



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

2016/1

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: 727.000.16/1)

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

2016/1

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.

April/avril/aprile 2016

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

2016/1

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2015 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2015 de la Commission de la concurrence (COMCO)	17
	3. Rapporto annuale 2015 della Commissione della concorrenza (COMCO)	33
	4. Annual Report 2015 of the Competition Commission	49
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/ticketportal AG	65
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Online-Buchungsplattformen für Hotels	67
	2. Swisscom WAN-Anbindung	128
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. General Electric Company/ALSTOM Energy	218
	2. General Electric Company/ALSTOM Energy - Kostenverfügung	253
	3. Astorg/Goldman Sachs/HRA Pharma	256
	4. Tamedia AG/ImmoStreet.ch S.A.	260
	5. Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland	261
	6. Tamedia/Adextra	285
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
	1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden [...]: Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung [...]	292
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG	299
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden	338

D	Entwicklungen	
	Développements	
	Sviluppi	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
	Actes législatifs, communications	
	Atti legislativi, comunicazioni	
1.	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek)	344
2.	Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek)	349
3.	Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Communication automobile, CommAuto)	353
4.	Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Note explicative CommAuto)	357
5.	Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (Comunicazione autoveicoli, ComAuto)	361
6.	Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (Opuscolo esplicativo ComAuto)	365
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	369
	Index (deutsch, français e italiano)	371

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2015 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	2	3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel	8
2	Wichtigste Entscheide 2015	3	3.4.2 Musikinstrumente	8
2.1	Entscheide der WEKO	3	3.4.3 Uhrenindustrie	8
2.2	Entscheide der Gerichte	4	3.4.4 Automobilsektor	8
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen	5	3.4.5 Landwirtschaft	9
3.1	Bau	5	3.4.6 Weitere Bereiche	9
3.1.1	Submissionsabreden	5	3.5 Binnenmarkt	9
3.1.2	Sanitärgrosshandel	5	3.6 Ermittlungen	10
3.1.3	Baustoffe und Deponien	5	3.7 Internationales	10
3.1.4	Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen	5	3.8 Gesetzgebung	10
3.2	Dienstleistungen	6	3.8.1 Parlamentarische Vorstösse im Nachgang zur gescheiterten KG-Revision	10
3.2.1	Finanzdienstleistungen	6	3.8.2 Totalrevision des Geschäftsreglements der WEKO (GR-WEKO)	11
3.2.2	Gesundheitswesen	6	4 Organisation und Statistik	12
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	6	4.1 WEKO und Sekretariat	12
3.3	Infrastruktur	6	4.2 Statistik	13
3.3.1	Telekommunikation	6	5 10 Jahre Hausdurchsuchungen	14
3.3.2	Medien	7	5.1 Durchgeführte Hausdurchsuchungen	14
3.3.3	Weitere Bereiche	7	5.2 Wichtige Entwicklungen	15
3.4	Produktmärkte	8	5.3 Neues Merkblatt	16

1 Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2015 war geprägt von wichtigen Entscheidungen und Ereignissen. Die WEKO hat in mehreren Untersuchungen horizontale Preiskartelle sanktioniert (Tunnelreinigung, Sanitär-grosshandel, VPVW, Flügel und Klaviere), ist gegen vertikale Preisbindungen vorgegangen (Saiteninstrumente), hat einen weiteren Missbrauch von Marktbeherrschung aufgedeckt (Swisscom Breitbandinternet) sowie die Kraftfahrzeugbekanntmachung und das Geschäftsreglement revidiert. Die Gerichte haben wegweisende Urteile gefällt:

- Das Bundesgericht hat im Fall **Hors-Liste-Medikamente** die Beschwerde des WBF gutgeheissen und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben. Das Bundesgericht hat bestätigt, dass nur ausdrückliche gesetzliche Vorschriften die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen können, aber nicht faktische Gegebenheiten in einem bestimmten Markt.
- Das Bundesverwaltungsgericht hat in den Fällen **Swisscom ADSL** und **BMW** die Entscheide der WEKO materiell vollumfänglich bestätigt und die entsprechenden Beschwerden abgewiesen. Während es im Fall BMW die Sanktion der WEKO unverändert belies, hat es im Fall Swisscom ADSL aufgrund einer anderen Berechnungsweise die Sanktion leicht herabgesetzt. Im Fall **Bergsportprodukte** hat es die Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO gutgeheissen.
- Im Bereich des Binnenmarktgesetzes hat das Bundesgericht zwei Beschwerden der WEKO in Verfahren zu **öffentlichen Beschaffungen** gutgeheissen.

Vor allem die beiden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Swisscom ADSL und BMW stärken der WEKO den Rücken. Einerseits hat das Gericht in beiden Verfahren die umfangreichen Rügen wegen Verletzung von Verfahrensgarantien der unterlegenen Unternehmen allesamt abgewiesen und die Korrektheit der Verfahren vor der WEKO bestätigt. Andererseits hat das Gericht in zwei wichtigen materiellen Bereichen (Behinderung von Parallel- und Direktimporten sowie Vorliegen einer unzulässigen „Kosten-Preis-Schere“) die Argumentation und Beurteilung durch die WEKO gutgeheissen. Solche Entscheide sind wichtig, weil sie der Wettbewerbsbehörde bestätigen, auch bei komplexen Verfahren formell und materiell korrekt zu entscheiden. Zudem schaffen die Urteile – unter Vorbehalt des Urteils des jetzt angerufenen Bundesgerichts – in den sie betreffenden materiellen Bereichen Rechtssicherheit für die Unternehmen.

Dass die Wettbewerbsbehörde auch bei umfangreichen und komplizierten Sachverhalten in-nerst angemessener Frist die für einen Entscheid notwendigen Beweismittel beschaffen kann, hat wesentlich mit der Art und der Qualität der verwendeten Ermittlungsinstrumente zu tun. Im Schwerpunktthema des vorliegenden Jahresberichts gehen wir auf die **Hausdurchsuchungen** ein, die seit mehr als zehn Jahren eingesetzt werden. Dieses Ermittlungsinstrument hat sich als äusserst wirksam erwiesen,

weil eine Hausdurchsuchung erlaubt, auf alle bei den betroffenen Unternehmen verfügbaren physischen und elektronischen Daten im Zusammenhang mit dem untersuchten Sachverhalt zuzugreifen. Damit das Instrument aber seit Jahren erfolgreich eingesetzt werden kann, bedurfte es einer zeitaufwändigen Investition in den Aufbau eines Kompetenzzentrums im Sekretariat und einer umfassenden Ausbildung der Mitarbeitenden des Sekretariats. Diese Investition hat sich gelohnt und zahlt sich je länger je mehr aus. Die Möglichkeit Hausdurchsuchungen durchzuführen, erweist sich als wichtiges Element zur Umsetzung des Kartellgesetzes.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2015

2.1 Entscheide der WEKO

Die WEKO entschied mit Verfügung vom 23. Februar 2015, dass die von drei überregional tätigen schweizerischen **Tunnelreinigungsunternehmen** zwischen 2008 und 2013 getroffenen Vereinbarungen kartellrechtswidrige Preis- und Gebietsabsprachen darstellen. Bei diesen sprachen sich die Unternehmen über ihre Offertpreise bei öffentlichen Ausschreibungen ab und vereinbarten, wer den Auftrag in einer bestimmten Region erhalten sollte. Alle drei beteiligten Unternehmen legten im Verlaufe der Untersuchung ihre Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung offen und profitierten von einer Sanktionsreduktion, dies jeweils abhängig vom Zeitpunkt des Eingangs der Selbstanzeige sowie von der Qualität der Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden. Dem ersten meldenden Unternehmen wurde die Sanktion vollständig erlassen. Die beteiligten Unternehmen schlossen mit den Wettbewerbsbehörden zudem jeweils eine einvernehmliche Regelung. Die Bussen betragen insgesamt rund CHF 161'000.-. Die Verfügung der WEKO ist rechtskräftig.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 verhängte die WEKO gegen die Mitglieder eines Kartells von **Sanitärgrosshandelsunternehmen** Bussen in der Höhe von insgesamt rund CHF 80 Millionen. Seit den 90er Jahren haben diese Unternehmen Preis- und Mengenabreden getroffen. Die Mehrzahl der am Kartell beteiligten Sanitärgrosshandelsunternehmen verständigten sich im Zeitraum von 1997 bis 2011 über Preisbestandteile und preisbestimmende Faktoren wie Margen, Bruttopreise, Euroumrechnungskurse, Transportkosten, Rabatte und Rabattkategorien. Ferner entschieden sie gemeinsam, Hersteller, welche ihre Produkte nicht exklusiv über ihren Vertriebskanal verkauften, nicht in ihre Kataloge aufzunehmen. Dies hinderte die betroffenen Unternehmen am Markteintritt. Bei den beschriebenen Verhaltensweisen handelt es sich um verbotene Preis- und Mengenabreden. Die Mehrzahl der Sanitärgrosshandelsunternehmen sind Mitglieder des Schweizerischen Grosshandelsverbands der Sanitären Branche (SGVSB), der als Plattform für den Abschluss der Abreden diente. Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

Am 29. Juni 2015 unterzog die WEKO die Bekanntmachung vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: **KFZ-Bekanntmachung**) und deren Erläuterungen einer Revision. Der neue rechtliche Rahmen in der EU wurde von der WEKO bei der Revision berücksichtigt. Aufgrund der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen im Automobilmarkt erschien allerdings eine vollständige Übernahme des europäischen Rechts als nicht angemessen. Die WEKO hat daher entschieden, die Bekanntmachung für den KFZ-Sektor, die den Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen sowie die Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen regelt, grundsätzlich beizubehalten. Diese wurde jedoch an die geltenden gesetzlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes angepasst und mit Rücksicht auf die Erfahrungen mit der bisherigen Regelung

überarbeitet. Die WEKO will damit weiterhin den Interbrand- und Intra-brandwettbewerb auf den Märkten des Vertriebs neuer Kraftfahrzeuge, des Vertriebs von Ersatzteilen und der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen fördern. Die neue KFZ-Bekanntmachung bezweckt, wettbewerbsschädliche vertikale Abreden zu verhindern und eine Abschottung des schweizerischen Automobilmarktes zu vermeiden. Darüber hinaus wird sie für alle Marktbeteiligten auch mehr Rechtssicherheit schaffen. Die neue Bekanntmachung trat am 1. Januar 2016 in Kraft.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 büsste die WEKO einen Generalimporteur von Musikinstrumenten mit CHF 65'000 wegen Preisabsprachen beim Vertrieb von **Saiteninstrumenten**. Der Generalimporteur und seine Wiederverkäuferinnen und Wiederverkäufer waren übereingekommen, dass die vom Generalimporteur veröffentlichte Preisliste für Saiteninstrumente und Zubehör verschiedener Marken unter Beachtung der kommunizierten Rabattpolitik bindenden Charakter hat. Damit wurden Abreden über Mindestpreise getroffen (sog. Preisbindungen zweiter Hand). Diese Abreden verhinderten, dass die Wiederverkäuferinnen und Wiederverkäufer in der Schweiz echten Preiswettbewerb betreiben konnten. Damit wurde der Wettbewerb in dieser Branche in der Schweiz von Anfang 2010 bis Mitte 2013 erheblich beeinträchtigt. Die Untersuchung wurde mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen, mit welcher sich der Generalimporteur verpflichtet, künftig weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise seiner Wiederverkäufer und Wiederverkäuferinnen zu nehmen. Die Verfügung der WEKO ist rechtskräftig.

Die WEKO büsste vier Automobilhandelsunternehmen mit Pauschalsanktionen von CHF 10'000 bis 320'000 wegen der Festsetzung von Preisen. Die vier mit Autos der Marken des VW-Konzerns handelnden Unternehmen und die AMAG RETAIL (Retail-Geschäftsbereich der AMAG Automobil- und Motoren AG) vereinbarten Anfang 2013 eine gemeinsame Konditionenliste. Diese betraf Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerte für neue Autos der Marken des VW-Konzerns. In ihrem Entscheid vom 19. Oktober 2015 stellt die WEKO fest, dass die Handelsunternehmen im März 2013 im Rahmen von regionalen Stammtischen des **Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (VPVW)** die abgestimmte Rabattpolitik kommunizierten. Ziel dieser Treffen war die Umsetzung der vereinbarten Konditionen durch sämtliche zugelassenen Handelsunternehmen der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz. Die Tatsache, dass diese Preisabrede nur während kurzer Zeit in Kraft war, wurde bei der Bemessung der Pauschalsanktionen berücksichtigt. Drei der vier Handelsunternehmen haben beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingereicht.

Die WEKO verbot den drei Betreiberinnen von **Buchungsplattformen**, Booking.com, Expedia und HRS, die Hotels in ihrer Angebotspolitik umfassend einzuschränken. Im Vordergrund der Untersuchung standen von den Plattformen verlangte Vertragsklauseln, wonach Hotels auf keinem anderen Vertriebskanal tiefere Preise festlegen oder eine grössere Anzahl Zimmer anbieten dürfen. So können Hotels auf Vertriebskanälen mit tiefe-

ren Kommissionen keine vorteilhafteren Angebote anbieten. Die WEKO wertet die Verwendung solcher umfassender Vertragsklauseln als Verstoß gegen das Kartellgesetz und hat deren Verwendung mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 verboten. Im Sommer 2015 haben Booking.com sowie Expedia europaweit weniger restriktive Bestimmungen eingeführt. Deren abschliessende Beurteilung ist in kartellrechtlicher Hinsicht mangels aussagekräftiger Erfahrungswerte derzeit noch nicht möglich. Die WEKO behält sich vor, die Entwicklungen am Markt zu beobachten und bei Bedarf erneut einzugreifen. Booking.com und Expedia wird die Wiedereinführung der widerrechtlichen Vertragsklauseln verboten. HRS ist aufgrund der in Rechtskraft erwachsenen Verfügung verpflichtet, die entsprechenden Anpassungen noch vorzunehmen.

Die WEKO büsste Swisscom mit Verfügung vom 21. September 2015 wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich **Breitbandanbindung** mit CHF 7'916'438. Die Post hatte im Jahr 2008 die Vernetzung ihrer Standorte ausgeschrieben. Swisscom gewann die Ausschreibung, da das Unternehmen einen ca. 30 Prozent tieferen Preis bot als die Wettbewerber. Diese waren auf die Vorleistungen von Swisscom angewiesen. Bei dieser Ausschreibung hat Swisscom die den Wettbewerberinnen und Wettbewerbern verrechneten Vorleistungspreise so hoch angesetzt, dass diese nicht mit dem Endkundenangebot von Swisscom konkurrieren konnten. Zudem hat Swisscom mit dieser Preispolitik überhöhte Preise gegenüber der Post erzwungen. Swisscom hat die Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Die WEKO büsste mit Entscheid vom 14. Dezember 2015 zwei Handelsunternehmen von **Flügeln und Klavieren** mit Sanktionen von insgesamt CHF 518'000 wegen horizontaler Preisabsprachen über Listenpreise und Rabatte für Flügel und Klaviere der Herstellerinnen Steinway & Sons sowie Grotrian-Steinweg. Ein drittes Handelsunternehmen verhielt sich unzulässig, indem es sein Verhalten auf die horizontalen Preisabsprachen der beiden anderen Handelsunternehmen abstimmte. Die Herstellerinnen Steinway & Sons sowie Grotrian Steinweg gaben zwar keine Mindest- oder Festpreise vor, unterstützten die Abreden aber durch das Drucken der von den Handelsunternehmen vereinbarten Preise.

2.2 Entscheide der Gerichte

Das Bundesverwaltungsgericht sprach mit Urteil vom 14. September 2015 gegenüber der Swisscom-Gruppe eine Sanktion in Höhe von rund CHF 186 Mio. wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens im **DSL-Breitband-internetgeschäft** aus. Damit wird eine Sanktion der WEKO im Wesentlichen bestätigt. Mit ihrem Einstieg in das Breitbandinternetgeschäft im Jahr 2000 bot die Swisscom-Gruppe anderen Telekommunikationsunternehmen DSL-Grosshandelsprodukte auf dem Telefonnetz an, um die Verbreitung des DSL-Internetzugangs gegenüber dem kabelgebundenen Internetzugang zu fördern. Der Swisscom-Gruppe kam dabei eine marktbeherrschende Stellung zu, weil sie bis zur vollständigen Liberalisierung des Fernmeldesektors im Jahr 2007 die alleinige Anbieterin entsprechender Produkte war. Alle anderen Telekommunikationsunternehmen,

welche Breitbandinternetprodukte auf dem Endkundenmarkt vertreiben wollten, waren darauf angewiesen, die von der Swisscom-Gruppe angebotenen DSL-Grosshandelsprodukte als Vorprodukte zu erwerben. Gleichzeitig begann die Swisscom-Gruppe auch mit dem Absatz von DSL-Internetprodukten auf dem Endkundenmarkt. Die von der Swisscom-Gruppe festgesetzten Preise für die Vorprodukte waren im Vergleich mit den eigenen DSL-Endkundenpreisen so hoch angesetzt, dass die anderen Telekommunikationsunternehmen zwischen April 2004 und Dezember 2007 nur mit Verlust auf diesem Markt tätig werden konnten (sog. „Kosten-Preis-Schere“). Dadurch war es den anderen Telekommunikationsunternehmen nicht möglich, die Swisscom-Gruppe auf dem Breitbandinternetmarkt zu konkurrenzieren, weshalb sich kein wirksamer Wettbewerb auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbandinternet einstellte. Das Vorgehen der Swisscom-Gruppe stellte im Ergebnis ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens dar. Gegenüber der Verfügung der WEKO wurde der ursprüngliche Sanktionsbetrag in der Höhe von rund CHF 220 Millionen wegen verschiedener Korrekturen der vorinstanzlichen Sanktionsberechnung auf einen Betrag in der Höhe von CHF 186'036'840 reduziert. Swisscom hat das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen.

Mit Urteil vom 13. November 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von **BMW** gegen den Entscheid der WEKO vom 7. Mai 2012 vollumfänglich ab. Die WEKO hatte BMW wegen einer unzulässigen Behinderung von Parallel- und Direktimporten mit rund CHF 156 Millionen gebüsst. Das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, dass gestützt auf das Auswirkungsprinzip das Kartellgesetz auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung findet. Um die Wirksamkeit des Schweizerischen Rechts zu garantieren, muss die WEKO auch dann tätig werden können, wenn sich ein Sachverhalt im Ausland ereignet hat, sich aber im Inland auswirkt. Sodann schützt das Bundesverwaltungsgericht die Auslegung der Vorinstanz, dass Gebietsabreden, welche aktive und passive Verkäufe in ein Territorium verhindern, zu den kartellrechtlich schädlichsten Abreden gehören. Solche absoluten Gebietsabreden sind von ihrer Natur her als eine den Wettbewerb qualitativ erheblich beeinträchtigende Abrede anzusehen. Eine Rechtfertigung gestützt auf wirtschaftliche Effizienzgründe bleibt möglich, ist vorliegend aber nicht gelungen. Das Gericht stützt ferner die Ansicht der Vorinstanz, dass solche Abreden unter die Sanktionsnorm von Art. 49a KG fallen, wonach ein Unternehmen mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Es weist folglich die Beschwerde der BMW AG ab. Letztere hat das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Urteil vom 17. Dezember 2015 die Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO vom 20. August 2012 in Sachen **Bergsportprodukte/Altimum SA** gut. Das Gericht kam im Wesentlichen zum Schluss, dass die Abrede (Mindestpreis) nur für einen Teil der Handelsunternehmen (56 von 333) nachgewiesen ist. Die Abrede zwischen dem Generalimporteur und den Handelsunternehmen erfülle

zwar das qualitative Kriterium der Erheblichkeit, nicht jedoch das quantitative. Angesichts der geringen Zahl an Handelsunternehmen, die an die Abrede gebunden sind, sei von genügend Inter- und Intra-brand-Wettbewerb auszugehen und die Erheblichkeit zu verneinen. Das Departement hat das Urteil beim Bundesgericht angefochten.

Auf dem Gebiet des **Binnenmarkt- und Beschaffungsrechts** hat die WEKO zwei Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht geführt. Das Bundesgericht hat der WEKO mit Urteil vom 31. März 2015 Recht gegeben, dass das von der Tridel SA durchgeführte Einladungsverfahren für die Vergabe des Auftrags zur Einführung und Umsetzung der Abfallsackgebühr dem Beschaffungsrecht untersteht. Die Beschaffung war zudem nicht derart dringlich, dass die Durchführung eines Einladungsverfahrens anstelle eines offenen Verfahrens gerechtfertigt gewesen wäre. Im zweiten Fall bestätigte das Bundesgericht mit Urteil vom 21. August 2015 die Auffassung der WEKO, dass die Durchführung des falschen Beschaffungsverfahrens – in diesem Fall eines Einladungsverfahrens anstelle eines offenen Verfahrens – einen schwerwiegenden Mangel darstellt. Entsprechend muss das Gericht einen Antrag auf Aufhebung des Zuschlags gutheissen, selbst wenn die Beschwerdeführerin die Rüge des falschen Verfahrens nicht explizit vorbringt.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung Bauleistungen Unterengadin gegen verschiedene Unternehmen aus den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Strassen- und Belagsarbeiten sowie den dazu vorgelagerten Märkten und führte Hausdurchsuchungen durch. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen hatten, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnte es die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden und sieben weitere Unternehmen aus. Dabei wurden erneut Hausdurchsuchungen durchgeführt. Die Untersuchung wurde nun im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend, aus prozessökonomischen Gründen, in zehn Untersuchungen aufgeteilt. Dabei stehen zwei Untersuchungsgegenstände im Vordergrund: **Hoch- und Tiefbau im Engadin** sowie **Strassenbau im gesamten Kanton Graubünden**.

Am 5. Februar 2013 eröffnete das Sekretariat die Untersuchung **Tunnelreinigung** gegen drei überregional tätige Unternehmen und führte Hausdurchsuchungen durch. Die entsprechende Verfügung der WEKO vom 23. Februar 2015 wurde bereits bei den wichtigsten Entscheidungen 2015 (siehe vorne, S. 3) erwähnt.

Das Sekretariat eröffnete am 15. April 2013 die Untersuchung **Bauleistungen See-Gaster** gegen sechs Unternehmen im Bereich Strassen- und Tiefbau und führte Hausdurchsuchungen durch. Die Untersuchung wurde im Oktober 2013 auf zwei weitere Unternehmen ausge-

dehnt. Dem Sekretariat lagen Anhaltspunkte vor, wonach mehrere Unternehmen Abreden getroffen haben, um die Zuteilung von Ausschreibungen zu koordinieren sowie Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Das Sekretariat wird den Antrag an die WEKO Anfang 2016 den Parteien zur Stellungnahme zukommen lassen.

3.1.2 Sanitär-grosshandel

Am 29. Juni 2015 hat die WEKO gegen die Mitglieder eines Kartells von **Sanitär-grosshandelsunternehmen** Bussen in der Höhe von insgesamt rund CHF 80 Millionen verhängt. Die Verfügung wurde bereits bei den wichtigsten Entscheidungen 2015 (siehe vorne, S. 3) erwähnt. Die Begründung zur Verfügung wird den Parteien Anfang 2016 zugestellt. Die Verfügung ist noch nicht rechtskräftig.

3.1.3 Baustoffe und Deponien

Am 12. Januar 2015 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gegen verschiedene Unternehmen der **Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern** und führte Hausdurchsuchungen durch. Es besteht der Verdacht, dass die betreffenden Unternehmen Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen getroffen haben. Weiter liegen Anhaltspunkte vor, dass die betreffenden Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und diese missbraucht haben, indem insbesondere Geschäftsbeziehungen mit Drittunternehmen verweigert und Handelspartnerinnen und -partner diskriminiert wurden sowie der Abschluss von Verträgen an die Bedingung gekoppelt wurde, zusätzliche Leistungen anzunehmen. Am 19. Mai 2015 wurde die Untersuchung in Bezug auf den Vorwurf der Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt.

3.1.4 Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen

Publikationen, Empfehlungen und Vereinbarungen über Tarife, Preise und Honorare in Branchen waren bereits verschiedentlich Gegenstand kartellrechtlicher Untersuchungen. Die **Herausgabe von Honoraren, Tarifen und Preisen und entsprechenden Empfehlungen durch Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen** können abgestimmte Verhaltensweisen hervorrufen und unzulässige Preisabreden zwischen ihren Mitgliedern darstellen.

Gleichwohl können Verbände Preise, Tarife und Honorare herausgeben, ohne dass die Veröffentlichung ein kartellrechtliches Problem darstellt. Zum einen können sogenannte Kalkulationshilfen erstellt werden, in welchen einzelne Leistungen ohne genaue Tarif-, Honorar- und Preisangaben aufgelistet sind. Diese Leistungsbeschreibungen können von den Verbandsmitgliedern genutzt werden, um die Kosten zu berechnen und Preise zu bestimmen. Kalkulationshilfen, aus denen kein effektives Verhalten der Verbandsmitglieder hervorgeht, schaffen eine allgemeine Grundlage für eine individuelle Preisbestimmung und erweisen sich daher in der Regel als kartellrechtlich unbedenklich. Zum andern können Tarife und Honorare basierend auf historisch und repräsentativ erhobenen Daten, die in aggregierter Form dargestellt werden – vorzugsweise durch unabhängige Dritte (z. B. durch ein Treuhandbüro, eine Konsumentenorganisation oder das Bundesamt für Statistik) – öffentlich

bekannt gegeben werden. Neben der Branche müssen in der Regel auch Kundinnen und Kunden Zugang zu den veröffentlichten Honoraren haben.

Das Sekretariat stand auch im 2015 mit verschiedenen Verbänden (Schweizerischer Baumeisterverband, Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverband, Gebäudetechnikverband Suissetec) und Institutionen (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) in Kontakt. Es leistete präventiv Aufklärungsarbeit und wies auf die kartellrechtliche Problematik von Honorar-, Tarif- und Preisempfehlungen hin.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Am 28. September 2015 wurde eine Untersuchung im Bereich des Handels mit **Edelmetallen** eröffnet. Als Edelmetalle gelten Gold, Silber, Platin und Palladium. Dabei soll untersucht werden, ob es zwischen Banken zur Abstimmung von Preisen, namentlich von sogenannten „Spreads“ (Differenz zwischen „Bid“- und „Offer“-Preis), gekommen ist.

Daneben werden die laufenden Untersuchungen im Bereich des **Devisenhandels (Forex)** und des **Automobil-Leasings** fortgeführt. Fortgeschritten ist schliesslich die vierte Untersuchung im Bereich der Finanzdienstleistungen bezüglich mutmasslichen Absprachen zur Beeinflussung der Referenzzinssätze **Libor**, **Tibor** und **Euribor** sowie von darauf basierenden Derivaten.

Per 1. August 2015 erfolgte die Umsetzung der Verfügung vom Dezember 2014 zu den **Kreditkarten Interchange Fee**. Die durchschnittliche domestische (= inländische) Interchange Fee wurde von 0.95 Prozent auf 0.7 Prozent gesenkt. Die branchen- und transaktions-spezifischen Interchange Fees sind auf den Websites der Acquirer abrufbar. In diesem Zusammenhang haben die Acquirer die sogenannte „Non-Discrimination-Rule“ (NDR) wieder eingeführt und ihren Händlern verboten, für unterschiedliche Zahlungsmittel unterschiedliche Preise zu verlangen. Dieser Umstand und die teilweise missverständliche Kommunikation der Acquirer (wonach die NDR eine durch die WEKO beschlossene Regel sei), hat zu zahlreichen Bürgeranfragen von Händlern geführt, denen die genauen Umstände des WEKO-Entscheides näher erklärt wurden.

3.2.2 Gesundheitswesen

Das Bundesgericht anerkannte mit Urteil vom 28. Januar 2015, dass das Kartellgesetz im Bereich der **Hors-liste Medikamente** (die nicht von der obligatorischen Krankenversicherung gemäss der Liste zurückerstattet werden) gegen erektile Dysfunktionalität anwendbar ist und wies den Fall an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Dieses war in seinem früheren Urteil zum Schluss gekommen, dass bei diesen Medikamenten vorbehaltene gesetzliche Vorschriften den Wettbewerb bereits ausschliessen und das Kartellgesetz deshalb nicht anwendbar sei.

Die Ermittlungen in der Untersuchung in Sachen **Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen** – welche für den Vertrieb, die Erstattung und die Abrechnung von Medikamenten in der Schweiz not-

wendig sind – sind 2015 abgeschlossen worden. Das Sekretariat wird den Antrag den Parteien im ersten Semester 2016 zur Stellungnahme unterbreiten.

Das Sekretariat führte eine Vorabklärung durch, welche das Niveau des Wettbewerbs auf allen Handelsstufen im **Vertrieb von Medikamenten** in der Schweiz überprüfte. Sie befasste sich insbesondere mit der Stufe der Pre-Whole-Saler (PWS) in der Schweiz, d.h. Unternehmen, welche Pharmaunternehmen Lagerungsdienstleistungen anbieten. Gewisse Finanzdienstleistungen (z.B. die Akzeptanz von Delkrede) des wichtigsten PWS in der Schweiz waren Gegenstand einer vertieften Überprüfung. Dieses Unternehmen akzeptierte eine Reihe von Massnahmen, welche vom Sekretariat vorgeschlagen wurden. Sie haben eine Signalwirkung für alle PWS in der Schweiz und für ihre Geschäftspartnerinnen und -partner.

Im August 2015 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung zu den **Rahmenverträgen der Krankentaggeldversicherung**, welche im Kanton Wallis zwischen den Berufsverbänden und drei Krankenversicherern geschlossen wurden. Das Sekretariat prüft, ob diese Form der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber- und Versicherungsunternehmen kartellrechtskonform ist.

3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Die WEKO verbot den drei Betreiberinnen von **Buchungsplattformen**, Booking.com, Expedia und HRS, die Hotels in ihrer Angebotspolitik umfassend einzuschränken. Die Verfügung wurde bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 3) erwähnt.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Mit Entscheid vom 21. September 2015 hat die WEKO die Untersuchung gegen Swisscom im Bereich **Breitbandinternet** abgeschlossen. Der Entscheid wurde bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 4) erwähnt.

Die WEKO hatte im Bereich der Telekommunikation zwei Unternehmenszusammenschlüsse zu beurteilen, welche sie beide einer vertieften Prüfung unterzog:

- Beim Zusammenschluss **Swisscom Directories AG/Search.ch AG** kam die WEKO zum Schluss, dass durch die Übernahme von Search.ch durch Swisscom im Bereich von Adressverzeichnissen zwar eine marktbeherrschende Stellung entsteht, trotzdem war keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu erwarten. Somit waren die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Verbot oder für zielführende Auflagen nicht erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben wurde im März 2015 genehmigt.
- Die WEKO hatte zudem die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von **Swisscom, SRG und Ringier** zu beurteilen. Neben der verstärkten Zusammenarbeit in der Vermarktung von Online-, TV-, Print- und Radiowerbung planten die Kooperationspartner über Swisscom-TV zielgruppenspezifische TV-Werbung in der Schweiz einzuführen. Die WEKO erwartete zwar, dass das Ge-

meinschaftsunternehmen zu einem der stärksten Marktteilnehmer im Bereich der Werbevermarktung aufsteigen wird. Aufgrund der bestehenden Wettbewerber bei der Werbung im TV-, Online-, Radio- und Printbereich und der ungewissen Marktentwicklung betreffend die zielgerichtete TV-Werbung konnte die WEKO jedoch die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht nachweisen. Somit waren die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Verbot oder für zielführende Auflagen nicht erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben wurde im Dezember 2015 genehmigt.

In Sachen **Preispolitik ADSL** erging am 14. September 2015 das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Das Bundesverwaltungsgericht hat gegenüber der Swisscom-Gruppe eine Sanktion in der Höhe von rund CHF 186 Millionen ausgesprochen. Damit wurde der Entscheid der WEKO inhaltlich vollumfänglich und die Sanktion im Wesentlichen bestätigt. Swisscom hat das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen.

Aufgrund des für das BAKOM erstellten Gutachtens zur Frage einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom im Bereich **Interconnect-Peering (IP)-Interconnection** wurde eine Vorabklärung eröffnet. Über IP-Interconnection wird der Zusammenschluss von über das Internet verbundenen Rechnern gewährleistet. Swisscom hat sich anlässlich des Verfahrens zur Anpassung der Verträge in diesem Bereich bereit erklärt. Aufgrund dieser Einigung konnte bis zum jetzigen Zeitpunkt auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden.

Am 29. Januar 2015 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen die Kabelnetzbetreiberin **Naxoo SA** (vormals 022 Télégèneve SA). Geprüft wird, ob die Naxoo SA eine möglicherweise marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie den Eigentümerinnen und Eigentümern von Liegenschaften negative Konsequenzen androht, falls sie die Installation von Telekommunikationsdienstleistungen Dritter akzeptieren oder Letzteren unangemessene Bedingungen stellt.

