifié la législation cantonale, en prévoyant que les communes financent le coût de l'élimination des déchets urbains par le biais de taxes et que le 40 % de ces coûts, au minimum, soit financé par une taxe proportionnelle à la quantité de déchets urbains.

B.c. Les communes vaudoises faisant partie des quatre périmètres de gestion desservis par Tridel SA ont chargé celle-ci d'introduire une taxe dite « au sac ». Selon ce système, les personnes qui remettent des déchets aux services en assurant l'élimination sont pour cela obligées d'acheter des sacs officiels, dont le prix, variable selon la contenance, couvre tout ou partie des frais de fabrication, stockage, distribution et élimination, et englobe la taxe proportionnelle prescrite par le législateur. Il a été décidé de confier à un tiers la charge de fabriquer les sacs et de les distribuer aux points de vente (notamment les commerces), de fournir les sacs aux utilisateurs du système d'élimination des déchets, et de collecter le montant de la taxe comprise dans le prix des sacs.

Le 26 avril 2012, Tridel SA a invité les entreprises E. AG, F. AG, G., H., I., J. SA et K. SA à lui présenter une offre, selon un cahier des charges joint à l'invitation. Les critères d'adjudication et leur pondération définis dans le cahier des charges étaient les suivants: prix (calculé sur la base de la fourniture d'un nombre déterminé de rouleaux de sacs de contenances diverses): 40 %; organisation pour l'exécution de la prestation: 25 %; qualités techniques de l'offre: 20 %; organisation de base du candidat: 10 %; références du candidat: 5 %. Le cahier fixait également les modalités relatives notamment aux sacs, à la distribution, à la facturation, à l'encaissement et à la rétrocession de la taxe, dont environ 80 % du produit de la vente des sacs revenaient à Tridel SA. Dans le délai imparti, E. AG, H., I. et J. SA ont présenté une offre. Le 22 juin 2012, Tridel SA a adjugé le marché à E. AG, dont le prix de l'offre s'élevait à 1'617'500 fr. pour une année; le contrat a été signé le 17 juillet 2012, avec effet au 1^{er} janvier 2013 jusqu'au 31 décembre 2017.

B.d. Le 17 janvier 2013, la Commission fédérale de la concurrence (ci-après: la Commission fédérale ou COMCO) a demandé à Tridel SA pour quelle raison elle n'avait pas lancé un appel d'offres selon la procédure ouverte, pour le marché adjugé à E. AG. Par décision du 26 mars 2013, Tridel SA a persisté dans sa position quant au choix de la procédure d'adjudication. La Commission fédérale a recouru contre cette dernière décision auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal). Par arrêt du 30 octobre 2013, le Tribunal cantonal a rejeté ce recours.

C.

À l'encontre de l'arrêt du 30 octobre 2013, la Commission fédérale dépose à la fois un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral. Elle conclut, sous suite de frais, à ce que le Tribunal fédéral constate que l'adjudication du marché à la suite d'une procédure sur invitation conformément à la décision du 26 mars 2013 de Tridel SA restreint l'accès au marché de manière illicite.

Le Tribunal cantonal se réfère à l'arrêt attaqué. Tridel SA prie le Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de déclarer irrecevables les recours en matière de droit public et constitutionnel formés devant lui par la COMCO, subsidiairement de les rejeter en tant qu'ils seraient recevables. Dans leurs observations, respectivement, du 10 février 2014 et du 24 février 2014, la Commission fédérale et Tridel SA ont maintenu leurs conclusions opposées.

Considérant en droit:**1.**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 140 I 252 consid. 1 p. 254; 139 V 42 consid. 1 p. 44).

1.1. L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF), de sorte que la voie ordinaire de recours est, en principe, celle du recours en matière de droit public.

1.2. Encore faut-il que la cause ne tombe pas sous le coup des exceptions de l'art. 83 LTF. Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l'art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 140 I 285 consid. 1.1 p. 289; 138 I 143 consid. 1.1 p. 146; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF; ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147; 133 II 396 consid. 2.2 p. 399). En matière de marchés publics cantonaux, un recours constitutionnel subsidiaire peut toujours être déposé si les conditions de l'art. 83 let. f LTF ne sont pas réunies (ATF 140 I 285 consid. 1.1 p. 289; arrêt 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.3.1, résumé *in* PJA 2014 p. 870).

Il faut partant vérifier si la présente cause concerne les marchés publics et, dans l'affirmative, en examiner les conditions.

1.2.1. Un marché public se définit comme l'ensemble des contrats (de droit privé) passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. Il y a donc en principe marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur », acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter

ses tâches publiques (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.2 p. 53 [instaurant des nuances en la présence d'une concession, consid. 4.4 p. 56]; 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.). D'après une approche fonctionnelle de la notion de marché public, il est indispensable que la collectivité publique passe avec l'entreprise soumissionnaire un contrat synallagmatique *lato sensu* (cf. arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.2).

1.2.2. En l'occurrence, Tridel SA appartient entièrement à des sociétés anonymes, elles-mêmes en mains des communes faisant partie des périmètres de gestion des déchets considérés. C'est donc en qualité d'adjudicateur public qu'elle a conclu avec l'entreprise privée E. AG un contrat portant sur la production, le stockage et la distribution de sacs à ordures soumis à taxation, ainsi que la facturation, l'encaissement de la taxe et la rétrocession mensuelle. S'inscrivant dans l'exécution des obligations découlant de la législation sur la protection de l'environnement, il s'agit là de tâches publiques. En contrepartie de l'attribution du marché par Tridel SA, l'entreprise adjudicataire s'est notamment engagée à rétrocéder à Tridel SA et, par conséquent, aux collectivités publiques, environ 80 % du produit de la vente des sacs, tandis que les 20 % restants devaient servir tant à couvrir les coûts de production et de distribution des sacs qu'à rétribuer les services de E. AG. À l'instar du Tribunal cantonal, on confirmera donc que le contrat passé le 17 juillet 2012 entre Tridel SA et E. AG relève du droit des marchés publics (cf. aussi NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, *in* RDS 133/2014 I, p. 219 ss, 235), si bien que le présent litige tombe potentiellement sous le coup de l'art. 83 let. f LTF, dont les conditions doivent être examinées.

1.3. Les valeurs seuils du marché public cantonal ouvrant la voie du recours en matière de droit public découlent de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1; par renvoi de l'art. 83 let. f ch. 1 LTF). Selon l'art. 6 al. 1 LMP, complété par l'art. 1 let. a et b de l'ordonnance du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2012 et 2013, du 23 novembre 2011 (RO 2011 5581; RS 172.056.12), la valeur seuil pour les fournitures et les services a été fixée à 230'000 fr. pour les deux années susmentionnées. Comme le démontre la recourante en se fondant sur le comparatif des offres établi par Tridel SA, de manière du reste non contestée par l'intimée, la valeur du marché peut être estimée à au moins cinq fois (correspondant à la durée quinquennale du contrat) le montant d'adjudication du marché établi sur la base des quantités rectifiées de rouleaux de sacs-poubelles nécessaires afin de couvrir le besoin annuel dans les périmètres envisagés, soit au moins 10'306'000 fr. Il s'ensuit que la valeur du marché litigieux, calculée selon les règles fixées à l'art. 7 LMP, dépasse la valeur seuil de l'art. 83 let. f ch. 1 LTF.

1.4. La jurisprudence se montre restrictive pour admettre l'existence d'une question juridique de principe (cf., pour les motifs de cette approche restrictive, ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147; arrêt 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.3.1). Celle-ci s'apprécie en fonction de l'objet du litige soumis au Tribunal fédéral.

1.4.1. Pour qu'il y ait question juridique de principe, il ne suffit pas qu'elle n'ait encore jamais été tranchée par le Tribunal fédéral. Il faut de surcroît qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (cf. ATF 139 III 209 consid. 1.2 p. 210; 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147; arrêts 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.3.1; 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 1.1.2, non publié in ATF 139 II 489; 2C_66/2011 du 1^{er} septembre 2011 consid. 2.1.2, SJ 2012 I 207; 2C_559/2008 du 17 décembre 2008 consid. 1.2, RtiD 2009 II 133). Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. Si le recourant ne démontre pas l'existence d'une question juridique de principe, celle-ci ne sera pas admise, à moins de paraître évidente (cf. ATF 140 I 285 consid. 1.1.2 p. 289; 139 II 404 consid. 1.3 p. 410; 139 II 340 consid. 4 p. 342). S'agissant spécifiquement de l'art. 83 let. f LTF, il faut en outre que la question juridique en cause présente un lien avec le domaine des marchés publics (ATF 134 II 192 consid. 1.3 p. 195; arrêts 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 1.1.2, non publié in ATF 139 II 489; 2C_339/2010 du 11 juin 2010 consid. 2.3.4.1).

1.4.2. La Commission fédérale recourante soumet au Tribunal fédéral trois problématiques dont elle retient qu'elles soulèvent des questions juridiques de principe. Celles-ci sont en lien avec la procédure sur invitation que Tridel SA justifie avoir mise en place pour des raisons d'urgence, le système de la « taxe-poubelle » devant être réalisé en quelques mois.

- Premièrement, que faut-il entendre par « raisons d'extrême urgence », au sens des art. XV par. 1 let. c de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422) et 12^{bis} al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RS/VD 726.91), en lien avec les art. 7 et 7a de la loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP/VD; RS/VD 726.01) et 8 du règlement d'application de la loi cantonale précitée (RLMP/VD; RS/VD 726.01.1), pour que ce concept constitue également un intérêt public au sens de l'art. 3 al. 1 let. b de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) permettant de déroger à l'art. 5 LMI ?

- Deuxièmement, quelles sont les exigences posées par le principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LMI à un pouvoir adjudicateur pour qu'il puisse s'écarter de l'art. 5 LMI pour des « raisons d'extrême urgence » au sens du droit des marchés publics ?

- Troisièmement et dernièrement, y a-t-il - pour justifier la procédure sur invitation - une obligation de rédiger un rapport, rendre une décision et publier l'adjudication (art. XV par. 2 *cum* art. XVIII par. 1 et art. XX AMP) afin de garantir un recours juridictionnel effectif au sens de l'art. 9 LMI (dans le cas d'un marché supérieur aux seuils internationaux pour lequel un cas exceptionnel de gré à gré est allégué) ?

Tridel SA conteste pour sa part que les questions soulevées par la COMCO puissent appeler une décision de principe. D'une part, la notion de « raisons d'extrême urgence », qui permet à l'autorité adjudicatrice de déroger à la mise en œuvre d'une procédure ouverte de soumission, serait déjà uniformément appliquée dans plusieurs cantons, en conformité avec la réglementation de l'Union européenne (UE); les questions 1 et 2 reviendraient donc en réalité à critiquer son application au cas concret par le Tribunal cantonal. D'autre part, s'agissant de la question 3, les règles sur la publication d'un avis d'adjudication découleraient de la norme *cantonale* claire figurant à l'art. 39 RLMP/VD, dont l'éventuelle violation ne saurait constituer une question juridique de principe.

1.4.3. Les questions 1 et 2 concernent les conditions de restriction (résultant du choix de la procédure de passation) à la liberté d'accès au marché, telles qu'énoncées à l'art. 3 LMI, dans le contexte spécifique du droit des marchés publics. Quoi qu'en dise l'intimée, la question 1 suscite des interrogations importantes.

En premier lieu, le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais directement prononcé sur la notion de « raisons d'extrême urgence » justifiant de déroger à une procédure ouverte de marchés publics, que ce soit dans le contexte des marchés publics ou, plus spécifiquement, en lien avec les restrictions à l'accès au marché admises par la LMI. Mentionné en particulier dans les arrêts 2P.282/1999 (du 2 mars 2000 consid. 3b) et 2P.225/1995 (du 22 mai 1996 consid. 3b), le concept de l'urgence n'a en effet pas été traité par le Tribunal fédéral pour des motifs liés au défaut de légitimation du recourant, voire n'a été mentionné que sous l'angle du droit antérieur à l'adoption de la LMI.

En deuxième lieu, il convient d'admettre une incertitude caractérisée qui appelle de manière pressante un éclaircissement de la jurisprudence par le Tribunal fédéral. S'il est certes vrai, comme l'indique l'intimée, que la COMCO n'est pas parvenue à établir, exemples concrets à l'appui, des pratiques cantonales divergentes quant à l'interprétation des « raisons d'extrême urgence », d'autant moins que divers cantons semblent se référer à une méthodologie uniforme développée sous l'égide de l'UE, il apparaît néanmoins déterminant que la Cour de céans puisse une fois se pencher sur l'application au droit national de ces concepts, issus d'un ordre juridique étranger, auxquels la Suisse n'est en l'espèce pas conventionnellement liée. S'y ajoute, comme le fait remarquer la recourante, que même en incorporant les concepts *prima facie* issus de l'UE, ceux-ci peuvent être interprétés de façon large comme étroite par les cantons. Or, bien que la LMI soit conçue comme une loi-cadre qui n'entend pas harmoniser les différents domaines liés au marché intérieur (cf. ATF 135 I 106 consid. 2.2 p. 108), la révision de la LMI du 16 décembre 2005 visait à « restreindre encore le régime d'exception » de l'art. 3 LMI et non pas à étendre le champ des restrictions (cf. Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, in FF 2005 421, p. 422; ATF 134 II 329 consid. 6.2.3 p. 337 s.; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *ad* art. 3 LMI, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, n. 3 p. 1908). Il paraît dès lors essentiel que le Tribunal fédéral puisse, à l'aune d'un cas concret, préciser en quoi doit consister cette

approche restrictive, ce d'autant lorsque l'autorité fédérale chargée par la loi de veiller au respect de la LMI (art. 8 al. 1 LMI) reproche précisément au tribunal d'un canton d'avoir adopté une interprétation trop permissive de l'exception des « raisons d'extrême urgence » qui risque, selon elle, de « miner le droit des marchés publics ». Par ailleurs, les précédents juges ont retenu que ces principes ne s'appliquaient qu'à la procédure de gré à gré et ne les ont donc examinés en lien avec la procédure sur invitation litigieuse qu'à titre subsidiaire ou par analogie, procédé dont il serait nécessaire d'examiner la pertinence. Du reste, la question pourrait à nouveau se poser en tout temps devant les autorités cantonales et fédérales.

En troisième et dernier lieu, la notion précitée est non seulement consacrée en droit cantonal vaudois (art. 8 al. 1 let. e RLMP/VD), mais résulte déjà, en tant qu'applicable (cf. consid. 3.2 *infra*), de l'AMP (art. XV par. 1 let. c) ainsi que de l'AIMP (art. 12^{bis} al. 1), dont la violation peut - à l'instar de celle de la LMI - être revue par le Tribunal fédéral avec une cognition pleine (art. 95 let. a, b et e LTF) dans le cadre d'un recours en matière de droit public.

1.4.4. Il s'ensuit que la question 1 soulève un problème juridique de principe au sens de l'art. 83 let. f ch. 2 LTF, de sorte que le recours en matière de droit public est ouvert. Il en résulte que, pour autant que la COMCO puisse former un tel type de recours (cf. consid. 1.5 *infra*), le recours constitutionnel qui a été interjeté en parallèle est irrecevable, car il revêt un caractère subsidiaire (art. 113 LTF).

1.4.5. Il n'est pas nécessaire de se prononcer définitivement sur l'importance juridique des questions 2 et 3 formulées par la recourante. La reconnaissance d'une seule question juridique de principe suffit en effet pour que le Tribunal fédéral entre en matière sur le recours et examine l'ensemble des griefs conformément aux art. 95 ss et 105 ss LTF, sans se limiter aux seules questions de principe (arrêt 2C_380/2014 du 15 septembre 2014 consid. 1.2.2.4, destiné à la publication; cf., implicitement, arrêt 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 1.1.2 et 4, non publiés *in* ATF 139 II 489).

1.5. La qualité de la Commission fédérale pour interjeter le présent recours devant le Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 89 al. 2 let. d LTF en lien avec l'art. 9 al. 2^{bis} LMI (cf. aussi FF 2005 421, p. 445; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, *in* Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [Cottier/Oesch (éd.)], t. XI, 2^e éd., n. 183 p. 456). Aux termes de cette dernière disposition, la Commission de la concurrence peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours. L'accès non discriminatoire aux marchés publics figure parmi les « principes de la liberté d'accès au marché » (cf. art. 5 LMI, *in* section 2 de la LMI); la violation de ce principe constitue donc une restriction indue de l'accès au marché, au sens de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI. Les travaux préparatoires relatifs à la LMI ont par ailleurs mis en évidence la « connexité matérielle » des règles sur le marché intérieur à celles sur les marchés publics, et confirmé le « rôle intégrateur » revenant à l'art. 5 LMI. Dans ce contexte, il a également été rappelé que les exigences minimales de l'art. 5 LMI

avaient été concrétisées et développées dans la législation sur les marchés publics, notamment quant aux seuils à partir desquels un appel d'offres doit se dérouler selon une procédure d'adjudication spécifique (cf. FF 2005 421, p. 432, ch. 1.4.1.4.1). Cela dit, afin de tenir compte des réserves qui avaient été émises par certains acteurs institutionnels à l'égard de la création d'un droit de recours en faveur de la COMCO, le législateur fédéral a insisté pour que ce droit de recours particulier soit restreint dans le domaine des marchés publics et se limite aux seules « décisions soulevant des questions juridiques d'importance fondamentale et concernant des marchés excédant les valeurs seuils déterminantes (pour la procédure ouverte et la procédure sélective) » (FF 2005 421, p. 435 ch. 1.4.2.6 et p. 445 ch. 2.6). Dans la procédure de recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, ces restrictions à la qualité pour recourir de la COMCO selon l'art. 9 al. 2^{bis} LMI en matière de marchés publics se confondent avec les conditions de recevabilité figurant à l'art. 83 let. f ch. 1 et 2 e *contrario* LTF. Dès lors que le recours de la Commission fédérale soulève en l'espèce des questions juridiques de principe (consid. 1.4 *supra*) et concerne un marché excédant les valeurs seuils (consid. 1.2 *supra*), la COMCO doit se voir reconnaître la qualité pour recourir en vertu de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI et de l'art. 89 al. 2 let. d LTF.

1.6. Pour le surplus, le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF), si bien qu'il convient d'entrer en matière sur le recours en matière de droit public.

1.7. La Commission fédérale a pris des conclusions de nature exclusivement constatatoire. Selon un principe général de procédure, les conclusions en constatation de droit ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues; sauf situations particulières, les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (cf. ATF 135 I 119 consid. 4 p. 122; arrêts 2C_652/2014 du 24 décembre 2014 consid. 1.2; 2C_74/2014 du 26 mai 2014 consid. 2.3, RF 2014 B 28 no 12; 1C_273/2012 du 7 novembre 2012 consid. 2.2.2, non publié *in* ATF 139 I 2). Le législateur a introduit une exception à ce principe à l'art. 9 al. 2^{bis} LMI pour tenir compte du fait que les restrictions à la liberté d'accès au marché affectaient davantage les intérêts privés que les intérêts publics, si bien qu'il ne se justifiait pas de conférer à la COMCO un droit de recours pour obtenir une décision formatrice (cf. FF 2005 421, p. 446; NICOLAS F. DIEBOLD, *Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen*, *in* RSJ 109/2013 p. 177 ss, 185 s.). Il s'ensuit qu'en cas d'admission du présent recours de la Commission fédérale, le Tribunal fédéral ne pourrait ni annuler la décision d'adjudication litigieuse, ni allouer un quelconque dédommagement aux soumissionnaires évincés. Les conclusions constatatoires qu'a prises la COMCO sont partant admissibles. Cette autorité aurait cependant dû également conclure expressément à l'annulation préalable de l'arrêt attaqué, étant donné que le Tribunal cantonal a rejeté le recours en constatation de la COMCO devant lui. À la lecture des conclusions constatatoires prises par la recourante, l'on comprend toutefois que celle-ci y a procédé implicitement, de sorte que les conclusions prises doivent être déclarées admissibles.

2.

[...]

3.

Préalablement à l'examen des questions de fond, il convient de déterminer le régime juridique applicable au présent marché intercommunal.

3.1. La LMI s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (à l'exclusion des marchés de la Confédération), indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés.

3.1.1. L'art. 5 al. 1 LMI, qui concerne spécifiquement le droit des marchés publics, dispose notamment que les marchés publics des cantons et des communes sont régis par le droit cantonal ou intercantonal; ces dispositions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI (cf. ATF 125 II 86 consid. 1c p. 91).

3.1.2. Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles: s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b), répondent au principe de la proportionnalité (let. c). Selon l'al. 3, les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux. Or, comme il sera vu (consid. 5 *infra*), la mise en œuvre d'une procédure sur invitation au lieu d'une procédure ouverte ou sélective est propre à constituer une restriction au libre accès au marché, qui n'est licite que si elle satisfait aux conditions cumulatives de l'art. 3 LMI (CLERC, *ad art. 5 LMI, in op. cit.*, n. 141 p. 2029 et n. 169 p. 2045).

3.1.3. Quant à l'art. 5 al. 2 LMI, il exige que les projets de marchés publics de grande importance, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel, en conformité avec les engagements internationaux pris par la Confédération. Cette disposition consacre le principe de transparence (cf., parmi d'autres, COTTIER/WAGNER, *Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt - Übersicht und kurzer Kommentar, in PJA 1995 p. 1582 ss, 1587*; DIEBOLD, *Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in op. cit.*, p. 180; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics, 2014, n. 34 p. 16*).

3.1.4. Conçue comme une loi-cadre, la LMI n'entend pas harmoniser les réglementations des différents domaines économiques, mais se limite à fixer les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur suisse (cf. FF 2005 421, p. 426; ATF 135 I 106 consid. 2.2 p. 108; intervention GADIENT, *in BO 2001 N 518*; *ad objet 00.3408*: motion sur la mise en œuvre de la LMI. Droit de la Commission de la concurrence d'être entendue par le Tribunal fédéral; COTTIER/WAGNER, *op. cit.*, p. 1583). Pour cette raison, l'art. 5 al. 1 LMI qui en matière de marchés publics forme une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 LMI (Message du

2 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, *in FF 1995 I 1193, p. 1247 s.*: « droit d'accès au marché parallèle »; MATTEO CASSINA, *La legge federale sul mercato interno: principi fondamentali e note in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale, in RDAT I-2000, p. 99 ss, 107*; EVELYNE CLERC, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, 1997, p. 393*), réserve expressément le droit cantonal ou intercantonal dans ce domaine, pour autant que soient observés les principes minimaux fixés dans cette disposition et les normes auxquelles celle-ci renvoie (COTTIER/WAGNER, *op. cit.*, p. 1587). Dans le domaine particulier en cause, les exigences minimales sont, avant tout, l'accès non discriminatoire au marché (cf. art. 5 al. 1 LMI), les prescriptions en matière de publication (cf. art. 5 al. 2 LMI), les dispositions prévoyant que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être faites sous forme de décisions (cf. art. 9 al. 1 LMI; cf. FF 1995 I 1193, p. 1250; cf. aussi CASSINA, *op. cit.*, p. 107) et le respect des règles cantonales et intercantionales qui concrétisent la liberté d'accès au marché, auxquelles renvoie l'art. 5 al. 1 LMI (cf. FF 1995 I 1193, p. 1248; DIEBOLD, *Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in op. cit.*, p. 180), à savoir en particulier celles contenant les critères de participation et d'attribution du marché (cf. art. 5 al. 2 LMI, lu conjointement à l'al. 1^{er}).