3.3.2 Medien

Die Untersuchung **Sport im Pay-TV** konnte nach Verzögerungen seitens der Parteien weit vorangetrieben werden. Das Bundesgericht ist am 6. Juli 2015 auf die Beschwerde in Sachen Parteistellung nicht eingetreten. Im Untersuchungsverfahren der WEKO haben die Parteien zum Antrag des Sekretariats inzwischen Stellung genommen. Der Entscheid der WEKO wird im 2016 erwartet.

Gegen die Verfügung der WEKO betreffend **Bücherpreise in der Romandie** sind weiterhin Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Am 12. Mai 2015 fand aufgrund eines Antrags der Parteien eine Anhörung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Des Weiteren ist in diesem Fall strittig, inwieweit die Verfügung vom 27. Mai 2013 publiziert wird. Auch diesbezüglich ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weiterhin hängig.

Die Vorabklärung **Goldbach Group TV-/Radiovermarktung** wurde bereits im November 2014 eingestellt.

Nach wie vor strittig ist jedoch, inwieweit der Schlussbericht vom 12. November 2014 publiziert werden kann. Die Publikation ist Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die WEKO hat den Kauf von **Ricardo durch Tamedia** und die Übernahme von **JobScout24 durch JobCloud** einer vertieften Prüfung unterzogen und die beiden Zusammenschlüsse im August 2015 genehmigt. Die WEKO gelangte zum Schluss, dass in beiden Fällen im Bereich der Stelleninsetrate von einer marktbeherrschenden Stellung von Tamedia bzw. JobCloud auszugehen war. Da die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs für die Vorhaben jedoch nicht zu erwarten war, waren die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Intervention der WEKO nicht erfüllt.

Die WEKO hatte im Bereich **Medien** folgende weitere **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen:

- Beim Zusammenschlussvorhaben Axel Springer Schweiz/Ringier meldeten Axel Springer und Ringier die Absicht, 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 in ein Gemeinschaftsunternehmen einzubringen.
- Bei Tamedia AG/Swiss Classified Media AG beabsichtigte Tamedia, die verbleibenden 50 Prozent der Aktien von Schibsted und damit die alleinige Kontrolle über die Swiss Classified Media zu erwerben. Swiss Classified Media betreibt die Kleinanzeigenplattform tutti.ch und den Autoanzeigenmarkt car4you.ch.
- Bei Publicitas/xentive meldete Publicitas den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Media-Logistik-Dienstleisterin xentive.
- Bei Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland beabsichtigten Tamedia und Tradono Denmark, das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland AG zu gründen. Tradono Denmark betreibt in Dänemark eine Online-Plattform für Kleinanzeigen, die in erster Linie auf die Nutzung mittels mobilen Endgeräten (Smartphones, Tablets) ausgerichtet ist.
- Bei Tamedia/ImmoStreet meldete Tamedia den Erwerb der alleinigen Kontrolle über ImmoStreet.

Alle diese Zusammenschlüsse sind von der WEKO in der vorläufigen Prüfung freigegeben worden.

3.3.3 Weitere Bereiche

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in Sachen **Luffracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, welche die Untersuchung Luffracht abgeschlossen hat und mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontaler Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde erhoben. In diesem Fall strittig ist zudem, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert wird. Auch diesbezüglich ist immer noch ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig, das sistiert ist,

bis sich das Bundesgericht in Sachen Nikon zur Frage der Publikation geäußert hat.

Die im Juli 2013 eröffnete Untersuchung **Geschäftskunden-Preissystem für Briefpostsendungen** ist weit fortgeschritten. Sie behandelt insbesondere die Frage, ob die Post durch die Art der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems Konkurrenzunternehmen im Markt behindert, indem etwa Geschäftskundinnen und -kunden der Bezug von Leistungen bei Konkurrenzunternehmen der Post erschwert oder gar verunmöglicht wird. Weiter soll geprüft werden, ob die Post gewisse Kundinnen und Kunden diskriminiert oder in anderer Weise benachteiligt.

Des Weiteren beurteilte die WEKO im Bereich der Fernwärme den Zusammenschluss **Groupe E/Celsius SA**. Groupe E, die Stadt sowie der Kanton Freiburg und weitere kleinere Beteiligte beabsichtigten, in mehreren Schritten das Gemeinschaftsunternehmen Celsius SA zu gründen, um im Hinblick auf die Energiestrategie 2050 erneuerbare Energien (Fernwärme) anbieten zu können. Nach der vorläufigen Prüfung des Vorhabens erfolgte die Freigabe durch die WEKO.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Im August 2015 stellte das Sekretariat die Vorabklärung in Sachen **Importe von Coca-Cola Produkten** ein. Gegenstand war die Frage, ob Coca-Cola Parallelimporte der Denner AG und anderer Nachfragerinnen und Nachfrager in die Schweiz behindert hat. Im Verlauf des Sommers 2015 kam es zwischen der Coca-Cola HBC Schweiz AG und der Denner AG zu einer Einigung, welche es der Denner AG erlaubte, Coca-Cola Produkte zu marktgerechten Preisen direkt in der Schweiz zu beziehen.

Im Dezember 2015 stellte das Sekretariat eine Vorabklärung bezüglich **Coca-Cola Werbekostenzuschüssen** ein, welche es infolge einer Anzeige des Wirtverbandes Basel-Stadt eröffnet hatte. Gegenstand war die Frage, ob die unterschiedliche Ausrichtung von Werbekostenzuschüssen durch Abfüllbetriebe der The Coca-Cola Company (TCCC) im benachbarten Ausland an Abnehmerinnen und Abnehmer im eigenen Land und in der Schweiz Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss ergeben. Es konnten keine Anhaltspunkte für eine Gebietsschutzabrede ermittelt werden. Hingegen konnten Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausgeschlossen werden. Die entsprechenden Abklärungen wären allerdings mit einem relativ hohen Aufwand verbunden gewesen, der sich angesichts der geringen zu erwartenden negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines allfälligen Missbrauchs als nicht verhältnismässig erwiesen hat.

Die Sachverhaltsermittlungen des Sekretariats in der Vorabklärung **Rollkoffer** waren im Juni 2015 abgeschlossen. Im Fokus stand die Behinderung des grenzüberschreitenden Online-Handels. Da das bald erwartete Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba/Elmex für die Beurteilung des Sachverhalts relevant ist, wird das Sekretariat die kartellrechtliche Würdigung erst vornehmen, wenn das entsprechende Urteil vorliegt.

Am 5. November 2015 eröffnete das Sekretariat aufgrund von Medienmeldungen, dass Parallelimporte von Skis der Marken Fischer und Völkl behindert oder verhindert werden bzw. wurden, die Vorabklärung **Ski-Importe** gegen die Fischer Sports GmbH und die Völkl (Schweiz) AG. Die Anhaltspunkte für eine Behinderung von Parallel- und Direktimporten erhärteten sich nicht, so dass die Vorabklärung eingestellt wurde.

Im Zusammenhang mit Vertikalabreden war Ende 2015 die Beschwerde gegen den WEKO-Entscheid in Sachen Nikon beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Die Beschwerde gegen den WEKO-Entscheid in Sachen **Bergsportprodukte/Altimum SA** hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 17. Dezember 2015 gutgeheissen (siehe vorne, S. 4). Die WEKO hat das Urteil ans Bundesgericht weitergezogen. Der Fall **GABA/Elmex** ist beim Bundesgericht hängig.

3.4.2 Musikinstrumente

Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 büsste die WEKO einen Generalimporteur mit CHF 65'000 wegen unzulässigen Preisabreden beim Vertrieb von **Saiteninstrumenten**. Die Verfügung wurde bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 3) erwähnt.

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2015 schloss die WEKO die Untersuchung in Sachen **Flügel und Klaviere** ab. Die Verfügung wurde ebenfalls bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 4) erwähnt.

3.4.3 Uhrenindustrie

Die Lieferreduktionen von mechanischen Uhrwerken durch die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse an Drittkundinnen und -kunden, welche auf eine von der WEKO mit Verfügung vom 21. Oktober 2013 genehmigte einvernehmliche Regelung zwischen der **The Swatch Group AG** und dem Sekretariat zurückgehen, gingen ohne nennenswerte Schwierigkeiten vonstatten.

Im Bereich **Nachverkaufsservice** führte das Sekretariat eine Vorabklärung weiter; es wurden umfangreiche Informationen von Marktteilnehmerinnen und -teilnehmern eingeholt und ausgewertet. Die Ergebnisse sowie der Entscheid über das weitere Vorgehen sollten bis zum Sommer 2016 folgen.

3.4.4 Automobilsektor

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 stellte die WEKO fest, dass Automobilhandelsunternehmen im März 2013 im Rahmen von regionalen Stammtischen des Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (**VPVW**) eine abgestimmte Rabattpolitik kommuniziert hatten. Die Verfügung wurde bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 3) erwähnt.

Die WEKO hat am 29. Juni 2015 die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von **vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel** revidiert, was ebenfalls bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 4) erwähnt wurde.

Das Sekretariat hat aufgrund von Anzeigen von Handelsunternehmen und Werkstätten der Marken des Volkswagen Konzerns eine Vorabklärung gegen die **AMAG Automobil- und Motoren AG** eröffnet. Die Anzei-

gerinnen und Anzeiger machten geltend, dass die AMAG versuche, durch willkürliche und diskriminierende Massnahmen gegen ihre Handelspartnerinnen und -partner, ihre AMAG RETAIL-Betriebe besserzustellen und deren Position auf dem Detailhandelsmarkt zu stärken.

Mit Urteil vom 13. November 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von **BMW** gegen die Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 wegen unzulässiger vertikaler Gebietsabrede abgewiesen, was bereits bei den wichtigsten Entscheiden 2015 (siehe vorne, S. 4) erwähnt wurde.

3.4.5 Landwirtschaft

Das Sekretariat äusserte sich in rund 30 Ämterkonsultationen zu Gesetzes- und Verordnungsänderungen sowie zu Vorstössen aus dem Parlament. Diverse Ämterkonsultationen bezogen sich dabei auf die Regulierung des Grenzschatzes, für dessen Abbau sich das Sekretariat auch dieses Jahr aussprach. Ausserdem äusserte sich das Sekretariat zu fünf Gesuchen von Branchen- oder Produzentenorganisationen auf Verlängerung der Allgemeinverbindlichkeit von Selbsthilfemassnahmen. Die Wettbewerbsbehörden haben sich seit Bestehen dieser Möglichkeit dafür eingesetzt, dass das Instrument nur zurückhaltend eingesetzt wird. Aus Sicht des Sekretariats erfüllten die Gesuche die strengen Voraussetzungen der entsprechenden Verordnung nicht, weshalb es sich gegen ihre Gutheissung aussprach.

3.4.6 Weitere Bereiche

Im Bereich der **Medizintechnik** eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 10. März 2015 die Untersuchung GE Healthcare gegen die GE Medical Systems (Schweiz) AG und die mit ihr konzernmässig verbundenen Gesellschaften. Im Rahmen dieser Untersuchung soll geklärt werden, ob Parallel- und Direktimporte von GE Ultraschallgeräten in die Schweiz behindert wurden.

Im Bereich **Fitnessgeräte** eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 23. September 2015 eine Untersuchung gegen eine Herstellerin von Fitnessgeräten, gym80 International GmbH, sowie deren schweizerische Generalimporteurin, ratio AG. Im Rahmen dieser Untersuchung soll geklärt werden, ob Parallel- und/oder Direktimporte von Fitnessgeräten in die Schweiz be- oder verhindert werden.

Im Bereich **Gartenmaschinen** eröffnete das Sekretariat am 16. Dezember 2015 eine Untersuchung gegen Husqvarna. Gegenstand der Untersuchung sind eine mögliche Einflussnahme auf die Wiederverkaufspreise ihrer Handelsunternehmen sowie eine mögliche Behinderung von Parallel- und Direktimporten.

Vor der **Meldung von Zusammenschlüssen** können Unternehmen dem Sekretariat einen Entwurf der Meldung im Rahmen einer Beratung vorab zur Beurteilung vorlegen. Gemäss Praxis des Sekretariats ist die Beurteilung eines Meldungsentwurfs grundsätzlich durch die Pauschalgebühr für die vorläufige Prüfung gedeckt, sofern danach eine definitive Meldung eingereicht wird. In einem Zusammenschlussverfahren stellte das Sekretariat die Beurteilung von mehreren Meldungsentwürfen aufgrund des damit verbundenen ausserordentlich ho-

hen Aufwands nebst der Pauschalgebühr separat als kostenpflichtige Beratungsdienstleistung in Rechnung. Generiert die Beurteilung von unvollständigen Meldungsentwürfen einen hohen Aufwand, wird das Sekretariat diesen inskünftig jeweils als **kostenpflichtige Beratungsdienstleistung** in Rechnung stellen.

3.5 Binnenmarkt

Im Bereich der **Freizügigkeit** stand die Frage des interkantonalen Marktzugangs für die Rechtsagentinnen und -agenten des Kantons Waadt im Vordergrund. Die im Kanton Waadt zur berufsmässigen Vertretung in bestimmten Zivilverfahren zugelassenen Rechtsagentinnen und -agenten haben in den Kantonen Genf und Bern je ein Gesuch um Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gestellt. Die WEKO hat gegen die negativen Entscheide der kantonalen Gerichte Beschwerde geführt. Das Bundesgericht hat am 13. April 2015 entschieden, dass die Bestimmung der Schweizerischen Zivilprozessordnung über die Parteivertretung dem BGBM als die speziellere und jüngere Norm vorgeht. Das BGBM gelangt somit im Bereich der berufsmässigen Vertretung in Zivilverfahren nicht zur Anwendung.

Vor dem Hintergrund der durchgeführten WEKO-Untersuchung zur Freizügigkeit für Notarinnen und Notare hat das Bundesgericht die WEKO zur Stellungnahme in einem hängigen Verfahren über die kantonale Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare eingeladen. In einem Urteil vom 11. Mai 2015 gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Wohnsitzpflicht im konkreten Fall eine unverhältnismässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) darstelle. Hingegen lässt das Bundesgericht explizit offen, ob die notarielle Tätigkeit im Sinne der WEKO-Empfehlung vom 23. September 2013 betreffend Freizügigkeit für Notarinnen und Notare und öffentliche Urkunden nicht mehr als hoheitliche Tätigkeit gilt und dem BGBM untersteht.

Auf dem Gebiet der **öffentlichen Beschaffung** hat die WEKO verschiedene Beschwerdeverfahren durchgeführt. Auf kantonaler Ebene hat die WEKO zwei Beschwerden gegen freihändige IT-Beschaffungen geführt. Eine Beschwerde gegen den Kanton Zug zog die WEKO zurück; im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens hat sich gezeigt, dass die freihändige Vergabe nicht wie ursprünglich behauptet aufgrund einer dringlichen Situation sondern wegen technischer Besonderheiten erfolgte. In einem anderen Fall anerkannte die Gemeinde Aadorf, dass der freihändig und ohne Publikation erfolgte Zuschlag für eine neue Gemeindesoftware gegen das Binnenmarkt- und Beschaffungsrecht verstösst.

Im Bereich der Vergabe von **Konzessionen** sind verschiedene Kantone dabei, ein Gesetz über die Nutzung des Untergrunds zu erlassen. Mit zwei Empfehlungen an die Kantone St. Gallen und Freiburg hält die WEKO fest, dass die Konzessionen zur Nutzung des Untergrunds (Sondernutzungskonzessionen) grundsätzlich nach Art. 2 Abs. 7 BGBM auszuschreiben sind. Die Ausschreibung muss konkrete Angaben über die Konzession sowie die Konzessionsdauer und die Eignungs- und Zuschlagskriterien enthalten und der Zuschlagsentscheid muss in Form einer anfechtbaren Verfügung ergehen. Die Bewerbungsfrist sollte anhand der techni-

schen Komplexität der zu konzessionierenden Tätigkeit bemessen werden, jedenfalls aber mindestens 90 Tage betragen.

Der Kanton Wallis gab im Februar 2015 den Vorentwurf für eine Änderung des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und des kantonalen Gesetzes über die Walliser Elektrizitätsgesellschaft in die Vernehmlassung, an welcher die WEKO teilnahm. Die Gesetzesrevision zielt darauf ab, die künftigen Heimfälle durch Ablauf der Konzessionen zu nutzen, um die Wasserkraft im Kanton Wallis verstärkt unter die Kontrolle des Walliser Gemeinwesens zu bringen. Die WEKO kam zum Schluss, dass die geplanten Massnahmen der Gesetzesrevision zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die mit Hilfe von diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren verhindert werden können. Der am besten geeignete Weg stellt die öffentliche Ausschreibung der zu vergebenden Konzessionen dar.

3.6 Ermittlungen

Im 2015 wurde anlässlich der Eröffnung der Untersuchung gegen Kies- und Deponieunternehmen im Raum Bern eine grosse Hausdurchsuchung durchgeführt. Daneben wurden fünf kleinere Hausdurchsuchungen durchgeführt, welche mutmassliche Verstösse im Bereich von Art. 5 Abs. 4 KG (Preisbindungen und Gebietsabschottungen) betroffen haben.

Erwähnenswert ist zudem, dass mit dem Umzug an die Hallwylstrasse 4 die Infrastruktur für Einvernahmen und Auswertungen im Daten-Labor verbessert werden konnte. Schliesslich wurde Ende 2015 ein vollständig überarbeitetes Merkblatt zu ausgewählten Ermittlungsmassnahmen auf der Website publiziert.

3.7 Internationales

EU: Die Umsetzung des Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte, welches am 1. Dezember 2014 in Kraft getreten war, ist insgesamt gut angelaufen. Das Abkommen hat in verschiedenen Verfahren einen Informationsaustausch erlaubt, der vorher aufgrund des Amtsgeheimnisses nicht möglich war. Es kam sowohl in Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen als auch in Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung. Bei Informationen, die im Rahmen einer Selbstanzeige oder einer einvernehmlichen Regelung abgegeben werden, findet ein Informationsaustausch nur in jenen Fällen statt, in denen die Unternehmen, welche die Informationen zur Verfügung stellen, dem ausdrücklich schriftlich zustimmen. Der Informationsaustausch mit der EU-Kommission hat insgesamt eine effizientere Verfahrensführung ermöglicht, so zum Beispiel beim Zusammenschluss General Electric Company/Alstom Energy. Daneben sind im Bereich der Finanzmärkte mehrere parallele Verfahren hängig, in denen das Abkommen zur Anwendung gelangt.

OECD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den zwei jährlichen Treffen des OECD Wettbewerbskomitees teil. Dabei wurden in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst. Neben den zwei strategischen Themen „internationale Kooperation“ und „Evaluation der Tätigkeit und der Entscheide

von Wettbewerbsbehörden“ wurde das Thema der „Disruptive Innovation“ anhand der Beispiele von Uber und Airbnb wiederholt besprochen. Bei internationalen Kooperationen wurde ein OECD-Modell für bilaterale Kooperationsabkommen von den Mitgliedern zwar verworfen. Dafür wurde aber ein ausführliches Inventar der Bestimmungen erstellt, welche in bereits bestehenden Kooperationsabkommen enthalten sind. Dieses wurde benutzerfreundlich online veröffentlicht und soll als Inspirationsquelle für das Abschliessen weiterer Kooperationsabkommen zwischen Ländern dienen.

ICN: WEKO und Sekretariat verfolgten die Entwicklungen im Rahmen des International Competition Network. Die Arbeitsgruppe „Merger“ publizierte 2015 einen Praxisleitfaden zur internationalen Durchsetzungskooperation bei Zusammenschlüssen. Das Sekretariat überarbeitete ihr „Merger Notification and Procedures Template“. Die Kartell-Arbeitsgruppen „Legal Framework“ (Sub-Group 1) und „Cartel Enforcement“ (Sub-Group 2) führten mehrere Webinars durch. Der diesjährige Cartel-Workshop widmete sich dem Thema „Kooperation und Konvergenz bei der Sanktionierung internationaler Kartelle“. Die ICN-Jahreskonferenz fand in Sydney, Australien, statt.

UNCTAD: Vertreterinnen und Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an der „7th United Nations Conference to Review the UN Set on Competition Policy“ teil, welche vom 6. bis 10. Juli 2015 in Genf stattfand. Themen der Konferenz waren u.a. Capacity Building sowie die technische Unterstützung im Bereich des Wettbewerbsrechtes und des Konsumentenschutzes.

3.8 Gesetzgebung

3.8.1 Parlamentarische Vorstösse im Nachgang zur gescheiterten KG-Revision

Nachdem der Ständerat im Juni 2014 an seinem Beschluss, das Kartellgesetz zu revidieren, festhielt, der Nationalrat hingegen auch in seiner zweiten Lesung im September 2014 nicht auf das Geschäft eintrat, war die vom Bundesrat aufgrund der Evaluation vorgeschlagene Revision des Kartellgesetzes definitiv gescheitert. In der Folge wurden einzelne parlamentarische Vorstösse eingereicht, welche zu einer spezifischen Revision einzelner Punkte des Kartellgesetzes führen sollen, so namentlich:

- Die **Parlamentarische Initiative Hans Altherr** vom 25. September 2014 „Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland“ (14.449) möchte in Anlehnung an das deutsche Kartellrecht eine Bestimmung zur Bekämpfung des Missbrauchs von relativer Marktmacht ins Kartellgesetz aufnehmen. Die Kommissionen des Ständerats wie auch des Nationalrats haben der Parlamentarischen Initiative Folge gegeben und sind nun damit beschäftigt, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten.
- Die **Motion der SP-Fraktion** vom 24. September 2014 „Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz. Entschlackte Kartellgesetzrevision“ (14.3780) fordert den Bundesrat zur Vorlage einer entschlackten Version zur Revision des Kartellgesetzes auf, insbesondere in Hinblick auf Regelungen gegen

„überhöhte Preise in der Schweiz“, während die übrigen Revisionsvorschläge (Institutionenreform, Compliance-Regelung usw.) zurückzustellen seien. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.

- Die **Motion Viola Amherd** vom 26. September 2014 „Für eine kleine Revision des Kartellgesetzes“ (14.3946) fordert den Bundesrat zur Vorlage der „unbestrittenen Artikel der gescheiterten Kartellgesetzrevision“ auf, namentlich der Einführung von Behandlungsfristen, Regelungen zur Information der Öffentlichkeit sowie zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit und Unternehmensgrösse bei Sanktionen. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion Hans Hess** vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) fordert den Bundesrat auf, Massnahmen zu treffen, dass Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnerinnen und -partnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiarbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im EWR eingekauft worden sind. Die Motion wurde vom Ständerat angenommen.

Die Federführung für die Begleitung dieser Vorstösse seitens der Verwaltung liegt beim SECO; das Sekretariat der WEKO ist in die Arbeiten involviert.

3.8.2 Totalrevision des Geschäftsreglements der WEKO (GR-WEKO)

Gemäss Art. 20 KG erlässt die WEKO ein Geschäftsreglement, welches auf der Basis der gesetzlichen Vorgaben insbesondere die Einzelheiten der Organisation und der Zuständigkeiten der WEKO sowie ihres Sekretariats regeln soll. Das bisherige Reglement vom 1. Juli 1996, wurde 2009 teilrevidiert und nun im Jahr 2015 einer Totalrevision unterzogen.

Inhaltlich ausschlaggebend für die Revision war das Bedürfnis nach der *Einführung von zwei Kammern*: Art. 19 KG sieht vor, dass sich die WEKO in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern kann, regelt aber nicht, für welche Entscheide Kammern eingesetzt werden können. Durch das neue GR-WEKO sollen nun zwei neue Kammern für spezielle Konstellationen konstituiert werden. Diese neuen Kammern unterscheiden sich indes deutlich von den drei mit der letzten Revision abgeschafften Kammern, welche nach Branchen/Märkten gegliedert waren.

Kammer für Teilverfügungen: In Wettbewerbsverfahren kommt es in der Praxis zur Situation, dass einige Parteien früh in einem Untersuchungsverfahren eine einvernehmliche Regelung zur Beseitigung ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens vereinbaren und das Verfahren in der Folge möglichst schnell abschliessen möchten, während andere Parteien desselben Verfahrens einen Verstoss bestreiten und entsprechend umfassende Abklärungen der Wettbewerbsverhältnisse erwarten. Bisher hatte die WEKO solche Fälle in aller Regel mit einer einzigen Verfügung erledigt, was bedeu-

tete, dass die erstgenannte Gruppe von Parteien – aus ihrer Sicht unnötig – Monate bis Jahre auf den Verfahrensabschluss warten musste. Das neue GR-WEKO enthält – ganz im Sinne des Beschleunigungsgebots und im Interesse dieser Parteien – die Möglichkeit, vorab entsprechende Teilverfügungen zu erlassen und damit die Verfahren beschleunigt bzw. zeitlich gestaffelt abzuschliessen. Die Einführung einer hierfür zuständigen Kammer soll verhindern, dass aufgrund der zeitlich früheren Teilverfügungen für einen Teil der Parteien die Beschlussfähigkeit der ganzen Kommission beim späteren Entscheid für die übrigen Parteien aufgrund einer allfälligen (oder behaupteten) Befangenheit („Vorbefassung“) in Frage steht. Die neue Kammer entscheidet mit Teilverfügungen hinsichtlich eines Teils der Parteien über die Verfahrenseinstellung oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung zusammen mit übrigen Massnahmen, insbesondere Sanktionen und Gebühren. Der Entscheid gegen die übrigen Parteien bleibt in der Kompetenz der (Gesamt-)Kommission am Ende der Untersuchung.

Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse: Deren Schaffung ist dadurch begründet, dass Entscheide betreffend Zusammenschlussvorhaben regelmässig sehr kurzfristig gefällt werden müssen. Bei der vorläufigen Prüfung besteht ein enges Zeitkorsett von einem Monat, so dass es sinnvoll erscheint, dass eine Kammer darüber entscheidet, ob eine vertiefte Prüfung eingeleitet wird und ob der Zusammenschluss vorzeitig vollzogen werden kann. Die Kommission behält jedoch auch in der vorläufigen Prüfung eine gewisse Restkompetenz, indem sie über den Entscheid der Kammer informiert wird und unabhängig von der Kammer eine Prüfung einleiten kann („Overrule“). Die Kommission kann der Kammer weitere Aufgaben delegieren, sofern dies etwa aufgrund der Praxis als zweckmässig erscheint.

Neben der Einführung der beiden Kammern sind folgende Hauptänderungen zu erwähnen:

- **Neuer Aufbau:** Der Aufbau des GR-WEKO orientiert sich an Geschäftsreglementen anderer Behörden und gliedert sich nach den einzelnen Organen.
- **Ergänzungsfunktion:** Zentral für das Verständnis des revidierten GR-WEKO ist, dass es den gesetzlichen Regeln entsprechend grundsätzlich nur Normen enthält, welche über das hinausgehen, was bereits im Gesetz geregelt ist. Dies führt dazu, dass das GR-WEKO nicht immer aus sich selbst heraus verständlich ist, sondern zusammen mit den Bestimmungen des Kartellgesetzes gelesen werden muss.
- Sodann enthält das revidierte GR-WEKO neue bzw. präzisere, sich an der bisherigen Praxis orientierende Vorschriften namentlich zu Zirkulationsbeschlüssen, Unterschriften, Protokollierung sowie zur Wahl der Organe und Mitarbeitenden des Sekretariats.

Das totalrevidierte GR-WEKO wurde von der WEKO am 15. Juni 2015 verabschiedet, vom Bundesrat am 25. September 2015 genehmigt und am 1. November 2015 in Kraft gesetzt.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO und Sekretariat

Im Jahr 2015 hielt die WEKO 18 ganztägige Plenarsitzungen ab. Die Anzahl der Entscheidungen in Untersuchungen und Zusammenschlussverfahren nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des BGBM ergeben sich aus der Statistik (siehe 4.2).

Ende 2015 ist die Amtsperiode 2012-2015 für die Mitglieder der WEKO abgelaufen. Aufgrund der Amtszeitbeschränkung auf zwölf Jahre sind folgende Mitglieder aus der WEKO ausgeschieden: **Prof. Dr. Evelyne Clerc**, Universität Neuenburg; **Dr. Jürg Niklaus**, Vertreter des schweizerischen Bauernverbandes; **Thomas Pletscher**, Vertreter von *economiesuisse* und **Dr. Johann Zürcher**, Richter am Obergericht des Kantons Zürich und Vertreter der Konsumentenschutzorganisationen. **Prof. Dr. Stefan Bühler**, Universität St. Gallen, hat auf eine Wiederwahl verzichtet.

Mit Beschluss vom 25. November 2015 hat der Bundesrat die Mitglieder der WEKO für die **Amtsperiode 2016-2019** ernannt. Wiedergewählt wurden die folgenden sieben Mitglieder: **Prof. Dr. Vincent Martenet**, Präsident WEKO, Universität Lausanne (Prof. Dr. Vincent Martenet wird infolge Amtszeitbeschränkung in zwei Jahren aus der WEKO ausscheiden); **Prof. Dr. Andreas Heineemann**, Vizepräsident WEKO, Universität Zürich; **Prof. Dr. Winand Emons**, Universität Bern; **Prof. Dr. Andreas Kellerhals**, Universität Zürich; **Dr. Daniel Lampart**, Vertreter des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (Dr. Daniel Lampart wird infolge Amtszeitbeschränkung in zwei Jahren aus der WEKO ausscheiden); **Prof. Dr. Armin Schmutzler**, Universität Zürich; **Henrique Schneider**, Vertreter des Schweizerischen Gewerbeverbandes. Herr Armin Schmutzler wurde neu zum Vizepräsidenten der WEKO ernannt. Neu gewählt hat der Bundesrat die folgenden Personen:

Dr. Pranvera Këllezhi: Frau Këllezhi ist in Genf als Rechtsanwältin tätig. Sie hat eine vollständige universitäre Ausbildung in schweizerischem und europäischem Wettbewerbsrecht abgeschlossen (Université de Genève und Collège d'Europe de Bruges). Frau Këllezhi verfügt über eine rund zwölfjährige Praxiserfahrung im Bereich Wettbewerbsrecht (technische Kooperation, wettbewerbsrechtliche Beratung einer Dachorganisation und Tätigkeit als Rechtsanwältin in einer Schweizer Anwaltskanzlei).

Danièle Wüthrich-Meyer: Frau Fürsprecherin Wüthrich ist Richterin am Obergericht Bern und war vier Jahre dessen Präsidentin. Sie amtiert seit 2010 als Vizepräsidentin am Handelsgericht. Relevant sind auch ihre früheren Tätigkeiten am Wirtschaftsstrafgericht und als langjährige Präsidentin der Schiedskommission für Urheberrechte.

Florence Bettschart-Narbel: Frau Bettschart-Narbel ist Rechtsanwältin. Sie arbeitete bei Gautier, Vuille & Associés Genf. Sie studierte an der Uni Lausanne mit einem Studienjahr an der Uni Basel. Sie ist Vertreterin der Fédération Romande des Consommateurs (FRC), wo sie seit 2008 für Politik und Recht verantwortlich ist.

Frau Bettschart-Narbel ist im Gemeindeparlament von Lausanne.

Prof. Dr. Rudolf Minsch: Herr Minsch ist Vertreter von *economiesuisse*, er ist dort als Chefökonom und GL-Mitglied tätig. Nebenamtlich ist er Gastprofessor an der HTW Chur und verantwortlich für die Weiterentwicklung des volkswirtschaftlichen Simulationsmodells SwissSim bei der Uni St. Gallen. Er studierte an der Uni St. Gallen Volkswirtschaftslehre und vertiefte seine Studien an der Boston University.

Martin Rufer: Herr Rufer ist Vertreter des Schweizer Bauernverbandes (SBV), er ist dort Leiter Departement Produktion, Märkte und Ökologie. Er ist ebenfalls Mitglied der GL des SBV. Daneben ist er Sekretär der Schweizer Rindviehproduzenten SRP, Mitglied des VR Proviande und Präsident der AgroCleanTech AG sowie des Vereins der AgroCleanTech. Des Weiteren ist er Mitglied des Steuerungsausschusses Schoggigesetz des Bundes und der Eidgenössischen Kommission für Lebensmittelsicherheit. Er studierte an der ETH Zürich Agronomie (Fachrichtung Agrarwirtschaft).

Der Bundesrat hat am 2. September 2015 entschieden, die Anstellung von **Dr. Rafael Corazza** als Direktor des Sekretariats über dessen ordentliches Pensionierungsalter hinaus bis maximal Juli 2018 zu verlängern. In der WEKO stehen in den kommenden Jahren wichtige Fallabschlüsse und Weichenstellungen an. Die Verlängerung des Anstellungsverhältnisses mit Dr. Rafael Corazza ermöglicht es der Kommission, die kommenden Aufgaben in der bewährten personellen Besetzung anzugehen.