3.1.5. La circonstance que la LMI se borne à édicter un cadre législatif et que son art. 5 se réfère au droit cantonal n'a pas pour effet - comme cela semble avoir été initialement envisagé dans le projet de LMI (FF 1995 I 1193, p. 1235 et p. 1270; cf. art. 5 al. 3 P-LMI: « les dispositions de l'accord [intercantonal] l'emportent sur cette dernière », remplacé en faveur de la clause « sont régis par le droit cantonal ou intercantonal »; cf. intervention SIMMEN, *in BO 1995 E 931*) - de rendre sans portée la LMI par rapport au droit (inter-) cantonal des marchés publics. La LMI reste en effet applicable subsidiairement, dans la mesure où, premièrement, elle régit les questions qui n'auraient par hypothèse pas été réglementées par le droit (inter-) cantonal; deuxièmement, la LMI interdit au droit (inter-) cantonal d'abaisser ses standards (par exemple en ce qui concerne l'accès non discriminatoire au marché; cf. art. 5 al. 1 *cum* 3 al. 1 LMI) en-deçà des exigences minimales posées dans cette loi-cadre, qui dérogerait dans ce cas au droit (inter-) cantonal contraire (cf. art. 49 Cst.). Troisièmement et par ailleurs, la LMI constitue un standard minimum dont l'applicabilité n'est pas levée lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences essentielles; leur violation se confond alors avec celle du droit plus détaillé sur les marchés publics (cf., en ce sens, interventions STRAHM, GROS et SPOERRY, *in BO 1995 N 1144, 1148 et 1149*; DELAMURAZ, *in BO 1995 E 872 s.*; EVELYNE CLERC, *ad art. 5 LMI, in Commentaire romand - Droit de la concurrence précité, n. 37 s. p. 1952 s.*; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., 2013, n. 54 p. 26*). En d'autres termes, le non-respect de l'un des principes fondamentaux susmentionnés aboutira le cas échéant non seulement au constat de violation des règles topiques sur les marchés publics, mais également à celui de l'art. 5 LMI.

3.2. L'AMP, accord international entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996, est applicable à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités qui sont spécifiées à l'Appendice I (cf. art. I par. 1 AMP; consultable sur le site Internet www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/appendices_f.htm#appendixI).

3.2.1. Les valeurs seuils en matière de services et fournitures sont largement atteintes (consid. 1.3 supra). Encore faut-il, pour que l'AMP s'applique, que Tridel SA fasse partie de l'une des catégories d'adjudicateurs visées par l'AMP. En tant qu'elles concernent *ratione personae*, d'une part, les entités du gouvernement fédéral et, d'autre part, des entités sectorielles dont Tridel SA ne fait pas partie, les annexes 1 et 3 de l'Appendice I à l'AMP n'entrent pas en considération. Reste l'annexe 2, qui concerne les « entités des gouvernements sous-centraux qui passent des marchés conformément aux dispositions du présent accord », soit les autorités publiques cantonales (ch. 1), les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel (ch. 2), et les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes (ch. 3). Au sens de l'AMP (cf. aussi art. 8 al. 1 let. a *in fine* AIMP; s'agissant de la portée générale de cette définition, cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 132 p. 53):

« Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme:

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- doté d'une personnalité juridique et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public » (Appendice I à l'AMP, annexe 3, note 1).

Un organisme de droit privé, y compris une société anonyme, peut également être assujéti à ce titre, pour autant qu'il réalise les trois conditions susmentionnées. Celles-ci doivent être remplies cumulativement (cf. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n. 182 s. p. 94 ss; POLTIER, *op. cit.*, n. 83 p. 45). Pour savoir si son activité est assujéti à l'AMP, il convient de vérifier si Tridel SA réunit lesdites caractéristiques.

3.2.2. De par ses statuts, Tridel SA a été créée dans le but, d'une part, de traiter les déchets urbains, « légalement admissibles dans une installation d'incinération au sens de la législation fédérale, provenant des zones d'apport qui lui sont assignées par la législation vaudoise et par le plan cantonal vaudois sur la gestion des déchets » et, d'autre part, d'exploiter, notamment, une ou plusieurs usines d'incinération des déchets urbains ainsi que d'assurer la valorisation des produits du traitement (cf. art. 2 des Statuts de Tridel SA). Ces objectifs ten-

dent de manière prépondérante à satisfaire des besoins régionaux d'intérêt général et reconnus comme tels par la loi (cf. plan de gestion des déchets cantonal 2004, par renvoi de l'art. 4 al. 1 de la loi vaudoise du 5 septembre 2006 sur la gestion des déchets [LGD/VD; RS/VD 814.11], qui mentionne l'usine d'incinération de Tridel SA; cf. aussi, notamment, art. 3 LGD/VD fixant les principes en matière de politique de développement durable du canton de Vaud). En limitant statutairement ses activités aux zones d'apport qui lui sont assignées par la législation cantonale, de même qu'au cadre légal et réglementaire relatif au traitement des déchets urbains, Tridel SA subordonne non seulement l'éventuel caractère commercial de ses activités à l'intérêt public en matière de gestion des déchets, mais elle renonce aussi d'emblée à exercer une activité commerciale comparable à celle des entités privées qui interviennent librement sur le marché (cf., à ce sujet, BEYELER, *op. cit.*, n. 274 p. 136). Le premier critère est donc rempli.

3.2.3. Tridel SA est une société anonyme de droit privé inscrite au registre du commerce depuis 1997 et, partant, dotée d'une personnalité juridique propre (cf. art. 643 al. 1 CO [RS 220]).

3.2.4. Tridel SA se trouve par ailleurs dans un rapport de dépendance à l'égard des pouvoirs publics (cf., pour cette notion, POLTIER, *op. cit.*, n. 86 p. 46 s.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 137 ss p. 55 s.: « staatliche Beherrschung [Staatsgebundenheit] »), étant précisé que ce lien peut aussi être médiat, via d'autres organismes publics eux-mêmes contrôlés par les collectivités publiques concernées (cf. BEYELER, *op. cit.*, n. 189 p. 98). En effet, le capital-actions de Tridel SA est, du constat des précédents juges, entièrement détenu par des sociétés anonymes qui sont elles-mêmes en mains des communes intégrant les périmètres de gestion des déchets au sens de la LGD/VD. Plus particulièrement, il découle des statuts de A. SA, B. SA, C. SA et D. SA et de leurs sites publiquement accessibles sur Internet (art. 105 al. 2 LTF) que celles-ci sont détenues totalement ou majoritairement (soit à plus de 50 %) par les différentes communes vaudoises concernées. Ainsi, notamment, A. SA restreint l'actionnariat aux communes (art. 5 des Statuts; http://www.***.ch/actionnariat.php) et C. SA limite la part du capital-actions détenue par des actionnaires qui ne sont pas des collectivités publiques vaudoises à 5 % du montant total (art. 5 des Statuts). B. SA est quant à elle entièrement détenue par les communes du périmètre, sous réserve de quelques actions détenues en propre (http://www.***.ch/fr/30/principe-de-l-actionnariat). De plus, toutes ces sociétés soumettent le transfert de leurs actions nominatives à l'approbation de leur conseil d'administration, les statuts de B. SA et de D. SA ajoutant que le transfert à une commune du périmètre de gestion doit être accepté, tandis que celui à l'acquéreur qui n'est pas une commune peut être refusé. La participation majoritaire, voire la propriété complète du capital-actions des sociétés détenant le capital-actions de Tridel SA se reflète non seulement dans la composition des organes dirigeants de ces sociétés, en particulier de leur conseil d'administration (cf. art. 698 al. 2 ch. 2 *cum* art. 703 CO), mais également dans la représentation des collectivités publiques, en particulier des communes, dans l'actionnariat

et les organes dirigeants de Tridel SA (cf. les restrictions au transfert des actions à l'art. 5 des Statuts de Tridel SA, la désignation d'un des sept membres du conseil d'administration par la commune de Lausanne [art. 17], et l'appartenance des membres du conseil d'administration de Tridel SA aux sociétés susmentionnées: www.tridel.ch/visites/ecoles.html#). Finalement, toutes ces sociétés se dédient à l'accomplissement des tâches d'intérêt public relatives au traitement communal des déchets que leur confie le législateur en leur assignant des périmètres de gestion (cf. art. 2 des Statuts respectifs; cf. aussi, pour D. SA, http://www.***.ch/fr/page.asp?id=29). Il s'ensuit que, par l'intermédiaire des sociétés anonymes détenant son capital-actions, Tridel SA est soumise au contrôle des collectivités publiques communales vaudoises.

3.2.5. Par conséquent, Tridel SA remplit les trois conditions susmentionnées. Elle est partant assujettie, *ratione personae*, aux règles de l'AMP.

3.3. Le présent marché public est également gouverné par l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP), qui consiste notamment à transposer les obligations découlant de l'AMP, ainsi qu'à harmoniser (sans toutefois les uniformiser; cf. art. 3 al. 1 AIMP; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Éléments choisis du droit suisse, in Droit des marchés publics [Zufferey/Maillard/Michel (éd.)], 2002, p. 27 ss, 37*) les règles cantonales de passation des marchés (cf. art. 1^{er} al. 2 AIMP). Dans le canton de Vaud, les marchés publics (inter-) communaux sont, dans le respect des règles du droit supérieur, régis par le droit cantonal, en particulier par la LMP/VD et le RLMP/VD précités (cf. art. 1^{er} al. 1 let. a LMP/VD), qu'il conviendra au besoin d'appliquer aux côtés de l'AMP et de l'AIMP.

4.

4.1. Dans son arrêt du 30 octobre 2013, le Tribunal cantonal a retenu que le marché de fournitures et services litigieux, conclu pour cinq ans, portait sur plusieurs millions de francs. Les valeurs seuils à partir desquelles tout appel d'offres doit en principe être soumis à la procédure ouverte, laquelle veut que chaque fournisseur puisse soumissionner, étaient ainsi atteintes conformément à l'AIMP et à l'AMP (cf. en particulier art. 7 et 12^{bis} AIMP *cum annexes*; art. VII par. 3 let. a et IX par. 1 AMP). Il s'agissait de plus d'un marché de grande importance, au sens de l'art. 5 al. 2 LMI, de sorte que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales étaient obligés de faire publier dans un organe officiel ledit marché public, compte tenu également des engagements internationaux pris par la Confédération. Il en découlait que la liberté du pouvoir adjudicateur à opter entre la procédure d'adjudication ouverte et d'autres procédures et, par conséquent, de renoncer à publier l'appel d'offres et la décision d'adjudication se trouvait limitée. Le choix de la procédure sur invitation par Tridel SA restreignait partant le libre accès au marché.

Ni la recourante, ni l'intimée ne remettent en cause cette appréciation juridique, qui ne dénote du reste aucune violation manifeste du droit. Le Tribunal fédéral n'a dès lors pas de raison d'entrer plus avant sur la question.

4.2. En revanche, les parties s'opposent sur le point de savoir si c'est à raison que les juges cantonaux ont considéré que Tridel SA pouvait exceptionnellement, au vu de l'urgence invoquée à mettre en place le système de la « taxe au sac », déroger à l'obligation d'organiser une procédure ouverte et se contenter d'une procédure sur invitation.

Reste en outre controversé le point de savoir si le défaut de publication de l'appel d'offres et de l'adjudication par Tridel SA est conforme au droit des marchés publics et à la LMI. Il est certes vrai, comme l'indique l'intimée, qu'au considérant 4d) de son arrêt, le Tribunal cantonal a jugé que l'absence de publication officielle de la procédure d'appel d'offres et de l'adjudication avait « violé » l'art. 5 al. 2 LMI. Toutefois, en estimant que le mode de soumission sur invitation se justifiait au regard de la situation d'urgence à laquelle Tridel SA avait été confrontée ensuite de l'adoption, le 3 juillet 2012, de l'art. 30a LGD/VD et de sa mise en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2013, les juges cantonaux ont implicitement considéré que Tridel SA était également en droit de renoncer à ces publications, qui sont consubstantielles au mode de soumission ouverte (cf. art. 12 al. 1 let. b^{bis} AIMP et art. XV par. 1 let. c AMP).

5.

En la présence, comme en l'espèce (consid. 4.1 supra), d'un marché dépassant les valeurs seuils internationales, le pouvoir adjudicateur devait en principe passer par des procédures de passation ouvertes ou sélectives, permettant une pleine mise en concurrence (cf. art. VII par. 3 let. c a *contrario* AMP; pour la définition desdites procédures, cf. art. VII par. 3 let. a et b AMP; art. 12^{bis} al. 1 AIMP et 7a al. 1 LMP/VD).

5.1. Tridel SA a en l'occurrence opté pour une procédure sur invitation (cf. art. 12 al. 1 let. b^{bis} AIMP; à ne pas confondre avec la procédure sélective précitée, qui est assimilable à une procédure ouverte, cf. art. 12 al. 1 let. a AIMP), que l'art. 12^{bis} al. 2 AIMP autorise en général par rapport aux seuls marchés publics qui ne sont pas soumis aux traités internationaux. Or, comme on l'a vu, le présent marché tombe sous le coup de l'AMP (cf. consid. 3.2 supra). L'organisation d'une procédure sur invitation au lieu d'une procédure ouverte ou sélective constitue par définition une entorse aux principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires concurrents et à la liberté d'accès au marché (cf. art. XV AMP concernant l'appel d'offre *limité*), que la COMCO est habilitée à faire constater (cf. consid. 1.5 supra). Pour que cette restriction soit admissible, il faut donc vérifier en premier lieu si la mise en place de la procédure sur invitation s'est conformée aux règles sur les marchés publics régissant la procédure applicable, plus particulièrement aux critères de dérogation qui sont prévus par le droit des marchés publics lui-même. Ce n'est qu'en tant que le droit (inter-) cantonal ou international admettrait une telle dérogation et que les critères par lui posés seraient considérés comme remplis, qu'il conviendrait encore d'examiner si cette procédure qui limite l'accès au marché remplit les conditions générales de restriction à la liberté d'accès au marché prévues à l'art. 3 LMI et auxquelles renvoie l'art. 5 al. 1 LMI (cf. CLERC, *ad art. 5 LMI, in op. cit.*, n. 169 p. 2045; CLERC, *op. cit.*, p. 394;

DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, *in op. cit.*, p. 251; DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, *in op. cit.*, p. 180). La LMI s'applique dans cette hypothèse en tant que loi subsidiaire, posant un standard minimum (cf. consid. 3.1.5 supra).

5.2. Pour justifier l'absence de procédure ouverte au profit d'une procédure sur invitation non publiée, l'intimée a invoqué l'urgence à mettre en place le système de la « taxe au sac » dans un délai très bref, motif de restriction que le Tribunal cantonal a admis dans son arrêt entrepris, mais que conteste la COMCO.

5.2.1. L'art. 12^{bis} al. 1, 2^eme phrase, AIMP - applicable en la présence d'un marché public soumis à l'AMP (cf. consid. 3 supra) - précise que, dans des cas particuliers déterminés par les traités internationaux eux-mêmes, les marchés qui leur sont soumis « peuvent être passés selon la *procédure de gré à gré* », selon laquelle l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres (art. 12 al. 1 let. c AIMP).

Cette précision ne revient cependant pas à interdire la mise en place d'une procédure plus « étendue », telle une procédure sur invitation, en vertu de laquelle l'adjudicateur invite des soumissionnaires déterminés à présenter une offre dans un délai donné, sans publication, l'adjudicateur devant si possible demander au moins trois offres (cf. art. 12 al. 1 let. b^{bis} AIMP; art. 7 al. 1 let. b^{bis} LMP/VD). Il s'agit en définitive de la concrétisation de l'adage *a maiore minus*. La formulation potestative de l'art. 12^{bis} al. 1, 2^eme phrase, AIMP implique donc que l'adjudicateur puisse choisir un mode d'adjudication plus ouvert. Cette conception correspond au demeurant à celle de la doctrine et à la jurisprudence d'instances inférieures, à laquelle celle-ci se réfère; ces sources retiennent en effet, à juste titre, qu'en tant que procédure plus respectueuse du principe de la libre concurrence (mise en concurrence limitée), la procédure sur invitation peut en règle générale être ordonnée là où une procédure de gré à gré s'avère licite (cf. BEYELER, *op. cit.*, n. 2917 s. p. 1593 s.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER *op. cit.*, n. 279 p. 123, n. 321 p. 145 et n. 352 p. 156, ainsi que les jurisprudences et auteurs cités; voir également DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, p. 85; POLTIER, *op. cit.*, n. 248 s. p. 154 s. et n. 251 p. 157).

5.2.2. L'AMP ne consacre pas explicitement de procédure sur invitation. Hormis la procédure d'appel d'offres ouverte (art. VII par. 3 let. a AMP), cet accord connaît la procédure d'appel d'offres sélective mentionnée précédemment, en vertu de laquelle, conformément au par. 3 de l'art. X et aux autres dispositions pertinentes de l'AMP, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité (art. VII par. 3 let. b AMP), de même que la procédure d'appel d'offres limitée, selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées à l'art. XV (art. VII par. 3 let. c AMP). La procédure sur invitation de l'AIMP se situe à mi-chemin entre les procédures sélective et limitée de l'AMP. Contrairement à la procédure sélective, la première procédure s'effectue toutefois sans publication; cela dit, il peut être renon-

cé à la publication officielle également pour la procédure sélective lorsque les conditions de la procédure de gré à gré seraient réunies (cf. art. IX par. 3 AMP, renvoyant aux conditions dérogatoires de l'art. XV AMP). Par ailleurs, à la différence de la procédure sélective, la procédure sur invitation ne permet en principe pas de prendre en considération les fournisseurs demandant à soumissionner pour le marché envisagé; selon l'art. X par. 3 AMP, il pourra néanmoins être dérogé à cette condition si la procédure de qualification ne peut être accomplie en temps voulu. Il en découle que, pour se conformer à l'AMP, le pouvoir adjudicateur doit avoir appliqué la procédure sur invitation prévue par l'AIMP en observant les dérogations permises par l'AMP, en l'occurrence celles permettant d'organiser un appel d'offres limité (art. XV AMP).

5.2.3. Selon l'art. XV par. 1 let. c AMP, les dispositions des art. VII à XIV (cf., en particulier, art. IX - invitation à soumissionner; art. XI - délais pour la présentation des soumissions et la livraison), qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables, un appel d'offres limité étant envisageable (cf. art. IX par. 1 AMP):

« pour autant que cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu ».

En d'autres termes, lorsque des « raisons d'extrême urgence » sont établies au sens de l'art. XV par. 1 let. c AMP, le pouvoir adjudicateur d'un marché public régi par les traités internationaux sera en droit de déroger aux procédures de soumission usuelles. Il pourra ainsi, en particulier, opter pour une procédure d'appel d'offres limitée, en vertu de laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement (cf. art. VII par. 3 let. c AMP), sans publication préalable (cf. Message du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay], *in* FF 1994 IV 1, p. 350 ch. 2.6.2.3.2 *in fine*; ci-après: Message 1 GATT).

L'exception des « raisons d'extrême urgence », qui trouve son fondement en droit international, est encore développée dans le droit cantonal vaudois. Ainsi, l'art. 8 al. 1 let. e RLMP/VD prévoit que:

« L'adjudicateur peut adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si l'une des conditions suivantes est remplie: (...) en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ».

Bien que la disposition cantonale précitée vise spécifiquement la procédure de gré à gré, elle trouve à s'appliquer par analogie à la procédure sur invitation à la faveur d'une interprétation *e contrario* des exceptions (concernant les délais et publications) énumérées à l'art. 9 RLMP/VD, aux termes duquel:

« Les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur

invitation à l'exception des art. 13, 20 et 39 du présent règlement qui se rapportent aux délais et publications. »

5.3. À la lumière de ce qui précède, il convient de déterminer les conditions qui fondent une situation d'urgence au sens de l'art. XV AMP et de l'art. 8 al. 1 let. e

5.3.1. Le Tribunal cantonal, se référant à sa pratique, a considéré que la clause d'urgence permettant de déroger à la procédure ouverte et à la nécessité de publier un appel d'offres ne pouvait être invoquée par l'adjudicateur que si les conditions cumulatives suivantes étaient réalisées: (1) la survenance d'un événement imprévisible; (2) à l'origine d'une situation d'urgence impérieuse; (3) l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur; (4) l'urgence est telle que l'autorité d'adjudication ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'un appel d'offres public; (5) le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (arrêt entrepris, consid. 14 p. 4; cf. aussi GALI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 364 p. 165, se référant à l'arrêt GE 00/0136 du Tribunal administratif vaudois du 24 janvier 2001 consid. 4b, *in* RDAF 2002 I 142).

5.3.2. Tel que le relève à juste titre Tridel SA, cette interprétation de l'urgence s'inspire (aussi) de la directive de l'Union européenne (UE) 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114; ci-après: la Directive [2004/18/CE]), respectivement de la jurisprudence rendue à son sujet ou à propos de la précédente directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5). Selon l'art. 31 par. 1 let. c de la Directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché

« dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché (...). Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs. »

La terminologie employée (« strictement nécessaire »; « l'urgence impérieuse »; « en aucun cas ») ainsi que la jurisprudence rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne (anciennement des Communautés européennes) dénotent que la clause d'urgence alléguée par les pouvoirs adjudicateurs, dont les conditions doivent être réalisées cumulativement, ne doit être admise que de façon très restrictive, aussi par rapport au critère relatif à l'incompatibilité avec les délais exigés, qui doit être exclu dès qu'une procédure accélérée est envisageable (cf. arrêts de la Cour de Justice C-318/94, du 28 mars 1996, *Commission c/ Allemagne*, pts 13 s. et 18; C-57/94, du 18 mai 1995, *Commission c/ Italie*, pt 23; C-107/92, du 2 août 1993, *Commission c/ Italie*, pts 12 ss; C-24/91, du 18 mars 1992, *Commission c/ Espagne*, pts 13 ss; ordonnance C-352/12, du 20 juin

2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri et al. c/ Comune di Barisciano*, pts 52 et 55).

Les développements ainsi consacrés par le droit de l'UE peuvent servir de source d'inspiration aux juridictions suisses. En effet, les règles relatives à la passation des marchés prévues par l'AMP ont essentiellement repris, y compris par rapport aux procédures de passation, les dispositions du droit de l'UE (CLERC, *op. cit.*, p. 287 s.; KING/DE GRAAF, L'Accord sur les marchés publics dans le cadre de l'« Uruguay Round », *in* Revue du marché unique européen, 4/1994, p. 67 ss, 68; POLTIER, *op. cit.*, n. 79 p. 42).

5.4. Le Tribunal cantonal a, dans le cas d'espèce, admis que la condition de l'urgence était remplie. En substance, il a considéré que ce n'était qu'à partir de la modification de la LGD/VD du 3 juillet 2012 (introduction de l'art. 30a obligeant les communes à adapter leurs règlements sur la gestion des déchets, notamment, pour certaines d'entre elles, par l'introduction d'une « taxe au sac »), adoptée à la suite de l'ATF 137 I 257, que Tridel SA pouvait organiser un appel d'offres. Or, ce délai « extrêmement court » de cinq mois entre l'adoption et l'entrée en vigueur, fixée au 1er janvier 2013, de l'art. 30a LGD/VD rendait impossible la configuration d'une procédure ouverte par Tridel SA, qui avait agi sans atermoiement et par ailleurs opté pour la procédure sur invitation moins restrictive que celle de gré à gré.

5.5. À l'aune des principes dégagés et des positions défendues ci-avant, il sied d'examiner si les conditions pour admettre une dérogation, basée sur l'urgence, à l'organisation d'un appel d'offres ouvert sont concrètement remplies.

5.5.1. Dans son arrêt du 4 juillet 2011 relatif à la gestion des déchets par Romanel-sur-Lausanne, la Cour de céans a, notamment, jugé que la disposition communale instituant une taxe forfaitaire indépendante de la quantité de déchets urbains remise était contraire à l'art. 32a al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE; RS 814.01), en vertu duquel les cantons veillent à ce que les coûts de l'élimination des déchets urbains, pour autant que celle-ci leur soit confiée, soient mis, par l'intermédiaire d'émoluments ou d'autres taxes, à la charge de ceux qui sont à l'origine de ces déchets (ATF 137 I 257 consid. 6 p. 268 ss). Cet arrêt confirme le principe du pollueur-payeur ainsi que l'obligation des cantons ou, sur délégation par ceux-ci (cf. art. 11 et 14 LGD/VD), des communes de prévoir des taxes causales incitatives en matière de déchets urbains, qui avaient déjà été mis en évidence dans l'ATF 125 I 449 (consid. 3b/bb p. 455). Après l'écoulement de plus de dix ans depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1997, de l'art. 32a LPE (RO 1997 2243, p. 2248), les cantons ne pouvaient plus se prévaloir d'un quelconque régime transitoire pour faire exception au principe de causalité (ATF 137 I 257 consid. 4.3.2 p. 264). L'ATF 137 I 257 a en outre insisté sur la circonstance que l'art. 32a LPE constituait une disposition-cadre posant des principes généraux sur le financement des installations de ramassage et d'élimination des déchets que les cantons et les communes devaient concrétiser dans leur législation, si bien qu'il laissait à la collectivité publique une grande liberté dans l'aménagement des

taxes, sans lui prescrire un modèle spécifique, notamment sous la forme d'une « taxe au sac » (cf. ATF 137 I 257 consid. 6.1 p. 268; 129 I 290 consid. 3.2 p. 296).

Au vu de ces éléments et comme le relève la recourante, l'ATF 137 I 257 n'entre pas en ligne de compte comme « événement imprévisible » déclencheur d'une situation d'urgence permettant de déroger aux règles en matière de marchés publics. En effet, ce n'est pas tant l'obligation pour les cantons et communes de transposer sans plus attendre l'art. 32a LPE qui est à la base de l'urgence litigieuse, mais l'obligation spécifique, non imposée par la LPE, d'introduire une « taxe au sac » dans un délai déterminé. Or, cette obligation découle du choix du législateur cantonal.

5.5.2. L'événement déterminant qui, selon le Tribunal cantonal et l'intimée, pouvait justifier l'urgence est donc l'adoption par le législateur cantonal, le 3 juillet 2012, de l'art. 30a LGD/VD et sa mise en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2013 par le Conseil d'État vaudois.

Il est certes vrai que le délai d'environ six mois que le canton a laissé aux communes vaudoises pour veiller à ce que le 40 % des coûts d'élimination des déchets urbains, au minimum, soit financé par une taxe proportionnelle à la quantité de déchets urbains produits (cf. art. 30a al. 1 et 2 LGD/VD) était, en théorie, à même de générer une situation d'urgence au sens de la réglementation sur les marchés publics. En effet, l'organisation d'un marché public en bonne et due forme (préparation d'un cahier des charges par rapport à une matière relativement complexe, détermination de la procédure de soumission, publication officielle de l'appel d'offres, délai minimum de 40 jours, selon l'art. 20 al. 1 let. a RLMP/VD, pour la présentation d'une offre depuis la publication, examen des offres et adjudication, etc.) en l'espace de quelques mois seulement est ardue. À ce titre, la suggestion de la recourante selon laquelle Tridel SA aurait pu, dans une telle hypothèse, souverainement dépasser le délai fixé pour la mise en vigueur de l'art. 30a LGD/VD afin d'organiser un marché public ouvert, dès lors que les retards dans la mise en œuvre accusés par d'autres communes vaudoises n'avaient été suivis d'aucune conséquence, ne saurait être admise, dès lors qu'elle procède d'une appréciation a posteriori de la situation et reviendrait à cautionner une violation du droit par une commune.

Quoi qu'il en soit, il résulte cependant des faits établis dans l'arrêt querellé que Tridel SA a mis en place la procédure d'appel d'offres sur invitation le 26 avril 2012, soit déjà bien *avant* l'adoption de l'art. 30a LGD/VD en date du 3 juillet 2012. De plus, le contrat entre Tridel SA et l'adjudicataire retenu a été conclu le 17 juillet 2012, soit quelques jours seulement après l'adoption de la nouvelle et *bien avant* l'entrée en vigueur de cette disposition, prévue au 1^{er} janvier 2013. Il s'ensuit que l'appréciation des juges cantonaux selon laquelle Tridel SA se serait vue contrainte de réagir en urgence après l'adoption de l'art. 30a LGD/VD est manifestement inexacte (art. 105 al. 2 LTF). Tridel SA disposait de plusieurs mois additionnels pour mettre en œuvre le marché public de la « taxe au sac » puisqu'elle avait agi déjà au mois d'avril, de sorte qu'elle ne pouvait de bonne foi se prévaloir de la clause d'urgence pour déroger au prin-

cipe d'un appel d'offres selon la procédure ouverte et respectueuse des normes de publication.

5.5.3. La renonciation à la mise en œuvre d'une procédure ouverte ou sélective au profit d'une procédure sur invitation n'était partant pas admissible. Le choix de la procédure d'adjudication par Tridel SA, mise en place en avril 2012 en lien avec des dispositions à appliquer à partir de janvier 2013, a donc violé les règles essentielles du droit des marchés publics concernant l'obligation générale d'organiser une procédure ouverte (cf. art. VII par. 3 AMP, 12^{bis} al. 1 AIMP et 7a al. 1 LMP/VD) et l'art. 5 al. 1 LMI.

5.6. La violation du droit des marchés publics constatée ci-dessus (consid. 5.5 supra) est d'autant plus manifeste que le pouvoir adjudicateur aurait aussi pu, à la place d'une procédure sur invitation, opter pour une procédure ouverte avec des délais raccourcis (cf. art. XI par. 3 let. c AMP et art. 20 al. 3 let. c RLMP/VD, en lien avec l'art. 13 let. c AIMP, évoquant le « délai suffisant »). D'une part, le délai usuel de quarante jours pour la présentation d'une offre peut être réduit à un minimum de dix jours depuis la publication de l'appel d'offres. D'autre part, il résulte du dossier que la procédure sur invitation, qui s'était du reste accompagnée d'un cahier des charges élaboré remis aux candidats, avait octroyé aux soumissionnaires potentiels un délai de vingt jours et s'était clôturée après trois mois déjà (cf. appel d'offres du 26 avril 2012 en vue d'une soumission jusqu'au 16 mai 2012 et lettre d'adjudication de Tridel SA du 22 juin 2012). Au vu de ces éléments et du régime des exceptions admis par le droit des marchés publics, un marché ouvert aurait ainsi raisonnablement pu être organisé par l'intimée.

En conséquence, bien qu'il faille de façon générale reconnaître une certaine marge de manœuvre à l'adjudicateur se trouvant face à une situation d'urgence non fautive (hypothèse du reste non réalisée), Tridel SA aurait pu, dans les presque six mois dont elle disposait avant l'entrée en vigueur de la nouvelle cantonale, opter, à tout le moins, pour une procédure ouverte avec un délai au besoin raccourci au lieu de choisir, comme elle l'a fait, une procédure sur invitation.

Compte tenu des violations constatées ci-avant, le reproche de la COMCO, selon lequel l'adjudicateur aurait en outre violé le principe de la proportionnalité en adjudicant le marché pour une durée excessive de cinq ans, alors qu'il lui aurait été loisible d'en limiter l'attribution pour la seule période indispensable à l'organisation d'une procédure ouverte en bonne et due forme, souffre de rester indécis.

5.7. Il suit de ce qui précède que les conditions qui auraient permis à Tridel SA de déroger au principe d'un appel d'offres ouvert ne sont pas réunies en l'absence d'une situation d'extrême urgence. Le pouvoir adjudicateur était partant tenu d'organiser un appel d'offres selon la procédure ouverte, au besoin en réduisant les délais impartis pour soumissionner. En renonçant, comme elle l'a fait, à la mise en œuvre d'une telle procédure, Tridel SA a donc violé les dispositions idoines de l'AMP et de l'AIMP, telles que précisées par les règles de droit cantonal figurant dans les LMP/VD et RLMP/VD, relatives à la passation des marchés publics selon la procédure

ouverte. Illicite pour ce motif déjà, la restriction au libre accès au marché découlant du choix de la procédure d'adjudication devra être constatée comme telle, sans qu'il n'y ait lieu de se demander si elle était, de surcroît, conforme aux conditions de l'art. 3 LMI (cf. consid. 5.1 supra).

6.

Reste la question de la publication du marché.

En optant pour l'organisation d'une procédure sur invitation, alors qu'elle aurait pu organiser un marché ouvert, Tridel SA a en effet fait l'impasse sur la plupart des formes de publication. Or, en la présence, comme en l'espèce (consid. 4.1 supra), d'un marché de grande importance et dès lors que, ne pouvant se prévaloir d'aucune clause dérogatoire, Tridel SA aurait dû observer la procédure ouverte ou sélective, il lui aurait également incombé de publier l'appel d'offres, en particulier conformément aux art. VIII let. a et IX par. 1 AMP, 12 al. 1 let. a et b et 13 al. 1 let. a AIMP, 6 al. 1 let. h et 7 al. 1 let. a et b LMP/VD, ainsi que 11 ss RLMP/VD (la publication a posteriori de l'adjudication sur le site Internet simap, selon l'art. 39 RLMP/VD, ne suffisant pas). Le non-respect de ces principes a non seulement porté atteinte à la libre concurrence, mais a aussi eu pour corollaire, tel que s'en plaint la COMCO, de diminuer la protection juridique consacrée à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI, en raison de l'absence de publication officielle, (facilement) accessible à un large cercle de personnes, des différentes étapes de la procédure de soumission et d'adjudication, y compris des décisions y relatives.

Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur a par ailleurs violé le principe de transparence (cf. aussi, à ce sujet, ATF 125 II 86 consid. 7 p. 99 ss; arrêts 2P.148/2006 du 2 octobre 2006 consid. 3.1; 2P.74/2002 du 13 septembre 2002 consid. 3.3; 2P.4/2000 du 26 juin 2000 consid. 4d, in ZBI 102/2001 p. 215) garanti par l'art. 5 al. 2 LMI et concrétisé par les dispositions internationales et (inter-)cantonales précitées.

7.

En conclusion, l'adjudication du marché de la « taxe au sac » dans les périmètres communaux desservis par Tridel SA a indûment restreint l'accès au marché, au sens de l'art. 9 al. 2^{bis} LMI en lien avec le droit cantonal et intercantonal auquel renvoie l'art. 5 al. 1 LMI, et a violé le principe de transparence garanti par l'art. 5 al. 2 LMI. Il incombe au Tribunal fédéral de constater cette violation dans le dispositif du présent arrêt. Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé.

Compte tenu de l'issue du recours, il n'est pas nécessaire de traiter des autres griefs développés par la COMCO à l'encontre de l'arrêt cantonal, dès lors qu'ils ne sont pas de nature à modifier ce résultat.

8.

Selon l'art. 66 al. 4 LTF, en règle générale, (...) les communes et les organisations chargées de tâches de droit public ne peuvent se voir imposer de frais judiciaires s'ils s'adressent au Tribunal fédéral dans l'exercice de leurs attributions officielles sans que leur intérêt patrimonial soit en cause ou si leurs décisions font l'objet d'un recours.

8.1. Tridel SA, qui succombe, est une société anonyme détenue (indirectement, soit via d'autres entreprises communales) par les communes des périmètres de gestion des déchets concernés. Elle a été chargée par la législation vaudoise, notamment le plan de gestion des déchets cantonal, en accord avec ses statuts (« traitement des déchets urbains (...) provenant des zones d'apport qui lui sont assignées par la législation vaudoise et par le plan cantonal vaudois sur la gestion des déchets »), d'une tâche de droit public. Il y a lieu d'admettre un intérêt patrimonial de Tridel SA, en raison de la nature même et des objectifs poursuivis par le droit des marchés publics (cf. ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214; arrêt 2D_58/2013 du 24 septembre 2014 consid. 8, non publié in ATF 140 I 285. Cf. aussi CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in a nutshell, 2014, p. 1 ss; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 222 ss p. 73 s.).

8.2. Il n'y a pas lieu de déroger à ce principe pour la seule raison que le marché en cause porte sur l'instauration d'un système de taxe causale (cf. art. 32a LPE; ATF 138 II 111 consid. 6 p. 133; 137 I 257 consid. 4.2 p. 262 et consid. 6.1.1 p. 269), taxe qui est par définition soumise aux principes de l'équivalence et de la couverture des frais (cf., s'agissant de ces principes, ATF 138 II 70 consid. 5.3 p. 73; 135 I 130 consid. 2 p. 133; arrêt 2C_160/2014 du 7 octobre 2014 consid. 6.2.2). En effet, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que le système mis en place pour la concrétisation et la perception de la « taxe au sac » soit le plus compétitif et économique possible. Partant, son intérêt patrimonial est en jeu comme dans tout autre marché public. De surcroît, on peut relever que, dans le domaine relatif à la mise en place et la gestion de la « taxe au sac », l'adjudication transparente et économe du marché s'avère cruciale pour Tridel SA et les communes concernées. Ce, dans la mesure où la perception d'une taxe causale trop élevée sur les sacs de déchets urbains induirait des effets contraires à ceux escomptés par la LPE, en particulier l'élimination illégale des déchets urbains (cf. ATF 137 I 257 consid. 4.3.1 p. 263), obligeant soit les collectivités de déroger au mode de financement selon le principe du pollueur-payeur pour maintenir un montant de taxation tolérable (cf. art. 31b al. 1 et art. 32a al. 2 LPE), soit d'assumer elles-mêmes le coût de l'élimination des déchets urbains « sauvages » dont le détenteur n'aura pas pu être identifié (cf. art. 32 al. 2 LPE; ATF 137 I 257 consid. 3.2 p. 260 s.). En conclusion, la passation du marché de la « taxe au sac » revêt un intérêt patrimonial certain pour le pouvoir adjudicateur, de sorte que les frais judiciaires doivent être mis à la charge de Tridel SA.

8.3. La cause sera renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il statue à nouveau sur les frais de la procédure menée devant lui (cf. art. 67 LTF). Par ailleurs, il ne sera pas alloué de dépens, la recourante étant une autorité fédérale indépendante (cf. art. 19 al. 1 LCart [RS 251]) chargée de tâches de droit public (art. 68 al. 3 LTF; cf. arrêts 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 15, non publié in ATF 139 I 72; 2C_292/2008 du 12 décembre 2008 consid. 4.2, non publié in ATF 135 II 60).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:**1.**

Le recours en matière de droit public est admis.

2.

L'arrêt du Tribunal cantonal du 30 octobre 2013 est annulé. Il est constaté que la décision de Tridel SA du 22 juin 2012, confirmée par sa décision du 26 mars 2013, d'adjuger selon la procédure sur invitation le marché relatif à la mise en œuvre et à la gestion de la "taxe au sac" dans les périmètres communaux concernés a indûment restreint l'accès à ce marché au sens des considérants.

3.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

4.

Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

5.

La cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour nouvelle décision sur les frais de la procédure antérieure.

6.

Le présent arrêt est communiqué à la Commission fédérale de la concurrence, à Tridel SA, ainsi qu'au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public.

B 4

3. Urteil des Bundesgerichts vom 21. August 2015 – Submission

Publikation eines Bundesgerichtsurteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

2C_919/2014, 2C_920/2014

Urteil vom 21. August 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Verfahren 2C_919/2014

Verfahrensbeteiligte

A. AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch [...],

gegen

Gemeinde U.,

Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...],

B. AG.

Verfahren 2C_920/2014

Verfahrensbeteiligte

Wettbewerbskommission WEKO,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde U.,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch [...],

B. AG,

A. AG,

vertreten durch Dr. Bertrand Barbey.

Gegenstand

Submission,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 28. August 2014.

Sachverhalt:**A.**

Die Gemeinde U. lud mit Schreiben vom 6. Februar 2014 sechs Unternehmen, worunter die B. AG und die C. AG, ein, eine Offerte für die Beschaffung, Installation und Einführung von Gemeinde-Fachapplikationen (neue Softwareinfrastruktur) einzureichen. Innerhalb Frist gingen fünf Angebote ein, worunter je eines der Firma B. AG und der A. AG, welche durch Vermittlung der C. AG offeriert hatte und in der Folge ebenfalls zum Verfahren zugelassen worden war. Am 28. April 2014 erteilte die Gemeinde den Zuschlag der Firma B. AG.

B.

Dagegen erhob die A. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Vergabe aufzuheben und den Zuschlag an sie zu erteilen, eventuell die Sache zu neuer Entscheidung, subeventuell zur Durchführung einer Ausschreibung im offenen Verfahren, an die Vergabestelle zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht untersagte mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2014 der Gemeinde einstweilen, den Vertrag abzuschliessen. Mit Urteil vom 28. August 2014 wies es sodann die Beschwerde ab. Es erwog, die Anbieterin sei zur Rüge, es sei zu Unrecht ein Einladungsverfahren durchgeführt worden, nicht legitimiert, da sie dadurch keine Nachteile erlitten habe. Die Vergabe sei auch materiell nicht zu beanstanden.

C.

C.a. Die A. AG erhob am 6. Oktober 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C_919/2014) mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen, wobei diese anzuweisen sei, die Bewertung der Kriterien Lösungskonzept sowie Wirtschaftlichkeit und Kosten in einer für die Anbieter nachvollziehbaren Weise nachzuholen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zur Durchführung einer neuen Ausschreibung im offenen Verfahren durchzuführen, subeventualiter sei festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig sei. Zudem beantragte sie Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

C.b. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) erhob am 6. Oktober 2014 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Verfahren 2C_920/2014) mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass das Verwaltungsgericht mit seinem Urteil den freien Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

C.c. Das Verwaltungsgericht beantragt, beide Beschwerden abzuweisen. Die Gemeinde U. beantragt, auf die Beschwerde der A. AG sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen; die Beschwerde der WEKO sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die B. AG hat keine Stellungnahme eingereicht.

C.d. Mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. November 2014 im Verfahren 2C_919/2014 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abgeschrieben.

Erwägungen:

1.

Die beiden Beschwerden richten sich gegen den nämlichen Entscheid und betreffen den gleichen Sachverhalt. Es rechtfertigt sich daher, die Verfahren zu vereinigen.

2.

2.1. Gegen den Endentscheid des Verwaltungsgerichts ist grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 Bst. a, Art. 86 Abs. 1 Bst. d und Art. 90 BGG).

2.2. Art. 83 Bst. f BGG schliesst jedoch die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (BGE 133 II 396 E. 2.1 S. 398).

2.3. Schwellenwert

2.3.1. Der massgebende Schwellenwert beträgt aktuell für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 230'000.-- (Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]).

2.3.2. Die Vorinstanz gibt in ihrer Rechtsmittelbelehrung den Streitwert (vgl. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG) nicht zahlenmässig an, führt aber aus, der Auftragswert übersteige den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert. Die A. AG führt aus, der Schwellenwert sei deutlich überschritten; sie geht davon aus, es gehe um einen Dauerauftrag mit unbestimmter Laufzeit, so dass gemäss kantonalem Recht der Auftragswert anhand der jährlichen Rate multipliziert mit 4 zu berechnen sei, was mindestens Fr. 413'600.-- ergebe. Die WEKO trägt vor, gemäss dem angefochtenen Entscheid werde eine Laufzeit von fünf Jahren angenommen mit einer Annuität von mindestens rund Fr. 121'000.--, so dass der Schwellenwert überschritten sei. Die Beschwerdegegnerin bringt vernehmlassungsweise vor, Vertragsgegenstand seien nur die Fachapplikationen von geschätzten rund Fr. 100'000.-- 150'000.--; der Zuschlagspreis sei bei Fr. 202'100.-- gelegen.

2.3.3. Nach dem angefochtenen Entscheid enthielten die beiden hier zur Diskussion stehenden Offerten Investitionskosten von Fr. 256'839.19 bzw. Fr. 289'526.40; hinzu kamen jährliche Betriebskosten; diese Kosten wurden von der Vorinstanz bei Laufzeiten von fünf bzw. zehn Jahren in Annuitäten umgerechnet. Die Beschwerde-

gegnerin bringt vor, diese Laufzeit sei nur relevant gewesen für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Anschaffung, doch seien nur die Beschaffung, Installation und Einführung der Fachapplikation ausgeschrieben gewesen und nicht ein langjähriger Betriebsvertrag. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich nicht restlos klar, was überhaupt Gegenstand des Zuschlagsentscheids ist. Aus dem Offertöffnungsprotokoll geht aber hervor, dass die Offerten sowohl einen „Offertbetrag Investition“ als auch einen „Offertbetrag Betrieb“ enthielten. Mit dem Zuschlagsentscheid vom 28. April 2014 beauftragte der Gemeinderat den Projektbeauftragten u.a. mit der Ausarbeitung des Vertragswerks, der Definition des schlussendlichen Funktionsumfangs der Module und der definitiven Investitions- und Betriebskosten. Im Evaluationsbericht, auf den sich die Beschwerdegegnerin beruft, steht zwar auf S. 4, alle Angebote seien unter dem Wert von Fr. 250'000.-- geblieben, doch widerspricht das dem Offertöffnungsprotokoll, selbst wenn nur die Offertbeträge Investition berücksichtigt werden. Zudem ergibt sich aus den S. 9 f. des Evaluationsberichts, dass sowohl offerierte Investitionskosten als auch offerierte Betriebskosten in die Evaluation einbezogen wurden. Es ist somit davon auszugehen, dass zumindest für einige Zeit auch der Betrieb Gegenstand der Beschaffung war. Die Voraussetzung des Schwellenwertes ist damit erfüllt.

2.4. Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21). Dies ist im Folgenden für die beiden Beschwerdeführerinnen zu prüfen.

3.

3.1. Die A. AG ist als unterlegene Anbieterin, die bei einem Obsiegen mit ihren Anträgen reelle Chancen auf den Zuschlag hätte, zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG; BGE 141 II 14 E. 4 S. 27 ff.).

3.2. Die rechtlich vertretene Beschwerdeführerin führt einleitend aus, der angefochtene Entscheid werfe Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, unterlässt es aber, unter den Eintretensvoraussetzungen diese Rechtsfragen darzulegen. In der materiellen Beschwerdebegründung kritisiert sie verschiedene Aspekte, nämlich die Frage, nach welchen Kriterien der Schwellenwert im Einladungsverfahren zu berechnen sei, die angebliche Befangenheit des IT-Beraters der Gemeinde, die ihres Erachtens zu offene Umschreibung des Leistungsgegenstands, die nicht nachvollziehbare Bewertung der Angebote und den Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin zu einer neuen Offertlegung eingeladen worden sei. Es handelt sich zum Teil um Aspekte, die für den Verfahrensausgang nicht entscheidend

sind, so die Frage der nachträglichen Offertanpassung der Zuschlagsempfängerin: Die Vorinstanz hat nämlich ausgeführt, dies sei wohl unzulässig, doch habe sich dieser Fehler nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt, da sich das Angebot der Zuschlagsempfängerin auch unter Ausserachtlassung der nachträglich tieferen Preise vor dem Angebot der Beschwerdeführerin platziere. Unter diesen Umständen liegt diesbezüglich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Bei den übrigen in der Beschwerde beanstandeten Punkten geht es um blosse Anwendung bekannter und gefestigter Grundsätze auf den Einzelfall. Mit ihrem Eventualantrag auf Rückweisung zur Durchführung einer neuen Ausschreibung im offenen Verfahren könnte die Beschwerdeführerin zwar allenfalls eine ähnliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen wie die WEKO in ihrer Beschwerde (vgl. hinten E. 4), doch wird dieser Antrag nicht in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid begründet (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG), so dass darauf nicht eingetreten werden kann.

3.3. Insgesamt wirft die Beschwerdeführerin somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Ihre Eingabe ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig. Sie könnte grundsätzlich als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden (Art. 113 ff. BGG), doch würde dies voraussetzen, dass darin rechtsgenüchlich vorgebracht und begründet wird, inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt werden (Art. 116 und 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Solche Rügen sind in der Beschwerdeschrift nicht enthalten. Auf die Beschwerde der A. AG kann deshalb nicht eingetreten werden.