Ende des Jahres 2015 beschäftigte das **Sekretariat 76** (Vorjahr 75) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 42 (Vorjahr 45) Prozent. Dies entspricht insgesamt 66.7 (Vorjahr 65.25) Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 55 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; entspricht 49.2 Vollzeitstellen; Vorjahr 48.8); 8 (Vorjahr 6) wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten, was 8 (Vorjahr 6) Vollzeitstellen entspricht; 13 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik, entspricht 9.5 (Vorjahr 10.5) Vollzeitstellen.

Das Sekretariat ist im Juni 2015 innerhalb von Bern von der Monbijoustrasse 43 an die Hallwylstrasse 4 umgezogen.

4.2 Statistik

	2014	2015
Untersuchungen		
Während des Jahres geführt	21	30
davon Übernahmen vom Vorjahr	19	15
davon Eröffnungen	2	6
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	9
Endentscheide	6	7
davon einvernehmliche Regelungen	4	3
davon behördliche Anordnungen	0	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	6
davon Teilverfügungen	0	1
Verfahrensleitende Verfügungen	7	7
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	10	1
Vorsorgliche Massnahmen	1	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	0
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	20	18
Übernahmen vom Vorjahr	16	14
Eröffnungen	4	4
Abschlüsse	11	7
davon mit Untersuchungseröffnung	1	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	8	2
davon ohne Folgen	2	4
Andere Tätigkeiten		
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	2
Erfolgte Beratungen	27	17
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	61	33
BGÖ-Gesuche	13	23
Sonstige erledigte Anfragen	594	685
Zusammenschlüsse		
Meldungen	30	29
Kein Einwand nach Vorprüfung	35	26
Prüfungen	1	3
Entscheide der WEKO	0	0
nach Vorprüfung	0	0
nach Prüfung	0	0
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht	25	24
Urteile Bundesverwaltungsgericht	7	3
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	3	2
davon teilweiser Erfolg	1	0
Urteile Bundesgericht	0	2
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	0	2
davon teilweiser Erfolg	0	0
Hängig Ende Jahr (vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht)	21	22

Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	1	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	2	0
Nachkontrollen	6	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	254	281
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	5	8
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	3	2
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	1	1
Erläuterungen (Sekretariat)	36	45
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	5	1

Aus der Statistik und im Vergleich zu den Vorjahreszahlen ergeben sich die folgenden Erkenntnisse:

- Die Anzahl der geführten Untersuchungen hat deutlich zugenommen, was auf die Aufteilung der Untersuchung in Sachen Submissionsabreden im Kanton Graubünden in zehn verschiedene Untersuchungen zurückzuführen ist (vgl. oben, S. 5). Im Jahr 2015 wurden mehr Sanktionen ausgesprochen als im Vorjahr. Die Hälfte der Untersuchungen ist mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen worden.
- Bei den „anderen Tätigkeiten“ sind die Anzahl Beratungen und Marktbeobachtungen auf fast die Hälfte zurückgegangen. Hingegen ist die Zahl der „sonstigen erledigten Anfragen“, worunter viele Anfragen von Bürgerinnen und Bürgern fallen, erneut auf fast 700 gestiegen.
- Die Anzahl gemeldeter Zusammenschlüsse ist praktisch gleich wie 2014. Hingegen hat die WEKO drei aufwändige Prüfungsverfahren durchgeführt, an deren Ende die Zusammenschlüsse aber jeweils ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen worden sind, weil die hohen gesetzlichen Anforderungen an eine Intervention – die mögliche Beseitigung des Wettbewerbs – nicht erfüllt waren.
- Die Zahl der Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungs- und Bundesgericht ist nach wie vor hoch. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar in drei Verfahren (Swisscom ADSL, BMW und Bergsportprodukte) sein Urteil gefällt, aber alle drei Urteile sind ans Bundesgericht weitergezogen worden. Ende 2015 sind deshalb 22 Beschwerdeverfahren vor den Gerichten hängig bzw. praktisch gleich viele wie Ende 2014.

- Im 2015 sind wiederum viele Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren (Ämterkonsultationen und Vernehmlassungen) abgegeben worden. Dies unterstreicht die Wichtigkeit der Advocacy-Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden, wie sie im Jahresbericht 2014 beschrieben worden ist.
- Die Arbeiten im Bereich des Binnenmarktgesetzes bewegen sich im Rahmen der Vorjahre. Die Zahl der Beschwerden ist zwar zurückgegangen, demgegenüber sind im 2015 vom Sekretariat mehr Erläuterungen zum BGBM erstellt worden.

5 10 Jahre Hausdurchsuchungen

5.1 Durchgeführte Hausdurchsuchungen

Am 14. Februar 2006 führte das Sekretariat der WEKO erstmals Hausdurchsuchungen durch. Ziel dieser Durchsuchungen war es, Beweismittel gegen das sogenannte Luftfrachtkartell zu finden. Das Verfahren war durch eine Selbstanzeige ausgelöst worden, so dass gleich beide neuen Instrumente des damals neu revidierten Kartellgesetzes (Revision 2003; in Kraft seit 1. April 2004 mit Übergangsfrist bis 31. März 2005) – Hausdurchsuchungen und Bonusregelung – ihre Feuertaufe hatten. Dieses Ereignis ist nun 10 Jahre her, was Anlass für diesen Rück- und Ausblick ist.

Den ersten Hausdurchsuchungen war die Gründung des Kompetenzzentrums „Hausdurchsuchungen“ vorangegangen, welches dafür sorgte, dass das Personal durch Schulungen von in- und ausländischen Expertinnen und Experten auf die Aufgabe vorbereitet wurde. Zudem erarbeitete das Kompetenzzentrum die Grundlagen und Dokumente, die zur Durchführung dieser Zwangsmassnahmen notwendig waren. So wurde im April 2005 das erste „Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen“ auf der Homepage der Behörde publiziert.

Jahr	Fall	Standorte	Bemerkungen	Kantone
2006	Luftfracht	3	Erstmals Hausdurchsuchungen	ZH
2007	Baubeschläge	4		ZH/SG/BE
2007	Spedition	8	Bestätigt durch BStGer und BGer	ZH/BS/SZ
2008	Elektroinstallateure	7	Erstmals Whistleblower	BE
2008	Wassermanagement	1		SZ
2009	Strassen- und Tiefbau ZH/AG	10	Bestätigt durch BStGer	ZH/AG
2010	Bergsport	1	Erstmals Art. 5 Abs. 4 KG	VD
2010	Nikon	1		ZH
2011	Sanitär-grosshandel	7	Erstmals Einvernahmen / Bestätigt BStGer	BE/ZH/VA/VDS
2012	Jura	1		SO
2012	Bau Unterengadin	12	Erstmals Privatdomizile	GR/ZG
2012	Steinway & Sons	3		ZH/BE/TI
2013	Tunnelreinigung	5	Erstmals HD vor Vergabe	OW/AB/ZH/TG/LU
2013	Bau St. Gallen	6		SG/GR/ZH
2013	Bau Graubünden	10	Erstmals Scanning / Bestätigt BStGer	SG/GR/ZH
2013	Saiteninstrumente	1		AG
2013	Bau St. Gallen 2	3		SG/SZ
2014	Autoleasing und –finanzierung	8		ZH/AG/BE
2015	Kiesgruben und Deponien BE	7		BE
2015	Unternehmen X	1		ZH
2015	Unternehmen Y	1	Nur elektronische Daten	SG
2015	Unternehmen Z	1	Nur elektronische Daten	LU
2015	Unternehmen Y	1	Erstmals eine zweite HD am gleichen Standort	SG
2015	Husqvarna	1		AG
Total :	24	103		15

Seither hat das Sekretariat zahlreiche Hausdurchsuchungen durchgeführt und seine Praxis ausgehend von einer soliden Basis fortlaufend weiterentwickelt, wie sich aus nachfolgender Übersicht ergibt:

Im Rahmen von 24 Aktionen hat das Sekretariat über 100 Standorte durchsucht. Beachtlich ist dabei, dass es in lediglich vier Fällen zu einem Entsigelungsverfahren vor Bundesstrafgericht gekommen ist, welche alle die Vorgehensweise des Sekretariates bestätigt haben. Im sogenannten „Panalpina-Fall“ wurde der Entscheid des Bundesstrafgerichts an das Bundesgericht weitergezogen, welches ebenfalls die Praxis des Sekretariates schützte.

Die Hausdurchsuchungen wurden aber nicht nur formell korrekt durchgeführt, sondern sie haben auch in praktisch allen Verfahren dazu geführt, dass wesentliche Beweismittel gefunden werden konnten und/oder Selbstanzeigen provoziert worden sind. Ein illustratives Beispiel dazu ist etwa der Fall Elektroninstallationsunternehmen Bern (vgl. RPW 2009/3, 196 ff.), der durch einen Whistleblower ausgelöst wurde und bei dem noch während der Hausdurchsuchung drei der beteiligten Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht haben. Alle übrigen Parteien reichten in den Folgetagen ebenfalls Selbstanzeigen ein. Ein aktuelles Beispiel bildet etwa auch der rechtskräftige Fall Tunnelreinigungen (vgl. RPW 2015/2, 193 ff.): in den Erwägungen werden zahlreiche Beweise zitiert, die anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmt wurden und für den Nachweis des Kartellrechtsverstosses ausschlaggebend waren (vgl.

insbesondere die Rz 87 ff. und 119 ff.). Auch in diesem Fall erfolgte noch während der Hausdurchsuchung die erste Selbstanzeige.

Nach zehn Jahren kann daher bezüglich des Instruments der Hausdurchsuchung eine positive Bilanz gezogen werden. Es handelt sich um eine wirksame Massnahme bei der Untersuchung mutmasslicher Kartellrechtsverstösse. Es ist aber gleichzeitig eine Massnahme, welche nicht leichtfertig eingesetzt wird. Erstens stellen Hausdurchsuchungen einen erheblichen Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen dar. Der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens kann während einer Hausdurchsuchung stark beeinträchtigt sein. Zweitens sind Hausdurchsuchungen auch für die Behörde mit einem hohen Aufwand verbunden. Bei grossen koordinierten Aktionen bei mehreren Unternehmen ist grundsätzlich das ganze Personal des Sekretariates im Einsatz. Hinzu kommen Polizeibeamtinnen und -beamte und IT-Ermittlerinnen und -ermittler (vor allem von der Bundeskriminalpolizei), welche das Sekretariat amtshilfweise unterstützen und die damit wesentlich zur reibungslosen Durchführung der Hausdurchsuchungen beitragen.

5.2 Wichtige Entwicklungen

Die Praxis des Sekretariates bezüglich Hausdurchsuchungen entwickelt sich laufend weiter. Nachfolgend werden die wichtigsten Entwicklungen kurz dargestellt:

Hinreichender Tatverdacht. Die ersten Hausdurchsuchungen erfolgten aufgrund von Informationen, die von

Selbstanzeigern geliefert wurden, d.h. sehr detaillierte und konkrete Informationen aus dem Inneren des Kartells. Danach wurden auch Hausdurchsuchungen durchgeführt auf der Grundlage von Informationen, die von einem Whistleblower stammten. Für den Schutz von Whistleblowern war es dann entscheidend, dass das Bundesstrafgericht akzeptierte, dass die Identität des Whistleblowers nicht offengelegt werden muss (Entscheid BE.2009.21 des Bundesstrafgerichts vom 14. Januar 2010, E. 3.2.f.). Schliesslich fanden im Fall „Sanitär-grosshandel“ erstmals auch Hausdurchsuchungen aufgrund von Anzeigen von Kundinnen und Kunden, kombiniert mit Abklärungen des Sekretariates, statt. Das Bundesstrafgericht hielt fest, der Konkretisierungsgrad solcher Meldungen könne nicht mit demjenigen von Selbstanzeigen mithalten, entscheidend sei aber, dass die Meldungen und Anzeigen hinreichend konkret gewesen seien und durch das Sekretariat anhand eigener Beobachtungen auf ihre Stichhaltigkeit ein erstes Mal überprüft worden seien (Entscheid BE.2012.4. des Bundesstrafgerichts vom 11. Juli 2012, E.3.2.f.).

Anwaltsgeheimnis: Eine der umstrittensten Fragen im Bereich der Hausdurchsuchungen betrifft den Schutz der Anwaltskorrespondenz. Bis zum 30. April 2013 war die Anwaltskorrespondenz nur dann vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt, wenn sie sich im Gewahrsam des Anwaltes befand (wobei die Wettbewerbsbehörden ihre diesbezüglich Praxis bereits auf das Inkrafttreten der neuen StPO am 1. Januar 2011 hin gelockert hatten). Seit dem 1. Mai 2013 ist Art. 46 Abs. 3 VStrR in Kraft, der Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt schützt, und zwar ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden und des Zeitpunktes, in welchem sie geschaffen worden sind. Unter den Schutzbereich fallen Dokumente, aus dem Verkehr mit (1) einem Anwalt, der nach BGFA zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist (Unternehmensanwälte erfüllen diese Voraussetzung

nicht) und (2) im Rahmen eines berufsspezifischen Mandats erstellt wurden.

Entsiegelung: Zur Ausscheidung von Dokumenten, welche durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind, hat das Sekretariat pragmatische Lösungen entwickelt. Eine davon besteht darin, diese Dokumente in einer Vortriage auszuscheiden, wobei die Vortriage durch Sekretariatsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter erfolgt, welche nicht zum Fallteam gehören.

Einvernahme: Anlässlich des Falls „Sanitär-grosshandel“ im Jahr 2011 ist das Sekretariat dazu übergegangen, zu Beginn einer Untersuchung nicht nur Hausdurchsuchungen, sondern auch Partei- und Zeugeneinvernahmen durchzuführen.

Scanning: Zu Beginn seiner Praxis hat das Sekretariat grundsätzlich die Originaldokumente beschlagnahmt und den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, diese später beim Sekretariat zu kopieren. Später wurde die Erstellung von Kopien vor Ort zugelassen, sofern dies den Ablauf der Durchsuchung nicht behinderte. Heute verfügt das Sekretariat über leistungsfähige Scanner. In der Regel kann so der grösste Teil der Dokumente vor Ort gescannt und das Original beim Unternehmen belassen werden.

5.3 Neues Merkblatt

Mit der Durchführung von Einvernahmen hat sich der Fokus des früheren Kompetenzzentrums „Hausdurchsuchungen“ ausgeweitet und es wurde in **Kompetenzzentrum „Ermittlungen“** umbenannt. Aufgrund dieser Erweiterung sowie den zahlreichen oben skizzierten Entwicklungen wurde das „Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen“ grundlegend überarbeitet und zum **Merkblatt „Ausgewählte Ermittlungsinstrumente“** ausgebaut. Dieses Merkblatt ist seit Anfang 2016 auf der Website der WEKO abrufbar.

A 1.	2. Rapport annuel 2015 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Table des matières

1	Préface du Président	18		
2	Décisions les plus importantes en 2015	19		
2.1	Décisions de la Comco	19	3.4.1	Industrie de biens de consommation et marché de détail 24
2.2	Arrêts des tribunaux	20	3.4.2	Instruments de musique 24
3	Activités dans les différents secteurs	21	3.4.3	Industrie horlogère 24
3.1	Construction	21	3.4.4	Secteur automobile 24
3.1.1	Accords de soumission	21	3.4.5	Agriculture 24
3.1.2	Grossistes sanitaires	21	3.4.6	Autres domaines 25
3.1.3	Gravier et décharges pour matériaux inertes	21	3.5	Marché intérieur 25
3.1.4	Recommandations de prix, honoraires et tarifs	21	3.6	Investigations 25
3.2	Services	21	3.7	Relations internationales 26
3.2.1	Services financiers	21	3.8	Législation 26
3.2.2	Santé	22	3.8.1	Interventions parlementaires suite à l'échec de la révision de la LCart 26
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	22	3.8.2	Révision totale du règlement interne de la COMCO (RI-COMCO) 27
3.3	Infrastructures	22	4	Organisation und statistique 27
3.3.1	Télécommunications	22	4.1	COMCO et Secrétariat 27
3.3.2	Media	23	4.2	Statistique 29
3.3.3	Autres domaines	23	5	10 ans de perquisitions 30
3.4	Produits	24	5.1	Perquisitions exécutées 30
			5.2	Développement importants 32
			5.3	Nouvelle note sur les instruments d'enquête 32

1 Préface du Président

L'année 2015 a été marquée par des décisions et des événements importants. La Commission de la concurrence (COMCO) a sanctionné des cartels de prix horizontaux dans plusieurs enquêtes (nettoyage de tunnels, gros de plomberie, VPVW, pianos). Elle a aussi pris des mesures contre la fixation verticale de prix (instruments à cordes) et a découvert un abus de position dominante (Swisscom Internet à haut débit). Elle a enfin révisé la communication automobile ainsi que son règlement interne. Quant aux tribunaux, ils ont pris des décisions qui ouvrent des perspectives:

- Le Tribunal fédéral (TF) a approuvé le recours du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) et a annulé l'arrêt du Tribunal administratif fédéral relatif aux **médicaments Hors-liste**. Il a confirmé que seules des prescriptions légales explicites pouvaient exclure l'application de la Loi sur les cartels (LCart), mais pas des circonstances factuelles sur un marché donné.
- Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a entièrement confirmé les décisions de la COMCO dans les cas **Swisscom ADSL** et **BMW**, en rejetant les recours respectifs. Il n'a pas modifié la sanction que la COMCO avait imposée à BMW. Il a légèrement réduite celle de Swisscom en utilisant une autre façon de calculer l'amende. Dans le cas des **articles de sport de montagne**, le Tribunal administratif fédéral a admis le recours déposé contre la décision de la COMCO.
- Dans le domaine de la Loi sur le marché intérieur (LMI), le Tribunal fédéral a admis deux recours de la COMCO en matière de **marchés publics**.

Le Tribunal administratif fédéral a spécialement renforcé la position de la COMCO dans les cas Swisscom ADSL et BMW. D'une part, il a complètement écarté dans les deux affaires les nombreux reproches de prétendues violations des garanties procédurales, tout en confirmant la parfaite justesse de la procédure menée par la COMCO. D'autre part, il a approuvé l'argumentation et l'appréciation de la COMCO dans deux domaines clés : entraves aux importations parallèles et directes ainsi qu'existence d'un effet de ciseau tarifaire («Kosten-Preis-Schere»). De tels arrêts sont importants car ils confirment l'exactitude formelle et matérielle des décisions des autorités de la concurrence dans des cas complexes. De plus, et sous réserve de l'arrêt qui fait actuellement l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, ils créent une sécurité juridique matérielle pour les entreprises.

Le fait que les autorités de la concurrence puissent obtenir, dans un délai raisonnable, les preuves nécessaires pour découvrir des états de fait importants et complexes tient essentiellement à la nature et la qualité des instruments d'investigation utilisés. Voilà pourquoi, ce rapport annuel met un accent particulier sur les **perquisitions** qui sont mises en œuvre depuis plus de dix ans. Cet outil d'enquête a prouvé son extrême efficacité. En effet, une perquisition permet d'accéder à toutes les données

physiques et électroniques disponibles en rapport avec l'objet de l'enquête que l'on peut saisir dans les entreprises concernées. Le Secrétariat a investi du temps et des ressources pour que cet instrument soit utilisé avec succès depuis tant d'années. A cet effet, il a créé un Centre de compétences spécifique et a formé de façon approfondie les collaborateurs et collaboratrices appelés à effectuer des perquisitions. Cet investissement en vaut la peine et prouve son utilité chaque jour davantage. Ainsi, la capacité à effectuer des perquisitions se révèle être un élément important de la mise en œuvre de la Loi sur les cartels.

2 Décisions les plus importantes en 2015

2.1 Décisions de la Comco

Le 23 février 2015, la COMCO a imposé des amendes pour un montant total de CHF 161'000 aux membres d'un cartel d'**entreprises suisses de nettoyage de tunnels**. Trois entreprises actives dans plusieurs régions s'étaient coordonnées sur les prix et les appels d'offres entre 2008 et 2013 afin de se répartir les marchés publics de nettoyage de plusieurs tunnels. Par ces accords, elles échangeaient des informations sur leurs prix lors d'appels d'offres publics et décidaient quelle entreprise devait remporter le marché dans une certaine région. Les trois entreprises concernées ont révélé leur participation au cartel au cours de la procédure. De ce fait, elles ont profité d'une réduction de la sanction, réduction qui dépend du moment de l'auto-dénonciation et de la qualité de la coopération avec les autorités. La première entreprise coopérante a même profité d'une remise totale de la sanction. Toutes les entreprises impliquées ont finalement signé un accord à l'amiable avec les autorités de la concurrence. La décision est exécutoire.

Le 29 juin 2015, la COMCO a imposé des amendes pour un montant total d'environ CHF 80 mio aux membres d'un cartel de **grossistes de la branche sanitaire**. Depuis les années nonante, ces grossistes, leaders de la branche, ont passé des accords sur les prix et les quantités. La plupart des grossistes sanitaires, membres du cartel, se sont entendus entre 1997 et 2011 sur des éléments du prix ou des facteurs influençant le prix comme les marges, les prix bruts, le taux de change avec l'Euro, les coûts de transports, les rabais et encore les catégories de rabais. De plus, ils s'étaient entendus pour ne pas prendre dans leur catalogue les produits des fabricants qui ne distribuaient pas leurs produits exclusivement par leur canal de distribution. Cela empêchait ces entreprises d'entrer sur le marché. Les comportements décrits constituent des accords interdits sur les prix et les quantités. La plupart des grossistes sanitaires sont membres de l'Union Suisse des Grossistes de la Branche sanitaire (USGBS), qui a servi de plateforme à la conclusion des accords incriminés. La décision n'est pas encore exécutoire.

Le 29 juin 2015, la COMCO a révisé la Communication du 21 octobre 2002 concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci-après: la **Communication automobile**) et sa note explicative. Elle a pris en considération le nouveau cadre législatif de l'Union Européenne lors de la procédure de révision. Cependant, au vu des conditions juridiques et économiques du marché suisse de l'automobile, une reprise totale du droit européen ne semblait pas appropriée. C'est pourquoi la COMCO a décidé de maintenir les fondements de sa Communication automobile dans les domaines de la vente de véhicules automobiles neufs, la fourniture de services de réparation et d'entretien ainsi que la distribution de pièces de rechange. Elle l'a toutefois adaptée aux dispositions de la LCart en vigueur et elle l'a modifiée en fonction de l'expérience acquise. La COMCO entend ainsi continuer à promouvoir la concurrence intra- et intermarque sur le marché du commerce

de véhicules automobiles neufs, de pièces de rechange et de la fourniture de services de réparation et d'entretien. La nouvelle Communication automobile vise à empêcher les accords qui ont des effets nuisibles sur la concurrence et à éviter le cloisonnement du marché suisse de l'automobile. Elle permet en outre d'assurer une sécurité juridique accrue pour les opérateurs du marché. Cette nouvelle communication automobile est entrée en force le 1er janvier 2016.

Le 29 juin 2015, la COMCO a amendé un importateur général d'instruments de musique à hauteur de CHF 65'000 pour accords sur les prix dans le commerce d'**instruments à cordes**. Cet importateur général et ses revendeurs avaient convenu de rendre impérative leur politique de rabais liée à la liste de prix des instruments à cordes et des accessoires de différentes marques. Ces accords imposaient des prix de vente minimaux (dits prix de revente imposés). Ces accords ont empêché les revendeurs de se faire une réelle concurrence sur les prix. En conséquence et dans cette branche, la concurrence a été notablement affectée en Suisse du début 2010 à la mi-2013. L'enquête s'est soldée par un accord amiable par lequel l'importateur général s'est engagé à ne plus influencer à l'avenir, directement ou indirectement, les prix de vente fixés par ses revendeurs. La décision est exécutoire.

Le 19 octobre 2015, la COMCO a condamné quatre concessionnaires suisses des marques automobiles du groupe Volkswagen et AMAG RETAIL (secteur de la vente au détail d'AMAG Automobiles et Moteurs SA) à des amendes forfaitaires allant de CHF 10'000.- à CHF 320'000.- pour s'être entendus sur les prix. Les quatre concessionnaires incriminés avaient conclu au début 2013 une liste commune de conditions. Celle-ci concernait des rabais et des réductions forfaitaires lors de la remise de la première offre pour des voitures neuves des marques du groupe VW. Dans sa décision, la COMCO a constaté que, dans le cadre de rencontres («Stammtisch») régionales de l'**Association des partenaires du groupe VW (VPVW)**, ces commerçants avaient communiqué en mars 2013 leur politique concertée sur les rabais. Le but de ces rencontres consistait à ce que tous les revendeurs autorisés des marques du groupe VW en Suisse mettent en œuvre les conditions convenues. La COMCO a pris en considération dans le calcul des sanctions le fait que ces accords sur les prix n'avaient été mis en œuvre que durant une courte période. Trois des quatre concessionnaires ont déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le 19 octobre 2015, la COMCO a interdit à trois **plateformes de réservation en ligne** (Booking.com, Expedia et HRS) de restreindre de façon générale la politique commerciale des hôtels listés sur leurs sites internet. L'enquête a analysé les clauses contractuelles par lesquelles ces trois plateformes interdisaient aux hôtels de fixer des prix plus bas ou d'offrir un nombre plus élevé de chambres sur d'autres canaux de distribution. Ainsi, les hôtels ne pouvaient pas proposer des offres plus avantageuses sur des canaux de distribution plus avantageux. La COMCO a jugé que de telles clauses contractuelles aussi générales constituaient une violation de la LCart. A la fin de la procédure, Booking.com et Expe-

dia ont introduit au niveau européen de nouvelles clauses moins restrictives. Toutefois, comme l'analyse cartellaire complète de ces nouvelles clauses n'était pas possible en raison du manque de données empiriques probantes, la COMCO a: 1) interdit à Booking.com et à Expedia de réintroduire les clauses contractuelles illicites, 2) imposé à HRS de procéder aux modifications correspondantes (ce que cette dernière a fait en janvier 2016), et 3) décidé d'observer le développement des nouvelles clauses sur le marché, en se réservant le droit d'intervenir à nouveau si nécessaire.

Le 21 septembre 2015, la COMCO a amendé Swisscom à hauteur de CHF 7'916'438 pour abus de position dominante sur le marché des **connexions à haut débit** offertes à la clientèle commerciale. En 2008, la Poste avait mis en soumission la mise en réseau de ses sites postaux. Swisscom avait remporté l'appel d'offres en proposant un prix environ 30 % inférieur à celui de ses concurrents, qui dépendent des prestations préalables de Swisscom. Lors de cette soumission, cette entreprise de télécommunication avait fixé le prix des prestations préalables à un niveau tel que ses concurrents ne pouvaient rivaliser avec son offre. Par sa politique de prix, Swisscom a aussi imposé des prix excessifs à la Poste. Swisscom a fait recours contre la décision de la COMCO auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le 14 décembre 2015, la COMCO a sanctionné deux vendeurs de **pianos et pianos à queue** par une amende de CHF 518'000 pour accords horizontaux relatifs à des listes de prix et rabais pour les pianos des fabricants Steinway & Sons et Grotrian-Steinweg. Un troisième vendeur s'est aussi comporté de façon illicite en alignant ses prix sur ceux de ses concurrents. Quant aux fabricants Steinway & Sons et Grotrian-Steinweg, ils n'ont pas édicté eux-mêmes de prix minimaux ou fixes mais ont soutenu les accords des vendeurs en imprimant les listes des prix convenus.

2.2 Arrêts des tribunaux

Le 14 septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a sanctionné Swisscom à hauteur de CHF 186 mio pour comportement anticoncurrentiel dans le domaine du **DSL à large bande pour internet**. Ce faisant, il a largement confirmé la décision prise par la COMCO en 2009. En entrant sur le marché de l'internet à large bande durant l'année 2000, Swisscom a offert à d'autres grossistes des produits DSL sur le réseau téléphonique afin de promouvoir l'extension de l'accès à internet via DSL, par opposition à l'accès internet par le câble. Swisscom disposait d'une position dominante parce qu'elle était la seule entreprise à fournir ce type de produits avant la libéralisation complète du marché des télécommunications en 2007. Toutes les autres entreprises qui voulaient écouler des produits internet à large bande sur le marché des consommateurs finaux étaient dépendantes de la prestation préalable DSL de Swisscom sur le marché des grossistes. Parallèlement, Swisscom était aussi entrée sur le marché des consommateurs finaux avec ses propres produits DSL à large bande. En comparaison avec les prix facturés aux consommateurs finaux, Swisscom a exigé des prix élevés pour cette prestation préalable indispensable. Il en a résulté une différence trop étroite entre les prix de

Swisscom pour les consommateurs finaux et ceux de ses concurrents pour la prestation préalable («effet de ciseau»), entraînant des pertes pour ces derniers entre avril 2004 et décembre 2007. Swisscom a entravé ses concurrents de telle manière que ceux-ci ne parvenaient pas à exploiter rentablement leurs services DSL, raison pour laquelle aucune concurrence efficace n'a pu s'établir sur le marché de détail de l'internet à large bande. De ce fait, le comportement de Swisscom a été considéré comme un abus de position dominante. Suite à des diverses corrections, le Tribunal administratif fédéral a réduit l'amende - initialement infligée par la COMCO à quelque CHF 220 mio - en la fixant finalement à CHF 186'036'840. Swisscom a déposé un recours devant le Tribunal fédéral.

Le 13 novembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a intégralement rejeté le recours déposé par **BMW** contre la décision de la COMCO du 7 mai 2012. Cette dernière avait sanctionné par une amende de quelque CHF 156 mio ce constructeur automobile qui avait empêché, de façon illicite, les importations parallèles et directes de ses véhicules en Suisse. Le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que la LCart est applicable à cet état de fait en se fondant sur la théorie des effets. Afin de garantir l'efficacité du droit cartellaire suisse, la COMCO doit pouvoir intervenir lorsqu'un état de fait qui a lieu à l'étranger produit ses effets en Suisse. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral confirme l'interprétation faite par les autorités de la concurrence affirmant que les accords de répartition territoriales des marchés qui empêchent les ventes actives et passives dans un autre territoire, font partie des accords les plus nocifs d'un point de vue concurrentiel. De tels accords territoriaux absolus doivent être considérés, de par leur nature, comme des accords qui affectent qualitativement la concurrence de façon notable. Une justification basée sur des motifs d'efficacité économique reste possible, mais n'a pas pu être démontrée dans le cas d'espèce. Le Tribunal administratif fédéral partage également l'avis de la COMCO en affirmant que de tels accords tombent sous le coup de l'art. 49a LCart, à savoir que l'entreprise qui viole la LCart «est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices». Il a donc rejeté le recours de BMW qui a décidé de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral.

Le 17 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a admis le recours contre la décision de la COMCO du 20 août 2012 dans l'affaire des **articles de sport de montagne/Altimum SA**. Le Tribunal administratif fédéral est essentiellement arrivé à la conclusion que l'accord (prix minimaux) n'est prouvé que pour une partie des revendeurs (56 sur 333). L'accord entre l'importateur général et les revendeurs remplit certes le critère qualitatif de la notabilité mais pas le critère quantitatif. Vu le nombre limité de revendeurs liés par l'accord, les concurrences inter- et intramarques sont dès lors suffisantes, ce qui signifie que l'accord n'a pas affecté notablement la concurrence efficace.

Dans le domaine du **droit du marché intérieur et des marchés publics**, la COMCO a mené deux procédures de recours devant le Tribunal fédéral. Dans le premier arrêt daté du 31 mars 2015, le Tribunal fédéral a donné

raison à la COMCO. La procédure sur invitation menée par Tridel SA pour l'adjudication des marchés liés à l'introduction et la mise en œuvre de taxes pour les sacs-poubelles était soumise aux règles sur les marchés publics. La passation de ce marché public n'était pas à ce point urgente qu'une procédure sur invitation se justifiait par rapport à une procédure ouverte. Dans le second arrêt du 21 août 2015, le Tribunal fédéral a confirmé l'avis de la COMCO consistant à dire que l'exécution d'une procédure erronée de marché public – en l'occurrence une procédure sélective au lieu d'une procédure ouverte – constitue un manquement grave. Par conséquent, le tribunal qui statue sur ce genre de cas doit annuler l'adjudication, même si le recourant ne se plaint pas explicitement du choix erroné de la procédure.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

L'enquête en Basse-Engadine contre différentes entreprises actives dans les domaines de la construction de route et de bâtiments ainsi que le génie civil et les marchés y relatifs a été ouverte par des perquisitions le 30 octobre 2012. Le Secrétariat disposait d'indices selon lesquels plusieurs entreprises se seraient rencontrées pour coordonner la répartition d'appels d'offres et se répartir des projets de construction ainsi que des clients. Sur la base des premiers résultats de l'investigation, l'enquête a été élargie en procédant à des perquisitions le 22 avril 2013 à l'encontre de sept autres entreprises actives sur l'ensemble du canton des Grisons. L'enquête a été une nouvelle fois étendue en 2015 et a été divisée en dix enquêtes pour des raisons d'économie de procédure. Deux objets sont au premier plan de ces procédures: le **génie civil en Engadine** et la **construction de routes aux Grisons**.