4.

4.1. Die WEKO kann nach Art. 9 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Der diskriminierungsfreie Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten gilt als Grundsatz des freien Zugangs zum Markt (Art. 5 BGBM im 2. Abschnitt des Gesetzes); dessen Verletzung stellt eine unzulässige Marktbeschränkung im Sinne von Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM dar (BGE 141 II 113 E. 1.5 S. 122 f.).

4.2. Die WEKO wirft als Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf:

Muss die kantonale Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 5, 3 und 9 BGBM von Amtes wegen die Zuschlagsverfügung für einen öffentlichen Auftrag aufheben bzw. deren Rechtswidrigkeit feststellen, wenn der Auftrag in binnenmarktrechtswidriger Weise ohne öffentliche Ausschreibung vergeben wurde, selbst wenn die Beschwerdeführerin zum Vorbringen dieser Rüge gemäss kantonalem Verwaltungsrecht nicht berechtigt ist ?

Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung, die von den kantonalen Gerichten teilweise unterschiedlich beantwortet wird, für die Praxis wegleitend sein kann und von ihrem Gewicht her nach

einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

4.3. Streitgegenstand ist nicht, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht ein Einladungsverfahren durchgeführt hat bzw. Art. 5 BGBM verletzt hat. Denn das Verwaltungsgericht hat diese Frage gerade nicht beurteilt, so dass insoweit kein anfechtbarer Entscheid (Art. 86 Abs. 1 BGG) vorliegt. Streitig ist einzig, ob das Verwaltungsgericht eine solche Verletzung hätte prüfen müssen. Das Verfahrensrecht stellt Anforderungen auf, die erfüllt sein müssen, damit ein Entscheid materiell überprüft werden kann. Wenn ein Gericht zu Unrecht auf eine Beschwerde nicht eintritt oder eine Frage nicht prüft, so hat es das massgebliche Verfahrensrecht falsch angewendet, aber nicht das materielle Recht verletzt. Soweit allerdings die falsche Anwendung von Verfahrensrecht dazu führt, dass Entscheide, die möglicherweise Art. 5 BGBM verletzen, nicht materiell überprüft werden, kann die WEKO dies rügen, weil sonst im Ergebnis eine potenziell unzulässige Marktbeschränkung nicht festgestellt werden könnte. Das Begehren der WEKO, es sei festzustellen, dass die Vorinstanz den freien Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt habe, ist in diesem Sinne zulässig.

4.4. Liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde ein und prüft diese alsdann nach Massgabe der Art. 95 ff. und 105 ff. BGG umfassend, nicht nur in Bezug auf diejenigen Fragen, die von grundlegender Bedeutung sind (BGE 141 II 14 E. 1.2.2.4 S. 22 f.). Es kann namentlich auch aus einem anderen Grund als demjenigen, auf den sich die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bezieht, die Beschwerde gutheissen und den angefochtenen Entscheid aufheben. Es kann im Rahmen der Parteibegehren (Art. 107 Abs. 1 BGG) auch aus einem in der Beschwerde gar nicht angeführten Grund die Beschwerde gutheissen (Motivsubstitution; Urteil 2C_913/2014 vom 4. November 2014 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 140 II 409; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89; 140 V 136 E. 1.1 S. 137 f.). In Bezug auf die Beschwerde der WEKO ist jedoch zu beachten, dass diese - wie sie das richtigerweise auch getan hat - nur eine Feststellung, nicht die Aufhebung des angefochtenen Entscheids beantragen kann; das Beschwerderecht der WEKO will dieser ein Instrument in die Hand geben, um die Verwirklichung des Binnenmarktes voranzutreiben, indem offene und zentrale Fragen des Marktzugangs einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden können, nicht aber einem Anbieter zum Zuschlag verhelfen (Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBI 2005 490 Ziff. 2.6; BGE 141 II 113 E. 1.5 und 1.7 S. 122 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 S. 185 f.; vgl. auch Urteil 2C_85/2008 vom 24. September 2008 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 134 II 329). Im Lichte dieser Zielsetzung drängt es sich nicht auf, den angefochtenen Entscheid umfassend zu überprüfen; vielmehr beschränkt sich das Gericht auf die Beantwortung der von der WEKO aufgeworfenen Fragen. Insbesondere rechtfertigt es sich nicht, den angefochtenen Entscheid im Lichte der von der A. AG vorgebrachten Rügen zu prüfen.

5.

5.1. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen. Das Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement der WTO [WTO GPA, SR 0.632.231.422]) findet gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang I Annex 2 in Verbindung mit Art. 2 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) auch auf die Vergabeverfahren der schweizerischen Gemeinden Anwendung, sofern die darin genannten Schwellenwerte (für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 200'000.--) überschritten werden. Es sieht in seinem Art. VII die drei Verfahrensarten des offenen, des selektiven und des freihändigen Verfahrens vor. Ausser in den Fällen, in denen nach Art. XV das freihändige Verfahren zulässig ist, veröffentlichen die Beschaffungsstellen für jede geplante Beschaffung eine Einladung zur Teilnahme (Art. IX Abs. 1 WTO GPA). Diese Vorgaben werden für kantonale und kommunale Beschaffungen durch Art. 12 Abs. 1, Art. 12^{bis} Abs. 1 sowie Anhang 1 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2011 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, AS 2003 196) umgesetzt. Die IVöB kennt daneben das Einladungsverfahren, in welchem die geplante Beschaffung nicht öffentlich ausgeschrieben wird, sondern die Vergabestelle eine Anzahl von Anbietern direkt zur Angebotsabgabe einlädt (Art. 12 Abs. 1 Bst. b^{bis} IVöB). Dieses Einladungsverfahren ist gemäss Art. 12^{bis} Abs. 2 IVöB nur im Nicht-Staatsvertragsbereich und unterhalb der Schwellenwerte gemäss Anhang 2 IVöB zulässig (für Lieferungen und Dienstleistungen Fr. 250'000.--).

5.2. Vorliegend hatte die Gemeinde das Einladungsverfahren gewählt. In ihrer Beschwerde an das Verwaltungsgericht hatte die A. AG subeventualiter beantragt, die Sache sei zur Durchführung einer Ausschreibung im offenen Verfahren an die Gemeinde zurückzuweisen. Sie begründete dies damit, der Schwellenwert von Fr. 50'000.-- sei überschritten, so dass das Einladungsverfahren nicht zulässig sei. Das Verwaltungsgericht erwog, die Beschwerdeführerin sei zum Verfahren zugelassen worden; es erwachse ihr aus der Durchführung des Einladungsverfahrens kein Nachteil. Sie sei daher nicht berechtigt zu rügen, die Submission sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt.

5.3. Die WEKO trägt vor, die streitige Beschaffung liege über dem massgeblichen Schwellenwert und hätte gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM amtlich publiziert werden müssen. Die Durchführung des Einladungsverfahrens verstosse gegen Art. 5 BGBM. Gemäss Art. 16 IVöB sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM müsse es einer beschwerdelegitimierten Partei möglich sein, einen Rechtsverstoss gegen Art. 5 BGBM geltend zu machen. Indem das Verwaltungsgericht gestützt auf das kantonale Verfahrensrecht diese Prüfung verweigert habe, ver-

letze es das BGBM und damit auch Art. 49 BV. Das Verwaltungsgericht hätte von Amtes wegen prüfen müssen, ob das Einladungsverfahren zulässig gewesen sei oder eine öffentliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre. Nur so könne eine Umgehung von Art. 5 BGBM wirksam verhindert werden. Mit der Konzeption des Verwaltungsgerichts könnte die falsche Wahl einer Vergabeart nie gerichtlich angefochten werden, da die nicht zugelassenen Dritten mangels Kenntnis des Verfahrens faktisch keine Möglichkeit zur Anfechtung hätten und die eingeladenen die falsche Wahl der Vergabeart nicht rügen könnten.

5.4. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Auffassung, die Wahl des Einladungsverfahrens sei zulässig gewesen, da die ex ante geschätzten Kosten des Projekts unter dem Schwellenwert gelegen seien. Zudem sei der Rechtsschutz gewährleistet. Es sei nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz gestützt auf das kantonale Verfahrensrecht angenommen habe, die A. AG habe kein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der Frage, ob anstelle des Einladungsverfahrens eine Ausschreibung hätte erfolgen müssen.

6.

6.1. Die WEKO wie auch die Beschwerdegegnerin gehen davon aus, dass sich die Legitimation zur Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht richte. Das ist insofern zu präzisieren, als nach Art. 111 Abs. 1 BGG die Legitimation im kantonalen Verfahren mindestens so weit gefasst sein muss wie vor Bundesgericht. Da gegen Entscheide im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens unter gewissen Voraussetzungen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig ist (vorne E. 2.2) muss zumindest dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht die Legitimation des nicht berücksichtigten Anbieters von Bundesrechts wegen mindestens im gleichen Umfang wie nach Art. 89 BGG zugelassen werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 642 f. Rz. 1298; POLTIER/CLERC, in: Martenet/Bovet [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 94 zu Art. 9 BGBM). Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Ob das kantonale Recht diese Mindestanforderungen einhält, ist als Frage des Bundesrechts vom Bundesgericht frei zu prüfen (Art. 95 Bst. a BGG; Urteil 2C_596/2014 vom 6. März 2015 E. 2.2).

6.2. Das die Legitimation begründende schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen. Das blosses Anliegen, dem Prozessgegner einen (behaupteterweise) rechtswidrigen

Vorteil zu verwehren, kann nicht zur Legitimation ausreichen, wenn es nicht mit einem eigenen schutzwürdigen Vorteil für den Beschwerdeführer korreliert (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.).

6.3. Für das Beschaffungsrecht gilt keine Sonderregelung. Die einschlägigen internationalen Abkommen (Art. XX WTO GPA; Art. 5 und Anhang V des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens) sehen zwar eine Beschwerdemöglichkeit der „Anbieter“ vor, regeln aber nicht im Einzelnen, wer unter welchen Voraussetzungen zur Beschwerde legitimiert ist; dies richtet sich nach nationalem Recht. Auch der von der WEKO angerufene Art. 9 BGBM enthält - abgesehen von der Beschwerdebefugnis der WEKO (Abs. 2^{bis}) - keine Sonderregeln zur Legitimation; diese richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln (BGE 141 II 14 E. 2.3 S. 25 f.; 137 II 313 E. 3.2 S. 320; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, S. 311 f. Rz. 399; THOMAS LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, 2013, S. 168; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, S. 259 f.). Nach Art. 89 Abs. 1 BGG bzw. Art. 48 Abs. 1 VwVG (SR 172.021) kann die Legitimation nur bejaht werden, wenn dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwächst (BGE 141 II 14 E. 4.5 S. 30). Das Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters ist in der Regel primär darauf gerichtet, anstelle des Zuschlagsempfängers selber den Zuschlag zu erhalten. Sekundär besteht ein Feststellungsanspruch, wenn sich das Rechtsmittel als begründet erweist, aber mit dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden ist (Art. 9 Abs. 3 BGBM; Art. 18 Abs. 2 IVöB; BGE 132 I 86 E. 3 S. 87 ff.). Der Feststellungsentscheid eröffnet dem nicht berücksichtigten Anbieter gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch (Art. XX Ziff. 7 Bst. c GPA-WTO; Art. 34 BöB). Die Legitimation sowohl für den Primäranspruch auf Aufhebung des Zuschlags als auch für den sekundären Anspruch auf Schadenersatz setzt voraus, dass der nicht berücksichtigte Anbieter bei Obiegen seiner Anträge eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte (BGE 141 II 14 E. 4.6-4.8 S. 31 ff.). Ferner ist legitimiert, wer zu Unrecht gar nicht die Möglichkeit erhalten hat, am Verfahren teilzunehmen (Art. 89 Abs. 1 Bst. a zweite Satzhälfte BGG). Ein nicht eingeladener potenzieller Anbieter kann Beschwerde erheben und geltend machen, es sei zu Unrecht ein freihändiges oder Einladungsverfahren durchgeführt und ihm so die Einreichung eines Angebots verunmöglicht worden, sofern er geltend macht, dass er das zu beschaffende Produkt hätte anbieten können (BGE 137 II 313 E. 3.3.2 S. 321 f.; LOCHER, a.a.O., S. 174 ff.; KASPAR LUGINBÜHL, Die Beschaffungsbeschwerden, 2014, S. 70 f.; POLTIER, a.a.O., S. 262 Rz. 408). Hier zur Diskussion steht jedoch, ob auch ein eingeladener Anbieter, der am Verfahren teilgenommen und ein Angebot eingereicht hat, geltend machen kann, es hätte anstelle des Einladungsverfahrens ein offenes Verfahren durchgeführt werden müssen.

6.4. Die Vorinstanz hat erwogen, die Anbieterin sei zum Einladungsverfahren zugelassen gewesen und habe aus

dessen Durchführung anstelle des offenen oder selektiven Vergabeverfahrens keinen Nachteil erlitten. Sie sei deshalb zur Rüge, die Submission sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt, nicht legitimiert. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Mit ihrer rügespezifischen Beurteilung vermengt die Vorinstanz Beschwerdelegitimation (bzw. Beschwerdebefugnis) und Beschwerdegründe. Die Beschwerdelegitimation richtet sich ausschliesslich nach Art. 89 BGG. Sind dessen Voraussetzungen wie hier erfüllt, ist die Beschwerdeführerin mit sämtlichen der in Art. 95 ff. BGG aufgeführten Rügen zum Verfahren zuzulassen (BGE 137 II 30 E. 2.3 S. 34). Die Beschwerdeführerin kann daher die Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte all jener Rechtssätze verlangen, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinne auf ihre Stellung auswirken, dass ihr im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht.

6.5. Ist auf eine Beschwerde einzutreten, muss sodann nach Art. 110 BGG mindestens eine gerichtliche Instanz im Kanton das Recht von Amtes wegen anwenden. Das gilt auch in Submissionsangelegenheiten (POLTIER/CLERC, a.a.O., N. 105 zu Art. 5 BGBM), hier für das zürcherische Verwaltungsgericht, da es als einzige gerichtliche Instanz im Kanton entscheidet. Art. 110 BGG schliesst zwar nicht aus, dass eine Beschwerde - wie auch vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht (Art. 52 VwVG, Art. 42 BGG) - als Zulässigkeitsvoraussetzung überhaupt eine rechtliche Begründung enthalten muss (BERNARD CORBOZ, Commentaire LTF, 2. Aufl. 2014, N. 22 zu Art. 110 BGG; BERNHARD EHRENZELLER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 20 zu Art. 110 BGG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, S. 274 Rz. 1135 und S. 292). Daraus wird abgeleitet, dass eine Rechtsmittelinstanz trotz Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht verpflichtet ist, wie eine erstinstanzliche Behörde alle möglicherweise relevanten Rechtsfragen von Amtes wegen aufzugreifen, sondern sie sich grundsätzlich darauf beschränken kann, sich mit den Argumentationen der Parteien auseinanderzusetzen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389; CORBOZ, a.a.O., N. 30 zu Art. 106 BGG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., S. 30 Rz. 101 und S. 275 Rz. 1139; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 54 f. Rz. 159; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Vol. II, 3. Aufl. 2011, S. 300 f. und S. 820 f.). Indessen ist eine eigentliche Rügepflicht, wie sie vor Bundesgericht in bestimmten Fällen gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG), im kantonalen Verfahren nicht zulässig (EHRENZELLER, a.a.O., N. 19 zu Art. 110 BGG).

6.6. Im Submissionsrecht ist die legitimationsbegründende Interessenlage des nicht berücksichtigten Anbieters in dem Sinne von dessen Vorbringen abhängig, als er beantragen muss, dass die vor ihm platzierten Anbieter ausgeschlossen oder tiefer rangiert werden, so dass seine eigene reelle Chance auf den Zuschlag erhöht wird (BGE 141 II 14 E. 4.7 und 4.8 S. 31 ff.). Rügt der Anbieter formelle Mängel, verfügt er nur dann über ein schutzwürdiges Interesse, wenn sich durch die Gutheissung der Beschwerde seine Rechtsstellung verbessert. Würden z.B. in einem Einladungsverfahren zu wenige

Anbieter eingeladen, so kann der nicht berücksichtigte Anbieter kein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass neben den zugelassenen Anbietern noch weitere Anbieter am Verfahren teilnehmen können; denn dadurch wird seine eigene Chance auf den Zuschlag nicht grösser, sondern noch kleiner (DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, S. 229; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBI 104/2003, S. 13 f. insb. Fn. 69). Anders präsentiert sich die Situation jedoch, wenn der unterlegene Anbieter derart schwere Verfahrens- oder Zuständigkeitsmängel formeller Natur geltend macht, die eine Wiederholung des ganzen Verfahrens zur Folge haben. In einem neuen Verfahren könnte er ein neues Angebot einreichen und seine Chancen auf den Zuschlag erhöhen sich dadurch. Die Beschwerdelegitimation des unterlegenen Anbieters muss in dem Fall bejaht werden (Urteile 2P.261/2002 vom 8. August 2003 E. 4.6; 2P.176/2003 vom 6. Februar 2004 E. 3.3; vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7 S. 33 f. in fine; BEYELER, a.a.O., S. 316 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 646 f.; WOLF, a.a.O., S. 11, 14; KUONEN, a.a.O., S. 225, 229; MARTIN BERTSCHI, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 42 zu § 21 VRG).

6.7. Vorliegend hat die unterlegene Anbieterin primär den Zuschlag an sich beantragt; subeventualiter hat sie beantragt, die Sache sei zur Durchführung eines offenen Verfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht erwog zunächst (E. 2.1 des angefochtenen Entscheids), nicht berücksichtigte Anbieter seien zur Beschwerde befugt, wenn sie bei Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führte, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können. Dies steht im Einklang mit dem vorne (E. 6.6) Dargelegten. Alsdann erwog die Vorinstanz jedoch, die A. AG sei zur Rüge, die Vergabe sei zu Unrecht im Einladungsverfahren erfolgt, nicht befugt, da ihr aus der Durchführung der Vergabe im Einladungsverfahren kein Nachteil entstanden sei (E. 3 des angefochtenen Entscheids). Das ist zwar insofern richtig, als die Anbieterin am Einladungsverfahren teilnehmen konnte. Massgebend ist jedoch nicht, ob ihr durch die bisherige Durchführung des Verfahrens ein Nachteil entstanden ist, sondern ob sie aus dem Obsiegen ihrer Anträge einen praktischen Nutzen erzielen könnte (vorne E. 6.2 und 6.4). Bei Obsiegen ihres Subeventualantrags auf Wiederholung des Verfahrens hätte die Anbieterin ein neues Angebot einreichen können und damit ihre Chance auf den Zuschlag gewahrt. Sie hätte damit einen praktischen Nutzen gehabt (vorne E. 6.6). Die unterlegene Anbieterin war somit zum Antrag, die Sache sei zur Durchführung eines offenen Verfahrens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, ebenfalls befugt. Ist auf die Beschwerde einzutreten, muss die Vorinstanz in der Folge das Recht von Amtes wegen anwenden, falls sich für entsprechende Fehler Anhaltspunkte aus den Parteivorbringen oder den Akten ergeben oder die rechtlichen Mängel offensichtlich sind (E. 6.5). Die Beseitigung offensichtlicher Mängel durch die richterlichen Behörden soll sicherstellen, dass nicht aufgrund fehlerhafter Voraussetzungen Recht gesprochen wird. Im vor-

liegenden Fall bestehen offenkundige Hinweise für die Wahl des falschen Vergabeverfahrens (E. 2.3), so dass die Vorinstanz diesen rechtlichen Mangel selbst ohne entsprechende Rüge des Beschwerdeführers hätte berücksichtigen müssen (vgl. zur kantonalen Praxis GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 150 f. Rz. 337 f.). Aus Treu und Glauben mag sich umgekehrt zwar ergeben, dass offensichtliche Mängel frühzeitig schon bei der Ausschreibung zu beanstanden wären. Angesichts des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind hier allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 290 Rz. 668; WOLF, a.a.O., S. 10).

6.8. Eine andere Frage ist, ob ein kantonales Gericht auch dann einen Vergabeentscheid wegen falscher Wahl des Vergabeverfahrens von Amtes wegen aufheben muss, wenn kein legitimierter Beschwerdeführer diesen Antrag gestellt hat. Das ist nicht eine Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen, sondern eine Frage der Bindung an die Parteianträge. Auch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt nur im Rahmen des Streitgegenstands, der dem Gericht zur Entscheidung vorliegt (Urteile 2C_356/2013 vom 17. März 2014 E. 6.1; 2C_124/2013 vom 25. November 2013 E. 2.2.2 in: ASA 82 S. 379). Auf die Frage, ob eine Aufhebung des Verfahrens von Amtes wegen den Streitgegenstand unzulässig ausdehnen würde, wenn kein solcher Antrag gestellt wurde, braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden; denn die Anbieterin hat subeventualiter den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens gestellt.

6.9. Die Beschwerde der WEKO ist somit in dem Sinne gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens nicht beurteilt hat.

7.

Im Verfahren 2C_919/2014 unterliegt die Beschwerdeführerin, da auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Da aber ihr Eventualantrag in der Sache begründet gewesen wäre, rechtfertigt es sich, keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdegegnerin ist nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG). Im Verfahren 2C_920/2014 obsiegt die WEKO. Die Kosten sind der Beschwerdegegnerin, die in ihren Vermögensinteressen handelt, aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG; Urteile 2D_58/2013 vom 24. September 2014 E. 8, nicht publ. in: BGE 140 I 285; 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 5). Parteikosten sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 2C_919/2014 und 2C_920/2014 werden vereinigt.

2.

Auf die Beschwerde im Verfahren 2C_919/2014 wird nicht eingetreten.

3.

Die Beschwerde im Verfahren 2C_920/2014 wird in dem Sinne gutgeheissen, als festgestellt wird, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Bundesrecht verletzt hat, indem es den Antrag auf Rückweisung zur Durchführung eines offenen Verfahrens nicht beurteilt hat.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Gemeinde U. auferlegt.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. März 2015 betreffend Klage aus Kartellgesetz
-----	--

Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. März 2015 in Sachen A., Kläger vertreten durch [...] und durch [...] gegen B. AG, Beklagte vertreten durch [...] und durch [...] betreffend Klage aus Kartellgesetz

Rechtsbegehren:

„1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Kläger in das Netz zugelassener B.-Werkstätten aufzunehmen, insbesondere

1.1 dem Kläger Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. als zugelassene Werkstatt erforderlich sind.

1.2 dem Kläger mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. als zugelassene Werkstatt erforderlichen Originalersatzteilen zu beliefern.

1.3 dem Kläger sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der Marke B. als zugelassene Werkstatt erforderlichen Werkzeugen und Diagnosegeräten zu Verfügung zu stellen.

1.4 dem Kläger die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen B.-Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechten zu erlauben.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, mit dem Kläger sämtliche zum Betrieb einer zugelassenen B.-Werkstatt erforderlichen Verträge ("Kundendienstverträge), insbesondere, aber nicht abschliessend, sämtliche Verträge über den Zugang zu technischen und betrieblichen Informationen, die Verwendung eingetragener Schutzrechte, die Überlassung von Werkzeugen und Diagnose-Geräten sowie die Belieferung mit Original-Ersatzteilen, zu marktüblichen Konditionen abzuschliessen.

3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten“.