L'enquête relative au **nettoyage des tunnels** a été ouverte le 5 février 2013 par des perquisitions contre trois entreprises actives dans plusieurs régions de Suisse alémanique. La décision finale de la COMCO est tombée le 23 février 2015. Elle a fait l'objet d'une description dans la rubrique des décisions importantes 2015 (cf. ci-dessus, p. 19).

L'enquête relative à la **construction de routes et du génie civil dans la région See-Gaster (SG)** a été ouverte le 15 avril 2013 par des perquisitions contre six entreprises actives dans ces domaines. Elle a été élargie en octobre 2013 contre deux autres entreprises. Le Secrétariat disposait d'indices selon lesquels plusieurs entreprises se seraient entendues pour se répartir les appels d'offres, les projets de construction et les clients. Le projet de décision pourra être envoyé aux parties pour prise de position au début 2016.

3.1.2 Grossistes sanitaires

Le 29 juin 2015, la COMCO a condamné les membres d'un cartel de grossistes sanitaires à une amende globale d'environ CHF 80 mio. La décision a déjà été évoquée ci-dessus dans les décisions les plus importantes en 2015 (cf. p. 19). Les considérants seront envoyés aux parties au début 2016. La décision n'est pas encore exécutoire.

3.1.3 Gravier et décharges pour matériaux inertes

Le 12 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert par des perquisitions une enquête contre diverses entreprises de **gravier et de décharges pour matériaux inertes dans le canton de Berne**. Les entreprises concernées sont soupçonnées d'avoir passé des accords sur les prix, les quantités et la répartition de territoires. De plus, ces entreprises disposeraient d'une position dominante et en auraient abusé en refusant des relations commerciales avec des entreprises tierces, en exerçant des discriminations ainsi qu'en subordonnant la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires. L'enquête a été élargie le 19 avril 2015 à une entreprise supplémentaire pour ce qui touche aux accords sur les prix, les quantités et la répartition de territoires.

3.1.4 Recommandations de prix, honoraires et tarifs

Les **publications, les recommandations et conventions sur les tarifs, les prix et les honoraires** ont déjà fait l'objet de différentes enquêtes cartellaires. Emises par des associations professionnelles et des organisations de branche, elles peuvent, dans certains cas, constituer d'une part des comportements concertés et être qualifiées d'accords sur les prix entre leurs membres. Elles peuvent d'autre part être conformes au droit cartellaire dans deux cas de figure : le premier est celui des aides de calcul par lesquelles les associations publient une liste de prestations individuelles dans lesquelles ne figurent ni tarifs, ni honoraires ni données sur les prix. Il ne s'agit alors que de simples descriptions de prestations que les membres de ces associations peuvent alors utiliser pour calculer leurs propres coûts et fixer leurs propres prix. Ce type d'aides de calcul ne permet pas de prévoir à l'avance le comportement effectif des membres auxquels elles sont destinées. Elles ne créent qu'une base générale permettant de déterminer individuellement les prix. Ce faisant, elles ne sont en principe pas problématiques d'un point de vue cartellaire. Le second cas de figure conforme au droit cartellaire est celui des tarifs et honoraires qui cumulativement 1) se basent sur une récolte de données historiques et représentatives, 2) se présentent sous une forme agrégée, 3) sont établis par une entreprise tierce indépendante (p.ex. une fiduciaire, une association de défense des consommateurs ou l'office fédéral de la statistique) et 4) sont publiquement disponibles non seulement pour les entreprises de la branche concernée mais aussi pour leurs clients.

Durant l'année 2015, le Secrétariat a été en contact avec différentes associations (Société Suisse des Entrepreneurs, Société suisse des ingénieurs et des architectes, Société suisse de la technique du bâtiment, [suissetec]) et institutions (Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB). Il leur a fourni une formation préventive et leur a expliqué la problématique concurrentielle des honoraires, tarifs et recommandations de prix, telle que décrite précédemment.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Le 28 septembre 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête dans le domaine du commerce des **métaux pré-**

cieux (or, argent, platine et palladium). Cette procédure vise à établir si des banques se sont illégalement entendues sur les prix de ces biens, notamment les «Spreads» (différence entre les prix demandés et offerts).

Les enquêtes en cours dans le domaine du **commerce de devises (Forex)** et dans celui du **Leasing automobile** progressent. La plus avancée des quatre enquêtes dans le domaine des services financiers touche aux éventuels accords visant à manipuler de façon illicite les taux de référence du **Libor**, **Tibor** et **Euribor** ainsi que les dérivés y relatives.

La première étape de la mise en œuvre de la décision de la COMCO de décembre 2015 concernant les **commissions d'interchange pour les cartes de crédit VISA et Mastercard** s'est faite le 1^{er} août 2015. Les commissions d'interchange moyenne domestiques (= nationales) ont ainsi baissé de 0.95 % à 0.7 %. Les commissions d'interchange spécifiques aux transactions et par branches sont publiées sur les sites internet des acquéreurs (Acquirers). Ces derniers ont réintroduit la clause dite de non-discrimination («Non-Discrimination-Rule», NDR) et partant, ont interdit à leurs commerçants de demander un prix différent en fonction du moyen de paiement utilisé par le détenteur de la carte. Cet état de fait, combiné à une communication en partie équivoque des acquéreurs – selon laquelle la NDR est une règle décidée par la COMCO – a donné lieu à de très nombreuses questions de commerçants à qui il a fallu expliquer en détails les circonstances exactes de la décision de la COMCO.

3.2.2 Santé

Dans son arrêt du 28 janvier 2015, le Tribunal fédéral a reconnu que la LCart est applicable au domaine des **médicaments hors-liste** contre le dysfonctionnement érectile. Il a donc renvoyé le cas au Tribunal administratif fédéral. Ce dernier était arrivé à la conclusion que des prescriptions légales réservées excluaient la concurrence et rendait de ce fait la LCart inapplicable.

L'enquête relative à la **commercialisation d'informations électroniques sur les médicaments** qui sont nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse a progressé en 2015. Le Secrétariat soumettra sa proposition de décision aux parties durant le premier semestre 2016.

L'enquête préalable sur la **distribution de médicaments en Suisse** a pour but d'examiner le niveau de concurrence sur l'ensemble des échelons impliqués dans ce domaine. En 2015, le Secrétariat a terminé son analyse relative aux activités des *Pre-Whole-Saler* (PWS) en Suisse, c'est-à-dire des entreprises qui offrent des services d'entreposage aux sociétés pharmaceutiques qui désirent déléguer (*out-sourcing*) ce type d'activités. Dans ce contexte, certaines prestations financières (p.ex. acceptation du ducroire) du plus important PWS de Suisse ont fait l'objet d'un examen particulier. L'entreprise concernée a accepté une série de mesures proposées par le Secrétariat qui ont valeur de signal pour tous les PWS actifs en Suisse et pour leurs partenaires commerciaux.

En août 2015, une enquête préalable a été ouverte dans le canton du Valais concernant certains **contrats-cadre d'assurance perte de gain** conclus entre des associations professionnelles, respectivement ses membres, et trois assureurs-maladie. La procédure examine si cette forme de coopération entre employeurs et assureurs est conforme à la LCart.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Durant l'année 2015, l'enquête portant sur les clauses de parités contenues dans les contrats conclus entre les hôtels et les **plateformes de réservation en ligne** a trouvé son épilogue. Le 19 octobre 2015, la COMCO a interdit à Booking, Expedia et HRS de limiter complètement aux hôteliers leur politique d'offres (cf. pour plus de détails la rubrique des décisions importantes 2015, p. 19).

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Par décision du 21 septembre 2015, la COMCO a clos son enquête contre Swisscom dans le domaine des **connexions à haut débit**. Cette décision fait l'objet d'un développement dans la rubrique des décisions importantes en 2015 (cf. ci-dessus, p. 20).

Dans le cadre d'examens approfondis, la COMCO a dû analyser deux opérations de concentration dans le domaine des télécommunications:

- Dans le cas **Swisscom Directories AG/ Search.ch AG**, la COMCO est arrivée à la conclusion que la reprise de Search.ch par Swisscom créait certes une position dominante dans le domaine des répertoires d'adresses mais qu'il ne fallait pas s'attendre à une suppression de la concurrence efficace. Partant, les conditions légales pour interdire la concentration ou pour imposer des charges ciblées n'étaient pas remplies, raison pour laquelle l'opération a pu être approuvée en mars 2015.
- La COMCO a aussi dû analyser la création de l'entreprise commune de **Swisscom, SRG et Ringier**. En plus de la coopération renforcée dans la commercialisation de la publicité en ligne, à la télévision, dans la presse et à la radio, les trois entreprises planifient d'introduire la publicité télévisée ciblée en Suisse via Swisscom TV. La COMCO est consciente que la joint-venture pourrait devenir l'un des acteurs les plus en vue dans le domaine de la commercialisation publicitaire. Cependant, la présence de concurrents sur le marché de la publicité dans les médias (à la télévision, en ligne, dans les médias écrits et à la radio) ainsi que le développement incertain du marché de la publicité ciblée à la TV, la COMCO n'a pas pu démontrer que l'opération de concentration pouvait éliminer la concurrence efficace. Ce faisant, les exigences légales ne sont pas réunies en l'espèce pour interdire l'opération ou pour imposer des charges ciblées. Par conséquent, le projet a été approuvé en décembre 2015.

Le 14 septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a condamné Swisscom à payer une amende de quelque CHF 186 mio pour abus de position dominante dans le domaine de la **politique de prix dans l'ADSL**. Il a entièrement confirmé le contenu de la décision de la COMCO et a validé dans une large mesure la sanction infligée en première instance. Swisscom a fait recours auprès du Tribunal fédéral.

Le Secrétariat a ouvert en 2015 une enquête préalable sur la base de l'avis qu'il avait rédigé pour l'OFCOM à propos de la question de la position dominante de Swisscom dans le domaine **Interconnect-Peering (IP)-Interconnection**. C'est au travers de l'interconnection-IP que la communication entre des ordinateurs connectés peut se faire par internet. Etant donné que Swisscom s'est dit prêt à modifier ses contrats au cours de la procédure, l'ouverture d'une enquête n'a pas été nécessaire à ce stade.

Le 29 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **Naxoo SA** (ancienne 022 Télégenève SA) le principal cablo-opérateur genevois afin d'examiner si cette entreprise abuse de son éventuelle position dominante en menaçant les propriétaires d'immeubles de conséquences négatives s'ils acceptent des installations d'autres entreprises de télécommunication ou, le cas échéant, pose à ces dernières des conditions inéquitables.

3.3.2 Media

L'enquête sur le **sport à la télévision payante** a bien avancé après le retard causé par les parties. Le 6 juillet 2015, le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur le recours relatif à la qualité de partie. Les entreprises impliquées ont pu prendre position sur le projet de décision du Secrétariat. La COMCO prendra sa décision en 2016.

Les recours contre la décision de la COMCO du 27 mai 2013 dans l'affaire du **prix des livres en Romandie** sont toujours pendants devant le Tribunal administratif fédéral. La publication de cette décision y est aussi contestée de façon séparée. A la demande des parties, une audition devant ce tribunal a eu lieu le 12 mai 2015.

La publication du rapport final de l'enquête préalable **Goldbach Group TV-/Radiovermarktung** – terminée en novembre 2014 – fait toujours l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a approuvé en août 2015 le rachat de **Ricardo par Tamedia** et la reprise de **JobScout24 par JobCloud** suite à l'ouverture d'un examen approfondi. Dans les deux cas, elle est arrivée à la conclusion qu'il était possible de conclure à l'existence d'une position dominante de Tamedia, respectivement JobCloud dans le domaine des annonces de postes de travail. Toutefois, comme il n'était pas possible de dire dans les deux cas que la concurrence efficace pourrait être supprimée, les conditions légales d'une intervention de la COMCO n'étaient pas remplies.

Dans le domaine des médias, la COMCO a analysé les **opérations de concentration** suivantes:

- Axel Springer Schweiz/Ringier: ces deux sociétés ont annoncé leur intention d'unir dans une entre-

prise commune leurs activités dans les revues en Suisse, l'activité liée au portail-ligne d'Axel Springer dont leur participation à Press TV AG ainsi que la participation de Ringier dans Le Temps SA.

- Tamedia AG/Swiss Classified Media AG: Tamedia a annoncé son intention d'acquérir les 50 pour cent restants des actions de Schibsted et donc d'en obtenir le contrôle exclusif de Classified Media suisse qui exploite la plate-forme de petites annonces tutti.ch et car4you.ch sur le marché des petites annonces de voitures.
- Publicitas/xentive: Publicitas a annoncé l'acquisition du contrôle exclusif sur xentive, fournisseur de services Media-Logistique.
- Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland: Tamedia et Tradono Denmark avaient l'intention de créer l'entreprise commune Tradono Switzerland AG. Tradono Danemark exploite une plate-forme en ligne pour les petites annonces, qui est principalement axée sur l'utilisation par les appareils mobiles (smartphones, tablettes) au Danemark.
- Tamedia/ImmoStreet: Tamedia a annoncé l'acquisition du contrôle exclusif d'ImmoStreet.

Toutes ces concentrations ont été approuvées par la COMCO dans le cadre de leur examen préalable.

3.3.3 Autres domaines

Le recours dans le cas du **fret aérien** est toujours pendant devant le Tribunal administratif fédéral. En effet, plusieurs parties ont recouru contre la décision de la COMCO du 2 décembre 2013 condamnant onze compagnies aériennes à payer au total environ CHF 11 millions d'amendes pour avoir conclu des accords horizontaux sur les prix. Dans cette affaire, se pose aussi la question de savoir si et dans l'affirmative dans quelle mesure la décision du 2 décembre 2013 peut être publiée. À cet égard, une autre procédure est toujours pendante devant le Tribunal administratif fédéral, procédure qui a été suspendue jusqu'à ce que le Tribunal fédéral se soit exprimé sur la question de la publication de la décision dans le cas Nikon.

L'enquête ouverte en juillet 2013 relative au système de **tarification des envois de courrier postal pour la clientèle d'affaires** est déjà bien avancée. Elle traite en particulier la question de savoir si la Poste a entravé ses concurrents sur le marché par la façon dont elle structure et applique son système de prix, notamment en rendant plus difficile, voire impossible à ses clients commerciaux l'accès aux prestations de ses concurrents. L'enquête examine également si la Poste a discriminé ou désavantagé certains clients d'une autre manière.

Enfin, la COMCO a analysé la concentration **Groupe E/SA Celsius** dans le domaine du chauffage à distance. Le Groupe E, la ville et le canton de Fribourg ainsi que d'autres entreprises voulaient fonder, en plusieurs étapes, une entreprise commune nommée Celsius SA afin d'offrir à leurs clients de nouvelles énergies renouvelables (chauffage à distance) en vue de la stratégie énergétique 2050. La COMCO a donné son accord à

cette opération de concentration à la fin de l'examen préliminaire

3.4 Produits

3.4.1 Industrie de biens de consommation et marché de détail

En août 2015, le Secrétariat a clos l'enquête préalable relative aux importations de produits de la marque **Coca-Cola**. La question était de savoir si Coca-Cola avait entravé les importations parallèles de ses produits, empêchant ainsi Denner AG et d'autres clients suisses de s'approvisionner à l'étranger. Etant donné que Coca-Cola HBC Suisse AG et Denner AG se sont finalement entendus pour permettre au détaillant d'acheter des produits Coca-Cola à des prix compétitifs directement en Suisse, le Secrétariat n'a pas eu besoin d'ouvrir une enquête approfondie.

En décembre 2015, suite à la plainte de l'Association des cafetiers-restaurateurs de Bâle-Ville, le Secrétariat a clos l'enquête préalable relative au financement des coûts publicitaires payés par Coca-Cola. La question était de savoir si les différences de financement des coûts de publicité que les embouteilleurs de The Coca-Cola Company (TCCC) faisaient entre les acheteurs étrangers et les acheteurs suisses constituaient des indices de restrictions illicites à la concurrence. Les recherches n'ont pas permis de démontrer l'existence d'indices d'un accord de protection territoriale. Par contre, même si des indices d'abus de position dominante n'ont pas pu être exclus, le Secrétariat a tout de même clos son enquête préalable car les recherches importantes qu'il aurait fallu entreprendre pour démontrer une éventuelle illicéité auraient été disproportionnées par rapport aux faibles conséquences potentiellement négatives qui auraient pu en résulter.

Dans l'enquête préalable sur les **bagages à roulettes**, le Secrétariat a achevé d'établir les faits en juin 2015. L'accent a été mis sur les obstacles au commerce en ligne transfrontalier. Etant donné que l'arrêt attendu du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba/Elmex est pertinent pour l'appréciation de ces faits, le Secrétariat a décidé d'attendre cet arrêt avant de terminer cette procédure.

Le 5 novembre 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable suite à des informations parues dans la presse relatant que les **importations parallèles des skis** des marques Fischer et Vökl pourraient être entravées ou empêchées en Suisse. Comme les indices de telles pratiques ne se sont finalement pas confirmés, la procédure a été abandonnée.

A la fin 2015, plusieurs cas d'accords verticaux faisaient encore l'objet de recours: le cas Nikon était pendant devant le Tribunal administratif fédéral. Le 17 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a approuvé le recours déposé par Altimum SA contre la décision de la COMCO dans le cas des «**articles de sport de montagne**». L'affaire a été portée devant le Tribunal fédéral (voir ci-dessus, p. 20). Le cas **GABA/Elmex** était aussi pendant devant le Tribunal fédéral.

3.4.2 Instruments de musique

Par décision du 29 juin 2015, la COMCO a sanctionné par une amende de CHF 65'000.-frs un importateur

général d'**instruments à cordes** pour accord illicite sur les prix dans la distribution de ce type d'instruments. La décision a déjà été mentionnée dans ce rapport (cf. p. 19).

La décision de la COMCO du 14 décembre 2015 dans le cas des **pianos et pianos à queue** a aussi été évoquée sous la rubrique des décisions importantes en 2015 (cf. ci-dessus, p. 20)

3.4.3 Industrie horlogère

Les réductions de livraison de mouvements mécaniques par ETA SA Manufacture Horlogère Suisse à certains de ses clients, qui reposent sur l'accord amiable approuvé par la COMCO le 21 octobre 2013 entre le **Swatch Group SA** et le Secrétariat, se sont faites sans trop de difficultés.

Dans le domaine du **service après-vente**, le Secrétariat continue son enquête préalable; de nombreuses informations fournies par les participants du marché ont été recueillies et analysées. Les résultats de cette procédure et la décision sur la suite à y donner devraient être connus vers la mi-2016.

3.4.4 Secteur automobile

Par décision du 19 octobre 2015, la Commission de la concurrence a constaté que des revendeurs automobiles avaient communiqué, en mars 2013, leur politique concertée de rabais lors de réunions régionales de l'Association des partenaires du Groupe Volkswagen (**VPVW**). Cette décision a déjà été évoquée parmi les plus importantes en 2015 (cf. ci-dessus, p. 19).

La COMCO a révisé le 29 juin 2015 sa **communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile**. Cette communication automobile a aussi été évoquée dans ce rapport (cf. ci-dessus p. 19).

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **AMAG** Automobil- und Motoren AG en raison de plaintes de distributeurs et de garagistes des marques du groupe Volkswagen. Selon les informations reçues, AMAG essaierait, par des mesures arbitraires et discriminatoires à l'égard de ses partenaires commerciaux, de mieux positionner ses propres entreprises AMAG RE-TAIL et de renforcer leur position sur le marché de détail.

Dans son arrêt du 13 novembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours de **BMW** contre la décision de la COMCO du 7 mai 2012 en raison d'accords verticaux illicites de répartition territoriale (pour plus de détails, cf. ci-dessus, p. 20).

3.4.5 Agriculture

Dans le domaine agricole, le Secrétariat s'est prononcé sur une trentaine de consultations des offices liées à des modifications de lois et d'ordonnances ainsi que sur des interventions parlementaires. Diverses consultations des offices visaient à réglementer la protection aux frontières. Le Secrétariat a demandé à les supprimer. En outre, il s'est exprimé sur cinq demandes d'organisations de branche et de producteurs qui voulaient étendre le caractère obligatoire de certaines mesures d'entraide. Depuis que cette possibilité existe, les autorités de la

concurrence ont toujours demandé d'utiliser cet instrument avec parcimonie. En l'occurrence, de l'avis du Secrétariat, les demandes ne répondaient pas aux exigences strictes de la réglementation pertinente, raison pour laquelle il s'y est opposé.

3.4.6 Autres domaines

Dans le domaine des **techniques médicales**, les autorités de la concurrence ont ouvert le 10 mars 2015 une enquête contre GE Medical Systems (Schweiz) AG et les sociétés liées à ce groupe. L'objectif de la procédure est de déterminer si les importations directes et parallèles d'ultrasons de General Electric (GE) ont été empêchées en Suisse.

Dans le domaine des **équipements de remise en forme**, les autorités de la concurrence ont ouvert le 23 septembre 2015 une enquête contre un fabricant de matériel de fitness (gym80 International GmbH), ainsi que son importateur général suisse (ratio AG). Cette enquête vise à déterminer si des importations parallèles et/ou directes d'équipements de remise en forme ont été entravées ou empêchées en Suisse.

Dans le domaine des **machines de jardin**, le Secrétariat a ouvert le 16 décembre 2015 une enquête contre Husqvarna. L'objet de l'enquête vise à déterminer une éventuelle prise d'influence du fabricant sur les prix de revente des distributeurs et une éventuelle obstruction des importations parallèles et directes.

Avant de **notifier leurs opérations de concentration**, les entreprises peuvent présenter au Secrétariat, préalablement à l'appréciation du cas, un projet d'annonce sous forme d'une demande de conseil. Selon la pratique du Secrétariat, l'évaluation du projet d'annonce est en principe couverte par le forfait demandé pour l'examen préliminaire, à condition qu'une annonce définitive soit finalement déposée. Dans une des procédures de concentration annoncée en 2015, le Secrétariat a dû évaluer plusieurs projets d'annonce. Il les a facturés en plus du forfait standard car cette activité répétée de conseil a représenté une surcharge extraordinaire de travail. A l'avenir, le Secrétariat facturera systématiquement comme des **conseils soumis à émoluments** l'appréciation des projets d'annonce incomplets qui génèrent une surcharge inhabituelle de travail.

3.5 Marché intérieur

Dans le domaine de la **libre circulation**, la question de l'accès intercantonal au marché pour les agents d'affaires brevetés du canton de Vaud fut au premier plan. Les agents d'affaires brevetés vaudois qui avaient reçu l'autorisation de représenter leurs clients dans certaines affaires civiles à titre professionnel ont déposé, en conformité avec les règles d'origine, une demande d'accès au marché dans les cantons de Genève et Berne. La COMCO a fait recours contre les décisions négatives des tribunaux cantonaux respectifs. Le Tribunal fédéral a décidé le 13 avril 2015 que la disposition du Code de procédure civile sur la représentation des parties primait la Loi sur le marché intérieur (LMI) dans la mesure où il s'agit d'une norme spéciale et plus récente. La LMI n'est ainsi pas applicable dans le domaine de la représentation à titre professionnel dans les affaires civiles.

Dans le contexte de l'enquête menée par les autorités de la concurrence sur la libre circulation des notaires, le Tribunal fédéral a invité la COMCO à prendre position dans une procédure relative à l'obligation de résidence cantonale pour les notaires. Dans son arrêt du 11 mai 2015, le Tribunal fédéral a conclu que la condition de résidence dans le cas d'espèce constituait une restriction disproportionnée à la liberté d'établissement (art. 24 Cst.féd). En revanche, le Tribunal fédéral a laissé explicitement ouverte la question de savoir si les activités notariales telles que définies dans la recommandation de la COMCO du 23 septembre 2013 (relative à la libre circulation pour les notaires et les actes publics) ne valent plus comme une activité de puissance publique et, partant, soumises à la LMI.

Dans le domaine des **marchés publics**, la COMCO a mené plusieurs procédures de recours. Au niveau cantonal, la COMCO a déposé deux recours contre des marchés attribués de gré à gré dans le domaine IT. Le premier contre le canton de Zoug a finalement été retiré par la COMCO car il s'est avéré, durant la procédure de recours, que le marché avait été attribué de gré à gré non pas pour cause d'urgence comme ce qui était prétendu initialement, mais en raison de particularités techniques. Dans le second cas, la commune d'Aadorf a reconnu que l'attribution de gré à gré sans publication pour un software communal contrevenait au droit des marchés publics et à la LMI.

Pour ce qui est de l'attribution de **concessions**, plusieurs cantons sont sur le point d'adopter une législation sur l'usage de leur sous-sol. Dans deux recommandations à l'attention des cantons de St-Gall et Fribourg, la COMCO a établi que les concessions d'usage du sous-sol (concession à usage privatif) devaient, en principe, faire l'objet d'un appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI. L'appel d'offres doit contenir des données concrètes sur les concessions et leur durée ainsi que les critères d'aptitude et d'attribution. De plus, la décision d'octroi doit être prise dans la forme d'une décision sujette à recours. Le délai de dépôt des offres devrait être fixé en fonction de la complexité technique de l'activité concernée par la concession, mais en tous les cas d'au moins 90 jours.

En février 2015, la COMCO a participé à la mise en consultation par le canton du Valais de l'avant-projet de révision de la loi cantonale sur l'utilisation de l'énergie hydraulique et de la loi cantonale sur la société valaisanne d'électricité. La modification législative proposée utilisait les futurs cas de retour à l'entité concédante à la fin de la concession pour renforcer encore plus le contrôle de l'énergie hydraulique par les collectivités publiques valaisannes. La COMCO a estimé que les mesures prévues par la révision de la loi entraîneraient des distorsions de concurrence qui peuvent être évitées par une procédure non discriminatoire et transparente. La façon la plus appropriée d'éviter ces problèmes est de procéder par appel d'offres lorsque les concessions doivent être attribuées.

3.6 Investigations

Au début 2015, une perquisition importante a été menée lors de l'ouverture de l'enquête «gravier et dépôts pour matériaux inertes dans le canton de Berne». Cinq autres

actions de plus petite envergure ont été faites pour des cas de violations possibles de l'art. 5 al. 4 LCart (prix de revente et protection territoriales).

Suite au déménagement du Secrétariat dans ses nouveaux locaux à la Hallwylstrasse 4, le Secrétariat a pu sensiblement améliorer l'infrastructure utilisée pour les interrogatoires et l'analyse des données électroniques.

Enfin, une nouvelle note intitulée «sélection d'instruments d'enquête» a entièrement remaniée en fin d'année 2015 l'ancienne note sur les perquisitions. Elle est disponible sur le site internet de la COMCO.

3.7 Relations internationales

EU: l'accord entre la Suisse et l'Union européenne (EU) concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence est entré en force le 1^{er} décembre 2014. Sa mise en œuvre se passe bien. L'accord a permis d'échanger des informations dans différentes procédures, ce qui n'était pas possible auparavant. Il a ainsi été appliqué aussi bien dans les procédures de contrôle des concentrations que dans celles liées aux restrictions à la concurrence. Un échange d'informations reçues dans le cadre du programme de clémence ou d'accords amiables n'a lieu que si les entreprises qui livrent des informations donnent explicitement leur consentement écrit. L'échange d'informations avec la Commission européenne a globalement permis de rendre plus efficaces certaines procédures, p.ex. lors de la concentration General Electric Company/Alstom Energy. Il en va de même dans le domaine des services financiers où plusieurs procédures sont parallèlement en cours.

OCDE: des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à la rencontre bi-annuelle du comité «concurrence» de l'OCDE. A cette occasion, plusieurs contributions ont été rédigées en collaboration avec le SECO. A côté des deux thèmes stratégiques liés à la «coopération internationale» et à l'«évaluation des activités et des décisions des autorités de la concurrence», le thème «innovation disruptive» a une nouvelle fois été traité à l'aide des exemples Uber et Airbnb. En matière de collaboration internationale, un modèle OCDE d'accord de coopération bilatérale a été esquissé par les membres. Par contre, un inventaire exhaustif des dispositions qui existent déjà dans les accords actuels de coopération a été élaboré. Cet inventaire a été mis en ligne et doit servir de source d'inspiration pour d'autres accords de coopération entre pays.

ICN: la COMCO et le Secrétariat suivent les développements au sein de l'ICN (International Competition Network). Le groupe de travail «Merger» a publié en 2015 un guide pratique sur la coopération internationale en matière de mise en œuvre du contrôle des concentrations. Sur cette base, le Secrétariat a modifié sa «Merger Notification and Procedures Template». Dans le domaine des cartels, le sous-groupe 1 «Legal Framework» et le sous-groupe 2 «Cartel Enforcement» ont mené plusieurs séminaires. En 2015, le Cartel-Workshop a été consacré à «la Coopération et la convergence dans les sanctions de cartels internationaux». La conférence annuelle de l'ICN a eu lieu à Sydney (Australie).

CNUCED: des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont pris part à la «7th United Nations Conference to Review the UN Set on Competition Policy», qui s'est tenue à Genève du 6 au 10 juillet 2015. La conférence a traité notamment de la Capacity Building et de l'appui technique dans le domaine du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs.

3.8 Législation

3.8.1 Interventions parlementaires suite à l'échec de la révision de la LCart

La révision proposée de la LCart par le Conseil fédéral sur la base du rapport d'évaluation a définitivement échoué après que le Conseil des Etats en juin 2014 a maintenu sa décision de réviser la LCart alors que le Conseil national, en deuxième lecture, a décidé de ne pas entrer en matière en septembre 2014. En conséquence, des interventions parlementaires individuelles ont été déposées visant spécifiquement à réviser de points particuliers de la LCart, notamment:

- **L'initiative parlementaire Hans Altherr** du 25 septembre 2014 «Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse» (14.449) souhaite introduire dans la LCart, à l'instar du droit cartellaire allemand, une disposition qui permettrait de lutter contre les abus de puissance relative de marché. Les commissions du Conseil national et du Conseil des Etats ont donné suite à cette initiative parlementaire et sont actuellement en train d'élaborer un projet de loi.
- **La Motion du Groupe socialiste** du 24 septembre 2014 «Lutte contre les prix élevés en Suisse. Présenter une version élaguée de la révision de la loi sur les cartels» (14.3780) demande au Conseil fédéral de préparer un projet de révision de la LCart qui se concentrerait uniquement à lutter contre les «prix surfaits en Suisse», et de laisser de côté les autres propositions de réforme (réforme institutionnelle, règles de conformité, etc.). La motion n'a pas encore été traitée par les conseils.
- **La Motion Viola Amherd** du 26 septembre 2014 «pour une révision allégée de la Loi sur les cartels» (14.3946) demande au Conseil fédéral de présenter un projet contenant les «articles non contestés de la révision de la LCart qui a été rejetée», notamment l'introduction de délais de traitement, de règles sur l'information au public ainsi que de critères comme la capacité financière et de la taille de l'entreprise lors d'imposition d'amendes. La motion n'a pas encore été traitée par les conseils.
- **La Motion Hans Hess** du 18 juin 2015 «Pour une application effective du principe de Cassis-de-Dijon» (15.3631) charge le Conseil fédéral de faire en sorte que les fabricants de produits indiquent expressément dans les contrats de distribution qu'ils autorisent leurs distributeurs suisses à effectuer notamment tous travaux d'installation, d'entretien ou de garantie pour leurs produits même lorsque ceux-ci ont été achetés directement dans

l'Espace économique européen. La motion a été acceptée par le Conseil des Etats.

Du côté de l'administration, la responsabilité générale du suivi de ces interventions est du ressort du SECO; le Secrétariat de la COMCO est impliqué dans les travaux.

3.8.2 Révision totale du règlement interne de la COMCO (RI-COMCO)

Selon l'art. 20 LCart, la COMCO édicte un règlement qui fixe, sur la base de la loi, les détails de son organisation, notamment de ses propres compétences et de celles du Secrétariat. L'ancien règlement du 1^{er} juillet 1996 a été révisé partiellement en 2009 et totalement en 2015.

Du point de vue de son contenu, la révision était nécessaire pour introduire deux nouvelles chambres: en effet, l'art. 19 LCart prévoit que la COMCO peut se composer de chambres dotées d'un pouvoir de décision, mais ne dit rien des décisions que ces chambres peuvent prendre. Le nouveau RI-COMCO institue deux nouvelles chambres pour des constellations particulières. Ces deux nouvelles chambres sont significativement différentes des trois qui ont été abolies lors de la révision de 2009 car elles ont été réparties selon les branches et les marchés.

Chambre pour décisions partielles: En cours d'une même procédure, il peut arriver que certaines parties concluent un accord amiable au début de l'enquête pour mettre fin le plus rapidement possible à leur comportement illicite et à la procédure, alors que d'autres contestent avoir commis une infraction et attendent de ce fait une analyse détaillée du Secrétariat. En pareilles circonstances, la COMCO avait jusqu'à présent pris une seule décision, obligeant ainsi le premier groupe de parties à attendre - à leur avis, inutilement - des mois, voire des années avant que la procédure ne soit terminée. Le nouveau RI-COMCO prévoit la possibilité de prendre des décisions partielles - en ligne avec le besoin de vitesse et dans l'intérêt de ces parties - afin d'accélérer la procédure, respectivement de la clore par étapes. L'introduction d'une chambre compétente pour ce genre de cas doit permettre d'éviter que la capacité décisionnelle de la COMCO lors de la décision finale concernant les autres parties ne soit pas remise en cause par d'éventuels (ou prétendus) motifs de récusation (pré-implication) de ses membres qui auraient, soit-disant, une opinion préconçue du cas. Cette nouvelle chambre prendra des décisions partielles à l'égard de certaines parties relativement 1) à la clôture de la procédure pour elles ou 2) à l'approbation d'accord amiable incluant les mesures à prendre (p.ex. sanctions et émoluments). La décision finale à l'encontre des autres parties restera de la compétence de (l'ensemble de) la COMCO à la fin de la procédure.

Chambre pour les concentrations d'entreprises: la création de cette chambre est fondée par le fait que les décisions sur les opérations de concentration doivent très souvent être prises dans un laps de temps réduit. L'examen préalable de tels cas prévoit un délai court d'un mois, raison pour laquelle il semble raisonnable qu'une chambre décide si un examen approfondi doit être engagé ou si l'opération peut être provisoirement réalisée. Dans la mesure où elle est informée des déci-

sions de cette chambre, la COMCO se réserve tout de même la compétence de demander l'ouverture d'un examen approfondi («Overrule»), indépendamment de la chambre. La COMCO peut charger la chambre d'autres tâches, si elle l'estime appropriée pour des raisons d'ordre pratique.

En plus de la création de ces deux chambres, d'autres modifications méritent d'être mentionnées:

- **Nouvelle structure:** La structure du RI-COMCO s'oriente aux règlements internes d'autres autorités et est divisé selon les différents organes.
- **Fonction supplémentaire:** le RI-COMCO a une fonction particulière dans ce sens où il vient compléter les dispositions existantes et ne contient en principe que des règles qui vont au-delà de celles qui existent déjà dans la LCart. Cela signifie que ce règlement n'est pas toujours compréhensif s'il n'est pas mis en relation avec les dispositions correspondantes de la LCart.
- Ainsi, il intègre des dispositions nouvelles, respectivement plus détaillées qui s'orientent à la pratique actuelle, notamment en matière de décision par voie circulaire, signatures, procès-verbaux et nomination d'organes et de collaborateurs du Secrétariat.

La révision totale du RI-COMCO a été adoptée par la COMCO le 15 juin 2015, puis approuvée par le Conseil fédéral le 25 septembre 2015 et enfin est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2015.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2015, la COMCO a tenu 18 séances plénières d'une journée. Le nombre de décisions dans des enquêtes, procédures de concentrations selon la LCart ainsi qu'en application de la LMI ressort de la statistique (cf. 4.2).

L'année 2015 a représenté aussi la fin de la période du mandat 2012-2015 pour plusieurs membres de la COMCO dont le maximum est de 12 ans. Ce fut le cas pour la **Prof. Dr. Evelyne Clerc**, de l'Université de Neuchâtel, le **Dr. Jürg Niklaus**, représentant de l'Union suisse des paysans, **Thomas Pletscher**, représentant d'économiesuisse et le **Dr. Johann Zürcher**, juge au tribunal de commerce du canton de Zurich et représentant des organisations de défense des consommateurs. Le **Prof. Dr. Stefan Bühler**, de l'Université de St.-Gall, a renoncé à une réélection.

Par décision du 25 novembre 2015, le Conseil fédéral a nommé les membres de la COMCO pour un nouveau mandat de 2016 à 2019. Ont été renommés les sept membres suivants: **Prof. Dr. Vincent Martenet**, Président de la COMCO, Université Lausanne (qui quittera la COMCO dans deux ans lorsqu'il aura atteint la limite maximum de son mandat); **Prof. Dr. Andreas Heineemann**, vice-président de la COMCO, Université de Zurich; **Prof. Dr. Winand Emons**, Université de Berne; **Prof. Dr. Andreas Kellerhals**, Université de Zurich; **Dr. Daniel Lampart**, représentant de l'Union syndicale suisse (mandat maximum atteint en 2018); **Prof. Dr. Armin Schmutzler**, Université de Zurich, nommé vice-

président de la COMCO; **Henrique Schneider**, représentant de l'Union suisse des arts et métiers. Le Conseil fédéral a nommé les nouvelles personnes suivantes :

Dr. Pranvera Këllezi: Madame Këllezi a suivi une formation complète de haut niveau en droit suisse et européen de la concurrence (Université de Genève et Collège d'Europe de Bruges). Elle a acquis une expérience pratique d'une douzaine d'années en droit de la concurrence (coopération technique, activité de conseil en droit de la concurrence pour une organisation faitière, activité d'avocate auprès d'un cabinet d'avocats suisse).

Danièle Wüthrich-Meyer: Madame Wüthrich est avocate. Elle est juge à la Cour suprême du canton de Berne qu'elle a présidée durant quatre ans. Elle officie depuis 2010 comme vice-présidente du Tribunal de commerce. A relever ses activités ultérieures au Tribunal pénal économique et sa longue présidence de la Commission arbitrale fédérale pour les droits d'auteurs.

Florence Bettschart-Narbel: Madame Bettschart-Narbel est avocate. Elle a travaillé à l'étude genevoise Gautier, Vuille & Associés. Elle a étudié à l'Université de Lausanne et une année à l'Université de Bâle. Elle représente la Fédération Romande des Consommateurs (FRC), pour laquelle elle est responsable du domaine Politique et Droit depuis 2008. Madame Bettschart-Narbel siège aussi au Conseil communal (législatif) de la ville de Lausanne.

Prof. Dr. Rudolf Minsch: Monsieur Minsch est le représentant d'économiesuisse, en tant que chef économiste et membre de la direction. Comme activité accessoire, il est professeur invité à la HTW de Coire et responsable du développement continu de SwissSim, modèle de simulation économique à l'Université de St-Gall. Il a étudié l'économie politique à l'Université de St-Gall et à la Boston University.

Martin Rufer: Monsieur Rufer représente l'Union suisse des Paysans (USP). Il y dirige le département Production, Marchés et Ecologie et est membre de la direction de cette association. De plus, il est secrétaire des Producteurs Suisses de Bétail Bovin (PSBB), membre du conseil d'administration de Proviande et président d'AgroCleanTech AG ainsi que de l'association AgroCleanTech. De plus, il est membre du groupe de pilotage de la Confédération pour la loi chocolatière et de la Commission fédérale pour la sécurité alimentaire. Il a étudié l'agronomie (spécialisation en économie agricole) à l'EPF Zurich.

Le 2 septembre 2015, le Conseil fédéral a décidé de prolonger le contrat de **Dr. Rafael Corazza** en tant que Directeur du Secrétariat au-delà de l'âge normal de la retraite jusqu'en juillet 2018 au maximum. Dans les années à venir, la COMCO fera face à d'importantes décisions et à des orientations décisives. L'extension des relations de travail de Rafael Corazza permet à la COMCO de faire face aux tâches qui l'attendent avec les effectifs approuvés.

Fin 2015, le **Secrétariat** employait 76 (année précédente 75) personnes (à temps plein et à temps partiel), avec un pourcentage de femmes de 42 pour cent (année précédente: 45). Cela correspond à un total de 66,7 en équivalence plein temps (EPT, année précédente:

65,25). Le personnel a été réparti comme suit: 55 membres du personnel académique (y.c. la direction, ce qui correspond à 49,2 EPT; année précédente 48,8); 8 stagiaires scientifiques (exercice précédent: 6), représentant 8 EPT (exercice précédent: 6); 13 employés des ressources humaines et de la logistique, correspondant à 9,5 EPT (année précédente 10,5).

Le Secrétariat a déménagé en juin 2015 à Berne de la Monbijoustrasse 43 à la Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistique

	2014	2015
Enquêtes		
menées durant l'année	21	30
dont reprises de l'année précédente	19	15
dont ouvertes durant l'année	2	6
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	9
Décisions	6	7
dont accords amiables	4	3
dont décisions de l'autorité	0	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	6
dont décisions partielles	0	1
Décisions de procédure	7	7
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	10	1
Mesures provisionnelles	1	0
Procédure où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	20	18
reprises de l'année précédente	16	14
ouvertes durant l'année	4	4
Clôtures	11	7
dont ouvertures d'enquêtes	1	1
dont adaptation du comportement	8	2
dont sans suite	2	4
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart.	2	2
Conseils	27	17
Observations de marché	61	33
Demandes LTrans	13	23
Autres demandes traitées	594	685
Concentrations		
Notifications	30	29
Pas d'intervention après examen préalable	35	26
Examens	1	3
Décisions de la COMCO	0	0
après examen préalable	0	0
après examen	0	0
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	25	24
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	7	3
dont succès des autorités de la concurrence	3	2
dont succès partiel	1	0
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	0	2
dont succès des autorités de la concurrence	0	2
dont succès partiel	0	0
pendants en fin d'année (auprès du TAF et TF)	21	22
Avis, recommandations et prises de position etc.		

Avis (art. 15 LCart)	1	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPr ou 11a LTV)	2	0
Suivi des affaires	6	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	254	281
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	5	8
LMI		
Recommandations / enquêtes (Art. 8 LMI)	3	2
Avis (art. 10 I LMI)	1	1
Conseils (Sekretariat)	36	45
Recours (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	5	1

D'après les statistiques, et par rapport aux chiffres de l'année précédente, les constatations suivantes peuvent être tirées:

- Le nombre d'enquêtes a augmenté de manière significative, ce qui est dû à la division de l'enquête sur les accords de soumission dans les Grisons en dix enquêtes différentes (voir. ci-dessus, p. 21). En 2015, plus de sanctions ont été prononcées que durant l'année précédente. La moitié des enquêtes a été réglée par des accords amiables.
- Dans la rubrique «autres activités», le nombre de conseils et d'observations de marché a diminué de près de moitié. En revanche, le nombre des «autres affaires menées à terme», parmi lesquelles sont comptées les nombreuses demandes de citoyens, s'est monté de nouveau à près de 700.
- Le nombre de fusions annoncées est pratiquement le même que celui de 2014. En revanche, la COMCO a procédé à trois examens approfondis au terme desquels aucune charge ni condition n'a été imposées aux entreprises concernées parce que les exigences légales (liées à la suppression de la concurrence) permettant l'intervention de la COMCO n'ont pas été atteintes.
- Le nombre de recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral est encore élevé. Le Tribunal administratif fédéral a certes tranché trois cas (Swisscom ADSL, BMW et articles de montagne), mais ses trois arrêts ont été portés devant le Tribunal fédéral. C'est pourquoi, à fin 2015, 22 procédures de recours devant les tribunaux sont pendantes, presque le même nombre qu'à la fin 2014.
- En 2015, de nombreuses prises de positions dans le cadre de procédure législative ont de nouveau été émises (consultation des offices et externes).

Cela souligne l'importance de l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence, comme décrit dans le rapport annuel 2014.

- Dans le domaine de la loi sur le marché intérieur, les activités des autorités de la concurrence suivent leur cours comme les années précédentes. Le nombre de recours a certes diminué, en revanche, le Secrétariat a émis plus de conseils en 2015.

5 10 ans de perquisitions

5.1 Perquisitions exécutées

La première perquisition du Secrétariat de la COMCO a eu lieu le 14 février 2006 afin de trouver des preuves de l'existence d'un cartel dans le domaine du fret aérien. La procédure avait été ouverte suite à une auto-dénonciation. Ce faisant les deux nouveaux instruments de la loi sur les cartels alors nouvellement révisé (révision de 2003; en force depuis le 1^{er} avril 2004 avec une période transitoire jusqu'au 31 mars 2005) ont passé leur baptême de feu: perquisitions et programme de clémence. Voilà pourquoi 10 ans plus tard, il y a lieu de tirer un bilan et d'évoquer l'avenir.

Les premières perquisitions ont été mises en place par le Centre de compétences «perquisitions» (CComp perquisitions) spécialement créé à cet effet et composé de collaborateurs et collaboratrices du Secrétariat de la COMCO préalablement formé à cette tâche par des experts nationaux et étrangers. Pour pouvoir mettre en œuvre ces mesures coercitives, le CComp perquisitions a élaboré des lignes directrices et a établi des documents spécifiques. Ainsi, la première «notice explicative sur la manière de procéder aux perquisitions» a été publiée en avril 2005 sur le site internet de la COMCO.

Depuis, le Secrétariat a mené de nombreuses perquisitions et sa pratique s'est continuellement développée à partir d'une base solide, comme on peut le voir à partir de la liste ci-dessous:

Année	Cas	Nbre lieux	Remarques	Cantons
2006	Fret aérien	3	1 ^{ères} perquisitions	ZH
2007	Composants pour portes et fenêtres	4		ZH/SG/BE
2007	Prestations dans le domaine du transport	8	Confirmée par le TAF et le TF	ZH/BS/SZ
2008	Installateurs électriques	7	1 ^{er} Whistleblower	BE
2008	Composants d'installation sanitaire, chauffage et climatisation	1		SZ
2009	Construction de routes et génie civil ZH/AG	10	Confirmé par le TAF	ZH/AG
2010	Articles de montagne	1	1 ^{er} cas d'art. 5 al. 4 LCart	VD
2010	Nikon	1		ZH
2011	Grossistes en sanitaire	7	1 ^{ers} interrogatoires / confirmées par le TAF	BE/ZH/VA/VDS
2012	Jura	1		SO
2012	Construction Basse Engadine	12	1 ^{ères} perquisitions domiciliaires	GR/ZG
2012	Steinway & Sons	3		ZH/BE/TI
2013	Nettoyage de tunnels	5	1 ^{ère} perquisitions avant adjudication	OW/AB/ZH/TG/LU
2013	Construction St. Gall	6		SG/GR/ZH
2013	Construction Grisons	10	1 ^{er} scanning / confirmé par le TAF	SG/GR/ZH
2013	Instruments à corde	1		AG
2013	Construction St. Gall 2	3		SG/SZ
2014	Leasing automobiles	8		ZH/AG/BE
2015	Graviers et décharges pour matériaux inertes BE	7		BE
2015	Entreprise X	1		ZH
2015	Entreprise Y	1	Seulement les données électroniques	SG
2015	Entreprise Z	1	Seulement les données électroniques	LU
2015	Entreprise Y	1	1 ^{ère} fois qu'une deuxième perquisition est exécutée auprès de la même entreprise	SG
2015	Husqvarna	1		AG

Le Secrétariat a perquisitionné plus de 100 emplacements au cours de ces 24 actions. Le tribunal pénal fédéral (TPF) a confirmé toutes les manières de procéder du Secrétariat dans les quatre uniques procédures de levée des scellés auxquelles il a dû procéder. Dans le cas «Panalpina», l'arrêt du TPF a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral qui a confirmé la pratique du Secrétariat.

Les perquisitions ont non seulement été effectuées formellement de façon correcte, mais elles ont aussi permis de trouver des preuves significatives dans pratiquement chacune des procédures et/ou de provoquer des demandes de clémence. Le cas des installations électriques de Berne - qui a été déclenché par un dénonciateur et qui a provoqué trois auto-dénonciations durant les perquisitions - en est un bon exemple (DPC 2009/3, 196 ss). Toutes les autres parties ont également fait des auto-dénonciations dans les jours suivant les perquisitions. Un autre exemple plus récent est la décision exécutoire relative au nettoyage des tunnels (DPC 2015/2,

193 ss): de nombreuses preuves - qui ont été saisies lors de la perquisition et qui étaient essentielles pour mettre à jour le comportement anticoncurrentiel - sont citées dans les considérants (cf. en particulier ch. 87 ss et 119 ss). Dans ce cas également, l'auto-dénonciation s'est faite durant la perquisition.

Après dix ans de mise en œuvre, un bilan positif peut ainsi être tiré des perquisitions. Cet instrument constitue une mesure efficace dans les enquêtes cherchant à mettre à jour des violations présumées au droit de la concurrence. Cependant, il s'agit aussi d'une mesure qui ne doit pas être prise à la légère. Tout d'abord, une perquisition empiète considérablement sur les droits relatifs à la liberté des personnes/entreprises concernées. Le fonctionnement de l'entreprise ainsi peut se voir sérieusement affecté durant une perquisition. Ensuite, cette mesure de contrainte représente pour l'autorité un immense travail. En effet, les grandes actions effectuées simultanément auprès de plusieurs entreprises lient souvent l'ensemble du personnel du Secrétariat. A cela

s'ajoutent les nombreux agents de police et les spécialistes informatiques (principalement de la Police judiciaire fédérale) qui soutiennent le Secrétariat dans le cadre de l'entraide administrative et qui contribuent ainsi grandement à la bonne conduite des perquisitions.

5.2 Développements importants

La pratique du Secrétariat en matière de perquisitions se développe continuellement. En résumé, quelques thèmes importants méritent de brèves explications :

Soupçon fondé: les premières perquisitions ont été menées sur la base d'informations très détaillées et concrètes fournies par des auto-dénonciateurs actifs au sein-même du cartel dénoncé. Par la suite, plusieurs perquisitions ont pu être conduites grâce à des informations provenant de dénonciateurs externes au cartel (Whistleblower). Pour protéger ces derniers, il était essentiel que le TPF accepte que leur identité ne soit pas divulguée (décision BE.2009.21 du 14 janvier 2010, E.3.2.f.). Enfin, les perquisitions effectuées dans le cas «des grossistes en sanitaire» ont été faites suite aux plaintes de clients, combinés aux investigations du Secrétariat. Le Tribunal pénal fédéral a retenu que le degré de concrétisation de telles annonces pouvaient ne pas être de même qualité que celles d'un auto-dénonciateur, mais qu'il était alors décisif qu'elles soient suffisamment concrètes et qu'elles puissent être contrôlées une première fois par le Secrétariat sur la base de ses propres observations (décision BE.2012.4. du 11 juillet 2012 E.3.2.s.).

Secret professionnel des avocats: une des questions les plus controversées dans le domaine des perquisitions est celle de la protection de la correspondance des avocats. Jusqu'au 30 avril 2013, la correspondance des avocats n'était protégée contre les perquisitions et saisies que lorsqu'elle était sous la garde de l'avocat (les autorités de la concurrence avaient déjà assoupli leur pratique lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale le 1^{er} janvier 2011). Depuis le 1^{er} mai 2013, l'art. 46 par. 3 DPA interdit de séquestrer les objets et les documents relatifs à des contacts entre une personne et son avocat, indépendamment du lieu où ils se trouvent et le moment où ils ont été créés. Tombent

sous le coup de cette disposition, les documents (1) relatifs à des contacts entre un avocat qui est autorisé à représenter son client devant les tribunaux suisses en vertu de la LLCA (les juristes d'entreprise ne répondent pas à cette exigence) et (2) qui ont été créés dans le cadre d'un mandat professionnel.

Levée des scellés: le Secrétariat a développé des solutions pragmatiques visant à traiter la levée des scellés mis sur les documents protégés par le privilège légal des avocats. L'une d'elles consiste à examiner ces documents dans le cadre d'un pré-triage effectué par le personnel du Secrétariat qui ne fait pas partie de l'équipe chargée du dossier.

Interrogatoires: en 2011, à l'occasion de l'affaire «des grossistes en sanitaire», le Secrétariat a procédé au début de l'enquête non seulement à des perquisitions, mais aussi à des interrogatoires de parties et de témoins. Cette nouvelle pratique tend à devenir la norme.

Scanning: lors des premières perquisitions, le Secrétariat a toujours saisi les documents originaux, en donnant à l'entreprise concernée la possibilité de venir les copier ultérieurement dans ses locaux à Berne. Avec le temps, le Secrétariat accepte de copier sur place les documents à prendre, pour autant que ce travail n'entrave pas le déroulement de la perquisition. Aujourd'hui, le Secrétariat dispose même de scanners efficaces qu'il utilise durant les perquisitions. Ainsi, la plupart des documents à saisir sont, en règle générale, numérisés sur place et l'original peut être laissé à l'entreprise.

5.3 Nouvelle note sur les instruments d'enquête

En procédant depuis quelque temps à l'exécution simultanée d'interrogatoires le jour-même de la perquisition, l'activité du centre de compétences «perquisitions» s'est élargie, raison pour laquelle il s'appelle désormais **Centre de compétences «Investigations»**. En raison de cet élargissement et des nombreux développements décrits ci-dessus, la note d'«information sur la manière de procéder à des perquisitions» a été fondamentalement revue et a été renommée **note relative à la «sélection d'instruments d'enquête»**. Ce document est disponible depuis le début de l'année 2016 sur le site internet de la COMCO.

A 1.	3. Rapporto annuale 2015 della Commissione della concorrenza (COMCO)
------	---

Indice

1	Prefazione del presidente	34		
2	Principali decisioni del 2015	35		
2.1	Decisioni della COMCO	35		
2.2	Decisioni dei tribunali	36		
3	Attività nei vari ambiti economici	37		
3.1	Costruzione	37	3.4.1	Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio 39
3.1.1	Accordi di appalto	37	3.4.2	Strumenti musicali 40
3.1.2	Grossisti di impianti sanitari	37	3.4.3	Industria orologiera 40
3.1.3	Materiali edili e discariche	37	3.4.4	Settore automobilistico 40
3.1.4	Raccomandazioni concernenti onorari, tariffe e prezzi	37	3.4.5	Agricoltura 40
3.2	Servizi	37	3.4.6	Altri ambiti 40
3.2.1	Servizi finanziari	37	3.5	Mercato interno 41
3.2.2	Sanità	38	3.6	Indagini 41
3.2.3	Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali	38	3.7	Affari internazionali 41
3.3	Infrastruttura	38	3.8	Legislazione 42
3.3.1	Telecomunicazioni	38	3.8.1	Interventi parlamentari in seguito al fallimento della revisione della LCart 42
3.3.2	Media	39	3.8.2	Revisione totale del regolamento interno della COMCO (RI-COMCO) 42
3.3.3	Altri ambiti	39	4	Organizzazione e statistica 43
3.4	Produzione	39	4.1	COMCO e Segreteria 43
			4.2	Statistica 45
			5	10 anni di perquisizioni 46
			5.1	Perquisizioni effettuate 46
			5.2	Importanti sviluppi 47
			5.3	Nuova nota informativa 48

1 Prefazione del presidente

Il 2015 è stato un anno caratterizzato da decisioni e avvenimenti importanti. La Commissione della concorrenza (COMCO) ha sanzionato accordi orizzontali sui prezzi nell'ambito di varie inchieste (pulizia di gallerie, grossisti di impianti sanitari, VPVW, pianoforti). È intervenuta contro imposizioni verticali dei prezzi (strumenti a corda) e ha scoperto un altro abuso di posizione dominante sul mercato (Internet a banda larga di Swisscom). Infine, ha riveduto la Comunicazione sul commercio di autoveicoli e il proprio regolamento interno. Dal canto loro, i tribunali hanno pronunciato le seguenti importanti sentenze:

- Il Tribunale federale (TF) ha accolto il ricorso del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR) e annullato la sentenza del Tribunale amministrativo federale nel caso dei **farmaci fuori lista**. Ha confermato che l'applicazione della legge sui cartelli (LCart) può essere esclusa unicamente da prescrizioni legali esplicite, ma non da situazioni di fatto su un dato mercato.
- Il Tribunale amministrativo federale (TAF) ha pienamente confermato sul piano materiale le decisioni della COMCO nei casi **Swisscom ADSL** e **BMW**, respingendo i relativi ricorsi. Non ha modificato la sanzione inflitta dalla COMCO a BMW e ha leggermente ridotto quella di Swisscom utilizzando un altro sistema di calcolo della multa. Nel caso degli **articoli sportivi da montagna** ha accolto il ricorso contro la decisione della COMCO.
- Nell'ambito della legge sul mercato interno (LMI) il Tribunale federale ha accolto due ricorsi della COMCO in materia di **appalti pubblici**.

Il Tribunale amministrativo federale ha rafforzato la posizione della COMCO soprattutto nelle sentenze relative ai casi Swisscom ADSL e BMW. Da un lato, ha totalmente respinto in entrambe le procedure le numerose contestazioni di presunta violazione di garanzie procedurali delle imprese soccombenti, confermando la correttezza delle procedure della COMCO. Dall'altro, ha approvato l'argomentazione e la valutazione della COMCO in due importanti settori materiali: gli ostacoli alle importazioni parallele e dirette e la presenza di una compressione dei margini per i concorrenti (*margin squeeze*). Tali sentenze sono importanti poiché confermano la correttezza formale e materiale delle decisioni dell'autorità della concorrenza anche in casi complessi. Inoltre, fatta salva la sentenza attualmente oggetto di ricorso presso il Tribunale federale, garantiscono la certezza giuridica materiale per le imprese.

Il fatto che l'autorità della concorrenza riesca a procurarsi, entro un termine adeguato, i mezzi di prova necessari per prendere una decisione anche in casi onerosi e complessi dipende essenzialmente dal tipo e dalla qualità degli strumenti investigativi impiegati. Il presente rapporto pone l'accento in particolare sulle **perquisizioni**, che vengono effettuate da oltre un decennio. Questo strumento d'indagine si è dimostrato estremamente efficace poiché permette di accedere a tutti i dati fisici ed

elettronici disponibili presso le imprese interessate in relazione al caso indagato. La Segreteria ha investito tempo e risorse per far sì che questo strumento possa essere applicato con successo da così tanti anni. A tale scopo ha istituito un apposito centro di competenza e ha provveduto a una formazione approfondita dei collaboratori chiamati a svolgere le perquisizioni. Questo investimento è risultato vantaggioso e lo diventa sempre di più con il passare del tempo. La possibilità di effettuare perquisizioni dimostra di essere un elemento importante per l'applicazione della legge sui cartelli.

Prof. dott. Vincent Martenet
Presidente COMCO

2 Principali decisioni del 2015

2.1 Decisioni della COMCO

Il 23 febbraio 2015 la COMCO ha inflitto multe per un importo totale di 161 000 franchi ai membri di un cartello di **imprese svizzere di pulizia di gallerie**. Tra il 2008 e il 2013 tre imprese attive in diverse regioni hanno convenuto i prezzi delle loro offerte nell'ambito di gare pubbliche allo scopo di spartirsi gli appalti di pulizia di varie gallerie. Attraverso questi accordi le imprese decidevano chi doveva ottenere l'appalto in una determinata regione. Nel corso dell'inchiesta tutte e tre le imprese coinvolte hanno ammesso la loro partecipazione al cartello e hanno così beneficiato di una riduzione della sanzione la cui entità è dipesa dal momento dell'autodenuncia e dalla qualità della collaborazione con le autorità della concorrenza. La prima impresa che si è autodenunciata ha beneficiato del pieno condono della sanzione. Tutte le imprese coinvolte alla fine hanno raggiunto una conciliazione con le autorità della concorrenza. La decisione della COMCO è passata in giudicato.

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha inflitto multe per un importo totale di circa 80 milioni di franchi ai membri di un cartello di **grossisti di impianti sanitari**. Fin dagli anni Novanta le imprese in questione hanno preso accordi sui prezzi e sui quantitativi. Tra il 1997 e il 2011 gran parte dei grossisti di impianti sanitari ha concordato elementi del prezzo e fattori che incidono sul prezzo quali margini, prezzi lordi, tassi di cambio con l'euro, costi di trasporto, sconti e categorie di sconti. Hanno inoltre convenuto di non ammettere nel loro elenco i produttori che non avessero accettato di vendere i propri prodotti esclusivamente attraverso il loro canale di distribuzione. Tutto ciò ha impedito alle imprese interessate di accedere al mercato. I comportamenti descritti sono classificabili come accordi illeciti sui prezzi e sui quantitativi. I grossisti di impianti sanitari sono per la maggior parte membri dell'Unione svizzera dei grossisti del ramo sanitari (USGRS), che ha funto da piattaforma per la conclusione degli accordi. La decisione della COMCO non è ancora passata in giudicato.

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha sottoposto a revisione la Comunicazione del 21 ottobre 2002 riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (di seguito: **Comunicazione autoveicoli**) e il relativo opuscolo esplicativo. In fase di revisione la COMCO ha tenuto conto del nuovo quadro legislativo dell'Unione europea. Viste le condizioni giuridiche ed economiche del settore svizzero degli autoveicoli, tuttavia, un totale recepimento del diritto europeo non è apparso opportuno. La COMCO ha pertanto deciso di mantenere i principi della Comunicazione autoveicoli nei settori della vendita di autoveicoli nuovi, della fornitura di servizi di riparazione e manutenzione e della distribuzione di pezzi di ricambio. L'ha però adeguata alle vigenti disposizioni della LCart e l'ha modificata in funzione dell'esperienza acquisita. La COMCO intende così continuare a promuovere la concorrenza all'interno di una stessa marca (intra-brand) e tra diverse marche (inter-brand) sui mercati del commercio di autoveicoli nuovi, di pezzi di ricambio e della fornitura di servizi di riparazione

e manutenzione. La nuova Comunicazione autoveicoli mira a impedire gli accordi che nuocciano alla concorrenza e ad evitare l'isolamento del mercato svizzero degli autoveicoli. Essa permette inoltre di garantire una maggiore certezza giuridica per gli operatori del mercato. La nuova comunicazione è entrata in vigore il 1° gennaio 2016.

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha inflitto a un importatore generale di strumenti musicali una multa di 65 000 franchi a causa di accordi sui prezzi nella vendita di **strumenti a corda**. L'importatore generale e i suoi rivenditori avevano convenuto di rendere vincolante la loro politica di sconti relativa al listino prezzi pubblicato dallo stesso importatore per gli strumenti a corda e gli accessori di varie marche. Hanno così concluso accordi per l'imposizione di prezzi di vendita minimi (prezzi di rivendita imposti) che hanno impedito ai rivenditori di praticare una reale concorrenza sui prezzi in Svizzera. Di conseguenza, la concorrenza in questo settore nel nostro Paese è stata notevolmente intralciata dall'inizio del 2010 fino a metà del 2013. L'inchiesta si è conclusa con una conciliazione in virtù della quale l'importatore generale si è impegnato a non influenzare in futuro, né direttamente né indirettamente, i prezzi di vendita dei suoi rivenditori. La decisione della COMCO è passata in giudicato.

Il 19 ottobre 2015 la COMCO ha condannato quattro concessionari svizzeri delle marche automobilistiche del gruppo Volkswagen e AMAG RETAIL (la divisione della vendita al dettaglio di AMAG Automobili e Motori SA) a versare multe forfetarie comprese tra 10 000 e 320 000 franchi per avere preso accordi sui prezzi. I quattro concessionari si erano accordati all'inizio del 2013 su un elenco di condizioni comune. Questo definiva sconti e riduzioni forfetarie riguardanti la prima offerta per la vendita di autoveicoli nuovi delle marche del gruppo Volkswagen. Nella sua decisione, la COMCO ha stabilito che nel marzo del 2013 questi concessionari avevano comunicato la politica di sconti concordata durante gli incontri regionali (Stammtisch) dell'**Associazione degli agenti del gruppo Volkswagen (VPVW)**. Lo scopo di questi incontri era di indurre tutti i rivenditori autorizzati delle marche del gruppo Volkswagen in Svizzera ad applicare le condizioni convenute. Nel calcolo delle sanzioni forfetarie la COMCO ha tenuto conto del fatto che questo accordo sui prezzi è stato applicato solo per un breve periodo di tempo. Tre dei quattro concessionari hanno presentato ricorso al Tribunale amministrativo federale.