Prozessuale Anträge:

„4. Unter Androhung der Bestrafung der Organe der Beklagten mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung

4.1 seien die **Anträge Ziff. 1 und 2** für die Dauer des Verfahrens **vorsorglich anzuordnen**; und

4.2 sei der Beklagten für die Dauer des Verfahrens **vorsorglich zu verbieten**, die Kunden und Geschäftspartner des Klägers sowie die Öffentlichkeit wörtlich oder sinnge-

mäss über die rechtswidrige Auflösung der Geschäftsbeziehung zu informieren.“

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Mit Klageschrift vom 27. November 2014 machte der Kläger die obgenannten Rechts- und Massnahmebegehren anhängig. Die mit Verfügung vom 27. November 2014 von der Beklagten verlangte Stellungnahme zu den Massnahmebegehren erging am 17. Dezember 2014. Die Zustellung dieser ausführlichen Eingabe einschliesslich der Beilagen an den Kläger erfolgte mit Verfügung vom 5. Januar 2015, die unter – ausnahmsweiser – Fristansetzung zur Stellungnahme. Diese – datierend vom 30. Januar 2015 – ging am 2. Februar 2015 ein und wurde der Beklagten zugestellt.

Am 9. Februar 2015 stellte der Kläger den Antrag, ein Teilgutachten bei der WEKO einzuholen. Diese Eingabe bezog sich auf das Hauptverfahren; soweit der Kläger es „begrüsste“, ein Gutachten für das Massnahmeverfahren zu berücksichtigen, wurde mit Verfügung vom 10. Februar 2015 präsidialiter festgestellt, dass dies dem Sinn dieses Verfahrens widerspreche. Vom Gericht hierzu nicht aufgefordert, nahm die Beklagte am 17. Februar 2015 Stellung zu Eingabe des Klägers vom 30. Januar 2015. Und ebenfalls ungefragt äusserte sich der Kläger mit Eingabe vom 27. Februar 2015 zur Eingabe der Beklagten vom 17. Februar 2015.

2. Die Beklagte ist Generalimporteurin der Marke „B“ in der Schweiz und hat hier ein entsprechendes Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet. Der Kläger ist bzw. war mit seinem Unternehmen zu diesem Werkstattnetz zugelassen.

Der Kläger wirft der Beklagten vor, rechtswidrig den Kundendienstvertrag gekündigt zu haben. Er befürchtet den Abbruch der Geschäftsbeziehung per 1. Dezember 2014 und weiter, keine Garantiewerke für Fahrzeuge der Marke „B“ mehr ausführen zu können. Auch müsse er mit der Sperrung des Zugriffs auf IT-Systeme und Informationen für Servicearbeiten rechnen, und weiter mit der Abwendung von Kunden zufolge Information derselben über die Vertragsauflösung durch die Beklagte sowie mit der Demontage der Kennzeichen einer zugelassenen Garage.

Demzufolge strebt der Kläger im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme an, dass er weiterhin in das Netz zugelassener Werkstätten aufzunehmen sei und die Beklagte verpflichtet werde, dass sie mit ihm alle zum Betrieb erforderlichen Kundendienstverträge abschliesse. Zudem soll der Beklagten verboten werden, Kunden, Geschäftspartner und die Öffentlichkeit über die Auflösung der Geschäftsbeziehung zu informieren.

Die Beklagte beantragt Abweisung der klägerischen Anträge.

3. Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Im Kriterium des drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils ist implizit die zeitliche Dringlichkeit enthalten. Glaubhaftmachung bedeutet einerseits, dass der Gesuchsteller die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen hat, während andererseits das Gericht gehalten ist, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweismitteln, namentlich den eingereichten Urkunden, ergibt (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger, Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 22 und N 25 zu Art. 261 ZPO).

4. Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung (Hauptsachenprognose):

Der Kläger geht von einer „rechtswidrigen“ Auflösung der Geschäftsbeziehung aus und reklamiert einen Anspruch auf fortzusetzenden bzw. neuen Vertrag. Die Beklagte hingegen sieht den bisherigen Vertrag ordnungsgemäss aufgelöst und keinen rechtlichen Anspruch auf Ausstellung eines neuen Kundendienstvertrags. Der Kläger stützt seine Ansprüche auf Kartellgesetz.

4.1 Unstrittig geht es um den Kundendienstvertrag vom 22. Dezember 2004, den die Beklagte am 22. November 2012 mit Wirkung per 30. November 2014 gekündigt hat. Die Kündigung erfolgte vertragsgemäss ordentlich mit zweijähriger Kündigungsfrist gemäss Art. 16 Ziff. 1 des Vertrags. Der Kläger behauptet fehlende Begründung der Kündigung. Zunächst: Dem Obligationenrecht ist keine materiellrechtliche Bestimmung zu entnehmen, die für solcherart Vereinbarungen eine Pflicht zur schriftlich zu begründenden Kündigung statuieren würde (vgl. auch BGer 4A_101/2011, Urteil vom 6. Dezember 2011). Gleichwohl enthält die Kündigung hier eine Begründung, wie sie auch die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (= Kfz-Bekanntmachung) in Ziff. 17 vorsieht. Der Kläger moniert weiter, die Beklagte habe in der Kündigung „keine nachvollziehbare sachliche Begründung“ angeführt, und er versucht, die genannten Kündigungsgründe zu widerlegen. Das Nichteinverständnis des Gekündigten mit den angegebenen Kündigungsgründen ändert nichts daran, dass die Kündigung schriftlich und begründet erging. Weiter rügt der Kläger fehlende, der Kündigung vorangehende „begründete Abma-

chung“. Ein solches Erfordernis was hier vertraglich bezüglich der ordentlichen Vertragsauflösung nicht vorgesehen; dass ich „nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ eine Abmahnpflicht ergeben soll, ist weder ersichtlich noch dargetan.

Im Übrigen hat das Sekretariat der WEKO auf Anzeige des Klägers (und weiterer Händler) vom 7. Februar 2014 mit analogen Vorwürfen wie hier, erhoben am 25. April 2014, reagiert. Zur Kündigung führte es auch, eine Verletzung von Ziff. 17 der Kfz-Bekanntmachung sei „nicht ersichtlich“.

Fazit: Eine unwirksame Kündigung ist damit nicht glaubhaft gemacht; vielmehr ist der Vertrag als per 30. November 2014 aufgelöst zu betrachten. Der Kläger bewarb sich folgerichtig um einen „neuen Kundendienstvertrag“ und, um diesen zu erhalten, um ein Audit. Er meint, einen kartellrechtlich begründeten Anspruch auf einen neuen Vertrag zu haben, was er aus Art. 5 (unzulässige Wettbewerbsabreden) sowie Art. 7 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) des Kartellgesetzes ableitet.

4.2 Nach höchstrichterlicher Vorgabe sind Rechtsfrage im Massnahmeverfahren nur summarisch zu prüfen (BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32, E. 2.3). Diese Auffassung wird von einem Teil der Lehre kritisiert; die Rechtsprüfung müsse möglichst umfassend sein (BSK ZPO – Sprecher, Art. 261 N 57, N 80 ff., mit diversen Hinweisen). Praktische Auswirkungen der beiden Standpunkte zeigen sich selten. Im Bereich des Kartellrechts wird die Problemstellung allerdings noch akzentuiert durch die Verzahnung von Rechts- und (mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens behafteten) Tatfragen, insbesondere bei der Ermittlung des relevanten Marktes und allenfalls bei der Prüfung der Erheblichkeit. Eine vorsorgliche Massnahme ist jedenfalls nur dann auszusprechen, wenn in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mehr für als gegen ihre Begründetheit spricht.

4.3 Unabhängig von den Anspruchsgrundlagen ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Nach üblicher Definition (statt vieler: DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., N 1335) umfasst der sachlich relevante Markt „alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften (z.B. Qualität, Preis) oder ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden“ (so auch die WEKO z.B. in ihrer nicht rechtskräftigen Verfügung vom 7. Mai 2012 in der Untersuchung 22-0408, RPW 2012/3, S. 540 ff., BMW; vgl. auch BGE 139 I 72 E 9.2.3.1, Publigroupe). Im Entscheid BMW wurden markenübergreifend Märkte für verschiedene Segmente angenommen (vom Microwagen bis zur Luxusklasse; a.a.O. Rz 184).

Der Kläger geht vorliegend von einem After-Sales Markt für Instandsetzungs-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen sowie für den Vertrieb von Ersatzteilen der Fahrzeuge der Beklagten, d.h. der Marke „B“, aus. Gemäss Beklagter bildet die Erbringung von Garantieleistungen und Inspektionsarbeiten innerhalb der Garantiefrist keinen Teilmarkt im Reparaturmarkt; mangle es ihrem Vertriebssystem an Erheblichkeit wie auch an der Dominanz

in ihrer Person, so die Beklagte weiter, sei Kartellrecht nicht zur Einschränkung der Vertragsfreiheit anrufbar.

Zu dieser grundsätzlichen Streitfrage äusserte sich bereits das Einzelgericht am Handelsgericht in einem vergleichbaren Fall mit Entscheid vom 17. Dezember 2014 (HE140256); die (anonymisierten) Erwägungen haben auch hier ihre Gültigkeit:

7.2 Zum relevanten Markt

Anhand der Parteivorbringen – und wohl auch objektiv – sind drei Ortungen des relevanten Marktes denkbar, wobei klar ist, dass ein kleinerer Markt eher Anlass geben kann, Verletzungshandlungen zu bejahen (DUCREY, a.a.O., N 1332, ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Rz 537).

7.2.1 Der sogenannte Systemmarkt stellt einen (relativ) grossen Markt dar.

a) die WEKO hat in einer Vorabklärung allgemeine Abgrenzungskriterien zwischen der Systemmarkt – und der Zweimärkte – Theorie formuliert (RPW 2010/3, S. 435 ff., Rz 29, SAP Wartungspreiserhöhung):

„Gemäss der Systemmarkt-Theorie und der Zweimärkte-Theorie können folgende Ansätze für die Marktabgrenzung herangezogen werden: Aus Sicht der Marktgegenseite (Konsumenten) systemisch verbundene Komplementärgüter können unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden, während systemisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden dürfen. Welcher Ansatz in einem fraglichen Fall adäquat ist, das heisst die Realität besser abzubilden vermag, muss gemäss den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden. Verkürzt ausgedrückt ist ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt dann anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht. Eine Disziplinierungswirkung liegt dann 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.“

In einer früheren Vorabklärung (Tintenstrahldrucker und Tintenstrahlpatronen, RPW 2003/4, S. 732 ff.) hatte die WEKO – unter Hinweis auf den Entscheid MINOLTA (RPW 1999/2, S. 247 ff., RPW 2000/4, S. 716 ff.) – das Vorliegen eines Systemmarkts, nämlich eines „Markt[es] für Tintenstrahldrucker für den Heimbereich (inkl. Patronen)“, bejaht (a.a.O. Rz 17 ff.)

b) In der Literatur finden sich folgende Standpunkte:

aa) Reinert/Bloch stehen zusammengefasst positiv zur Systemmarkttheorie, wobei im Einzelfall diverse Kriterien anzusetzen seien (BSK KG – REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 175 ff.). Ein Systemmarkt könne insbesondere auch im Verhältnis Hersteller (in casu: Importeur) und Händler bzw. Reparaturbetriebe bestehen (a.a.O., N 190 ff.).

bb) ZÄCH (a.a.O., Rz 534 ff.) nimmt gegenüber der Systemmarkttheorie einen kritischen Standpunkt ein, jedenfalls was das vorliegend interessierende Verhältnis zwischen Serviceunternehmen und Importeur betrifft. Man müsse es bzw. den dort gebildeten Markt vom Markt abgrenzen, in welchem sich Hersteller (in casu Importeur) und Endkunde gegenüberstünden.

cc) Gemäss BÖNI (Koppelung vs. Systemmarkt, in: Jusletter 10. März 2014) darf eine Disziplinierungswirkung nicht einfach so als gegeben angesehen werden, sie bedürfe einer Untersuchung im Einzelfall (Rz 31). Zum Katalog der Kriterien (potenzielle Neukunden, Lebensdauer des Primärproduktes, Wechselkosten für Altkunden, Preistransparenz, Höhe der Kosten von Primär- und Sekundärprodukt, Möglichkeit der Preisdiskriminierung) führt er an, das führe zu keinen klaren Ergebnissen, jedenfalls soweit es den Schluss anbelange, der Systemmarkt sei zu öffnen (a.a.O., Rz 32).

7.2.2 Geht man von der klägerischen These aus, liegt ein eher kleiner Markt vor. Auch wenn die Beklagte bestreitet, Exklusivimporteurin der inkriminierten Fahrzeuge zu sein, dürfte sie bezüglich der Fahrzeuge der Marke XY in der Schweiz einen sehr hohen Marktanteil besitzen, dies wohl auch im Service- und Ersatzteilgeschäft (direkt und indirekt). Sie nennt denn auch keine anderen, relevanten Importeure von SY – Fahrzeugen. Die klägerische These führt zugespitzt zur Frage: Ist eine Marke ein Markt?

a) Seitens REINERT/BLOCH wird schon die Fragestellung kritisiert und ein Verkennen ökonomischer Realitäten konstatiert (a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 196, wobei das Verstehen der Begründung nicht leicht fällt).

b) In ihrem Aufsatz „Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen“ (in: sic! 2001, S. 593 ff.) weisen Dietrich/Saurer in einer sehr eingehenden Analyse auf die ökonomischen und kartellrechtlichen Implikationen von selektiven Vertriebssystemen hin. Auch wenn der Beitrag primär den Vertrieb behandelt, lassen sich die Grundthesen auch auf den Service bzw. Ersatzteilbereich lesen: Entscheidend sei der (bzw. ein funktionierender) Interbrandwettbewerb. Er zwingt die Hersteller (in casu den Importeur) im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung und/oder zur Senkung von Transaktionskosten. Den Händlern (in casu den Servicebetrieben) käme bloss eine Mittlerposition zu, Marktgegenseite sei aber alleine der Endverbraucher.

c) ZÄCH hält (mindestens) dafür, dass Markenartikel während gewisser Zeit einen eigenen Markt bilden können, mit der Konsequenz, dass der betreffende Hersteller (in casu Importeur) auf diesem beherrschend sei (a.a.O., Rz 540).

7.2.3 Im erwähnten Entscheid MAN (=BGH, KZR 6/09, Urteil vom 30. März 2011, MAN) war zwar für das Verhältnis Hersteller (in casu Importeur) zu Werkstattbetrieb ein eigener Markt angenommen worden, jedoch nicht markenbezogen. Der deutsche Bundesgerichtshof stellte seinem Entscheid folgende Leitsätze voran.

„a) Die Zulassung einer freien Werkstatt zum Vertragswerkstattnetz eines Herstellers von Nutzfahrzeugen betrifft einen dem Endkundenmarkt zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge vorgelagerten Markt.

b) Der vorgelagerte Markt umfasst alle Produkte, Dienstleistungen und Rechte, die den Zutritt auf dem nachgelagerten Markt erleichtern, wie etwa das Angebot von Ersatzteilen, Diagnosegeräten und Spezialwerkzeugen, die Vermittlung der erforderlichen jeweiligen markenspezifischen Fachkenntnisse und die Zulassung als Vertragswerkstatt für bestimmte Fahrzeugmarken.

c) Dieser vorgelagerte Markt ist markenübergreifend abzugrenzen.“

Auch wenn es in jenem Präjudiz um Nutzfahrzeuge der Marke MAN ging, darf füglich angenommen werden, der BGH würde auch bei Personenwagen analog entscheiden (in diesem Sinne ist auch das Urteil Az. 11 U 6/14 des Oberlandesgerichtes Frankfurt am Main vom 29. Juli 2014 zu verstehen).

7.2.4 Sowohl das Systemmarktkonzept als auch die Lösung des BGH führen zu einer markenübergreifenden Marktdefinition. Für beide Ansichten finden sich Präjudizien und gewichtige Literaturstellen. Dem Konzept der Markenbezogenheit kommt aus Sicht des betroffenen Serviceunternehmens eine verständliche Attraktion zu. Das Gericht hat aber alle Interessen in seine Würdigung einzubeziehen. Dabei darf nicht verkannt werden, dass der enge Markt, wie ihn die Klägerin sieht, im Wesentlichen auf der national starken Marktstellung der Beklagten im Bereich der „Fahrzeugmarke XY“ beruht und mindestens im Hinblick auf die Anwendung von Art. 7 KG ergebnisorientiert definiert erscheint. Der Wortlaut dieser Bestimmung enthält keinen Hinweis darauf, was überhaupt einen Markt bildet oder bilden kann. Anders Art. 5 KG: Hier ist in Abs. 1 vom „Markt für bestimmte Waren oder [Dienst-] Leistungen die Rede“. Auch die tradierte allgemeine Definition des sachlichen Marktes enthält die Gattungsbegriffe „Waren“ und „Dienstleistungen“ (siehe oben Erwägung sub Ziff. 3.1). Die Marke ist der Name eines Produktes oder einer Dienstleistung. Sie hat verschiedene Funktionen, so die Individualisierungs-, die Unterscheidungs- und die Werbefunktion. Unstrittig gibt es bekannte und berühmte Marken, deren hohe Wertschätzung selbstredend auch auf das Produkt abfärbt. Andererseits ändert das an der Ware oder der Dienstleistung nichts. Diesen bleiben objektiv grundsätzlich immer noch gleich substituierbar, mit oder ohne (bekannte oder berühmte) Marke. Dass alleine die Bekanntheit oder gar Berühmtheit des Namens gewissermassen zu einem neuen Markt führen soll, ist objektiv schwer nachzuvollziehen und lässt sich wohl nur begründen, wenn subjektiven Faktoren (z.B. wenn sich ein Service – Unternehmen auf das Markenprodukt eines Dritten spezialisiert) eine entscheidende Bedeutung gegeben wird. Es gibt offenbar kein bekanntes Präjudiz (von der WEKO auch kein sonstiges Arbeitsergebnis), welches den relevanten Markt auf ein Markenprodukt bzw. Leistungen im Zusammenhang mit einem Markenprodukt eingegrenzt hätte. Marken haben eine mehr oder weniger gross Marktgeltung, aber sie bilden den Markt nicht. Gesamthaft spricht vorliegend mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes.

Fazit: Der relevante Markt ist somit der markenübergreifende Fahrzeug- Reparaturmarkt an sich und nicht bloss der markenbezogene, her „B.“.

4.4 Verletzung von Art. 5 KG

4.4.1. Der Kläger moniert als unzulässige Wettbewerbsabrede die Abrede der Beklagten mit den Vertriebspartnern, ausschliesslich diese im Absatzgebiet zu beliefern. Dadurch würden die nicht an der Abrede beteiligten Abnehmer benachteiligt und verdrängt. Die Beklagte

scheint eine solche Abrede nicht zu bestreiten. Jedoch behauptet sie, dem Kläger stehe es frei, sämtliche Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten an „B.“-Fahrzeugen als unabhängige Werkstatt durchzuführen und Ersatzteile, etc. bei Mitgliedern des B. Vertriebsnetzes zu beziehen. Allein die Abrechnung von Garantiearbeiten gegenüber der Beklagten sei Vertragswerkstätten vorbehalten.

4.4.2. Geht man mangels Bestreitung von der erwähnten Abrede aus, ist die Erheblichkeit derselben für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu prüfen. Zunächst folgendes (auch hier in Anlehnung an bereits in HE140256 Gesagtes):

Die auf Art. 6 KG abgestützten Verlautbarungen der WEKO binden die Gerichte nicht (vgl. u.a. BGE 129 II 18 E. 5.2.1, Buchpreisbindung). Abzulehnen ist die gestützt auf ein kantonales Präjudiz (RPW 2013/3, S. 455, E. 3.3.1) vertretene These, wonach Bekanntmachungen bei (hinreichend) klarem Sachverhalt analog einem Gutachten der WEKO massgebend sein sollen. Die WEKO selber lehnt – jedenfalls grundsätzlich – die Verbindlichkeit von Bekanntmachungen in Bezug auf eigene Untersuchungen ab (DUCREY, a.a.O., N 1449). Sodann werden WEKO – Gutachten aufgrund eines vom Gericht darzulegenden Sachverhaltes erstellt, es geht also um Subsumtion, währendem bisher Bekanntmachungen im Wesentlichen die (fallmässig regelmässig noch vorzunehmende) allgemeine Praxisbildung zum Gegenstand haben. Sie sind generell – abstrakt gefasst und daher für die Gerichte nicht mehr und nicht weniger als eine zu konsultierende Quelle zur Frage, wie das Gesetz ausgelegt werden soll. Bei der richterlichen Arbeit muss in jedem Fall die Nachvollziehbarkeit des Inhalts einer Bekanntmachung vor dem Hintergrund der massgeblichen Bestimmungen des Kartellgesetzes im Zentrum stehen. Wesentlicher für die freie richterliche Rechtsfindung sind darüber hinaus stets Präjudizien (Fall – Praxis der WEKO und der Gerichte, v.a. des Bundesgerichtes).

Die Kfz-Bekanntmachung enthält keine Bestimmung, welche einen Kontrahierungszwang als wettbewerbsrechtlich geboten statuiert. Erst in den Erläuterungen zur Bekanntmachung wird von einem Kontrahierungszwang ausgegangen, sofern ein Werkstattbetrieb die qualitativen Kriterien erfülle (Ziff. 6). Eine nachvollziehbare Begründung fehlt allerdings. Es ist kein WEKO-Entscheid bekannt, in welchem ein Kontrahierungszwang ausgesprochen wurde oder gar eine Sanktionierung in diesem Zusammenhang erfolgte. Konsultiert man ergänzend die Vertikal-Bekanntmachung (gemäss deren Ziff. 9), so hält diese zur Erheblichkeit (Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG) fest, hierbei seien sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen (Ziff. 12).

Fazit: Ausgehend von einer wirksamen Kündigung ist somit bereits grundsätzlich ein Kontrahierungszwang abzulehnen. Doch sind jedenfalls die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 KG nicht als gegeben zu betrachten. Bezüglich der quantitativen Kriterien enthält die klägerische Begründung keine relevanten Ausführungen zu den Verhältnissen auf dem massgeblichen Markt. Schon deshalb entfällt ein Anspruch gestützt auf Art. 5 KG. Die quantitative Erheblichkeit (Auswirkungen im Markt) wäre hier anhand der vorgenommenen Marktabgrenzung zu

beurteilen, also bezogen auf den gesamten Fahrzeug-Reparaturmarkt in der Schweiz (vorstehend 4.3.). Auch wenn mangels Angaben zum Marktanteil eine konkrete Beurteilung unterbleiben muss, bestehen jedenfalls auch angesichts der zitierten Aussage der WEKO zu einem Marktanteil der Beklagten an Neuwagen von 2,5 % erhebliche Zweifel an der entsprechenden Erheblichkeit der Beeinträchtigungen. Damit fehlt es an einer Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 5 KG, weshalb die Bejahung eines Kontrahierungszwanges (gestützt auf Art. 13 KG) nicht in Frage kommt (vgl. auch BSK KG-Neff, Kfz – BM Ziff. 7, N 2 ff.). Würde man gestützt allein auf das Qualitative fordern wollen – was hier nicht der Fall ist –, jeder Ausschluss eines fähigen Wettbewerbs stelle eine erhebliche Beeinträchtigung dar, wird nachfolgend dargetan (unten 4.5.4 f.), dass zumindest Zweifel an dieser Fähigkeit der Klägers im Licht der erfolgten Prüfung (Audit) bestehen.

4.5. Verhalten gemäss Art. 7 KG?

4.5.1. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn es durch Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Der Kläger sieht im Abbruch respektive in der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung einen sog. Behinderungsmissbrauch.

Damit ist die Frage nach der Marktbeherrschung sowie nach der Rechtfertigung allfälliger Behinderungen, Benachteiligungen, usw. gestellt; das marktbeherrschende Unternehmen muss sachliche Gründe für sein Verhalten haben (BGE 139 I 72 E. 10.1.1/2, Publigroupe, mit Hinweisen auf die Lehre). Der Kläger bestreitet solche.