Il 19 ottobre 2015 la COMCO ha vietato a tre gestori di **piattaforme di prenotazione online** (Booking.com, Expedia e HRS) di limitare in modo esteso la politica commerciale degli alberghi elencati sui loro siti Internet. L'inchiesta ha analizzato alcune clausole contrattuali con le quali le tre piattaforme vietavano agli alberghi di fissare prezzi più bassi o di offrire un numero di camere superiore su altri canali di distribuzione. Di fatto, gli alberghi non potevano proporre offerte più vantaggiose su canali di distribuzione che chiedevano commissioni più basse. La COMCO ha ritenuto che clausole contrattuali così estese costituissero una violazione della LCart e ne ha vietato l'applicazione. Nell'estate del 2015 Boo-

king.com ed Expedia hanno introdotto in tutta Europa disposizioni meno restrittive. Una valutazione definitiva di queste nuove clausole dal punto di vista del diritto dei cartelli non è per il momento possibile in mancanza di informazioni fondate. La COMCO ha deciso di osservare l'evoluzione delle nuove clausole sul mercato e si riserva il diritto di intervenire di nuovo se necessario. Essa ha vietato a Booking.com ed Expedia di reintrodurre le clausole contrattuali illecite e ha imposto a HRS di procedere alle modifiche richieste nella decisione passata in giudicato.

Il 21 settembre 2015 la COMCO ha inflitto a Swisscom una multa di 7 916 438 franchi per abuso di posizione dominante nel settore delle **connessioni a banda larga**. Nel 2008 la Posta aveva indetto una gara d'appalto per la connessione delle sue sedi. Swisscom aveva ottenuto l'aggiudicazione offrendo un prezzo di circa il 30 per cento inferiore rispetto ai concorrenti, che per poter fornire le prestazioni oggetto della gara dipendevano dai servizi offerti a monte da Swisscom. Durante la gara l'impresa di telecomunicazioni aveva richiesto per le sue prestazioni prezzi talmente elevati che gli altri fornitori non potevano competere con la sua offerta. Con la sua politica, Swisscom ha imposto prezzi eccessivi anche alla Posta. Swisscom ha impugnato la decisione della COMCO dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

Il 14 dicembre 2015 la COMCO ha sanzionato due commercianti di **pianoforti** con una multa di 518 000 franchi a causa di accordi orizzontali su prezzi di listino e sconti per i pianoforti dei produttori Steinway & Sons e Grotrian-Steinweg. Un terzo commerciante si è comportato in modo illecito adattando i suoi prezzi a quelli dei due concorrenti. Dal canto loro, i produttori Steinway & Sons e Grotrian Steinweg non hanno emesso prezzi minimi o fissi, ma hanno sostenuto gli accordi dei commercianti stampando la lista dei prezzi concordati.

2.2 Decisioni dei tribunali

Nella sua sentenza del 14 settembre 2015 il Tribunale amministrativo federale ha sanzionato il gruppo Swisscom con una multa di circa 186 milioni di franchi per pratiche anticoncorrenziali nel settore delle **connessioni Internet a banda larga DSL**, confermando in sostanza la decisione della COMCO nel 2009. Con il proprio ingresso sul mercato delle connessioni Internet a banda larga, nel 2000, Swisscom aveva offerto ad altri grossisti prodotti DSL sulla rete telefonica per promuovere l'accesso a Internet via DSL rispetto all'accesso via cavo. Swisscom occupava una posizione dominante sul mercato considerato che, fino alla completa liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, realizzata nel 2007, era il solo operatore ad offrire questo tipo di prodotti. Tutte le altre imprese che volevano commercializzare prodotti per connessioni Internet a banda larga sul mercato dei consumatori finali dipendevano dai prodotti DSL offerti a monte sul mercato all'ingrosso da Swisscom. Contemporaneamente, Swisscom ha fatto il suo ingresso anche nel segmento dei prodotti Internet DSL destinati al mercato dei consumatori finali. Rispetto ai prezzi praticati per i propri clienti finali, i prezzi fissati dal gruppo per i prodotti preliminari venduti alle altre società di telecomunicazione erano talmente elevati, tra aprile 2004 e dicembre 2007, da ridurre queste ultime a

operare soltanto in perdita sul relativo mercato (effetto forbice). Queste pratiche hanno impedito alle altre società di telecomunicazione di competere con il gruppo Swisscom e quindi di esercitare una reale concorrenza sul mercato al dettaglio dell'Internet a banda larga. Le pratiche di Swisscom sono pertanto state considerate un abuso di posizione dominante. In seguito a varie rettifiche, il Tribunale amministrativo federale ha ridotto l'importo della multa, fissato inizialmente dalla COMCO attorno ai 220 milioni di franchi, a 186 036 840 franchi. Swisscom ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale federale.

Il 13 novembre 2015 il Tribunale amministrativo federale ha totalmente respinto il ricorso di **BMW** contro la decisione della COMCO del 7 maggio 2012. Quest'ultima aveva inflitto a BMW una multa di 156 milioni di franchi per limitazione illecita delle importazioni parallele e dirette di veicoli in Svizzera. Il Tribunale amministrativo federale giunge alla conclusione che, in base al principio dell'effetto, la LCart è applicabile alla fattispecie in questione. Per garantire l'efficacia del diritto svizzero, la COMCO deve poter intervenire anche se un evento si è verificato all'estero ma produce effetti in Svizzera. Il Tribunale amministrativo federale conferma quindi l'interpretazione dell'istanza preliminare secondo cui gli accordi territoriali che impediscono vendite attive e passive in un dato territorio rientrano fra gli accordi più dannosi dal punto di vista del diritto dei cartelli. Simili accordi territoriali assoluti sono da considerare, per loro natura, molto nocivi per la qualità della concorrenza. Una giustificazione basata su motivi di efficienza economica rimane possibile, ma nel caso specifico non ha potuto essere avvalorata. Il Tribunale amministrativo federale condivide inoltre l'opinione della COMCO confermando che tali accordi sottostanno alla norma sanzionatoria dell'articolo 49a LCart, secondo cui a un'impresa che viola la LCart può essere addossato un importo sino al 10 per cento della cifra d'affari realizzata in Svizzera negli ultimi tre esercizi. Ha quindi respinto il ricorso di BMW, che ha impugnato la sentenza dinanzi al Tribunale federale.

Il 17 dicembre 2015 il Tribunale amministrativo federale ha accolto il ricorso contro la decisione della COMCO del 20 agosto 2012 nel caso **articoli sportivi da montagna/Altimum SA**. Il Tribunale amministrativo federale è sostanzialmente giunto alla conclusione che l'accordo (prezzo minimo) era dimostrato solo per una parte dei rivenditori (56 su 333). A suo avviso l'accordo tra l'importatore generale e i rivenditori soddisfaceva il criterio qualitativo del notevole intralcio della concorrenza, ma non quello quantitativo. Visto il numero esiguo di rivenditori vincolati all'accordo, ha ritenuto che esista una sufficiente concorrenza all'interno di una stessa marca (*intra-brand*) e tra diverse marche (*inter-brand*) e che pertanto l'accordo non abbia intralciato notevolmente la concorrenza. Il Dipartimento ha impugnato la sentenza dinanzi al Tribunale federale.

In materia di **diritto del mercato interno e diritto degli appalti pubblici** la COMCO ha presentato due ricorsi al Tribunale federale. Con la prima sentenza, del 31 marzo 2015, il Tribunale federale ha dato ragione alla COMCO. La procedura mediante invito svolta dalla Tridel SA per l'aggiudicazione dell'appalto relativo all'introduzione e

all'applicazione della tassa sul sacco dei rifiuti sottostava al diritto degli appalti pubblici. L'appalto non era a tal punto urgente da giustificare una procedura mediante invito rispetto a una procedura libera. Con la seconda sentenza, del 21 agosto 2015, il Tribunale federale ha confermato la posizione della COMCO secondo cui l'esecuzione della procedura d'appalto erronèa – nel caso specifico una procedura mediante invito anziché una procedura libera – costituiva una grave lacuna. Di conseguenza, il tribunale che decide deve annullare l'aggiudicazione anche se la ricorrente non ha espressamente sollevato l'obiezione della procedura erronèa.

3 Attività nei vari ambiti economici

3.1 Costruzione

3.1.1 Accordi di appalto

Il 30 ottobre 2012 è stata avviata con perquisizioni nella Bassa Engadina l'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nel settore della costruzione, dell'ingegneria civile, della pavimentazione stradale e nei mercati a monte. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui diverse imprese avrebbero preso accordi per coordinare l'aggiudicazione di appalti e spartirsi progetti di costruzione e clienti. In seguito ai primi accertamenti, il 22 aprile 2013 l'inchiesta è stata estesa e sono state effettuate perquisizioni presso altre sette imprese attive in tutto il Cantone dei Grigioni. Nel novembre 2015 l'inchiesta è stata nuovamente estesa e per motivi di economia processuale è stata suddivisa in dieci inchieste. In tale contesto si sono delineati due oggetti d'indagine principali: **ingegneria civile e costruzione in Engadina e costruzione di strade nell'intero Cantone dei Grigioni**.

Il 5 febbraio 2013 è stata avviata con perquisizioni l'inchiesta sulla **pulizia di gallerie** nei confronti di tre imprese attive in diverse regioni. La decisione della COMCO del 23 febbraio 2015 è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35).

Il 15 aprile 2013 è stata avviata con perquisizioni l'inchiesta sulle **prestazioni edilizie nella regione di See-Gaster (SG)** nei confronti di sei imprese attive nel settore della costruzione stradale e del genio civile. Nell'ottobre 2013 l'inchiesta è stata estesa ad altre due imprese. La Segreteria disponeva di indizi secondo cui diverse imprese avrebbero preso accordi per coordinare l'aggiudicazione di appalti e spartirsi progetti di costruzione e clienti. La proposta di decisione sarà sottoposta alle parti all'inizio del 2016 per una presa di posizione.

3.1.2 Grossisti di impianti sanitari

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha inflitto ai membri di un cartello di **grossisti di impianti sanitari** multe per un ammontare di circa 80 milioni di franchi. La decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35). I motivi della decisione saranno trasmessi alle parti all'inizio del 2016. La decisione non è ancora passata in giudicato.

3.1.3 Materiali edili e discariche

Il 12 gennaio 2015 la Segreteria ha avviato un'inchiesta nei confronti di diverse imprese attive nel **settore dei materiali edili e delle discariche nel Cantone di Ber-**

na e ha effettuato perquisizioni. Le imprese in questione sono sospettate di aver concluso accordi sui prezzi, sulle quantità e sulla ripartizione per zone. Vi sono inoltre indizi che queste imprese occupino una posizione dominante sul mercato e che ne abbiano abusato, in particolare rifiutando relazioni commerciali con imprese terze, discriminando partner commerciali e subordinando la conclusione di contratti all'accettazione di ulteriori prestazioni. Il 19 maggio 2015 l'inchiesta concernente tali accordi è stata estesa a un'altra impresa.

3.1.4 Raccomandazioni concernenti onorari, tariffe e prezzi

Le **pubblicazioni, le raccomandazioni e gli accordi su tariffe, prezzi e onorari** per settori sono già stati varie volte oggetto di inchieste in materia di cartelli. Emessi da **associazioni economiche e organizzazioni di categoria**, possono talvolta costituire pratiche concordate e rappresentare accordi di prezzi illeciti tra i loro membri.

D'altra parte, nei due casi seguenti, possono anche essere conformi al diritto dei cartelli. Il primo caso è quello degli schemi di calcolo con i quali le associazioni pubblicano un elenco di singole prestazioni senza l'esatta indicazione di tariffe, onorari e prezzi. Si tratta allora di semplici descrizioni di prestazioni che i membri delle associazioni possono utilizzare per calcolare i propri costi e fissare i propri prezzi. Questi schemi di calcolo non permettono di prevedere in anticipo una pratica effettiva dei membri a cui sono destinati. Essi costituiscono solo una base generale per una definizione individuale dei prezzi e solitamente non pongono problemi dal punto di vista del diritto dei cartelli. Il secondo caso conforme al diritto dei cartelli è quello di tariffe e onorari che si basano su una raccolta di dati storici e rappresentativi, si presentano in forma aggregata, sono elaborati da un'impresa terza indipendente (ad es. una fiduciaria, un'organizzazione di consumatori o l'Ufficio federale di statistica) e sono pubblicamente disponibili non solo per le imprese del settore interessato ma anche per i loro clienti.

Nel 2015 la Segreteria ha intrattenuto contatti con diverse associazioni (Società svizzera degli impresari costruttori, Società svizzera degli ingegneri e degli architetti, Associazione della tecnica della costruzione [suissetec]) e istituzioni (Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione e degli immobili dei committenti pubblici KBOB). Ha fornito loro una formazione preventiva e li ha resi attenti alla problematica delle raccomandazioni concernenti onorari, tariffe e prezzi dal punto di vista del diritto dei cartelli.

3.2 Servizi

3.2.1 Servizi finanziari

Il 28 settembre 2015 la Segreteria ha aperto un'inchiesta nel settore del commercio di **metalli preziosi** (oro, argento, platino e palladio). Questa procedura dovrà accertare se sono stati conclusi accordi illeciti tra banche per la definizione dei prezzi di questi beni, in particolare dei cosiddetti «spreads» (differenza tra prezzi richiesti e offerti).

Le inchieste in corso nell'ambito del **commercio delle valute (Forex)** e del **leasing automobilistico** prose-

guono, mentre si trova a uno stadio avanzato la quarta inchiesta nel settore dei servizi finanziari in merito ai presunti accordi volti a influenzare i tassi di riferimento **Libor**, **Tibor** ed **Euribor** e i rispettivi derivati.

Il 1° agosto 2015 si è proceduto all'attuazione della decisione della COMCO del dicembre 2014 sulle **commissioni d'interscambio per le carte di credito VISA e Mastercard**. La commissione d'interscambio (*interchange fee*) media interna è stata abbassata dallo 0,95 allo 0,7 per cento. Le commissioni d'interscambio specifiche per settori e transazioni sono consultabili sui siti Internet degli *acquirer*. Questi ultimi hanno reintrodotto la clausola di non-discriminazione (*non-discrimination-rule*, NDR) e hanno quindi vietato ai loro commercianti di applicare prezzi diversi in funzione del mezzo di pagamento utilizzato dal detentore della carta. Questo fatto, unito a una comunicazione in parte fuorviante dei detentori – secondo cui la NDR è una regola decisa dalla COMCO –, ha sollevato numerose domande da parte di commercianti, ai quali hanno dovuto essere spiegate le circostanze esatte della decisione della COMCO.

3.2.2 Sanità

Con sentenza del 28 gennaio 2015, il Tribunale federale ha riconosciuto che la LCart è applicabile al settore dei **farmaci fuori lista** (che non vengono rimborsati dall'assicurazione malattie obbligatoria secondo la lista) contro la disfunzione erettile. Ha quindi rinviato il caso al Tribunale amministrativo federale. Quest'ultimo aveva in una precedente sentenza concluso che le prescrizioni legali riservate per questi farmaci escludevano già la concorrenza e rendevano pertanto inapplicabile la LCart.

Nel 2015 si sono conclusi gli accertamenti nell'inchiesta sulla **commercializzazione di informazioni elettroniche sui farmaci**, necessarie per la distribuzione, il rimborso e la fatturazione di farmaci in Svizzera. La Segreteria sottoporrà la sua proposta di decisione alle parti nel primo semestre 2016.

L'inchiesta preliminare sulla **distribuzione di farmaci in Svizzera** ha lo scopo di esaminare l'intensità della concorrenza a tutti i livelli del mercato coinvolti in quest'ambito. Nel 2015 la Segreteria si è occupata in particolare del livello *pre-whole-saler* (PWS) in Svizzera, ossia delle imprese che offrono servizi di immagazzinamento alle società farmaceutiche che intendono delegare (*out-sourcing*) questo tipo di attività. In tale contesto, alcuni servizi finanziari (ad es. l'accettazione del delcredere) del principale PWS in Svizzera sono stati sottoposti a un esame approfondito. L'impresa in questione ha accettato una serie di misure proposte dalla Segreteria, che danno un segnale a tutti i PWS attivi in Svizzera e ai loro partner commerciali.

Nel mese di agosto 2015 è stata aperta nel Cantone del Vallese un'inchiesta preliminare sui **contratti quadro dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia** conclusi tra alcune associazioni professionali e tre assicuratori malattie. La Segreteria sta esaminando se questa forma di collaborazione tra datori di lavoro e compagnie assicurative sia conforme al diritto dei cartelli.

3.2.3 Servizi delle professioni liberali e altri ambiti professionali

Nel 2015 si è conclusa l'inchiesta concernente le **piattaforme di prenotazione online**. Il 19 ottobre 2015 la COMCO ha vietato a Booking.com, Expedia e HRS, di limitare in modo esteso gli alberghi nella loro politica di offerta. La decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35).

3.3 Infrastruttura

3.3.1 Telecomunicazioni

Con decisione del 21 settembre 2015, la COMCO ha chiuso l'inchiesta nei confronti di Swisscom nel settore delle **connessioni Internet a banda larga**. La decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 36).

La COMCO ha dovuto valutare, sottoponendole a un esame approfondito, due operazioni di concentrazione nel settore delle telecomunicazioni:

- Nel caso **Swisscom Directories AG/Search.ch AG**, la COMCO è giunta alla conclusione che l'acquisizione di Search.ch da parte di Swisscom creava effettivamente una posizione dominante sul mercato nel settore degli indirizzari, ma che non era da prevedere una soppressione della concorrenza efficace. Di conseguenza, i requisiti legali per vietare la concentrazione o per imporre oneri mirati non erano adempiuti e l'operazione ha potuto essere approvata nel mese di marzo 2015.
- La COMCO ha inoltre dovuto valutare la creazione dell'impresa comune tra **Swisscom, SRG e Ringier**. Oltre a un rafforzamento della collaborazione nella commercializzazione dei contenuti pubblicitari online, televisivi e radiofonici, le tre imprese pianificano di introdurre in Svizzera la pubblicità televisiva mirata per gruppi target tramite Swisscom TV. La COMCO era consapevole che questa joint-venture avrebbe potuto diventare uno degli operatori più forti sul mercato della commercializzazione pubblicitaria. Tuttavia, considerate la presenza di concorrenti sul mercato della pubblicità nei media (alla televisione, online, alla radio e sulla stampa) e l'evoluzione incerta del mercato della pubblicità televisiva mirata, non ha potuto dimostrare che l'operazione di concentrazione avrebbe eliminato la concorrenza efficace. Non sussistendo i requisiti legali per vietare l'operazione o per imporre oneri mirati, il progetto è stato approvato nel mese di dicembre 2015.

Il 14 settembre 2015 il Tribunale amministrativo federale ha condannato Swisscom a pagare una multa di circa 186 milioni di franchi per abuso di posizione dominante nel settore della **politica dei prezzi ADSL**. Ha così pienamente confermato il contenuto della decisione della COMCO e ha in sostanza convalidato la sanzione. Swisscom ha impugnato la sentenza dinanzi al Tribunale federale.

La Segreteria ha avviato, in base a una perizia che aveva redatto per l'UFCOM, un'inchiesta preliminare sulla questione della posizione dominante di Swisscom nel settore dell'**interconnect-peering (IP)-interconnection**,

il sistema che consente la comunicazione tra computer interconnessi tramite Internet. Dato che durante la procedura Swisscom si è dichiarata disposta ad adeguare i suoi contratti, per il momento non è stato ritenuto necessario avviare un'inchiesta.

Il 29 gennaio 2015 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare nei confronti di **Naxoo SA** (precedentemente 022 Télégénève SA) principale gestore di rete via cavo ginevrino, per accertare se questa stia abusando della sua posizione dominante sul mercato minacciando conseguenze negative per i proprietari di immobili che accettano installazioni di altre imprese di telecomunicazione o imponendo loro condizioni inique.

3.3.2 Media

L'inchiesta sulla diffusione di **eventi sportivi tramite Pay-TV**, dopo i ritardi causati dalle parti coinvolte, ha compiuto notevoli progressi. Il 6 luglio 2015 il Tribunale federale ha deciso di non entrare nel merito del ricorso sulla qualità di parte. Le parti hanno potuto prendere posizione sulla proposta di decisione della Segreteria. La COMCO prenderà la sua decisione nel 2016.

I ricorsi contro la decisione della COMCO del 27 maggio 2013 nel caso dei **prezzi dei libri nella Svizzera romana** sono tuttora pendenti dinanzi al Tribunale amministrativo federale. In questo caso è contestata anche la pubblicazione della decisione. Su richiesta delle parti, il 12 maggio 2015 si è svolta un'udienza dinanzi a questo tribunale.

La pubblicazione del rapporto finale dell'inchiesta preliminare **Gruppo Goldbach TV-/commercializzazione radiofonica** – terminata nel 2014 – è tuttora oggetto di un ricorso presso il Tribunale amministrativo federale.

La COMCO ha sottoposto a un esame l'acquisizione di **Ricardo da parte di Tamedia** e il rilevamento di **JobScout24 da parte di JobCloud** e nell'agosto del 2015 ha approvato entrambe le concentrazioni. Nei due casi è giunta alla conclusione che si poteva presupporre l'esistenza di una posizione dominante sia di Tamedia che di JobCloud nel settore delle inserzioni, tuttavia, non essendo possibile affermare che la concorrenza efficace sarebbe stata soppressa, non sussistevano i requisiti legali per un intervento della COMCO.

Nel settore dei media la COMCO è stata inoltre chiamata a giudicare le seguenti **operazioni di concentrazione**:

- Axel Springer Schweiz/Ringier: queste due società hanno annunciato la loro intenzione riunire in un'impresa comune le loro attività editoriali svizzere, le attività legate al portale online di Axel Springer, la loro partecipazione alla der Presse TV AG e la partecipazione di Ringier a Le Temps SA;
- Tamedia AG/Swiss Classified Media AG: Tamedia ha annunciato la propria intenzione di acquisire il rimanente 50 per cento delle azioni di Schibsted e, con esso, il controllo esclusivo sulla Swiss Classified Media, che gestisce la piattaforma di piccoli annunci tutti.ch e car4you.ch sul mercato di piccoli annunci per automobili;

- Publicitas/xentive: Publicitas ha annunciato di avere acquisito il controllo esclusivo di xentive, società fornitrice di servizi mediatici e logistici;
- Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland: Tamedia e Tradono Denmark intendevano fondare la società comune Tradono Switzerland AG. Tradono Denmark gestisce in Danimarca una piattaforma online per piccoli annunci, destinata soprattutto all'utilizzo tramite apparecchi terminali mobili (smartphones, tablets).
- Tamedia/ImmoStreet: Tamedia ha annunciato di avere acquisito il controllo esclusivo di ImmoStreet.

Tutte queste concentrazioni sono state approvate dalla COMCO in fase di esame preliminare.

3.3.3 Altri ambiti

Il ricorso nel caso del **trasporto aereo di merci** rimane pendente dinanzi al Tribunale amministrativo federale. Diverse parti avevano presentato ricorso contro la decisione del 2 dicembre 2013 che condannava 11 compagnie aeree a pagare in totale circa 11 milioni di franchi di multe per aver concluso accordi orizzontali sui prezzi. In questo caso si tratta anche di stabilire se e in che misura pubblicare la decisione del 2 dicembre 2013. Anche a tale riguardo è tuttora pendente dinanzi al Tribunale amministrativo federale una procedura, che è stata sospesa finché il Tribunale federale non si sarà espresso sulla questione della pubblicazione nel caso Nikon.

L'inchiesta avviata nel luglio 2013 sul **sistema di prezzi della Posta applicato ai clienti aziendali per la spedizione di lettere** si trova a uno stadio avanzato. Essa esamina in particolare se questo sistema di prezzi della Posta abbia ostacolato i suoi concorrenti sul mercato, ad esempio rendendo difficile o addirittura impedendo ai clienti aziendali l'acquisizione di servizi da altri operatori. L'inchiesta intende inoltre chiarire se la Posta ha discriminato o penalizzato in altro modo determinati clienti.

La COMCO ha infine esaminato la concentrazione **Groupe E/Celsius SA** nel settore del teleriscaldamento. Groupe E, la Città e il Cantone di Friburgo e altri partecipanti di minore entità intendevano fondare, in varie fasi, la società comune Celsius SA per offrire ai loro clienti nuove energie rinnovabili (teleriscaldamento) in vista della Strategia energetica 2050. Dopo l'esame preliminare la COMCO ha approvato il progetto.

3.4 Produzione

3.4.1 Industria dei beni di consumo e commercio al dettaglio

Nell'agosto 2015 la Segreteria ha chiuso l'inchiesta preliminare relativa alle **importazioni di prodotti Coca-Cola**. L'obiettivo era chiarire se Coca-Cola avesse ostacolato le importazioni parallele dei suoi prodotti, impedendo così a Denner SA e ad altri clienti svizzeri di rifornirsi all'estero. Nel corso dell'estate 2015 Coca-Cola HBC Schweiz AG e Denner SA sono giunti a un accordo per consentire al dettagliante di acquistare i prodotti Coca-Cola a prezzi di mercato direttamente in Svizzera; non è pertanto stato necessario avviare un'inchiesta.

Nel dicembre 2015 la Segreteria ha archiviato l'inchiesta preliminare relativa al **finanziamento dei costi pubblicitari di Coca-Cola** che aveva avviato in seguito a una denuncia della Wirtverband di Basilea Città. Si trattava di stabilire se le differenze nel finanziamento dei costi della pubblicità praticate dalle società imbottigliatrici della The Coca-Cola-Company (TCCC) tra gli acquirenti esteri e gli acquirenti svizzeri costituissero degli indizi di una violazione del diritto dei cartelli. Le ricerche non hanno permesso di dimostrare l'esistenza di indizi di un accordo di protezione territoriale. Tuttavia, pur non potendo escludere indizi di un abuso di posizione dominante, la Segreteria ha chiuso l'inchiesta preliminare perché gli accertamenti necessari avrebbero richiesto un onere sproporzionato rispetto alla lieve entità delle ripercussioni economiche negative che avrebbero potuto derivarne.

Nel mese di giugno 2015 la Segreteria ha concluso i suoi accertamenti nell'inchiesta preliminare sugli **articoli da viaggio (trolley)**. L'accento è stato posto sugli ostacoli al commercio online transfrontaliero. Considerato che la sentenza del Tribunale federale attesa a breve nella causa Gaba/Elmex è rilevante per la valutazione dei fatti, la Segreteria ha deciso di attendere questa sentenza prima di terminare la procedura.

Il 5 novembre 2015 la Segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare in seguito a notizie riportate dai media secondo cui le **importazioni parallele di sci** delle marche Fischer e Völkl in Svizzera sarebbero ostacolate o impedito. Gli indizi di tali pratiche in definitiva non si sono confermati e l'inchiesta è stata archiviata.

Alla fine del 2015 diversi accordi verticali erano ancora oggetto di ricorso: il caso Nikon era pendente presso il Tribunale amministrativo federale. Il 17 dicembre 2015 il tribunale ha accolto il ricorso presentato da Altimum SA contro la decisione della COMCO nella causa **articoli sportivi da montagna** (cfr. sopra, p. 36). La COMCO ha impugnato la sentenza dinanzi al Tribunale federale. Anche il caso **GABA/Elmex** è pendente presso il Tribunale federale.

3.4.2 Strumenti musicali

Con decisione del 29 giugno 2015, la COMCO ha inflitto a un importatore generale di **strumenti a corda** una multa di 65 000 franchi a causa di accordi illeciti sui prezzi nella distribuzione di questo tipo di strumenti. La decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35).

Con decisione del 14 dicembre 2015, la COMCO ha chiuso l'inchiesta relativa ai **pianoforti**. Anche questa decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 36).

3.4.3 Industria orologiera

Le riduzioni delle forniture di movimenti meccanici da parte della ETA SA Manufacture Horlogère Suisse ad alcuni suoi clienti, riconducibili a una conciliazione tra la The **Swatch Group SA** e la Segreteria approvata dalla COMCO il 21 ottobre 2013, si sono svolte senza particolari difficoltà.

Nel settore del **servizio post-vendita** la Segreteria ha proseguito un'inchiesta preliminare; sono state raccolte e valutate diverse informazioni fornite dagli operatori del

mercato. I risultati di questa procedura e la decisione sul suo proseguimento dovrebbero essere resi noti entro l'estate 2016.

3.4.4 Settore automobilistico

Con decisione del 19 ottobre 2015, la COMCO ha stabilito che nel marzo del 2013 alcuni concessionari del gruppo Volkswagen hanno comunicato la politica di ribassi concordata durante gli incontri regionali (*Stammtisch*) dell'Associazione degli agenti del gruppo Volkswagen (**VPVW**). La decisione è già stata menzionata nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35).

Il 29 giugno 2015 la COMCO ha sottoposto a una revisione la Comunicazione **riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli**, come già indicato nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 35).

In seguito alle denunce di alcuni concessionari e garagisti delle marche del gruppo Volkswagen, la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare nei confronti della **AMAG** Automobili e motori SA. Secondo le informazioni pervenute, AMAG avrebbe tentato, attraverso misure arbitrarie e discriminanti verso i suoi partner commerciali, di avvantaggiare le sue aziende AMAG RETAIL e di rafforzare la loro posizione sul mercato al dettaglio.

Con sentenza del 13 novembre 2015, il Tribunale amministrativo federale ha respinto il ricorso di **BMW** contro la decisione della COMCO del 7 maggio 2012 a causa di accordi verticali illeciti di ripartizione territoriale, come già indicato nelle principali decisioni del 2015 (cfr. sopra, p. 36).

3.4.5 Agricoltura

Nel settore agricolo la Segreteria si è pronunciata su una trentina di consultazioni degli uffici relative a modifiche di leggi e ordinanze e a interventi parlamentari. Molte di queste consultazioni si riferivano alla normativa in materia di protezione delle frontiere; anche quest'anno la Segreteria ha chiesto che la protezione venga ridotta. La Segreteria si è inoltre pronunciata su cinque richieste di organizzazioni di categoria o di produttori che volevano prolungare l'obbligatorietà generale di alcune misure di solidarietà. Da quando è stata introdotta questa possibilità, le autorità della concorrenza si sono impegnate affinché tale strumento sia utilizzato con parsimonia. Nel caso specifico, secondo la Segreteria, le richieste non soddisfacevano i severi requisiti previsti dalla corrispondente ordinanza, ragione per cui le ha respinte.

3.4.6 Altri ambiti

Nel settore della **tecnica medica** le autorità della concorrenza hanno aperto il 10 marzo 2015 un'inchiesta nei confronti della GE Medical Systems (Schweiz) AG e delle società consociate. L'obiettivo della procedura è stabilire se le importazioni parallele e dirette di apparecchi ecografici di General Electric (GE) in Svizzera sono state ostacolate.

Per quanto concerne le **attrezzature per il fitness** le autorità della concorrenza hanno aperto il 23 settembre 2015 un'inchiesta nei confronti di un fabbricante di questo tipo di attrezzature (gym80 International GmbH) e del

suo importatore generale svizzero (ratio AG). Questa inchiesta intende chiarire se le importazioni parallele e/o dirette in Svizzera di attrezzature per il fitness siano state ostacolate o impedito.

Nel settore delle **attrezzature da giardino** la Segreteria ha avviato il 16 dicembre 2015 un'inchiesta nei confronti di Husqvarna. L'obiettivo dell'inchiesta è stabilire se il fabbricante ha influito sui prezzi di rivendita dei distributori e ostacolato le importazioni parallele e dirette.

Prima di **annunciare le loro operazioni di concentrazione** le imprese possono presentare alla Segreteria, anticipando la valutazione del caso, un progetto di annuncio sotto forma di richiesta di consultazione. Secondo la prassi della Segreteria la valutazione del progetto di annuncio è in linea di principio coperta dalla tassa forfettaria prelevata per l'esame preliminare, a condizione che sia in seguito presentato un annuncio definitivo. In una procedura di concentrazione annunciata nel 2015 la Segreteria, avendo dovuto valutare diversi progetti di annuncio, li ha fatturati in aggiunta alla tassa forfettaria a causa del carico di lavoro straordinario che ne è derivato. In futuro la Segreteria fatturerà sistematicamente come **servizio di consulenza a pagamento** la valutazione di progetti di annuncio incompleti che generano un sovraccarico di lavoro.

3.5 Mercato interno

Nel settore della **libera circolazione** ha assunto un'importanza prioritaria la questione dell'accesso intercantonale al mercato per agenti giuridici patentati del Cantone di Vaud. Gli agenti giuridici patentati vodesi che erano stati autorizzati a rappresentare a titolo professionale i loro clienti in alcune procedure civili hanno presentato, in conformità con le norme di origine, una domanda di accesso al mercato nei Cantoni di Ginevra e Berna. La COMCO ha impugnato le decisioni negative dei rispettivi tribunali cantonali. Il 13 aprile 2015 il Tribunale federale ha deciso che la disposizione del Codice di diritto processuale civile svizzero sulla rappresentanza delle parti prevale sulla legge federale sul mercato interno (LMI), che è una norma speciale e più recente. La LMI non è quindi applicabile nel settore della rappresentanza a titolo professionale nelle procedure civili.

Nel contesto dell'inchiesta condotta dalle autorità della concorrenza sulla libera circolazione dei notai, il Tribunale federale ha invitato la COMCO a prendere posizione in una procedura relativa all'obbligo di domicilio cantonale per i notai. Nella sua sentenza dell'11 maggio 2015 il Tribunale federale ha concluso che nella fattispecie la condizione del domicilio costituiva una limitazione sproporzionata della libertà di domicilio (art. 24 Cost.). Per contro, il Tribunale federale ha lasciato espressamente aperta la questione di stabilire se le attività notarili, così come sono definite nella raccomandazione della COMCO del 23 settembre 2013 concernente la libera circolazione dei notai e degli atti pubblici, non sono più da considerare come attività che rientrano negli ambiti di sovranità dello Stato e sono quindi soggette alla LMI.

Nel settore degli **appalti pubblici** la COMCO ha avviato diverse procedure di ricorso. A livello cantonale ha presentato due ricorsi contro appalti aggiudicati mediante trattativa privata nel settore IT. Il primo, contro il Cantone

di Zugo, è stato successivamente ritirato dalla COMCO poiché durante la procedura di ricorso è emerso che l'aggiudicazione mediante trattativa privata non era riconducibile, come inizialmente sostenuto, a motivi di urgenza, bensì a particolari aspetti tecnici. Nel secondo caso, il Comune di Aadorf ha riconosciuto che l'aggiudicazione mediante trattativa privata e senza pubblicazione per un software comunale era contraria al diritto sul mercato interno e sugli appalti pubblici.

Per quanto riguarda l'aggiudicazione di **concessioni**, vari Cantoni stanno per emanare una legge sull'utilizzo del sottosuolo. Con due raccomandazioni destinate ai Cantoni di San Gallo e Friburgo, la COMCO ha stabilito che le concessioni per l'uso del sottosuolo (concessioni per l'uso speciale) dovevano in linea di principio svolgersi su concorso secondo l'articolo 2 capoverso 7 LMI. Il bando di concorso deve contenere dati concreti concernenti le concessioni e la loro durata nonché i criteri d'idoneità e di aggiudicazione. Inoltre, la decisione di aggiudicazione deve essere presa sotto forma di decisione impugnabile. Il termine d'inoltro delle offerte dovrebbe essere fissato in funzione della complessità tecnica dell'attività interessata dalla concessione, ma essere in ogni caso di almeno 90 giorni.

Nel mese di febbraio 2015 la COMCO ha partecipato alla consultazione indetta dal Cantone del Vallese in merito a un avamprogetto di modifica della legge cantonale sull'utilizzazione delle forze idriche e della legge cantonale sulla società vallesana di elettricità. La modifica legislativa proposta utilizzava i futuri casi di riversione all'ente concedente allo scadere della concessione per rafforzare ulteriormente il controllo della forza idrica da parte delle collettività pubbliche vallesane. La COMCO ha ritenuto che le misure previste dalla revisione della legge comporterebbero distorsioni della concorrenza che possono essere evitate tramite una procedura non discriminatoria e trasparente. Il modo più appropriato per evitare questi problemi è di procedere a gare d'appalto pubbliche per l'aggiudicazione delle concessioni.

3.6 Indagini

Nel 2015 è stata effettuata un'importante perquisizione con l'apertura dell'inchiesta nei confronti delle imprese attive nel settore dei materiali edili e delle discariche nel Cantone di Berna. Altre cinque perquisizioni di minore entità sono state effettuate per casi di presunte violazioni dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (imposizioni di prezzi e isolamenti territoriali).

In seguito al trasloco della Segreteria nei nuovi locali della Hallwylstrasse 4, l'infrastruttura utilizzata per gli interrogatori e l'analisi dei dati elettronici ha potuto essere migliorata.

Per concludere, alla fine del 2015 è stata pubblicata sul sito Internet della COMCO una nota informativa sugli strumenti investigativi interamente rielaborata.

3.7 Affari internazionali

UE: il 1° dicembre 2014 è entrato in vigore l'Accordo tra la Svizzera e l'Unione europea (UE) sulla cooperazione tra le autorità della concorrenza in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza. La sua attuazione è soddisfacente. L'Accordo ha permesso uno scambio di

informazioni in varie procedure che in precedenza non era possibile a causa del segreto d'ufficio. È così stato applicato sia nelle procedure d'esame delle concentrazioni che in quelle legate alle limitazioni della concorrenza. Lo scambio di informazioni nel quadro di un'autodenuncia o di una conciliazione ha avuto luogo solo nei casi in cui le imprese che hanno fornito le informazioni vi abbiano espressamente acconsentito in forma scritta. In generale lo scambio di informazioni con la Commissione europea ha permesso di rendere più efficaci alcune procedure, ad esempio nel caso della concentrazione General Electric Company/Alstom Energy. Anche nel settore finanziario sono in corso diverse procedure parallele in cui trova applicazione l'Accordo.

OCSE: rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno partecipato ai due incontri annuali del Comitato della concorrenza dell'OCSE e in tale occasione, in collaborazione con la SECO, hanno redatto diversi contributi. Oltre ai due temi strategici «cooperazione internazionale» e «valutazione dell'attività e delle decisioni delle autorità in materia di concorrenza» è stato nuovamente discusso il tema «disruptive innovation» in base agli esempi Uber e Airbnb. In materia di cooperazione internazionale, i membri hanno abbozzato un modello OCSE di accordo di cooperazione bilaterale. D'altra parte, è stato elaborato un inventario esaustivo delle disposizioni già esistenti negli attuali accordi di cooperazione. L'inventario è stato pubblicato online e dovrà servire come fonte d'ispirazione per altri accordi di cooperazione tra Paesi.

ICN: la COMCO e la Segreteria seguono gli sviluppi presso l'ICN (International Competition Network). Il gruppo di lavoro «Merger» ha pubblicato nel 2015 una guida pratica sulla cooperazione internazionale in materia di attuazione dell'esame delle concentrazioni. Su questa base, la Segreteria ha modificato la sua «Merger Notification and Procedures Template». Nel settore dei cartelli, il sotto-gruppo 1 «Legal Framework» e il sotto-gruppo 2 «Cartel Enforcement» hanno tenuto diversi seminari. Nel 2015 il Cartel-Workshop è stato dedicato al tema «cooperazione e convergenza nel sanzionamento di cartelli internazionali». La conferenza annuale dell'ICN si è svolta a Sydney (Australia).

CNUCED: rappresentanti della COMCO e della Segreteria hanno preso parte alla «7th United Nations Conference to Review the UN Set on Competition Policy» svoltasi a Ginevra dal 6 al 10 luglio 2015. La conferenza si è occupata in particolare del rafforzamento delle istituzioni (*capacity building*) e del sostegno tecnico nel settore del diritto della concorrenza e della protezione dei consumatori.

3.8 Legislazione

3.8.1 Interventi parlamentari in seguito al fallimento della revisione della LCart

La revisione della LCart proposta dal Consiglio federale in base al rapporto di valutazione è definitivamente fallita dopo che nel giugno 2014 il Consiglio degli Stati ha mantenuto la sua decisione di rivedere la LCart mentre il Consiglio nazionale, in seconda lettura, nel settembre 2014 ha deciso di non entrare nel merito dell'oggetto. Sono pertanto stati presentati singoli interventi parla-

mentari volti a una revisione specifica di determinati punti della LCart, e in particolare:

- **L'iniziativa Hans Altherr** del 25 settembre 2014 «Prezzi all'importazione eccessivi. Abolizione dell'obbligo di acquisto in Svizzera» (14.449) intende introdurre nella LCart, sul modello del diritto dei cartelli germanico, una disposizione che consentirebbe di combattere gli abusi di dominio relativo del mercato. Le Commissioni del Consiglio degli Stati e del Consiglio nazionale hanno dato seguito all'iniziativa parlamentare e stanno attualmente elaborando un progetto di legge.
- La **mozione Gruppo socialista** del 24 settembre 2014 «Lotta contro la situazione dei prezzi elevati in Svizzera. Revisione alleggerita della legge federale sui cartelli» (14.3780) chiede al Consiglio federale di elaborare un progetto di revisione della LCart che si limiti a contrastare i prezzi troppo elevati in Svizzera, e di tralasciare le altre proposte di revisione (riforma istituzionale, regime di conformità, ecc.). La mozione non è ancora stata trattata dai Consigli.
- La **mozione Viola Amherd** del 26 settembre 2014 «Lieve revisione della legge federale sui cartelli» (14.3946) invita il Consiglio federale a elaborare un progetto contenente gli articoli non contestati della revisione della LCart respinta, in particolare l'introduzione di termini di trattazione, norme sull'informazione dell'opinione pubblica e criteri quali la sostenibilità economica e le dimensioni dell'impresa per l'imposizione di sanzioni. La mozione non è ancora stata trattata dai Consigli.
- La **mozione Hans Hess** del 18 giugno 2015 «Rendere più efficace il principio "Cassis de Dijon"» (15.3631) incarica il Consiglio federale di adottare misure affinché i produttori possano consentire espressamente per contratto ai rivenditori in Svizzera di effettuare lavori di installazione, manutenzione e in garanzia ecc. per i loro prodotti anche quando sono stati acquistati direttamente nello SEE. La mozione è stata accolta dal Consiglio degli Stati.

Da parte dell'Amministrazione, la responsabilità di seguire questi interventi è affidata alla SECO; la Segreteria della COMCO è coinvolta nei lavori.

3.8.2 Revisione totale del regolamento interno della COMCO (RI-COMCO)

Secondo l'articolo 20 LCart, la COMCO emana un regolamento interno che disciplina in particolare, in base alla legge, i dettagli organizzativi, segnatamente le sue competenze e quelle della Segreteria. Il vecchio regolamento del 1° luglio 1996 è stato riveduto parzialmente nel 2009 e totalmente nel 2015.

Dal punto di vista dei contenuti, la revisione era necessaria per introdurre due nuove Camere: l'articolo 19 LCart prevede infatti che la COMCO può strutturarsi in Camere dotate di competenze decisionali autonome, ma non precisa quali decisioni possono essere prese da queste Camere. Il nuovo RI-COMCO istituisce due nuove Camere per situazioni particolari. Queste due nuove

Camere si differenziano notevolmente dalle tre che sono state abolite con la revisione del 2009, che erano suddivise per settori e mercati.

Camera per decisioni parziali: in una stessa procedura d'inchiesta può succedere che all'inizio alcune parti giungano a una conciliazione per porre fine il più rapidamente possibile alla loro pratica illecita e alla procedura mentre che altre neghino di avere commesso una violazione e attendano quindi accertamenti dettagliati da parte della Segreteria. In simili circostanze, la COMCO aveva finora preso una sola decisione, costringendo così il primo gruppo di parti ad attendere – a loro avviso inutilmente – mesi o anni prima che la procedura potesse concludersi. Il nuovo RI-COMCO prevede, in linea con l'esigenza di accorciare i tempi e nell'interesse di queste parti, la possibilità di emanare decisioni parziali, in modo da accelerare la procedura e da concluderla per gradi. L'introduzione di una Camera competente per questo tipo di casi dovrà permettere di evitare che la capacità decisionale della COMCO al momento della decisione finale concernente le altre parti sia rimessa in discussione per eventuali (o presunti) motivi di riconsuazione (parzialità) dei suoi membri. La nuova Camera prende decisioni parziali nei confronti di alcune parti per quanto concerne la chiusura della procedura o l'approvazione della conciliazione, incluse le misure da adottare (ad es. sanzioni ed emolumenti). La decisione finale nei confronti delle altre parti resta di competenza della COMCO (nel suo insieme) alla fine dell'inchiesta.

Camera per le concentrazioni di imprese: l'istituzione di questa Camera si fonda sul fatto che le decisioni sulle operazioni di concentrazione devono spesso essere prese in tempi rapidi. L'esame preliminare di simili casi richiede un breve termine di un mese, ragione per cui risulta opportuno che una Camera decida se occorre avviare un esame approfondito o se l'operazione può essere realizzata anzitempo. Nella misura in cui è informata sulle decisioni di questa Camera, la COMCO si riserva tuttavia la competenza di chiedere che venga avviato un esame approfondito (*overrule*), indipendentemente dalla Camera. La COMCO può delegare alla Camera altri compiti se lo ritiene necessario per motivi di ordine pratico.

Oltre all'istituzione di queste due Camere, vanno menzionate le seguenti modifiche:

- **Nuova struttura:** la struttura del RI-COMCO si rifà ai regolamenti interni di altre autorità e si articola per singoli organi.
- **Funzione supplementare:** il RI-COMCO riveste una funzione particolare in quanto completa le disposizioni esistenti e in linea di principio contiene soltanto norme che vanno al di là di ciò che è regolato nella LCart. Ciò significa che questo regolamento non è sempre comprensibile se non viene rapportato alle corrispondenti disposizioni della LCart.
- Il regolamento contiene quindi disposizioni nuove o più dettagliate che si riferiscono alla prassi attuale, soprattutto in materia di decisioni tramite circolazione degli atti, firme, verbali e nomine di organi e di collaboratori della Segreteria.

La revisione totale del RI-COMCO è stata adottata dalla COMCO il 15 giugno 2015, è stata approvata dal Consiglio federale il 25 settembre 2015 ed è infine entrata in vigore il 1° novembre 2015.

4 Organizzazione e statistica

4.1 COMCO e Segreteria

Nel 2015 la COMCO ha tenuto 18 sedute plenarie di una giornata. Il numero di decisioni prese in merito a inchieste, concentrazioni secondo la LCart e in applicazione della legge sul mercato interno (LMI) è riportato nella statistica (cfr. 4.2).

Alla fine del 2015 è giunto a termine il mandato dei membri della COMCO per il periodo 2012-2015. I seguenti membri hanno lasciato la COMCO avendo raggiunto il limite massimo di durata previsto di 12 anni: **prof. dott.ssa Evelyne Clerc**, Università di Neuchâtel; **dott. Jürg Niklaus**, rappresentante dell'Unione svizzera dei contadini; **Thomas Pletscher**, rappresentante di economie svizzere e **dott. Johann Zürcher**, giudice presso il Tribunale d'appello del Cantone di Zurigo e rappresentante delle organizzazioni di consumatori. Il **prof. dott. Stefan Bühler**, Università di San Gallo, ha rinunciato ad essere rieletto.

Con decisione del 25 novembre 2015, il Consiglio federale ha nominato i membri della COMCO per il **mandato 2016-2019**. Sono stati rinominati i seguenti sette membri: **prof. dott. Vincent Martenet**, presidente della COMCO, Università di Losanna (che lascerà la COMCO tra due anni, quando avrà raggiunto la durata massima del suo mandato); **prof. dott. Andreas Heinemann**, vicepresidente della COMCO, Università di Zurigo; **prof. dott. Winand Emons**, Università di Berna; **prof. dott. Andreas Kellerhals**, Università di Zurigo; **dott. Daniel Lampart**, rappresentante dell'Unione sindacale svizzera (raggiungerà la durata massima del mandato nel 2018); **prof. dott. Armin Schmutzler**, Università di Zurigo, nominato vicepresidente della COMCO; **Henrique Schneider**, rappresentante dell'Unione svizzera delle arti e mestieri. Il Consiglio federale ha eletto i seguenti subentranti:

Dott.ssa Pranvera Këllezi: la signora Këllezi ha conseguito una formazione in diritto svizzero ed europeo della concorrenza (Università di Ginevra e Collège d'Europe di Bruges). Ha al suo attivo un'esperienza pratica di dodici anni nel diritto della concorrenza (attività svolta presso uno studio legale).

Danièle Wüthrich-Meyer: la signora Wüthrich è un'avvocata. È giudice presso la Corte suprema del Cantone di Berna, che ha presieduto per un periodo di quattro anni. Dal 2010 ricopre la carica di vicepresidente del Tribunale di commercio. Vanno menzionate le sue precedenti attività presso il Tribunale penale economico e la sua presidenza della Commissione arbitrale federale dei diritti d'autore.

Florence Bettschart-Narbel: la signora Bettschart-Narbel è un'avvocata. Ha lavorato presso lo studio legale ginevrino Gautier, Vuille & Associés. Ha studiato all'Università di Losanna e per un anno all'Università di Basilea. Rappresenta la Fédération Romande des Consommateurs (FRC), dove dal 2008 è responsabile del

settore Politica e Diritto. La signora Bettschart-Narbel è inoltre membro del Consiglio comunale (legislativo) della Città di Losanna.

Prof. dott. Rudolf Minsch: il signor Minsch è il rappresentante di economiesuisse, quale capo economista e membro della direzione. A titolo accessorio è professore invitato presso la HTW di Coira e responsabile dello sviluppo continuo di SwissSim, un modello di simulazione economica, all'Università di San Gallo. Ha studiato economia politica all'Università di San Gallo e alla Boston University.

Martin Rufer: il signor Rufer rappresenta l'Unione svizzera dei contadini (USC), di cui dirige il dipartimento Produzione, Mercati ed Ecologia, ed è membro della direzione di questa associazione. È segretario dei Produttori svizzeri di bestiame bovino (PSBB), membro del consiglio di amministrazione di Proviande e presidente di AgroCleanTech AG nonché dell'associazione AgroCleanTech. Inoltre, è membro del gruppo di gestione della Confederazione per la legge sul cioccolato e della Commissione federale per la sicurezza alimentare. Ha studiato agronomia (specializzazione in economia agraria) al Politecnico federale di Zurigo.

Il 2 settembre 2015 il Consiglio federale ha deciso di prolungare il contratto del **dott. Rafael Corazza** quale direttore della Segreteria oltre l'età di pensionamento ordinaria, fino ad al massimo il mese di luglio 2018. Nei prossimi anni la COMCO dovrà prendere importanti decisioni e definire orientamenti fondamentali. Il prolungamento dei rapporti di lavoro con il dott. Rafael Corazza permette alla COMCO di affrontare i compiti che la attendono con l'organico consolidato.

Alla fine del 2015 la **Segreteria** occupava 76 (anno precedente: 75) collaboratori (a tempo pieno e a tempo parziale), con una quota di donne del 42 per cento (anno precedente: 45), corrispondenti a un totale di 66,7 equivalenti a tempo pieno (ETP, anno precedente: 65,25). Il personale è stato ripartito come segue: 55 collaboratori scientifici (incl. la direzione, pari a 49,2 ETP; anno precedente: 48,8); 8 stagisti scientifici, pari a 8 ETP (anno precedente 6); 13 collaboratori delle risorse umane e della logistica, pari a 9,5 ETP (anno precedente: 10,5).

Nel mese di giugno 2015 la Segreteria ha traslocato a Berna dalla Monbijoustrasse 43 alla Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistica

	2014	2015
Inchieste		
Eseguite nel corso dell'anno	21	30
riprese dall'anno precedente	19	15
avviate ex-novo	2	6
nuove inchieste nell'ambito di un'inchiesta suddivisa in diverse inchieste	0	9
Decisioni finali	6	7
di cui conciliazioni	4	3
di cui ordini delle autorità	0	2
di cui sanzioni secondo l'49a cpv. 1 LCart	2	6
di cui decisioni parziali	0	1
Decisioni indicentali	7	7
Altre decisioni (pubblicazione, costi, visione degli atti, ecc.)	10	1
Misure cautelari	1	0
Procedure sanzionatorie secondo gli art. art. 50 e segg. LCart	0	0
Inchieste preliminari		
Eseguite nel corso dell'anno	20	18
Riprese dall'anno precedente	16	14
Avviate ex-novo	4	4
Inchieste chiuse	11	7
di cui con apertura di un'inchiesta	1	1
di cui con adeguamento del comportamento	8	2
di cui senza seguito	2	4
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	2	2
Consulenze	27	17
Osservazioni del mercato concluse	61	33
Domande LTras	13	23
Altre richieste evase	594	685
Concentrazioni		
Annunci	30	29
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	35	26
Esami	1	3
Decisioni della COMCO	0	0
dopo l'esame preliminare	0	0
dopo l'esame	0	0
Esecuzione anticipata	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso totali dinanzi al TAF e al TF	25	24
Sentenze del Tribunale amministrativo federale (TAF)	7	3
vinte dall'autorità della concorrenza	3	2
vinte solo in parte	1	0
Sentenze del Tribunale federale (TF)	0	2
vinte dall'autorità della concorrenza	0	2
vinte solo in parte	0	0
Pendenti alla fine dell'anno (dinanzi al TAF o al TF)	21	22
Pareri, raccomandazioni, preavvisi, ecc.		
Pareri (art. 15 LCart)	1	0

Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0
Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPR o 11a LTC)	2	0
Monitoraggi	6	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	254	281
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	5	8
LMI		
Raccomandazioni / indagini (art. 8 LMI)	3	2
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	1	1
Consulenze (Segreteria)	36	45
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	5	1

La statistica e il confronto con i dati del 2014 permettono di giungere alle seguenti conclusioni:

- Il numero delle inchieste condotte è notevolmente aumentato in seguito alla suddivisione dell'inchiesta relativa agli accordi sugli appalti nel Cantone dei Grigioni in dieci diverse inchieste (cfr. sopra, p. 37). Nel 2015 è stato pronunciato un numero di sanzioni superiore rispetto all'anno precedente. La metà delle inchieste si sono concluse con una conciliazione.
- Nella rubrica «altre attività» il numero di consulenze e osservazioni del mercato è diminuito di circa la metà. Il numero delle «altre richieste evase», fra cui rientrano numerose richieste di cittadini, è di nuovo aumentato a quasi 700.
- Il numero di concentrazioni annunciate è praticamente uguale a quello del 2014. D'altra parte, la COMCO ha proceduto a tre esami approfonditi, al termine dei quali non sono stati imposti né oneri né condizioni alle imprese interessate poiché i requisiti legali (legati alla soppressione della concorrenza) non erano adempiuti.
- Il numero di ricorsi dinanzi al Tribunale amministrativo federale e al Tribunale federale è tuttora elevato. Il Tribunale amministrativo federale ha pronunciato una sentenza in tre casi (Swisscom ADSL, BMW e articoli sportivi da montagna), ma le sue tre decisioni sono state impugnate dinanzi al Tribunale federale. Di conseguenza, alla fine del 2015 sono pendenti presso il Tribunale federale 22 procedure di ricorso, quasi lo stesso numero registrato alla fine del 2014.
- Nel 2015 sono di nuovo state emanate numerose prese di posizione nel quadro della procedura legislativa (consultazioni degli uffici ed esterne). Ciò dimostra l'importanza dell'attività di advocacy del-

le autorità della concorrenza, come descritto nel rapporto annuale 2014.

- Nell'ambito della legge sul mercato interno, le attività delle autorità della concorrenza seguono il loro corso come negli anni precedenti. Se da un lato il numero di ricorsi è diminuito, dall'altro la Segreteria ha emesso nel 2015 un maggior numero di consulenze.

5 10 anni di perquisizioni

5.1 Perquisizioni effettuate

Il 14 febbraio 2006 la Segreteria della COMCO ha effettuato la sua prima perquisizione allo scopo di trovare prove dell'esistenza di un cartello nel settore del trasporto aereo di merci. La procedura era stata aperta in seguito a un'autodenuncia. Sono così stati messi alla prova i due nuovi strumenti della LCart che era stata da poco riveduta (revisione del 2003; in vigore dal 1° aprile 2004 con periodo transitorio fino al 31 marzo 2005): le perquisizioni e il programma d'immunità. Il traguardo dei 10 anni offre ora l'occasione per stilare un bilancio e per guardare al futuro.

Le prime perquisizioni sono state condotte dal Centro di competenza «perquisizioni», appositamente istituito a tale scopo e composto da collaboratori della Segreteria della COMCO precedentemente formati da esperti nazionali e stranieri per svolgere questo compito. Per poter attuare queste misure coercitive, il Centro di competenza ha elaborato le linee direttive e ha redatto i documenti necessari. Nell'aprile del 2005 è quindi stata pubblicata sul sito Internet della COMCO la prima nota informativa concernente lo svolgimento delle perquisizioni.

Da allora la Segreteria ha effettuato numerose perquisizioni e la sua prassi si è costantemente sviluppata a partire da una base solida, come risulta dall'elenco seguente:

Anno	Caso	N. luoghi	Osservazioni	Cantoni
2006	Trasporto aereo di merci	3	Prime perquisizioni	ZH
2007	Ferramenti da costruzione	4		ZH/SG/BE
2007	Spedizione	8	Conferma del TAF e del TF	ZH/BS/SZ
2008	Installatori elettrici	7	Primo <i>whistleblower</i>	BE
2008	Gestione idrica	1		SZ
2009	Costruzione stradale e del genio civile ZH/AG	10	Conferma del TAF	ZH/AG
2010	Articoli da montagna	1	Primo caso di art. 5 cpv. 4 LCart	VD
2010	Nikon	1		ZH
2011	Grossisti di impianti sanitari	7	Primi interrogatori / confermati dal TAF	BE/ZH/VA/VDS
2012	Jura	1		SO
2012	Costruzione Bassa Engadina	12	Prime perquisizioni	GR/ZG
2012	Steinway & Sons	3		ZH/BE/TI
2013	Pulizia di gallerie	5	Prima perquisizione precedente l'aggiudicazione	OW/AB/ZH/TG/LU
2013	Costruzione San Gallo	6		SG/GR/ZH
2013	Costruzione Grigioni	10	Prima scansione / confermato dal TAF	SG/GR/ZH
2013	Strumenti a corda	1		AG
2013	Costruzione San Gallo 2	3		SG/SZ
2014	Leasing automobilistico	8		ZH/AG/BE
2015	Imprese attive nel settore dei materiali edili e delle discariche BE	7		BE
2015	Impresa X	1		ZH
2015	Impresa Y	1	Solo i dati elettronici	SG
2015	Impresa Z	1	Solo i dati elettronici	LU
2015	Impresa Y	1	Prima volta che una seconda perquisizione è effettuata presso la stessa impresa	SG
2015	Husqvarna	1		AG
Total :	24	103		15

La Segreteria ha perquisito più di 100 sedi nel corso di 24 azioni. Il Tribunale penale federale (TPF) ha confermato tutte le modalità utilizzate dalla Segreteria nelle uniche quattro procedure di levata dei sigilli che ha dovuto eseguire. Nel caso «Panalpina» la decisione del TPF è stata impugnata dinanzi al Tribunale federale, che ha confermato la prassi della Segreteria.

Le perquisizioni non solo sono state effettuate in modo corretto dal punto di vista formale, ma hanno anche permesso di trovare prove essenziali praticamente in tutte le procedure e/o di indurre delle autodenuce. Ne è un esempio eloquente il caso delle installazioni elettriche di Berna, che è scaturito da una denuncia e che ha indotto durante le perquisizioni le autodenuce di tre imprese coinvolte (DPC 2009/3, 196 segg.). Tutte le altre parti si sono a loro volta autodenuciate nei giorni successivi alle perquisizioni. Un esempio più recente è costituito dalla decisione passata in giudicato concernente la pulizia di gallerie (DPC 2015/2, 193 segg.): nei considerandi sono citate numerose prove acquisite durante la perquisizione e che sono risultate determinanti per dimostrare il comportamento anticoncorrenziale (cfr. in particolare n. marg. 87 segg. e 119 segg.). Anche in questo caso l'autodenucia è avvenuta durante la perquisizione.

Dopo dieci anni di pratica, il bilancio delle perquisizioni è dunque positivo. Questo strumento costituisce una misura efficace nelle inchieste volte ad accertare presunte violazioni del diritto dei cartelli. Tuttavia, si tratta di una misura che non deve essere presa alla leggera. Innanzitutto, una perquisizione rappresenta un'importante ingerenza nei diritti relativi alla libertà delle persone o delle imprese interessate. Durante una perquisizione il funzionamento dell'impresa può essere seriamente compromesso. Inoltre, questa misura coercitiva comporta un onere considerevole per l'autorità. Azioni imponenti effettuate contemporaneamente presso diverse imprese mobilitano spesso tutto il personale della Segreteria. A ciò si aggiungono i numerosi agenti di polizia e gli specialisti informatici (soprattutto della Polizia giudiziaria federale) che sostengono la Segreteria nel quadro dell'assistenza amministrativa e che contribuiscono così in modo decisivo a un'esecuzione efficace delle perquisizioni.

5.2 Importanti sviluppi

La prassi della Segreteria in materia di perquisizioni è in continua evoluzione. Alcuni temi importanti sono riassunti qui di seguito:

Sospetto fondato: le prime perquisizioni sono state condotte in base a informazioni dettagliate e concrete

fornite da persone appartenenti al cartello stesso che si sono autodenunciate. Successivamente hanno potuto essere effettuate diverse perquisizioni grazie a informazioni provenienti da autori di denunce esterni al cartello (whistleblower). Per proteggere questi ultimi era indispensabile che il Tribunale penale federale (TPF) accettasse di non divulgare la loro identità (decisione BE.2009.21 del 14 gennaio 2010, consid. 3.2.f.). Infine, le perquisizioni nel caso dei «grossisti di impianti sanitari» sono state effettuate in seguito a denunce di clienti, unite alle inchieste della Segreteria. Secondo quanto stabilito dal TPF la concretezza di tali annunci poteva non essere paragonabile a quella di un'autodenuncia, ma l'importante era che fossero sufficientemente concreti e che la loro plausibilità potesse essere verificata una prima volta dalla Segreteria in base alle sue osservazioni (decisione BE.2012.4. dell'11 luglio 2012, consid.3.2.f.).

Segreto professionale degli avvocati: una delle questioni più controverse nel settore delle perquisizioni riguarda la protezione della corrispondenza degli avvocati. Fino al 30 aprile 2013 la corrispondenza degli avvocati era protetta contro le perquisizioni e i sequestri solo quando si trovava in possesso dell'avvocato (le autorità della concorrenza avevano già allentato la loro prassi quando il nuovo Codice di procedura penale è entrato in vigore, il 1° gennaio 2011). Dal 1° maggio 2013 l'articolo 46 capoverso 3 DPA vieta di sequestrare gli oggetti e i documenti inerenti ai contratti tra una persona e il proprio avvocato, indipendentemente dal luogo in cui si trovano e dal momento in cui sono stati creati. Rientrano nel campo di applicazione di questa disposizione i documenti (1) inerenti ai contatti con un avvocato autorizzato a rappresentare il proprio cliente davanti ai tribunali svizzeri in virtù della LLCA (gli avvocati aziendali non soddisfano questo requisito) e (2) che sono stati redatti nel quadro di un mandato professionale.

Levata dei sigilli: la Segreteria ha sviluppato soluzioni pragmatiche volte a trattare la levata dei sigilli posti su documenti protetti dal segreto professionale degli avvocati. Una di queste consiste nell'esaminare i documenti nel quadro di un pre-smistamento effettuato dal personale della Segreteria che non fa parte del team incaricato del dossier.

Interrogatori: nel 2011, in relazione al caso «grossisti di impianti sanitari», la Segreteria ha proceduto all'inizio dell'inchiesta non solo a perquisizioni, ma anche a interrogatori di parti e testimoni. Questa nuova prassi tende a consolidarsi.

Scansione: all'inizio delle sue perquisizioni, la Segreteria generalmente sequestrava i documenti originali, dando all'impresa interessata la possibilità di recarsi in seguito a copiarli presso i suoi locali. Con il tempo la Segreteria ha accettato di copiare sul posto i documenti da requisire purché questa operazione non ostacolasse lo svolgimento della perquisizione. Oggi la Segreteria dispone di scanner efficaci che le permettono di scansionare la maggior parte dei documenti sul posto e di lasciare all'impresa l'originale.

5.3 Nuova nota informativa

Con l'esecuzione degli interrogatori insieme alla perquisizione, l'attività del **Centro di competenza «perquisizioni»** si è ulteriormente estesa, ragione per cui questo organo si chiama oggi Centro di competenza «indagini». In seguito a questa estensione e ai numerosi sviluppi descritti sopra, la nota informativa concernente lo svolgimento delle perquisizioni è stata completamente riveduta e rinominata **nota informativa «Strumenti investigativi»**. Dall'inizio del 2016 questo documento è disponibile sul sito Internet della COMCO.