4.5.2. Zur Marktbeherrschung:

Art. 4 Abs. 2 KG enthält eine Legaldefinition:

„Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.“

Das Bundesgericht verlangt bei der Prüfung der Frage nach der Marktbeherrschung eine Einzelfallbeurteilung, mithin keine (mechanische) Befolgung fixer Kriterien (BGE 139 I 72 E 9.3.1, Publigroupe). In der Praxis werden verschiedene Beurteilungskriterien berücksichtigt (vgl. DUCREY, a.a.O., N 1483 ff.: v.a. Marktanteil, Marktstruktur, Finanzkraft, Innovationsstärke, Markteintrittschancen).

Die WEKO führte in ihrer Stellungnahme vom 25. April 2014 nach Anzeige des Klägers bezogen auf die Beklagte was folgt aus. Es gelte der Grundsatz der Vertragsfreiheit, die Beklagte sei nicht verpflichtet, den Kläger als autorisierten Händler in ihr Vertriebsnetz zu integrieren. Ein Kontrahierungszwang bestehe nur, wenn die Beklagte über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, ihr ein Missbrauch derselben nachgewiesen werde und es keine sachlichen Gründe für die Nichtzulassung zum Vertriebsnetz gebe.

Fazit: Mit einem Marktanteil von 2,5 % beim Verkauf von Neuwagen bestehen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten.

4.5.3. Selbst wenn man aber Marktbeherrschung annähme, fehlte es an einem missbräuchlichen Verhalten. Die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse versucht der Kläger mit (unter anderem) Hinweisen auf seinen Umsatzanteil mit „B.“ sowie die angeblich exklusive Bezugsquelle für Originalteile und Information aufzuzeigen. Die Beklagte hält dem Kläger entgegen, er sei gar nicht gehindert, sämtliche Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten an „B.s) als unabhängige Werkstatt durchzuführen. Vielmehr habe er die Möglichkeit, die notwendigen Originalersatzteile, Spezialwerkzeuge und Diagnoseapparate ungehindert bei Mitgliedern des B.-Vertriebsnetzes zu beziehen. Allein die Abrechnung von Arbeiten im Rahmen der Werksgarantie gegenüber der Beklagten und die Ausführung von Arbeiten im Rahmen der optionalen Anschlussgarantie seien Vertragswerkstätten vorbehalten.

4.5.4. Dass die Nicht- (wieder-) Aufnahme des Klägers in das Händlernetz der Beklagten einer Verweigerung der Geschäftsbeziehung entspricht, bedarf keiner Erläuterung. Einerseits ist der gegebenenfalls mögliche Einkauf von Originalteilen, Werkzeugen und Diagnoseapparaten bei Konkurrenten, spricht B.-Vertragspartner, keine Bezugsalternative. Weder preislich noch zeitlich, zudem bestünde auch kaum eine Belieferungspflicht. Andererseits räumt die beklagte selbst ein, dass Arbeiten im Rahmen der B.-Werksgarantie bzw. optionalen Anschlussgarantie der Beklagten nicht verrechnet werden könnten. Insofern könnte – immer bei Bejahung von Marktbeherrschung – eine verpönte Verhaltensweise vorliegen.

Jedoch vermag sich die Beklagte auf sachliche Gründe zu berufen, mit dem Kläger keine Vertragsbeziehung mehr einzugeben. Beider Parteien äussern sich ausführlich zur Vorgeschichte der Kündigung und insbesondere zum Audit im Jahr 2014, also zur Prüfung der Erfüllung der qualitativen Standards der Beklagten für eine Vertragswerkstatt.

Der Kläger selbst bewarb sich um eine solche Prüfung zwecks Fortsetzung der Geschäftsbeziehung. Er räumt ein, dass er gemäss Prüfungsbericht (nur) 75 von 88 Prüfungskriterien erfüllte. Die Nachbesserung der nicht erfüllten Prüfungskriterien sei er umgehend angegangen; die Beklagte habe jedoch überraschend den Abschluss eines neuen Kundendienstvertrages abgelehnt, ohne ihm die Gelegenheit zur Nachbesserung bzw. Nachprüfung zu gewähren.

Während der Kläger auf eine 38jährige ungetrübte und erfolgreiche Partnerschaft mit der Beklagten zurückblickt, moniert die Beklagte eine 50 % unter den schweizerischen Durchschnittswerten liegende Verkaufsleistung in den Jahren 2012-2014. Gemäss Beklagter soll es der Kläger zudem trotz wiederholter schriftlicher und mündlicher Abmahnungen vertragswidrig abgelehnt haben, seine betriebswirtschaftlichen Kennzahlen vorzulegen; dies stelle gar einen ausserordentlichen Kündigungsgrund dar. 2009 habe der Kläger einen Audit im Bereich Handel und Kundendienst durchlaufen. Bei beiden Audits sei er mit einem durchschnittlichen Erfül-

lungsgrad von 57,95 % „sehr deutlich“ durchgefallen; Ziel seien 100 % gewesen, als bestanden gälten 90 %. Die Kündigung begründet habe sie, die Beklagte, mit einer mangelnden Nachfolgeregelung (des Klägers) sowie mit ungenügender Ausschöpfung des Marktpotentials. Angesichts der Kündigung habe der Kläger auf das turnusgemässe Audit 2012 verzichtet. Weltweit hätten alle Vertreter und Werkstätten bis Herbst 2014 einen Audit 2012 verzichtet. Weltweit hätten alle Vertreter und Werkstätten bis Herbst 2014 einen Audit zu durchlaufen gehabt. Die Beklagte will den Kläger mit Brief vom 22. September 2014 aufgefordert haben, ihr einen Entwicklungsplan vorzulegen; dies sei von allen Vertreterbetrieben und Werkstätten gefordert gewesen. Der Kläger sei auch darauf hingewiesen worden, dass er der Beklagten bislang noch keine Nachfolgeregelung vorgelegt habe, obwohl dies schon in der Kündigung moniert worden sei. Eine unabhängige Beratungsfirma habe am 22. Oktober 2014 das Audit durchgeführt. Das Ergebnis sei unzureichend gewesen; der Betrieb des Klägers habe lediglich 10 von 19 Standards erfüllt. Die Erfüllung von 75 von 88 Prüfungspunkten ergebe einen Erfüllungsgrad von bloss 52,63 %; das Audit gelte als bestanden, wenn ein Wert von 80 % erreicht sei. Vor dem Hintergrund der unzulänglichen Auditergebnisse und des Umstands, dass der Beklagten weder ein Entwicklungs- noch ein Nachfolgeplan zugegangen sei, habe sie dem Kläger mitgeteilt, dass er sich nicht für einen neuen Kundendienst-Vertrag qualifiziert habe.

Der Kläger räumt ein, dass er lediglich 10 von 19 Standards erfüllt habe, was einem Erfüllungsgrad von 52,63 % entspreche. Bezüglich der 13 bemängelten Kriterien will der Kläger zwecks Vorbereitung der „üblichen Nachprüfung“ Aktionspläne erstellt haben. Auf wiederholte Nachfragen Ende Oktober und anfangs November 2014 habe die Beklagte am 10. November 2014 mitgeteilt, dass er keinen neuen Kundendienstvertrag erhalte. Zur Begründung habe sie auf die Audit-Ergebnisse verwiesen, und weiter darauf, der Kläger habe keinen Entwicklungsplan zugestellt und keine Nachfolgeregelung präsentiert. Soweit stimmen also die Sachverhaltsschilderungen überein.

In seiner Stellungnahme zur Massnahmeantwort der Beklagten ergänzte der Kläger, er nehme erstmals zur Kenntnis, dass für das Bestehen des Audits ein Erfüllungsgrad von 80 % notwendig sei. Dieser angeblich „relativ tiefe Erfüllungsgrad“ sei kein Entgegenkommen der Beklagten; vielmehr könne diese die Erfüllung der Standards aus kartellrechtlichen Gründen gar nicht fordern. Die Konditionen der Beklagten seien sowieso unangemessen; nur dies habe dazu geführt, dass der Kläger einen Erfüllungsgrad von 52,63 % erzielt habe, obschon er mehr als 85 % der Prüfungskriterien erfüllt habe. Das Audit der Beklagten lasse auch zu, dass ein Audit sogar bei einer Erfüllung von 94 % der Prüfungskriterien unter Umständen nicht bestanden sei, wenn etwa vier Kriterien in verschiedenen Standards nicht erfüllt seien.

Die (Nicht-) Bekanntgabe der Betriebskennzahlen bestreitet der Kläger nicht. Dies seien Betriebsgeheimnisse; die Beklagte habe im Gegenzug keine Sicherheit oder Garantie für einen Werkstattvertrag gegeben. Zu-

dem sei der Beklagten die Verkaufsleistung des Klägers bekannt.

4.5.5. Wohl versucht der Kläger minutiös, die Nichterfüllung diverser Prüfungskriterien zu relativieren. Zusammenfassend hält er fest, die bemängelten Kriterien liessen sich entweder ohne die Freigabe durch die Beklagte nicht verwirklichen oder liessen sich nicht erfüllen ohne finanzielle Aufwendungen seinerseits. Zu diversen Kriterien behält sich der Kläger vor, sie zu erfüllen, wenn er die Zusage eines neuen Werkstattvertrags erhalte. Dies gilt insbesondere für die Bekanntgabe seiner Betriebskennzahlen, die er vorher als Geschäftsgeheimnisse nicht preisgeben gedenkt. Die Beklagte moniert also zu recht, der Kläger habe weder einen Entwicklungsplan noch einen Nachfolgeplan vorgelegt. Auch der (weitere) Einwand des Klägers, zwei der nicht erfüllten Kriterien liessen sich „durch simple Bestellung eines fehlenden Artikels“ bzw. „die blosse Anpassung eines Stellenbetriebs“ erfüllen, zeigt nur, dass er die Kriterien auch im Nachgang zum Audit nicht erfüllte. Sodann bestreitet der Kläger nicht, dass er schon das Audit 2009 nicht bestanden hat. Er reklamiert für sich, dass die Beklagte gleichwohl weiter mit ihm geschäftet habe. Dies taugt aber schwerlich als Argument für eine Vertragsfortsetzung bzw. einen neuen Vertrag. Dies gilt umso mehr, als der Kläger selbst einräumt, dass seine Verkaufsleistungen 2012 bis 2014 nachgelassen hatten. Unbestritten lagen sie gemäss Beklagter um 50 % unter den schweizerischen Durchschnittswerten. Dass der Kläger nach der Kündigung – gemäss eigener Einschätzung – „keinerlei Anreiz zu Mehrleistungen“ sah, empfahl ihn nicht unbedingt für einen neuen Vertrag, um den er sich aber dennoch bemühte.

Zusammen gefasst macht der Kläger nicht glaubhaft, dass die Beklagte aus unsachlichen Gründen einen neuen Vertrag verweigerte. Vielmehr überzeugt die Beklagte mit dem Gegenteil.

Der Kläger behauptet ferner, die gemäss Audit nachzubessernden bzw. von ihm nicht erfüllten Kriterien hielten für sich allein einer kartellrechtlichen Überprüfung nicht stand. Er reklamiert „systemimmanente Diskriminierung“ und behauptet sinngemäss, die Beklagte verlange in ihrem selektiven Werkstattnetz nicht von allen Partner die nämlichen Zulassungskriterien. Worin genau die angebliche Ungleichbehandlung bezüglich der vom Kläger nicht erfüllten Kriterien und hinsichtlich welcher anderer Werkstätten liegen soll, wird nicht konkretisiert. Die von ihm angeführten Beispiele belegen nicht etwa eine Ungleichbehandlung, sondern stellen eine Kritik an der Gewichtung alle Geprüften trifft, kann von Ungleichbehandlung keine Rede sein.

Fazit: Angesichts nicht erfüllten Audits bestand glaubhafterweise ein sachlicher Grund, dem Kläger keinen neuen Vertrag zu offerieren. Dass und weshalb trotz Ungenügens ein Anspruch auf Nachbesserungen und erneute Prüfung bestanden haben soll, wird nicht begründet. Und ein solcher Anspruch wäre auch kaum berechtigt gewesen, behält sich doch der Kläger bis heute die Erfüllung einiger Vorgaben der Beklagten vor bis nach dem Abschluss eines neuen Vertrags. Es genügt somit, wie dargelegt einen Missbrauch der Beklagten zu verneinen. Sie hat – entgegen der Intention des

Klägers – nicht (auch noch) aufzuzeigen, dass ihr eine Geschäftsbeziehung mit ihm „unzumutbar sei“.

5. Bei diesem Ergebnis ist bezüglich der weiteren Anspruchsvoraussetzungen nur noch kurz auf den relevanten Nachteil einzugehen.

Ein Nachteil ist nicht leicht wiedergutzumachen, wenn er nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens möglicherweise nicht oder nicht mehr ermittelt, nur mit Schwierigkeiten bemessen oder ersetzt werden kann. An die Unersetzbarkeit des Nachteils sind grössere Anforderungen zu stellen, wenn mit einer vorsorglichen Massnahme nicht allein der bisherige Zustand sichergestellt, sondern – wie vorliegend – bereits die vorläufige Vollstreckung eines Anspruchs verlangt wird, über dessen Bestand das Gericht im ordentlichen Verfahren erst in Zukunft wird befinden müssen (BGE 108 II 228, E.2.c, S. 231).

Sinkende Umsatzzahlen könnten zwar als Nachteil qualifiziert werden. Droht indes ein finanzieller Schaden, ist ein solcher Nachteil nur dann nicht leicht ersetzbar, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu Zweifeln Anlass gibt, was vorliegend nicht vorgebracht wird (vgl. BGE 108 II 228, E.2.a, S. 230).

Der Kläger fokussiert insbesondere („ins Gewicht fällt“), dass er ab 30. November 2014 keine Garantiewerke an „B.s“ (= Gratisgarantie) mehr ausführen könne. Diesen möglichen Nachteil an einem Teil der Reparaturfahrzeuge bestreitet die Beklagte denn auch nicht. Jedoch ist dieser, wie auch die vom Kläger weiter genannten Nachteile, nötigenfalls ermittelbar und ersetzbar durch die Beklagte. Die Bestreitung der Tauglichkeit einer späteren Quantifizierung des Schadens (a.a.O. Rz

121) blieb unsubstanziert. Es fehlt somit für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (auch) an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Zur Dringlichkeit erürbrigen sich daher Überlegungen.

6. Fazit: Die klägerischen Begehren lassen sich nicht auf Art. 5 und/oder Art. 7 KG abstützen. Damit sind die Rechtsbegehren unter Ziff. 1 und 2 der Anträge, soweit sie gemäss Ziff. 4.1. der prozessualen Anträge vorsorglich anzuordnen wären, abzuweisen. Abzuweisen ist auch das Rechtsbegehren unter Ziff. 4.2., da eine sachliche Information erlaubt ist.

7. Über die Prozesskosten ist zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen werden abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für diesen Beschluss werden dem Endentscheid vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an der Beklagte unter Beilage von act. 26 und ac. 27/39-44.
4. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

E
Diverses
 Divers
 Diversi

E	1. Gutachten für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES)
----------	--

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 gemäss Art. 15 Abs. 1 KG für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] als Kläger gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES) als Beklagter.

A. Sachverhalt

1. Gestützt auf die Unterlagen, die das Regionalgericht Bern-Mittelland der Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) eingereicht hat, ergibt sich folgender Sachverhalt: Der Kläger betreibt die Käserei [...] und verarbeitet jährlich eine Milchmenge von ca. [...] Millionen Kilogramm. Er ist Mitglied von Emmentaler Switzerland.

2. Emmentaler Switzerland (ES; nachfolgend Beklagter) ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB¹ mit Sitz in Bern und eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 LwG² Gemäss seinen Statuten bezweckt er, den Emmentaler AOC als traditionelle Schweizer Käsespezialität zu erhalten und die wirtschaftliche und qualitativ hochstehende Herstellung und Reifung des Emmentaler AOC sowie dessen Verkauf zu fördern. Dies tut er insbesondere durch

- Schaffung von Leitideen für das Produkt Emmentaler AOC;
- Festlegung und Umsetzung einer gemeinsamen Markenpolitik;
- Durchführung des Herkunftsschutzes gemäss Landwirtschaftsgesetz;
- Bestimmung der Qualitätsziele und – Anforderungen;
- Überwachung und Förderung der Qualität;
- Öffentlichkeitsarbeit und gemeinsame Absatzförderung;
- Treuhänderische Bewirtschaftung der Produktion Emmentaler AOC zu Handen ihrer Mitglieder;
- Unterstützung bei der Schaffung optimaler Strukturen und Verhaltensweisen der Beteiligten.

3. Des Weiteren vertritt der Beklagte die Interessen seiner Mitglieder bzw. der ihm angeschlossenen Milchproduzenten, Milchverarbeiter und Käseerigungs- und Handelsunternehmen, insbesondere bei der Ausgestaltung der politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Er koordiniert die Produktions- und Verkaufsmengen sowie die Verkaufs- und Preispolitik bis und mit Reifung, schafft einen Fonds zur Finanzierung gemeinsamer Aufgaben und wahrt gegenüber seinen Mitglieder den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.

Gemäss Statuten übt der Beklagte keine kommerzielle Tätigkeit aus, kann sich aber an Unternehmen beteiligen, wenn diese kommerzielle Tätigkeiten in seinem Interesse wahrnehmen.

4. Die erwähnte Koordination der Produktions- und Verkaufsmengen ist im Reglement Emmentaler Switzerland geregelt (in der hier relevanten Fassung „Ab Produktion 1. Mai 2010“; nachfolgend Reglement ES). Darin ist vorgesehen, dass der Vorstand die Gesamtproduktionsmenge Emmentaler AOC der Mitglieder pro Produktionsjahr jeweils bis Ende Februar festlegt (Art. 1 Abs. 1 Reglement ES). In Anhang 1 des Reglements ES hat die Delegiertenversammlung Richtlinien für die Tätigkeiten des Vorstands vorgesehen. Darin ist eine jährliche Gesamtmenge Emmentaler AOC von 32'000 Tonnen vorgesehen, die nach einem im Reglement ES vorgesehenen Verteilschlüssel auf die einzelnen Mitglieder mit Produktionsstätten aufgeteilt wird.

5. Gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES dürfen Händler und Käsehersteller ab dem 1. Mai 2009 keinen anderen Grosslockkäse (nebst Emmentaler AOC) schwerer als 15 kg handeln bzw. produzieren. Es sind allerdings sechs Ausnahmen vorgesehen.³ Ausnahmen bedürfen einer Bewilligung der Geschäftsstelle des Beklagten und müssen klare Abgrenzungskriterien bezüglich Verpackung und Auslobung erfüllen.

6. Am 15. März 2011 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass er gegen sein Regelwerk verstossen habe, indem er in der Zeit vom 1. Oktober 2010 bis 31. Januar 2011 ohne Bewilligung [...] Laibe mit einem Gesamtgewicht von [...] kg Grosslockkäse, resp. übrige Hartkäse produziert habe. Dieses Vorgehen stelle eine Widerhandlung gegen Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES dar, weshalb der Vorstand am 7. Februar 2011 beschlossen habe, ihn mit CHF 3.- pro Kilogramm, also insgesamt CHF [...], zu sanktionieren.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

³ Pasteurisierte Switzerland Swiss; Switzerland Swiss aus Rohmilch oder thermisierter Milch, sofern dieser Schmelzwerken zugeführt wird; nach Pflichtenheft Emmentaler hergestellte Schmelzrohware; unterfette und überfette Käse; Marken-Produkte, die sich seit dem 6. Oktober 2006 (Einführung AOC) ununterbrochen auf dem Markt befinden; zu Klasse 2 deklassierter Emmentaler von Nicht-Mitgliedern, sofern dieser Schmelzwerken zugeführt wird.

7. Am 13. April 2011 leitete der Kläger einen Zivilprozess gegen den Beklagten ein und beantragte, der genannte Vereinsbeschluss vom 7. Februar 2011 sei nichtig zu erklären bzw. aufzuheben. Als Begründung brachte er vor, dass insbesondere das Verbot der Herstellung von anderen Grosslochkäsen als Emmentaler AOC gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES gegen Art. 5 Abs. 3 KG⁴ verstosse und deshalb nichtig sei.

8. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Einerseits sei der Beklagte gar kein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und andererseits stelle das Verbot, Emmentaler ähnlichen Käse herzustellen, keine Verletzung des Kartellgesetzes dar, weil es gestützt auf Art. 3 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 LwG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sei.

9. Am 7. Dezember 2012 legte das Regionalgericht Bern-Mittelland der WEKO eine Gutachtensanfrage mit 11 Fragen vor.

B. Verfahren und Vorgehen der WEKO gemäss Art. 15 KG

10. Das Verhältnis zwischen dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren ist im KG nur in den Grundzügen geregelt. Daher verabschiedete die WEKO (nach Rücksprache mit dem Bundesgericht und den kantonalen Gerichten) Grundsätze zuhanden der kantonalen Zivilgerichte.⁵

11. Aus diesen Grundsätzen geht hervor, dass das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens gemäss Art. 15 KG eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten, zu enthalten hat.⁶ Das Gutachten wird einzig aufgrund des vom Gericht vorgelegten Sachverhalts abgegeben, und bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung sind im Gutachten entsprechende Vorbehalte anzubringen.⁷

12. Das Gutachten basiert auf den vom Regionalgericht Bern-Mittelland zugestellten Prozessakten. Diese bestehen insbesondere aus der Klage, der Klageantwort, den Statuten des Beklagten (Fassung vom 18. April 2008) und dem Reglement ES (Ab Produktion 1. Mai 2009).

13. Allein aufgrund dieser Akten lassen sich indes nicht alle aufgeworfenen Fragen abschliessend bzw. ohne Vorbehalte beurteilen. Im Gutachten wird deshalb ebenfalls auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden verwiesen.

C. Beantwortung der Fragen

1. Stellt der Beklagte als Sortenorganisation ein „Unternehmen“ gemäss Art. 2 KG dar?

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

15. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist weit gefasst: „Es werden sämtliche Formen unternehmeri-

scher Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann.“⁸ So erfasst der Geltungsbereich des KG diejenigen Marktteilnehmer, die sich – sei es als Anbieter oder Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen.⁹

16. In der Vergangenheit haben die Wettbewerbsbehörden in Fällen, in welchen mögliche Kartellrechtsverstösse von Unternehmensvereinigungen (Verein oder Genossenschaft) ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt zu beurteilen waren, meistens lediglich deren Mitglieder als Unternehmen betrachtet.¹⁰ Dabei wurde in der Regel nicht explizit darauf hingewiesen, dass die Unternehmensvereinigung selbst nicht als Unternehmen gelten könne.¹¹ So ist das Sekretariat der WEKO (nachfolgend Sekretariat) auch in einer Vorabklärung vorgegangen, in welcher eine Abrede zwischen den Mitgliedern des Beklagten zu prüfen war: Es kam zum Schluss, dass die Mitglieder des Beklagten Unternehmen seien, ohne sich zur Unternehmensqualität des Beklagten selbst zu äussern.¹²

17. Auch in der Literatur wird dafür plädiert, Unternehmensvereinigungen ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt nicht als Unternehmen zu betrachten.¹³

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ RPW 1997/4, 593 ff, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*; RPW 1998/4, 621 ff, *Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz*.

⁶ RPW 1997/4, 595 Rz 9, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*.

⁷ RPW 1998/4, 621 Rz 3, *Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz*.

⁸ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 533.

⁹ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, S. 66 ff. des Separatdrucks.

¹⁰ Siehe z.B. RPW 1997/4, 483 Rz 10, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern* oder RPW 2000/2, 172 27, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

¹¹ Siehe z.B. RPW 2012/3, 659 Rz 26, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*. Anders im Fall RPW 2003/1, 91 Rz 20, *VSW-Aufnahmebedingungen*: „Zunächst ist anzumerken, dass der VSW nicht auf dem nachfolgend abgegrenzten Markt als Anbieter oder Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auftritt und somit nicht als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren ist. Als Unternehmen im Sinne des KG sind deshalb dessen Mitglieder zu betrachten, was der Praxis der Wettbewerbskommission und dessen Sekretariat entspricht.“

¹² RPW 2002/3, 426 Rz 8, *Interprofession Emmentaler*.

¹³ Nach TAGMANN/ZIRLICK lässt es das Schweizer Recht – im Gegensatz zum europäischen Wettbewerbsrecht – nicht zu, Unternehmensvereinigungen zu sanktionieren, wenn diese nicht (wie ihre Mitglieder) ebenfalls unternehmerisch tätig oder nicht direkt an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen seien, wobei offen bleibt, welche Sachverhalte unter die „direkte Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung“ subsumiert werden können (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 99). Es lassen sich aber auch weniger apodiktische Voten finden: „Les associations et autres groupements d'entreprises ne sont des entreprises, selon la pratique de la COMCO, en principe que s'ils interviennent directement sur le marché pour vendre, acheter ou distribuer des biens ou services“ (VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2. Auflage, 2012, Art. 2 KG N 27).

18. Es gibt aber auch Fälle, in welchen die Wettbewerbsbehörden Unternehmensvereinigungen als Unternehmen qualifiziert haben, obwohl sie – soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich – keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt ausübten.¹⁴ So hat die WEKO in einem früheren (nicht publizierten) Gutachten sowohl den Beklagten als auch seine Mitglieder als Unternehmen qualifiziert, ohne allerdings näher auf die Tätigkeiten des Beklagten oder den Unternehmensbegriff einzugehen.¹⁵ Zum gegenteiligen Schluss kam der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises VIII Bern-Lauben in einem zivilrechtlichen Urteil vom 9. März 2009, bei welchem ebenfalls ein Beschluss des Beklagten zur Diskussion stand. Der Beklagte erfülle die Voraussetzungen für die Qualifikation als Unternehmen nicht, da er selber keine Waren anbiete und Dienstleistungen lediglich gegenüber seinen Mitgliedern erbringe. Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 16. Juni 2009, wobei es nicht auf die Unternehmensqualität des Beklagten einging, sondern lediglich darauf hinwies, dass vorliegend eine „kartellrechtlich unbedenkliche Mengensteuerung vorliege“. Weder der Gerichtspräsident 1 noch das Obergericht hatten bei der WEKO ein Gutachten eingeholt.

19. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss einer kürzlich ergangenen Verfügung der WEKO auch die Erbringung von Dienstleistungen eines Vereins für seine Mitglieder als Beteiligung am Wirtschaftsprozess gelten kann.¹⁶

20. Für den hier vorliegenden Fall ergibt die Anwendung der genannten Bestimmungen und der dazu ergangenen Praxis folgendes: Der Beklagte ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB und eine Branchenorganisation gemäss Landwirtschaftsgesetz.¹⁷ Er tritt nicht direkt als Anbieter oder Nachfrager im Wirtschaftsprozess auf, trifft aber insbesondere Massnahmen zur Regelung der zu produzierenden Emmentalermenge seiner Mitglieder und erbringt Dienstleistungen für seine Mitglieder.

21. Die Entscheidung über die Produktionsmenge der Mitglieder beeinflusst einen zentralen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit dieser Mitglieder. Ein Mengenregime wie es der Beklagte betreibt, erschöpft sich nicht in der Interessenvertretung für die Mitglieder, sondern bestimmt deren unternehmerische Tätigkeit entscheidend mit. Zwar produziert der Beklagte selbst keine Käse, doch entscheidet er über die Produktionsmenge seiner Mitglieder und übt dadurch indirekt eine unternehmerische Tätigkeit aus. Zudem erbringt der Beklagte Dienstleistungen für seine Mitglieder. Es ergibt sich somit, dass der Beklagte ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. Das Gleiche gilt unbestritten auch für die Mitglieder des Beklagten, die in den Bereichen Milchproduktion, Käseherstellung und/oder Reifung/Handel tätig sind.

2. Untersteht der Beklagte als „Sortenorganisation“ somit grundsätzlich dem Kartellgesetz?

22. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beklagte somit grundsätzlich dem Kartellgesetz untersteht (Art. 2 KG).

3. Fällt das Reglement ES grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes?

23. Wie bereits erwähnt, gilt das Kartellgesetz für Unternehmen, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG). 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).

24. Reglemente des Beklagten werden von seinem Vorstand erlassen (Art. 16 Bst. d der Statuten). Der Vorstand besteht aus 9 oder 12 Mitgliedern (plus Präsident), wobei jede Mitgliedergruppe (Milchproduzenten, Käsehersteller, Reifung/Handel) Anrecht auf die gleiche Anzahl, jedoch mindestens drei Sitze hat (Art. 14 der Statuten). Der Vorstand fasst seine Beschlüsse mit einfachem Mehr auf allen drei Stufen (Milchproduzenten, Käsehersteller, Reifung/Handel). Die Beschlussfassung setzt somit voraus, dass die Mehrheit der Mitglieder des Vorstandes (die gleichzeitig Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind) übereinstimmt. Zentraler Bestandteil des Reglements ES bildet die Regelung der zu produzierenden Emmentalermenge.

25. Das Reglement ES stellt somit eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen dar. Mit ihm wird die Produktionsmenge gesteuert, womit zweifelsohne eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Das Reglement ES erfüllt also die Tatbestandselemente der Abrede und fällt grundsätzlich – unabhängig davon, ob der Beklagte selbst ebenfalls als Unternehmen zu qualifizieren ist – unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ob dieser Grundsatz für einzelne Bestandteile des Reglements ES gestützt auf die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 3 KG nicht gilt, wird nachfolgend geklärt.

¹⁴ Siehe z.B. RPW 2001/1, 110 Rz 1 und 111 Rz 9, Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE): „La CGE ainsi que ses entreprises membres tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.“

¹⁵ Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 7: „Sowohl ES als auch deren Mitglieder (...) sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.“

¹⁶ RPW 2012/4, 823 Rz 42 ff., *Vertrieb von Musik*.

¹⁷ Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel (Art. 8 Abs. 2 LWG).

4.1 Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?

4.2 Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosse Lochhartkäse im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?

26. Einleitend ist festzuhalten, dass sich Art. 8 Abs. 1 LwG nur auf Produkte oder Produktgruppen beziehen kann, für welche sich eine Produzenten- oder Branchenorganisation zusammengeschlossen hat (vgl. Art. 8 Abs. 2 LwG). Andere Produkte fallen grundsätzlich ausser Betracht.¹⁸ Eine Einschränkung der Produktion von anderen Grosse Lochkäsen nebst Emmentaler gemäss Frage 4.2 kann allenfalls dann unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fallen, wenn sie nötig ist, um ein zulässiges Mengenregime durchzusetzen. Deshalb ist zunächst zu prüfen, ob die Mengensteuerung gemäss Frage 4.1 zulässig ist oder nicht.

27. Art. 3 Abs. 1 KG regelt das Verhältnis zwischen dem Kartellgesetz und anderen Rechtsvorschriften. Gestützt darauf sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen. Dazu gehören insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Art. 3 Abs. 1 KG gilt seit dem 1. Februar 1996 unverändert.

28. Gemäss der Botschaft zum KG 1995 kann der Gesetzgeber in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingreifen, wenn der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag. Diese Problematik könne sich für öffentliche Güter stellen, aber auch in Fällen, in denen das Marktsystem nicht in der Lage sei, höherstehenden Interessen Rechnung zu tragen (z.B. Gerechtigkeits- oder Verteilungsüberlegungen). Diese angesprochenen Bereiche des Marktversagens würden vielschichtige Problemlagen aufzeigen, für welche unterschiedliche gesetzgeberische Lösungsansätze zur Verfügung stünden. Die Intensität des Marktversagens und seine Gewichtung sollten dabei für den Gesetzgeber Leitbild sein, um differenzierte Lösungen zu entwickeln. So könne es sich aufdrängen, für den gesamten vom Marktversagen betroffenen Bereich eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu erlassen, welche anstelle des freien Spiels von Angebot und Nachfrage die Allokationsfunktionen zwischen den interessierten Wirtschaftsteilnehmer erfülle. Die politische Gewichtung des betroffenen Bereichs könne jedoch auch nur punktuelle staatliche Intervention notwendig machen, indem es zur Lösung der Marktversagensproblematik genügen könne, dass einzelnen Wirtschaftsteilnehmern (Unternehmen) besondere Rechte zugesprochen würden, damit die

anstehenden öffentlichen Aufgaben erfüllt werden könnten.¹⁹

29. Die Wettbewerbsbehörden greifen diese Darlegungen auf, wobei sie nicht zwischen zwei Formen von Marktversagen unterscheiden, sondern zwischen Marktversagen und Verteilungsproblemen als unterschiedliche Kategorien: So wurde gesagt, dass es in Art. 3 KG um die Frage gehe, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden könne, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben habe, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermöge (Marktversagen) oder weil es zu sozial unerwünschten Verteilungen führe (Verteilungsprobleme).²⁰

30. Weiter haben die Wettbewerbsbehörden darauf hingewiesen, dass ein Vorbehalt in Bezug auf einen bestimmten Markt nur angenommen werden könne, wenn sich die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung feststellen lasse. In allen übrigen Fällen beschränke sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger, der zur Erfüllung dieser Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet sei.²¹

31. Das Bundesgericht erachtete es als verfassungskonform, Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip nur zurückhaltend anzunehmen. Von einer Ausnahme könne ausgegangen werden, wenn eine klare gesetzliche Grundlage vorliege, die ein wettbewerbsausschliessendes Verhalten anordne oder zulasse.²² Zum Teil war das Bundesgericht aber auch sehr grosszügig bei der Annahme eines Vorbehalts nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG.²³

32. Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Ausgangspunkt für die Schaffung wettbewerbsausschliessender Vorschriften jeweils sei, dass von einem Marktversagen ausgegangen werde. Mit Blick auf die verfassungsmässigen Vorgaben sei interventionistischen Vorschriften nur mit Zurückhaltung ein wettbewerbsausschliessender Charakter zuzubilligen. Wie weit ein Wettbewerbsausschluss reiche, müsse durch Gesetzesauslegung ermittelt werden, wobei die Annahme, dass der Markt in einem bestimmten Bereich als Regelsystem versage, politischer Natur sei. Die rechtsanwendenden Behörden hätten deshalb nicht zu prüfen, ob ein Marktversagen tatsächlich gegeben und wissenschaftlich

¹⁸ Vgl. RPW 2002/3, 428 Rz 13 b), *Interprofession Emmentaler*.

¹⁹ Siehe zum Ganzen: Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 537 ff.

²⁰ RPW 2012/4, 868 Rz 51 m.w.H., *Schweizerische Post/La Poste*.

²¹ RPW 2005/3, 459 Rz 14, *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

²² BGE 129 II 497, E. 3.3.3, wobei gemäss E. 3.3.2 bei gewissen gesetzlichen Bestimmungen auch ein impliziter Wettbewerbsausschluss genügen könne, nämlich dann wenn die gesetzliche Bestimmung zu einer Zeit erlassen wurde, in welcher sich das Wettbewerbsrecht (noch) nicht auf diese staatliche Aktivitäten angewendet habe.

²³ BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1 ff.

nachweisbar sei. Dies schliesse allerdings nicht aus, dass das Marktversagen, um dessen Korrektur es gehe, im Einzelfall ein Bezugspunkt für die teleologische Auslegung der betreffenden Regelung sein könne. Aus Art und Intensität dieses Marktversagens würden sich dann Hinweise darauf ergeben, wieweit im Hinblick auf die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele der Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich sei. Dabei sei es wichtig, die Deregulierungsfunktion des Kartellgesetzes im Auge zu behalten und die Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips durch abweichende Vorschriften gestützt auf eine genaue Analyse des Zwecks dieser Vorschriften soweit wie möglich einzugrenzen. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass der in Abs. 1 des Art. 3 KG verwendete Ausdruck „insbesondere“ zwar darauf hindeute, dass der Aufzählung der Ausnahmefälle kein abschliessender Charakter zukomme. Ob allerdings weitere Ausnahmen denkbar seien, sei fraglich.²⁴

33. Art. 8 Abs. 1 LwG steht unter der Überschrift „Selbsthilfe“ und bestimmt in Abs. 1, dass die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchen sind. Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls dem Handel. Der Beklagte erfüllt und erfüllte im fraglichen Zeitraum die Voraussetzungen einer Branchenorganisation.²⁵ Art. 8 Abs. 1 LwG gilt seit seiner Einführung per 1. Januar 1999 unverändert. In der dazugehörigen Botschaft kommt nicht explizit zum Ausdruck, dass Art. 8 Abs. 1 LwG eine Ausnahme zum Kartellgesetz begründen soll.²⁶ Darauf wird erst in der Botschaft zur Agrarpolitik 2007 hingewiesen: „Mit dem neuen LwG sind horizontale und vertikale Zusammenschlüsse an die Stelle der staatlichen Garantien getreten. Diese erwünschten Entwicklungen sollen insbesondere angesichts der bestehenden asymmetrischen Marktstrukturen nicht unterbunden werden. Landwirtschaftsrechtliche Selbsthilfemassnahmen der Produzenten- oder Branchenorganisationen sollen deshalb nicht als wettbewerbsrechtliche Verstösse im Sinne des Kartellgesetzes geahndet werden.“²⁷

34. Im bereits erwähnten (nicht publizierten) Gutachten der WEKO vom 27. November 2004 wurde festgehalten, dass sich die vom Beklagten zentral organisierte Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes nur dadurch verwirklichen lasse, dass den einzelnen Marktteilnehmern die zu produzierende Menge vorgeschrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass es Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, in diesem konkreten Bereich Wettbewerb nicht zuzulassen.²⁸ Bezüglich der fix vorgeschriebenen Produktionsmenge bestehe somit ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG. Das Sekretariat entschied in der bereits zitierten Vorabklärung „Interprofession Emmentaler“ ebenfalls in diesem Sinne.

35. Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht in einem ebenfalls den Beklagten betreffenden Fall über die Bezahlung von Produktebeiträgen: „Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot betreffen wirtschaftlich

grundlegende Elemente eines Marktes und sind daher grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen.“²⁹ Das Bundesgericht schützte deshalb den Schluss der Vorinstanz, das Kartellgesetz auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, wobei dieser Schutz nicht zuletzt auf die fehlende Begründung der gegen dieses Vorgehen gerichteten Rüge zurückzuführen war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die in diesem Fall streitigen Beitragszahlungen gestützt auf Art. 9 LwG vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt worden waren.

36. Diese eher grosszügige Annahme eines Vorbehalts gegenüber dem Kartellgesetz wurde in der Folge sowohl in der Praxis wie auch in der Literatur relativiert. So plädierte das Sekretariat in der Vorabklärung „Reorganisation des Biomilchmarktes“ für eine einzelfallweise Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften. Es wies zu Recht darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Liberalisierung der Agrarmärkte das Ziel verfolgte, in diesen Bereichen Wettbewerb zuzulassen.³⁰ Dies kommt in der Botschaft zum LwG klar zum Ausdruck, wenn gesagt wird, dass im Zentrum der Reform die marktwirtschaftliche Erneuerung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Ernährungssektors stehe.³¹

37. Auch in der Literatur wird eine Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften im Einzelfall vorgeschlagen, weil Art. 8 LwG sehr generell gehalten sei.³² Im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Bundesrates, Mengenkontingentierungen von Produzentenorganisation zur Verhinderung der Trittbrettfahrerproblematik allgemeinverbindlich zu erklären, wird auf die Gefahr hingewiesen, dass dadurch ein privatrechtliches Mengenregime wieder zu einem staatlichen mutiere und so durch die Hintertüre ein abgeschafftes Regelungssystem wieder eingeführt werde.³³ Wenn Branchen- oder Produzentenorganisationen einen Markt weitgehend auf sich vereinigen, kann diese Gefahr auch ohne die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit entstehen. Es muss deshalb eine Analyse der Wettbewerbsverhältnisse im konkreten Fall vorgenommen werden.

38. Es erscheint kaum möglich, Art. 8 Abs. 1 LwG unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu subsumieren. Dieser Artikel des Landwirtschaftsgesetzes überträgt die Ausrichtung

²⁴ Siehe zum Ganzen: PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 KG N 3 ff.

²⁵ Vgl. RPW 2002/3, 427 Rz 11 ff., *Interprofession Emmentaler*.

²⁶ Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1, 98.

²⁷ Botschaft vom 29. Mai 2002 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007), BBl 2002 4721, 4762.

²⁸ Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 14.

²⁹ BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1 ff.

³⁰ RPW 2005/3, 459 Rz 13, *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

³¹ Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1, 6.

³² OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, in: Blätter für Agrarrecht, 2006, 116; PATRIK DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, in: Blätter für Agrarrecht 2008, 129.

³³ ROLAND NORER, Alternative: Private Mengensteuerung? Erzeugerorganisationen und Allgemeinverbindlichkeit, in: Milchkontingentierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation, Roland Norer (Hrsg.), 245.

der Produktion und des Absatzes auf die Erfordernisse des Marktes den Produzenten- und Branchenorganisationen. Darunter kann allenfalls eine Mengenregelung fallen, die auch den Preis beeinflussen dürfte. Die ändert aber nichts daran, dass die Festlegung der Preise nicht unter Art. 8 LwG fällt und gestützt auf Art. 8a LwG (Richtpreise) gar explizit verboten ist. So weitreichend eine Mengenregelung auch sein mag, als *umfassende* Marktordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG kann sie nicht gelten.

39. Ebenso wenig kann Art. 8 Abs. 1 LwG als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG verstanden werden. Mit der Landwirtschaftspolitik sollte die Landwirtschaft auf den Markt ausgerichtet werden. Die Organisation des Marktes stellt deshalb gerade keine öffentliche Aufgabe mehr dar.

40. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gesetzgeber einerseits anerkennt, dass das Kartellgesetz in gewissen Fällen nicht zur Anwendung gelangen soll. Hierfür hat er Art. 3 Abs. 1 KG geschaffen, den er allerdings eher restriktiv ausgestaltet hat. So scheint er einen Vorbehalt nur für Fälle zu akzeptieren, in welchen ein Marktversagen vorliegt und als Abhilfe entweder eine umfassende Marktordnung geschaffen wird (Bst. a) oder ein Unternehmen zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mit entsprechenden Rechten ausgestattet wird (Bst. b).

41. Andererseits steht fest, dass der Gesetzgeber mit der Agrarpolitik zwar beabsichtigt, die Landwirtschaft auf den Wettbewerb auszurichten, die Planung von Produktion und Absatz in gewissen Fällen aber nicht vollumfänglich den kartellrechtlichen Bestimmungen unterstellen will. Dies kommt in der Botschaft zur Agrarpolitik 2007 klar und explizit zum Ausdruck. Hierfür hat er mit Art. 8 LwG eine sehr pauschale Formulierung gewählt, die nicht in das Raster von Art. 3 Abs. 1 KG passt.³⁴

42. Daraus den Schluss zu ziehen, es könne gar keine Ausnahme vom Kartellgesetz angenommen werden, erscheint genauso unzulässig, wie auf eine generelle Ausnahme sämtlicher Mengenabreden von Produzenten- oder Branchenorganisationen zu schliessen. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mengenbeschränkung wenigstens noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulässt. Dabei dieselben Kriterien anzuwenden wie im Kartellrecht (Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs) kommt allerdings nicht in Frage, da dies Art. 8 LwG den Charakter einer vorbehaltenen Vorschrift vollumfänglich absprechen würde.

43. Die Antwort auf Frage 4.1 lautet somit, dass Art. 8 Abs. 1 LwG keine genügende gesetzliche Grundlage bildet, um das Reglement ES oder auch nur Teile davon ohne Berücksichtigung des konkreten Falles von der Anwendung des Kartellgesetzes auszunehmen. Um diese einzelfallweise Prüfung vorzunehmen, muss zunächst der Markt abgegrenzt werden.

44. Daraus folgt, dass auch die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES nicht ohne Berücksichtigung des konkreten Falls als Grundlage für einen Ausnahmetatbestand nach Art. 3 Abs. 1 KG betrachtet werden kann (Frage 4.2).

5. Welches ist der für schweizerischen Grosslochkäse der Sorte Emmentaler sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt?

45. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden.³⁵

46. Die Wettbewerbsbehörden unterteilen den Käsemarkt praxisgemäss in die fünf Produktgruppen Frischkäse, Weichkäse, Halbhartkäse, Hartkäse und Schmelzkäse, welche sie jeweils wiederum in die Produktstufen Produktion, Affinage (nur Halbhart- und Hartkäse), Konfektionierung (bei Schmelzkäse nicht vorhanden) und Vertrieb unterteilen.³⁶ Sie haben dabei offengelassen, ob die Affinage von Halbhart- und Hartkäse zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehört oder ob die Affinage allenfalls nach Käsesorten wie beispielsweise Emmentaler zu unterteilen ist. Des Weiteren wird angemerkt, dass die Konfektionierung und der Vertrieb oftmals von ein und demselben Unternehmen vorgenommen wird und offen gelassen, ob diese beiden Stufen zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehören.

47. In ihrem Entscheid „Interprofession Emmentaler“ vermerkt das Sekretariat, dass Emmentaler als Hartkäse zum sachlich relevanten Markt für Hartkäse gehört.³⁷ Im dortigen Entscheid wurde noch nicht zwischen Produktionsstufen unterschieden.

48. Neben dem Emmentaler AOC gibt es eine Reihe weiterer in der Schweiz hergestellter Hartkäse, beispielsweise Gruyère, Switzerland Swiss, L’Eti-vaz und Walliser Alpkäse. Auch Extra-Hartkäse, insbesondere Sbrinz, gehört zu den Hartkäsen. Insgesamt werden in der Schweiz einige Dutzend Hartkäsesorten hergestellt.³⁸ Daneben gibt es eine Reihe ausländischer Grosslochkäse wie Fol Epi (Frankreich), Maasdamer (Niederlande) und Allgäuer Emmentaler (Deutschland).

³⁴ So wird Art. 8 Abs. 1 LwG zum Teil unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG subsumiert (BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.2), zum Teil unter Art. 3 Abs. 1 Bst. b LwG (SIMON WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, 67; MARLEEN ZOETEWEL, in: Roland Norer (Hrsg.), Milchkontingentierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation, Zürich 2009, Erzeugerorganisationen und Kartellrecht, 262 f.) und zum Teil einfach ohne weitere Präzisierung unter Art. 3 Abs. 1 KG (Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 9). Dies könnte mit der Schwierigkeit zusammenhängen, Art. 8 LwG in das Schema von Art. 3 Abs. 1 KG einzupassen.

³⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³⁶ RPW 2011/2, 303 Rz 20 ff. *Avis de la Commission de la concurrence dans la cause Etivaz*; RPW 2010/3, 573 ff. Rz 14 ff., *Emmi/Fromalp*, RPW 2003/3, 536 ff, Rz 38 ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)*.

³⁷ RPW 2002/3, 428 Rz 15, *Interprofession Emmentaler*.

³⁸ Siehe <http://www.switzerland-cheese.ch/de/kaese-finder.html>.