A 1.	4. Annual Report 2015 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Foreword from the President	50	3.4.1 Consumer goods industry and retail trade	55
2	Most important decisions of 2015	51	3.4.2 Musical instruments	56
2.1	Decisions of the Competition Commission	51	3.4.3 Watch industry	56
2.2	Decisions in the courts	52	3.4.4 Automotive sector	56
3	Activities in the individual sectors	53	3.4.5 Agriculture	56
3.1	Construction	53	3.4.6 Other sectors	56
3.1.1	Bid rigging	53	3.5 Internal market	57
3.1.2	Wholesalers of sanitary facilities	53	3.6 Investigations	57
3.1.3	Building materials and landfills	53	3.7 International	57
3.1.4	Recommended fees, tariffs and prices	53	3.8 Legislation	58
3.2	Services	53	3.8.1 Parliamentary proposals following the failed reform of the Cartel Act	58
3.2.1	Financial services	53	3.8.2 Complete revision of the Competition Commission internal rules of procedure	58
3.2.2	Health care	54	4 Organisation and statistics	59
3.2.3	Liberal professions and other services	54	4.1 Competition Commission and Secretariat	59
3.3	Infrastructure	54	4.2 Statistics	61
3.3.1	Telecommunications	54	5 Ten years of searches	62
3.3.2	Media	55	5.1 Searches carried out	62
3.3.3	Other sectors	55	5.2 Important developments	63
3.4	Product markets	55	5.3 New guidelines	64

1 Foreword from the President

2015 was marked by important decisions and events. In several investigations, the Competition Commission imposed sanctions on horizontal price cartels (tunnel cleaning, wholesalers of sanitary facilities, VW Partners Association, pianos and grand pianos). It also took action against vertical price fixing agreements (stringed instruments) and uncovered a further instance of abuse of market dominance (Swisscom broadband internet) as well as revising the Motor Vehicle Notice and its own internal rules of procedure. The courts also issued some ground-breaking judgments:

- In the case concerning **off-list medicines**, the Federal Supreme Court upheld the appeal by the Federal Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER) and reversed the judgment of the Federal Administrative Court. The Federal Supreme Court confirmed that the application of the Cartel Act can only be excluded by express statutory provisions, and not by the de facto circumstances in a specific market.
- In the cases concerning **Swisscom ADSL** and **BMW**, the Federal Administrative Court confirmed the substantive decisions of the Competition Commission in their entirety and rejected the related appeals. While it left the sanction imposed by the Competition Commission on BMW unchanged, in the case of Swisscom ADSL the court made a minor reduction to the sanction by applying a different calculation method. In the case on **alpine sports products**, it upheld the appeal against the Competition Commission ruling.
- In matters relating to the Internal Market Act, the Federal Supreme Court upheld two appeals by the Competition Commission in proceedings concerning **public procurements**.

Above all, the two Federal Administrative Court judgments in the Swisscom ADSL and BMW cases strengthen the Competition Commission's hand. In both cases the court rejected the extensive arguments from the unsuccessful companies that procedural guarantees had been violated, confirming the propriety of the proceedings before the Competition Commission. In addition, the court agreed with the Competition Commission's arguments and assessment in two important areas (prevention of parallel and direct imports and the existence of an unlawful "margin squeeze"). Decisions of this kind are important because they confirm that the competition authority has made the correct decisions in complex proceedings both in formal and substantive terms. In addition, the judgments create legal certainty – subject to the decision of the Federal Supreme Court to which the cases have now been appealed – for the companies in their own specialist sectors.

The fact that the competition authority can also gather the evidence required to reach a decision in large and complex cases within a reasonable time has a lot to do with the nature and quality of the instruments it uses in its investigations. In the priority theme for this year's annual report, we look at **searches**, a procedure that

has been in use for more than ten years now. This investigation instrument has proved extremely effective, because a search gives access to all the available physical and electronic data connected with the case under investigation at the company concerned. However, the success of this instrument over the years has required time-consuming investment in developing a competence centre in the Secretariat and in providing comprehensive training for Secretariat staff. This investment has paid off all the more as the years have gone by. The possibility of carrying out a search has proved to be an important element in enforcing the Cartel Act.

Prof. Dr. Vincent Martenet
President of the Competition Commission

2 Most important decisions of 2015

2.1 Decisions of the Competition Commission

The Competition Commission decided in a ruling dated 23 February 2015 that agreements concluded between 2008 and 2013 by three Swiss **tunnel cleaning companies** operating in several regions constitute price and territorial agreements contrary to competition law. In the agreements, the companies colluded over the terms of their bids in public tendering procedures and agreed who should be awarded the contract in a certain region. All three companies involved admitted their participation in this restraint of competition during the investigation and benefited from a reduced sanction, which in each case depended on when their voluntary reports were received and the quality of their cooperation with the competition authorities. The first company to report received a complete exemption from sanctions. In addition, each of the companies reached an amicable settlement with the competition authorities. The fines amount to a total of around CHF 161,000.-. The Competition Commission ruling has taken full legal effect.

In a ruling dated 29 June 2015, the Competition Commission imposed fines on the members of a cartel of **wholesale sanitary facilities companies** amounting in total to around CHF 80 million. Price and quantity agreements between the companies dated back as far as the 1990s. The majority of the wholesale sanitary facilities companies involved in the cartel made arrangements between 1997 and 2011 on price components and price-determining factors such as margins, gross prices, Euro exchange rates, transport costs, rebates and rebate categories. In addition, they reached a joint decision not to include in their catalogues manufacturers that did not sell their products exclusively through their sales channels. This prevented the companies affected from entering the market. The practices described constitute prohibited price and quantity agreements. The majority of the wholesale sanitary facilities companies are members of the Swiss Federation of Wholesalers in the Sanitary Facilities Industry (SGVSB), which served as the forum for negotiating the agreements. The decision is not yet legally binding.

On 29 June 2015, the Competition Commission completed the revision of the Notice of 21 October 2002 on the competition law treatment of vertical agreements in the automobile trade (below the **MV Notice**) and its explanatory guidelines. The Competition Commission took account of the new legal framework in the EU when conducting its revision. As a result of the legal and economic conditions prevailing in Switzerland in the automobile market, it was not considered appropriate to adopt every aspect of the European law. The Competition Commission has therefore decided in principle to retain the notice for the automobile sector that regulates the sale of new motor vehicles, repairs and servicing, and the sale of spare parts. This notice has however been adjusted to bring it in line with the applicable statutory provisions of the Cartel Act and revised to take account of experiences gained with the previous regulations. The Competition Commission is thus looking to encourage competition between and within brands in the

markets for the sale of new motor vehicles, the sale of spare parts and the provision of repairs and servicing. The new MV Notice aims to prevent vertical agreements that are harmful to competition and avoid any foreclosure of the Swiss automobile market. Furthermore, it will ensure greater legal certainty for all market participants. The new notice came into force on 1 January 2016.

In a ruling dated 29 June 2015, the Competition Commission fined a general importer of musical instruments CHF 65,000 for entering into price-fixing arrangements for the sale of **stringed instruments**. The general importer and its retailers had agreed to make the general importer's price list for stringed instruments and accessories for different brands binding subject to the agreed discounting policy. This meant that agreements were reached on minimum prices (resale price maintenance agreements). The agreements prevented genuine price competition among retailers in Switzerland, which had a considerable negative effect on competition in this sector in Switzerland from the start of 2010 to mid-2013. The investigation was concluded with an amicable settlement in which the general importer undertook not to exert any direct or indirect influence on the sale prices of his retailers. The Competition Commission ruling has taken full legal effect.

The Competition Commission fined four automobile dealer companies with flat-rate sanctions ranging from CHF 10,000 to CHF 320,000 due to price-fixing. The four companies, which deal in cars of the marques manufactured by the VW Group, and AMAG RETAIL (the retail division of the AMAG Automobil- und Motoren AG) agreed on a joint list of conditions at the start of 2013. These conditions related to discounts and delivery charges when issuing the initial offer for new VW Group marque cars. In its decision of 19 October 2015, the Competition Commission found that the dealer companies had given notice of the concerted discounting policy in March 2013 at regional gatherings of the **VW Partners Association**. The aim of these meetings was to ensure that all authorised dealers in VW Group marques in Switzerland implemented the agreed conditions. The fact that this price-fixing agreement was only in effect for a short period was taken into account when assessing the flat-rate sanctions. Three of the four companies have filed appeals to the Federal Administrative Court.

The Competition Commission prohibited three operators of **booking platforms**, Booking.com, Expedia and HRS, from placing comprehensive restrictions on hotels with which they have contracted. The focus of the investigation was the contractual clauses demanded by the platforms, under which hotels were prohibited from offering lower prices or a larger number of rooms through other sales channels. This meant that hotels were unable to make more attractive offers on sales channels with lower commission rates. The Competition Commission regards the use of these comprehensive contractual clauses as a breach of the Cartel Act and prohibited their use in a ruling dated 19 October 2015. In the summer of 2015, Booking.com and Expedia introduced less restrictive provisions throughout Europe. It is impossible to assess these new provisions at present due to the lack of pertinent empirical data. The Competition Commission will

continue to monitor developments in this market and may intervene again if required. Booking.com and Expedia are prohibited from re-introducing the unlawful contractual clauses. Now that the ruling is legally binding, HRS is obliged to make the required modifications to its contracts.

In a ruling dated 21 September 2015, the Competition Commission fined Swisscom CHF 7,916,438 for abusing its dominant position in the **broadband access sector**. In 2008, Swiss Post invited bids for networking its locations. Swisscom won the contract as its offer was around 30 per cent lower than those of its competitors. These competitors, however, were reliant on obtaining advance services from Swisscom. In the bidding process, Swisscom fixed the advance service prices that it charged its competitors at such a high level that they could not possibly compete with the offer Swisscom made to the end customer. In addition, Swisscom used this pricing policy to force Swiss Post to pay excessive prices. Swisscom has appealed to the Federal Administrative Court against the ruling.

In a decision dated 14 December 2015, the Competition Commission fined two companies trading in **pianos and grand pianos** a total of CHF 518,000 for horizontal price-fixing arrangements on list prices and rebates for pianos and grand pianos manufactured by Steinway & Sons and Grotrian-Steinweg. A third company was held to have behaved unlawfully by adapting its policy to the horizontal price-fixing arrangements of the other two suppliers. Although the manufacturers Steinway & Sons and Grotrian-Steinweg did not stipulate any minimum or fixed prices, they supported the arrangements by printing the prices agreed by the suppliers.

2.2 Decisions in the courts

In a judgment dated 14 September 2015, the Federal Administrative Court imposed a fine of around CHF 186 million on the Swisscom Group for anti-competitive conduct in the **DSL broadband internet sector**. This essentially confirmed a sanction imposed earlier by the Competition Commission. On entering the broadband internet sector in 2000, the Swisscom Group offered other telecommunications companies DSL wholesale products on the telephone network in order to encourage the spread of DSL internet access as opposed to cable-based internet access. The Swisscom Group secured a dominant position because it was the sole provider of the products concerned prior to the total deregulation of the telecommunications sector in 2007. All the other telecommunications companies that wished to sell broadband internet products on the retail market were reliant on using the DSL wholesale products offered by the Swisscom Group as preliminary products. At the same time the Swisscom Group also began to sell DSL internet products on the retail market. The prices that the Swisscom Group fixed for these preliminary products were set so high in comparison with their own DSL retail prices that from April 2004 to December 2007 other telecommunications companies could only operate in this market at a loss (a practice known as a "margin squeeze"). It was therefore impossible for other telecommunications companies to compete effectively with the Swisscom Group in the broadband internet market.

The Swisscom Group's course of action thus amounted to unlawful conduct by a dominant company. The original sanction of around CHF 220 million that was set in the Competition Commission ruling was reduced to CHF 186,036,840 due to various corrections made in the original calculation. Swisscom has appealed to the Federal Supreme Court against the judgment.

In a judgment dated 13 November 2015, the Federal Administrative Court comprehensively rejected the appeal filed by **BMW** against the Competition Commission's decision of 7 May 2012. The Competition Commission had fined BMW around CHF 156 million for unlawfully preventing parallel and direct imports. The Federal Administrative Court concluded in its judgment that under the effects doctrine the Cartel Act applied to the circumstances concerned. In order to guarantee that Swiss law is effective, the Competition Commission must also be able to act if circumstances arise abroad that have an effect within Switzerland. The Federal Administrative Court thus upheld the lower instance's reasoning that territorial agreements that prevent active and passive sales in a particular region are among the most harmful agreements in competition law terms. These absolute territorial agreements must by their nature be regarded as agreements that cause considerable damage to the quality of competition. They may be justified on the grounds of economic efficiency, but that did not apply in this case. The court also upheld the view of the lower instance that these agreements fall under the sanction provisions of Article 49a Cartel Act, according to which a company may be fined up to 10 per cent of the turnover that it achieved in Switzerland in the previous three financial years. It therefore rejected BMW AG's appeal. BMW has further appealed this decision to the Federal Supreme Court.

In a judgment dated 17 December 2015, the Federal Administrative Court upheld the appeal against the Competition Commission ruling of 20 August 2012 in the case of **alpine sports products/Altimum SA**. The court essentially concluded that the agreement (minimum price) was only proven to apply to some of the dealer companies (56 of 333). It held that although the agreement between the general importer and the dealer companies fulfilled the qualitative criterion of relevance, it did not meet the quantitative criterion. In view of the low number of dealer companies that were bound by the agreement, the court assumed that there was adequate inter- and intra-brand competition and found there was no relevance. The Department has appealed to the Federal Supreme Court against the judgment.

In relation to the **law on the internal market and on public procurement**, the Competition Commission conducted two appeal cases before the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court found in favour of the Competition Commission in a judgment dated 31 March 2015, holding that the procedure carried out by Tridel SA for inviting bids for contracts to introduce and implement a charge on rubbish bags is governed by the law on public procurement. The procurement was also not so urgently required to justify carrying out a tender procedure by invitation instead of an open procedure. In the second case, the Federal Supreme Court in a judgment dated 21 August 2015 confirmed the Competition Com-

mission's opinion that the conduct of the wrong procurement procedure – in this case a tender procedure by invitation instead of an open procedure – constituted a serious deficiency. Accordingly the court had to uphold an application for the contract award to be revoked even though the appellant had not expressly alleged that the wrong procedure had been used.

3 Activities in individual sectors

3.1 Construction

3.1.1 Bid rigging

On 30 October 2012, the Secretariat conducted searches to open the Lower Engadin construction services investigation into various companies in the sectors for structural and civil engineering, road and surfacing work together with their upstream markets. The Secretariat had received allegations that several companies had entered into agreements aimed at coordinating bidding in response to invitations to tender and to allocate each other construction projects and clients. Based on its initial results, the investigation was extended on 22 April 2013 to cover the entire canton of Graubünden and to include seven further companies. Searches were again carried out. In November 2015, the investigation was further extended to include additional companies and thereafter, for reasons of procedural economy, divided into ten investigations. The focus was on two areas of investigation: **structural and civil engineering in the Engadin**, and **road construction in the entire canton of Graubünden**.

On 5 February 2013, the Secretariat opened the **tunnel cleaning** investigation into three companies operating in several regions, and began by conducting searches. The related Competition Commission ruling dated 23 February 2015 has already been mentioned as one of the most important decisions of 2015 (see above, p. 51).

On 15 April 2013, the Secretariat opened the **See-Gaster construction services** investigation into six companies operating in the roads and civil engineering sector and began by conducting searches. The investigation was extended in October 2013 to include two further companies. The Secretariat had received allegations that several companies had entered into agreements aimed at coordinating bidding in response to invitations to tender and to allocate each other construction projects and clients. The Secretariat will send its draft decision for the Competition Commission to the parties at the start of 2016 for their comments.

3.1.2 Wholesalers of sanitary facilities

On 29 June 2015, the Competition Commission imposed fines amounting to around CHF 80 million on the members of a cartel of **wholesale sanitary facilities companies**. This ruling has already been mentioned as one of the most important decisions of 2015 (see above, p. 51). The legal grounds for the ruling will be sent to the parties at the start of 2016. The ruling is not yet legally binding.

3.1.3 Building materials and landfills

On 12 January 2015, the Secretariat opened an investigation into various companies in the **building materials**

and landfill industry in the canton of Bern and carried out searches. It is suspected that the companies concerned entered into price, quantity and territorial agreements. In addition, there are indications that these companies hold a dominant position, which they have abused by refusing to do business with third companies and discriminating against business partners, and by concluding contracts on the condition that additional services are accepted. On 19 May 2015, the investigation relating to the allegation of price, quantity and territorial agreements was extended to include an additional company.

3.1.4 Recommended fees, tariffs and prices

Publications, recommendations and agreements on tariffs, prices and fees in certain sectors have already been the subject matter of competition law investigations on various occasions. The **publication of fees, tariffs and prices and related recommendations by commercial federations and industry organisations** may lead to concerted practices and constitute unlawful price-fixing agreements between their members.

Nevertheless, federations may publish prices, tariffs and fees without the publication causing problems under competition law. On the one hand, they can produce "calculation aids", in which individual services are listed without the precise tariff, fee or price information. These descriptions of services can be used by federation members as an aid in calculating costs and setting prices. Calculation aids that do not lead to effective behaviour by federation members provide a general basis for calculating individual prices and therefore have normally proven to be unobjectionable under competition law. On the other hand, tariffs and fees based on historical and representative data presented in aggregated form – preferably by independent third parties (for example by an accountants' office, a consumer organisation or the Swiss Federal Statistical Office) – may be disclosed to the public. In addition to federation members, customers must normally also be able to access the published fees.

In 2015 the Secretariat was also in contact with various federations (the Swiss Builders' Federation, Swiss Society of Engineers and Architects, the building service association Suissetec) and institutions (the Coordination Group for Construction and Property Services). It held preventive training sessions and discussed the problem under competition law of recommended fees, tariffs and prices.

3.2 Services

3.2.1 Financial services

On 28 September 2015, an investigation into the trade in **precious metals** was opened. Precious metals include gold, silver, platinum and palladium. The investigation aims to determine whether banks have been coordinating prices, and in particular so-called spreads (the difference between the bid and offer price).

In addition, the ongoing investigations into **currency trading (Forex)** and **automobile leasing agreements** were continued. Progress was also made in the fourth investigation relating to financial services, which concerns suspected agreements to influence the reference

interest rates **Libor**, **Tibor** and **Euribor** as well as derivatives based on these.

On 1 August 2015, the ruling of December 2014 on the **credit card interchange fee** came into effect. The average domestic (= Swiss) interchange fee was reduced from 0.95 per cent to 0.7 per cent. Details of sector and transaction specific interchange fees are now available on the acquirers' websites. In this connection, acquirers have reintroduced the "non-discrimination rule" (NDR) and banned their dealers from demanding different prices for different methods of payment. This practice and the in some cases misleading information provided by acquirers (according to which the NDR was allegedly introduced by the Competition Commission), led to numerous enquiries from dealers, who have been given a detailed explanation of the circumstances surrounding the Competition Commission's decision.

3.2.2 Health care

In a judgment dated 28 January 2015, the Federal Supreme Court held that the Cartel Act applies to **off-list medicines** (i.e. the cost of which is not reimbursed by the compulsory health insurance according to the list) used to treat erectile dysfunction and remitted the case to the Federal Administrative Court. The latter court had concluded in an earlier judgment that contingent statutory provisions excluded competition in the case of these medicines and that the Cartel Act therefore did not apply.

Enquiries in the investigation into the **commercialising of electronic information on medicines** were concluded in 2015. This information is required for the sale of medicines, the reimbursement of their costs and other related accounting procedures. The Secretariat will send its proposed decision to the parties for their comments in the first semester of 2016.

The Secretariat conducted a preliminary investigation into the degree of competition at all trading levels in the **sale of medicines** in Switzerland. In particular, it examined the pre-wholesaler (PWS) level in Switzerland, i.e. businesses that offer pharmaceutical companies warehousing services. Certain financial services (e.g. the acceptance of *del credere*) offered by the most important PWS company in Switzerland were the subject of a detailed examination. This company accepted a series of measures that the Secretariat proposed. This will have a signalling effect for all PWS companies in Switzerland and for their business partners.

In August 2015 the Secretariat opened a preliminary investigation into **framework agreements on daily sickness benefit insurance** concluded in the canton the Valais between professional associations and three health insurance companies. The Secretariat is examining whether this form of cooperation between employers and insurance institutions conforms to the Cartel Act.

3.2.3 Liberal professions and other services

The Competition Commission prohibited three operators of **booking platforms**, Booking.com, Expedia and HRS from imposing comprehensive restrictions on hotels with which they have contracted. The ruling has already been

mentioned as one of the most important decisions made in 2015 (see above, p. 51).

3.3 Infrastructure

3.3.1 Telecommunications

In a decision dated 21 September 2015, the Competition Commission concluded the investigation into Swisscom in the **broadband internet** sector. The decision has already been mentioned as one of the most important of 2015 (see above, p. 52).

In the telecommunications industry, the Competition Commission was called on to assess two mergers, both of which were subjected to a detailed examination:

- In the merger between **Swisscom Directories AG/Search.ch AG**, the Competition Commission concluded that although Swisscom's takeover of Search.ch gave it a dominant position in relation to address directories, there was no reason to expect that effective competition would be eliminated. Accordingly, the statutory requirements for prohibiting the merger or for imposing specific conditions were not met and the planned merger was approved in March 2015.
- The Competition Commission also had to assess the joint venture between **Swisscom, SRG and Ringier**. In addition to expanding cooperation in marketing online, TV, print and radio advertising, the partners planned to introduce television advertising targeting specific groups in Switzerland via Swisscom TV. Although the Competition Commission expects that the joint venture will become one of the strongest market participants in the advertising marketing business, given the existing level of competition in advertising in the TV, online, radio and print sectors and the uncertainty as to how the market for targeted TV advertising will develop, the Competition Commission was unable to prove that effective competition could be eliminated. Accordingly, the statutory requirements for prohibiting the merger or for imposing specific conditions were not met and the planned merger was approved in December 2015.

In the **ADSL pricing policy** case, the Federal Administrative Court issued its judgment on 14 September 2015, imposing a fine of CHF 186 million on Swisscom. The court thus upheld the Competition Commission's decision in its entirety and confirmed its sanction. Swisscom has appealed to the Federal Supreme Court against the judgment.

A preliminary investigation was opened based on the expert report submitted to OFCOM on the issue of Swisscom's dominant position in relation to **interconnect-peering (IP) interconnection**. IP interconnection guarantees the connection of computers linked via the Internet. In the course of the proceedings, Swisscom expressed its willingness to amend contracts in this sector. As a result of this agreement, it has not been necessary to open an investigation so far.

On 29 January 2015, the Secretariat opened a preliminary investigation into the cable network operator **Naxoo SA** (formerly 022 Télégenève SA). At issue is whether

Naxoo SA is abusing a potentially dominant position by threatening owners of properties with negative consequences if they accept the installation of telecommunications services from third parties, or by imposing unfair conditions on such third parties.

3.3.2 Media

Considerable progress was made in the investigation into **sport on pay TV** following delays on the part of the parties. On 6 July 2015, the Federal Supreme Court dismissed the appeal on the question of party status. In the Competition Commission's proceedings, the parties have now responded to the Secretariats proposed decision. The Competition Commission's decision is expected in 2016.

Appeals to the Federal Administrative Court are still pending against the Competition Commission ruling on **book pricing in French-speaking Switzerland**. On 12 May 2015, a hearing took place in the Federal Administrative Court in response to an application from the parties. A further point of contention in this case is the extent to which the ruling of 27 May 2013 may be published, and proceedings in relation to this are also pending before the Federal Administrative Court.

Although the preliminary investigation into the **Goldbach Group TV-/radio marketing** was terminated back in November 2014, there is still a dispute over the extent to which the final report of 12 November 2014 can be published. Publication remains the subject of proceedings before the Federal Administrative Court.

The Competition Commission subjected the purchase of **Ricardo by Tamedia** and the takeover of **JobScout24 by JobCloud** to a detailed examination, approving the two mergers in August 2015. The Competition Commission concluded that in both cases Tamedia and JobCloud held in a dominant position in the market for placing job advertisements. However, as there was no prospect that effective competition would be eliminated by either takeover, the statutory requirements for the Competition Commission to intervene were not met.

In the **media sector** the Competition Commission was also called on to assess the following **mergers**:

- In relation to the planned merger between Axel Springer Switzerland and Ringier, Axel Springer and Ringier announced the intention to combine their Swiss magazine business, the Axel Springer online portal activities, its stake in Presse TV AG and Ringier's stake in Le Temps SA in a joint venture.
- In the case of Tamedia AG/Swiss Classified Media AG, Tamedia planned to acquire the remaining 50 per cent of the shares in Schibsted and thus obtain exclusive control of Swiss Classified Media. Swiss Classified Media operates the small ads website *tutti.ch* and the car sales website *car4you.ch*.
- In the case of Publicitas/xentive, Publicitas announced the acquisition of exclusive control of the media logistics service provider xentive.

- In the case of Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland, Tamedia and Tradono Denmark planned to set up the joint venture Tradono Switzerland AG. Tradono Denmark runs an online forum for small ads in Denmark that primarily caters for users with mobile terminals (smartphones, tablets).
- In the case of Tamedia/ImmoStreet, Tamedia announced the acquisition of exclusive control of ImmoStreet.

The Competition Commission approved all these mergers following a preliminary assessment.

3.3.3 Other sectors

Appeal proceedings before the Federal Administrative Court remain pending in the **air freight** case. Various parties have filed appeals against the ruling of 2 December 2013, which concluded the air freight investigation and which resulted in eleven airlines receiving fines totalling CHF 11 million for concluding horizontal price-fixing agreements. The dispute in this case also concerns the issue of whether or to what extent the ruling of 2 December 2013 should be published. Proceedings are also pending in relation to this before the Federal Administrative Court, which is awaiting the Federal Supreme Court's decision on the issue of the publication in the cognate Nikon case.

Considerable progress was made with the investigation into the **business customer pricing system for letter post services**, which was opened in July 2013. Here the main issue is whether Swiss Post is obstructing competitors by structuring and applying its pricing system in such a way, for example, that business customers find it difficult or even impossible to obtain services from Swiss Post's competitors. It will also be examined whether Swiss Post has discriminated against certain customers or placed them at a disadvantage in other ways.

In addition, in the district heating business, the Competition Commission assessed the merger between **Groupe E and Celsius SA**. Groupe E, the city and canton of Fribourg and further smaller stakeholders intended to set up the joint venture Celsius SA in several stages in order to be able to offer renewable energies (district heating) in anticipation of the Energy Strategy 2050. Following a preliminary assessment of the project, the Competition Commission approved the plan.

3.4 Product markets

3.4.1 Consumer goods industry and retail trade

In August 2015, the Secretariat concluded the preliminary investigation into **imports of Coca-Cola products**. At issue was whether Coca-Cola has obstructed parallel imports by Denner AG and other customers in Switzerland. In the summer of 2015, Coca-Cola HBC Switzerland AG and Denner AG reached an agreement that allowed Denner AG to obtain Coca-Cola products at competitive market prices directly in Switzerland.

In December 2015, the Secretariat concluded a preliminary investigation into **Coca-Cola advertising allowances**, which it had opened in response to a complaint from the Wirtverband Basel-Stadt (Basel Landlords'

Association). At issue was whether the differing terms for advertising allowances offered by bottling plants operated by The Coca-Cola-Company (TCCC) in neighbouring countries for customers in their own country and in Switzerland amounted to a breach of competition law. No indications of a territory protection agreement could be detected. On the other hand, indications of an abuse of a dominant position could not be excluded. The required investigations would however have proved relatively costly and time-consuming, and could not reasonably have been carried out in view of the limited economic impact that any abuse might have caused.

The Secretariat's enquiries into the factual circumstances in the preliminary investigation on **wheeled suitcases** were concluded in June 2015. The focus was on the obstruction of cross-border online trading. As the judgment of the Federal Supreme Court in the Gaba/Elmex case is expected soon and is relevant to the assessment of the case, the Secretariat will make its competition law appraisal once the Supreme Court judgment is available.

On 5 November 2015, the Secretariat opened a preliminary investigation on **ski imports** against Fischer Sports GmbH and Völkl (Switzerland) AG following reports in the media that parallel imports of Fischer and Völkl skis were being obstructed or prevented. The allegations that parallel and direct imports were being prevented could not be substantiated, with the result that the preliminary investigation was terminated.

As of the end of 2015, the appeal against the Competition Commission's decision in the **Nikon** case in connection with vertical agreements was pending before the Federal Administrative Court. The appeal against the Competition Commission's decision in the case of **alpine sports products/Altimum SA** was upheld by the Federal Administrative Court in a judgment dated 17 December 2015 (see above, p. 52). The Competition Commission has appealed this judgment to Federal Supreme Court. The **GABA/Elmex** case is pending before the Federal Supreme Court.

3.4.2 Musical instruments

In a ruling dated 29 June 2015, the Competition Commission fined a general importer CHF 65,000 for unlawful price-fixing agreements relating to the sale of **stringed instruments**. The ruling has already been mentioned as one of the most important decisions of 2015 (see above, p. 51).

In a ruling dated 14 December 2015, the Competition Commission concluded the investigation into **pianos and grand pianos**. This ruling has likewise already been mentioned as one of the most important decisions of 2015 (see above, p. 52).

3.4.3 Watch industry

The reductions in supplies of mechanical watch movements to third-party customers by ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, which is based on an amicable settlement between The **Swatch Group** AG and the Secretariat which was approved by the Competition Commission in a ruling dated 21 October 2013, have been made without any particular difficulties.

In relation to **after-sales services**, the Secretariat continued with its preliminary investigation. It has obtained and evaluated a substantial volume of information provided by market participants. The results and the decision on what further action will be taken should be made known by summer 2016.

3.4.4 Automobile sector

In a ruling dated 19 October 2015, the Competition Commission found that automobile dealer companies had given notice of a concerted discounting policy in March 2013 at regional gatherings of the **VW Partners Association**. This ruling has already been mentioned as one of the most important decisions of 2015 (see above, p. 51).

On 29 June 2015, the Competition Commission completed its revision of the notice on the competition law treatment of **vertical agreements in the automobile trade**, which has also been mentioned already among the most important decisions of 2015 (see above, p. 51).

The Secretariat opened a preliminary investigation into **AMAG** Automobil- und Motoren AG, following reports from dealer companies and workshops handling Volkswagen Group marques. The reports claimed that AMAG was attempting through arbitrary and discriminatory practices against its business partners to secure more favourable treatment for its AMAG RETAIL businesses and strengthen its position in the retail trade market.

In a judgment dated 13 November 2015, the Federal Administrative Court rejected the appeal by **BMW** against the Competition Commission's ruling of 7 May 2012 on the existence of an unlawful of vertical territorial agreement. This decision has already been mentioned as one of the most important decisions 2015 (see above, p. 52).

3.4.5 Agriculture

The Secretariat expressed its views in around 30 office consultation procedures on amendments to acts and ordinances as well as on proposals from parliament. The various office consultation procedures in this sector related to regulating frontier protection, the Secretariat again calling for restrictions to be lifted this year. In addition, the Secretariat responded to five applications from industrial sector or producers' organisations for an extension of the general applicability of self-help measures. Since this option became available, the competition authorities have been committed to ensuring that the instrument is used only sparingly. From the Secretariat's point of view, the applications did not meet the strict requirements set out in the corresponding ordinance, with the result that it did not recommend their approval.

3.4.6 Other sectors

In the **medical technology** sector, on 10 March 2015 the competition authorities opened the GE Healthcare investigation into GE Medical Systems (Schweiz) AG and the companies affiliated to its group. The aim of this investigation is to establish whether parallel and direct imports of GE ultrasound scanners into Switzerland have been obstructed.

In the market for **fitness machines**, on 23 September 2015 the competition authorities opened an investigation into a manufacturer of fitness machines, gym80 International GmbH, and its exclusive Swiss importer, ratio AG. The investigation aims to establish whether parallel and/or direct imports of fitness machines into Switzerland are being obstructed or prevented.

In the **garden machinery** sector, on 16 December 2015 the Secretariat opened an investigation into Husqvarna. The investigation is focusing on an alleged attempt to influence the retail prices of Husqvarna's dealer companies and the possible prevention of parallel and direct imports.

Before **notifying mergers**, companies can submit a draft of the notification to the Secretariat as a form of consultation prior to the assessment. The Secretariat's practice is that the assessment of a draft notification is basically covered by the fixed fee for the preliminary assessment, provided that a formal notification is submitted thereafter. In one merger procedure, in addition to charging the fixed fee, the Secretariat invoiced the companies concerned separately for the assessment of several draft notifications, regarding its work as chargeable advisory activities due to the extremely large amount of work and expense involved. If the assessment of incomplete draft notifications involves a large amount of work, in future the Secretariat will invoice this as a **chargeable advisory activity**.

3.5 Internal market

On the issue of **freedom of movement**, the focus in 2015 fell on inter-cantonal access to the market for legal agents in the canton of Vaud. Legal agents who are permitted to provide professional representation for litigants in certain civil proceedings in the canton of Vaud have applied in the cantons Geneva and Bern for access to the market under the terms of the rules on origin. The Competition Commission appealed against the negative decisions handed down by the cantonal courts. On 13 April 2015, the Federal Supreme Court held that the provisions of the Swiss Civil Procedure Ordinance on party representation took precedence over the Internal Market Act (IMA) as it is the more recent and more specific provision. The IMA thus does not apply in relation to professional representation in civil proceedings.

In the light of the completed Competition Commission investigation into freedom of movement for notaries, the Federal Supreme