49. Nachfolgend wird dargelegt, ob die oben genannten Käsemärkte bezüglich Emmentaler allenfalls enger abgegrenzt werden sollten. So liess die WEKO in ihrem Entscheid Emmi/Swiss Dairy Food, Betrieb Landquart – Raclettekäsegeschäft³⁹ offen, ob Raclettekäse, ein Halbhartkäse, einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt. Auch Entscheide anderer Kartellbehörden weisen darauf hin, dass diese Märkte enger abgegrenzt werden können. So grenzte das Bundeskartellamt einen eigenen sachlich relevanten Markt für die Herstellung von Saueremilchkäse ab⁴⁰, und die EU wies beim Entscheid Lactalis/Galbani⁴¹ darauf hin, dass aus Sicht des Konsumenten Mozzarella nicht wirklich durch andere Käsesorten ersetzt werden kann und dass bei einem Preisanstieg von 10 % bei einer Preisstabilität bei anderem Käse nur wenige ihre Konsumgewohnheit ändern würden. Zudem machte die EU in mehreren Entscheiden eine Unterscheidung zwischen Hersteller- und Handelsmarken bei Käse.⁴²

50. In ihrem Entscheid Lactalis/Galbani⁴³ zeigt die EU anhand eines Vergleichs zwischen Frankreich und Italien, dass die Wettbewerbsbehörden verschiedener Länder aufgrund unterschiedlicher Konsumentenpräferenzen die Käsemärkte unterschiedlich abgrenzen. Zudem weist sie im selben Entscheid darauf hin, dass zumindest für einige sehr spezifische Käsesorten eine weitere Segmentierung in Betracht gezogen werden könnte, wie beispielsweise für Mozzarella.⁴⁴ Nachfolgend geht die WEKO davon aus, dass Emmentaler aus Sicht vieler Konsumenten durch andere Hartkäsesorten wie beispielsweise Gruyère ersetzt werden kann. Markterhebungen hierzu liegen der WEKO und dem Sekretariat aber keine vor. Der WEKO liegen auch bezüglich der weiteren Produktionsstufen des Emmentalers keine Informationen vor, die eine engere sachliche Marktabgrenzung als ein Markt für Halbhartkäse für die jeweilige Stufe bedingen würde.

51. Somit besteht derzeit kein Anlass, die bisherige Praxis der WEKO zu ändern. Deshalb ist vorliegend für sämtliche Produktionsstufen jeweils von einem sachlich relevanten Markt für Hartkäse auszugehen. Im Fokus der hier interessierenden Frage steht die Stufe der Käseherstellung, wobei es absatzseitig um den Verkauf von Hartkäse und bezugsseitig um die Beschaffung von Rohmilch resp. Käsereimilch geht.

52. 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).

53. In räumlicher Hinsicht wurden die sachlich relevanten Märkte bezüglich Hartkäse in der Vergangenheit national abgegrenzt.⁴⁵ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in Anbetracht der vollständigen Liberalisierung des Käsemarkts mit der EU seit dem 1. Juli 2007 der Vertrieb von Hartkäse EU+CH-weit abgegrenzt werden kann.⁴⁶

6.1 Stellen das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslochhartkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt

beseitigen oder allenfalls im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vermutungsweise beseitigen?

6.2 Bei Verneinung von Frage 6.1: Stellen das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung allenfalls Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslochkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber doch erheblich beeinträchtigen?

54. Im Zentrum dieser Fragen steht die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Mengenregelung, mit welcher der Beklagte die Menge des von seinen Mitgliedern zu produzierenden Emmentaler AOC regelt. Nach dem Gesagten (siehe Antwort zu den Fragen 4.1 und 4.2) kann in Art. 8 Abs. 1 LwG nicht pauschal von einer vorbehaltenen Vorschrift ausgegangen werden, die vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt zulassen würde. Es ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen.⁴⁷

55. Art. 8 Abs. 1 LwG gibt Produzenten- und Branchenorganisationen die Möglichkeit, die Produktion und den Absatz auf die Erfordernisse des Marktes auszurichten. Darunter fallen auch Massnahmen zur Regelung der zu produzierenden Menge. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass Massnahmen von Branchenorganisationen zur Mengenbegrenzung und Qualitätskontrolle kartellrechtlich wohl nicht zu beanstanden seien, solange der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Käsesorten spiele.⁴⁸

56. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse lag 2010 bei ca. 39 %.⁴⁹ Wären sämtliche Emmentaler-Produzenten Mitglieder des Beklagten, könnte dessen Mengenregelung auf der Stufe Produktion somit maximal 39 % des Hartkäsemarktes

³⁹ RPW 2003/4, 783, Rz 21, *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart - Raclettekäsegeschäft)*.

⁴⁰ B2 - 359/07, Loose/Poelmeyer u.a.

⁴¹ COMP/M.4135, 24/04/2006, 3–4, Rz 12.

⁴² So bei COMP/M.4135 – Lactalis/Galbani und bei COMP/M.4761 – BONGRAIN/ SODIAAL/ JV, 18/10/2007.

⁴³ COMP/M.4135, 3, Rz 10.

⁴⁴ COMP/M.4135, 3–4, Rz 12.

⁴⁵ RPW 2002/3, 428 Rz 15 ff., *Interprofession Emmentaler*, RPW 2003/3, 538 Rz 55ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2010/3, 576 Rz 32, *Emmi/Fromalp*.

⁴⁷ So wurde auch in der (nicht publizierten) Beratung betreffend Suissemilch GmbH vom 8. Oktober 2008 vorgegangen. Darin hielt das Sekretariat fest, dass eine Bündelung von ca. 57 % der Milchmenge durch die Milchproduzenten den Wettbewerb zwar nicht beseitige, doch aber erheblich beeinträchtige und daher als unvereinbar mit dem Kartellgesetz zu betrachten sei (Rz 46 und 52).

⁴⁸ OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, in: Blätter für Agrarrecht, 2006, 116; PATRIK DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, in: Blätter für Agrarrecht 2008, 117.

⁴⁹ Agrarbericht BLW 2011, Anhang A6: Danach wurde 2010 69'765 t Hartkäse produziert, wovon 27'059 t auf den Emmentaler AOC entfiel. 2012 lag der Marktanteil von Emmentaler AOC gemäss der Milchstatistik Schweiz bei 38 %. So wurde 2012 69'392 t Hartkäse produziert, davon 26'185 t Emmentaler AOC (www.milchstatistik.ch, Link „Statistiken“, Link „Käsemarkt: Produktion Käse“, 22.04.2013).

umfassen. Gestützt auf diesen Marktanteil sowie den Preisdruck aufgrund von Importen aus dem Ausland⁵⁰ kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Mengenregelung des Beklagten dazu führt, dass der Wettbewerb im Hartkäsemarkt gänzlich verhindert wird und die aufgehobene staatliche Marktordnung durch eine privatrechtliche ersetzt wird.

57. Ein gewisser Wettbewerb bleibt demnach trotz der Mengensteuerung bestehen. Deshalb kann die Mengensteuerung des Beklagten im hier vorliegenden Fall als vom Gesetzgeber tolerierte Selbsthilfemassnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG betrachtet werden, sodass diese unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG fällt und nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG gilt. Die Fragen 6.1 und 6.2 werden somit beide mit nein beantwortet: Die hier geprüfte Mengensteuerung des Beklagten stellt keine unzulässige Abrede im Sinne des Kartellgesetzes dar.

7.1 Stellen die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosslockkäse Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslockkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt beseitigen oder allenfalls im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vermutungsweise beseitigen?

7.2 Bei Verneinung von Frage 7.1: Stellen die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosslockhartkäse allenfalls Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslockhartkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber doch erheblich beeinträchtigen?

58. Die Ausführungen zu den Fragen 6 können für die Beschränkungen, die der Beklagte in Art. 7 Abs. 3 seines Reglements ES vorgenommen hat nur dann gelten, wenn diese Beschränkungen notwendig sind, um die (hier als zulässig erachtete) Mengenregelung zu ermöglichen bzw. durchzusetzen. Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES schränkt die Produktion von anderen Schweizer Grosslockkäse (nebst Emmentaler AOC) ein, indem es den Mitgliedern des Beklagten eine solche verbietet bzw. nur auf Gesuch hin erlaubt.

59. Eine sehr ähnliche Klausel war bereits Thema in der Vorabklärung „Interprofession Emmentaler“, welche eingestellt wurde, nachdem sich der Beklagte verpflichtet hatte, das für seine Mitglieder geltende Verbot, Emmentaler-ähnliche Käse zu produzieren, aufzuheben.⁵¹

60. Wie bereits erwähnt, kann sich der Vorbehalt gemäss Art. 8 Abs. LwG nur auf Produkte und Produktgruppen beziehen, welche von einer Produzenten- oder Branchenorganisation vertreten werden. Allerdings muss dieser Vorbehalt sich für diese fraglichen Produkte oder Produktgruppen voll entfalten können. Sofern ein Mengenregime sich also als zulässig erweist, muss es einer

Produzenten- oder Branchenorganisation möglich sein, die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung dieses Regimes zu ergreifen.

61. Der Beklagte hatte in der Vergangenheit Probleme mit Käsen, die nicht als gemäss Pflichtenheft produzierter Emmentaler in Umlauf gebracht wurden, in der Folge dem Endkonsumenten aber dennoch als Emmentaler AOC angeboten wurden. Diese Problematik ist darauf zurückzuführen, dass mit einem solchen Verhalten die Mengensteuerung und die Pflichtabgabe für jedes Kilogramm produzierten Emmentaler umgangen werden kann.⁵² Wer nämlich Emmentaler nach Pflichtenheft produziert, muss dem Beklagten einen Beitrag von CHF 0.55 pro Kilogramm Emmentaler bezahlen (insbesondere für Werbemassnahmen).⁵³ Wer nun offiziell keinen Emmentaler AOC herstellt, muss diese Abgabe nicht bezahlen. Deshalb könnte der Anreiz entstehen, eigentlichen Emmentaler AOC Käse nicht als solchen in Umlauf zu bringen (allenfalls etwas günstiger als offiziellen Emmentaler, da der Verkäufer CHF 0.55 pro Kilogramm günstiger „produzieren“ kann). Einmal in Verkehr gebracht, könnte dieser Käse als Emmentaler weiterverkauft werden, ohne dass dafür ein Beitrag für Werbemassnahmen bezahlt wurde. Das Verbot Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, könnte deshalb als Massnahme betrachtet werden, diese Umgehung zu verhindern.

62. Damit diese Massnahme aber ebenfalls unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt, muss gezeigt werden, dass sie absolut notwendig ist, um die im vorliegenden Fall als zulässig erachtete Mengensteuerung zu ermöglichen bzw. durchzusetzen. Ob das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse herzustellen, nötig ist, um dieses Ziel zu erreichen oder ob allenfalls mildere Mittel zur Verfügung stehen, kann aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht abschliessend beurteilt werden. Hierzu wären umfassende Abklärungen über Hintergrund und Auswirkungen dieses Verbots notwendig, welche im Rahmen eines Gutachtens nicht getätigt werden können.

63. Es kann demnach nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES als notwendige Massnahme zur Durchsetzung des Mengenregimes betrachtet werden kann und damit ebenfalls unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt.

64. Sollten weitere Abklärungen ergeben, dass Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES nicht unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt, weil er zu weitreichend ist, wäre Art. 7 Abs. 3 KG einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

⁵⁰ Seit der Liberalisierung des Käsemarkts mit der Europäischen Union im Jahr 2007 stehen die Käse aus der schweizerischen Produktion auf der Stufe Vertrieb in direkter Konkurrenz zu den übrigen europäischen Käsesorten.

⁵¹ RPW 2002/3, 430 Ziff. 2, *Interprofession Emmentaler*.

⁵² Siehe Klageantwort vom 4.1.2012, Rz. 22 ff. sowie Antwortbeilage 6.

⁵³ Diese Massnahme gilt für alle Produzenten, die Emmentaler gemäss Pflichtenheft produzieren, unabhängig von einer Mitgliedschaft beim Beklagten (siehe Anhang 2 Bst. D der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen, VBPO; SR 919.117.72).

65. Diesfalls wäre das Verbot gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES als eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Stufe zu qualifizieren.⁵⁴ Diese Unternehmen einigen sich damit darauf, ihre Produktion einzuschränken, womit eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vorliegen würde, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitigt. Ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund von Aussen- oder Innenwettbewerb umgestossen werden kann, resp. ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist, kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht abschliessend beurteilt werden. Die oben genannten Marktanteile⁵⁵ deuten allerdings darauf hin, dass zwar die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen werden kann, dass aber zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Die Möglichkeit, gestützt auf eine Ausnahmegesuch Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, ändert daran nichts, weil ein Ausnahmegesuch ohnehin nur für ganz bestimmte Käse möglich ist. Zudem ändert das System der Ausnahmeregelung nichts an der auf horizontaler Ebene eingerichteten Kontrolle der Käseproduktion. Entscheide über Art und Umfang der Produktion haben aber vollumfänglich beim einzelnen Unternehmen zu liegen.

66. Sofern eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, prüfen die Wettbewerbsbehörden gestützt auf das Verwaltungsverfahren von Amtes wegen, ob die Abrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Dabei müssen die Wettbewerbsbehörden gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen nicht beweisen. Sind keine Effizienzgründe erstellt, bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede unzulässig ist. Die Parteien tragen somit die objektive Beweislast. Das bedeutet, dass sie den Nachteil der diesbezüglichen Beweislosigkeit tragen.⁵⁶

67. Auch ob eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gegeben ist, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Ersichtlich ist jedenfalls keine. Der Beklagte kann diese aber im Rahmen und in den Grenzen des Zivilverfahrens geltend machen.

8. Ist das Reglement ES (Antwortbeilage 5) in irgendeiner anderen Weise kartellrechtlich problematisch?

68. Diese Frage ist zu pauschal für eine Antwort.⁵⁷

9. Stellt die Mengensteuerung, wie sie vom Beklagten während der streitgegenständlichen Periode (Milchjahr 2010/2011) für seine Mitglieder gehandhabt wurde, wonach die dem Käsehersteller zugeteilte Referenzmenge periodisch alle 3 Monate in Abhängigkeit der Gesamtnachfrage freigegeben und Überproduktion mit einer Sonderabgabe von CHF 2.- pro kg belastet wurde, eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar?

69. Diese Frage wurde mit den Antworten zu den Frage 4 und 6 bereits beantwortet.

10. Stellt das sog. Emmentaler-Reinheitsgebot, wie es vom Beklagten während der streitgegenständlichen Periode (Milchjahr 2010/2011) für seine Mitglieder gehandhabt wurde, wonach die innerhalb des Reinheitsgebots liegenden Ausnahmeprodukte uneingeschränkt aber gestützt auf eine Genehmigung des Beklagten hergestellt werden durften, eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar?

70. Diese Frage wurde mit den Antworten zu den Fragen 4 und 7 bereits beantwortet.

11. Ist die Emmentaler AOC Regelung (Art. 16 LWG i.V.m. Art. 17 GUB/GGA-Verordnung samt Pflichtenheft und Regelwerk) eine Gesetzgebung im Sinne von Art. 3 KG, die den Erlass eines Emmentaler Reinheitsgebots erlaubt?

71. Der Kläger bringt in seiner Klageantwort vor, dass sich der Umfang seiner Regelungskompetenz aus den gesetzlichen AOC-Bestimmungen ergebe.⁵⁸ Die GUB/GGA-Verordnung⁵⁹ sei Teil der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, weshalb auch der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG zur Anwendung komme.

72. Gemäss Art. 3 Abs. 2 KG fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Kartellgesetz.

73. Zunächst stellt sich die Frage, ob die AOC-Bestimmungen als „Gesetzgebung über das geistige Eigentum“ zu betrachten sind. Gemäss Botschaft zum KG 95 ist der Begriff „geistiges Eigentum“ zwar umfassend zu verstehen; es seien sämtliche gesetzlichen Regelungen des Immaterialgüterrechts miteingeschlossen.⁶⁰ Da aber die Rechtsnatur von geschützten Ursprungsbezeichnungen umstritten ist⁶¹, ist nicht ohne

⁵⁴ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 23 ff.

⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 56.

⁵⁶ RPW 2011/4, 640 Rz 794, *Ascopa*.

⁵⁷ Das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens muss klar formulierte Fragen enthalten, womit auch gemeint sein muss, dass es sich um konkrete Fragen handelt (siehe dazu RPW 1997/4, 595 Rz 9, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*).

⁵⁸ Klageantwort vom 4.1.2012, Rz 50.

⁵⁹ Verordnung vom 28. Mai 1997 über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geographischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung; SR 910.12).

⁶⁰ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 541.

⁶¹ Gemäss WALTHER sei ein Teil der Lehre der Ansicht, es handle sich um Immaterialgüterrechte, ein anderer Teil und das Institut für Geistiges Eigentum wiederum plädierten für ein Rechtsgebilde „sui generis“, ein weiterer Teil gehe schliesslich von einer wettbewerbsrechtlichen Natur aus. (SIMONE WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, 25 m.w.H.); für eine Subsumtion der geschützten Ursprungsbezeichnung unter die Gesetzgebung des geistigen Eigentums gemäss Art. 3 Abs. 2 KG: JÜRIG SIMON, Milchmarkt aus der Sicht des Wettbewerbsrechts – insbesondere Mengensteuerungssysteme im nachgelagerten Käsemarkt, in: Blätter für Agrarrecht 2012, 6.

Weiteres klar, ob diese unter Art. 3 Abs. 2 KG fallen. Geschützte Ursprungsbezeichnungen verschaffen den Rechtsinhabern keine Ausschliesslichkeitsrechte, sondern lediglich Benutzungsrechte: Sie können von allen verwendet werden, die die Anforderungen gemäss Pflichtenheft erfüllen.⁶² Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, darf die Bezeichnung der geschützten Ursprungsbezeichnung nicht verwendet werden.

74. Es spricht nichts dagegen, AOC-Bestimmungen als Bestimmungen des geistigen Eigentums im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG zu betrachten. Allerdings ist in Literatur⁶³ und Rechtsprechung⁶⁴ anerkannt, dass auf Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums das Kartellrecht stets in vollem Umfang anwendbar ist, da hier die Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern auch aus der Abrede folgen. Art. 3 Abs. 2 KG steht der Anwendung des Kartellgesetzes also nicht entgegen.

75. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die hier zur Diskussion stehenden AOC-Bestimmungen sicherstellen sollen, dass Produkte, welche die Kriterien des Pflichtenhefts nicht erfüllen, nicht unter einer AOC-Bezeichnung in Umlauf kommen. Frage 11 bezieht sich auf das Reinheitsgebot des Beklagten, mit welchem die Produktion von Emmentaler ähnlichen Käsen (unter Vorbehalt einer Ausnahmegenehmigung) verboten wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Produktion von Emmentaler ähnlichen Käsen, die gerade nicht unter einer AOC-Bezeichnung in Umlauf gebracht werden, dem Schutz von AOC-Bezeichnungen zuwiderlaufen soll bzw. inwiefern das genannte Verbot verhindern soll, dass AOC-Bezeichnungen missbraucht werden. Daraus ergibt sich, dass dieses Verbot nicht als Geltendmachung von Bestimmungen des geistigen Eigentums betrachtet werden kann. Auch deshalb kann der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG nicht zum Tragen kommen.

76. Frage 11 ist demnach im vorliegenden Fall mit Nein zu beantworten.

D. Zusammenfassung

77. Zusammenfassend ergibt sich, dass im hier vorliegenden Fall eine Mengensteuerung vorliegt, die unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG fällt. Die Mengensteuerung des Beklagten verstösst deshalb nicht gegen das Kartellgesetz. Nicht abschliessend beurteilt werden kann die Frage, ob auch das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse herzustellen, unter diesen Vorbehalt fällt. Hierfür muss abgeklärt werden, ob dieses Verbot absolut notwendig ist bzw. war, um die hier zulässige Mengensteuerung umzusetzen.

78. Sollte sich zeigen, dass mildere bzw. andere Mittel zur Verfügung stehen bzw. standen, fällt das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, nicht unter den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG. In diesem Fall kann der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG nicht greifen. Auch Art. 3 Abs. 2 KG führt nicht dazu, dass das Kartellgesetz nicht anzuwenden ist. Das genannte Verbot wäre somit einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Dabei ist zu prüfen, ob dieses Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, die den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt oder

zumindest erheblich beeinträchtigt. Liegt keine Beseitigung aber eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vor, so ist zu prüfen, ob Effizienzgründe vorliegen. Diese sind vom Beklagten vorzubringen und darzulegen.

E. Kosten

79. Die GebV-KG regelt die Erhebung von Gebühren durch die WEKO und ihr Sekretariat für Gutachten und sonstige Dienstleistungen (Art. 1 Abs. 1 Bst. d GebV-KG). Gebührenpflichtig ist, wer Gutachten veranlasst (Art. 2 GebV-KG). Im vorliegenden Fall hat das Regionalgericht Bern-Mittelland das Gutachten veranlasst, auch wenn der Kläger die Einholung eines Gutachtens beantragt hat und auch wenn das Regionalgericht gestützt auf Art. 15 Abs. 1 KG gehalten ist, die Sache der WEKO zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht.⁶⁵

80. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 – 400 Franken gilt. Vorliegend wurden 24 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 200.- aufgewendet, was einen Betrag von Fr. 4'800.- ergibt.

⁶² SIMONE WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, 26.

⁶³ GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 196 f.; RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N 32.

⁶⁴ HGer Bern, Anschlaghalter III, sic! 2006, 348 (353).

⁶⁵ RPW 1998/4, 621 Rz 1, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
KMU Kleine und mittlere Unternehmen
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	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 -
 - abgestimmte Verhaltensweise 733
 - Abrede 368, 381, 384 f., 387, 433, 436 f., 464, 466, 468, 471, 504 f., 509, 531, 533, 579 f., 624 f., 671, 693, 725, 727, 732 ff.
 - Acquiring -
 - Anhörung 377, 379 f., 542, 544, 559, 574
 - Apotheker/innen 363, 366, 369
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 390, 450, 454, 533, 587, 591 f., 596, 599
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste 563, 574, 618, 632, 635, 658, 668, 687
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 603, 739 f.
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung -
 - Erheblichkeit 579, 640, 661, 725, 727 f.
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee -
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 495, 497 ff., 504
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 381 f., 432, 434, 460, 464 f., 471, 496, 509 f., 533, 536, 618, 736
 - Koppelungsgeschäft 572
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer 580
 - Kreditkarten -
 - Kreditkarten-Akzeptenzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 670
- M**
- Marktaufteilung -
 - marktbeherrschende Stellung -
 - Marktgegenseite 369 f., 387 ff., 438, 442, 459, 467 f., 474, 478, 481, 489, 500 f., 513, 515, 518, 535, 578, 618 ff., 630 ff., 679, 684, 725 ff., 736 f.
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 382, 391, 435, 489, 523, 619 f., 626, 628, 735
 - Marktzutrittsschranken 504
 - Meldepflicht 375, 385 ff., 433, 438, 466 f., 472 f., 510 ff., 534, 635, 682
 - Missbrauch 363, 369 f., 489, 572, 574 ff., 585, 604 f., 611 f. 621, 635 ff., 651 ff., 656 f., 669, 671, 674, 691 ff., 700, 725, 728 f., 740
- N**
- Netzwerk 390, 392, 397 ff., 407. 410 ff., 426, 458 ff., 474, 476, 481, 491, 499, 508, 513, 518, 525, 655 f.
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 603
 - potenzieller Wettbewerb 410, 418, 425, 492, 526
 - Preisabrede -
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 610, 642, 653, 660, 667 ff., 687 ff.
- R**
- Rabatte 612 f., 669
 - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 386, 429, 562, 578, 583 ff., 593 ff., 599 ff., 641, 671 ff., 677 ff., 691, 695, 698
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission 625, 717, 720 ff.
 - Submissionskartell -

T	Verschulden 562, 587, 606, 671, 680 ff., 694 ff.
Tarife 367, 574, 624	Vierparteiensysteme -
Tarifvertrag -	vorbehaltene Vorschriften 368, 382, 436, 472, 510
Tierärzte/innen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Transparenzmassnahmen -	
U	W
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 364, 373, 390 f., 394, 469, 496, 516, 559, 561, 572 ff., 582 ff., 588 ff., 606 ff., 635 f., 654, 658 f., 662, 665, 670, 678 f., 684 ff., 695 ff., 700 ff., 725 ff.	X
	Y
unzulässige Wettbewerbsabrede 725, 727, 738	Z
V	Zahlungsmittel -
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	zweiseitige Märkte 419
Veröffentlichung 403, 491, 525, 540, 576, 660	
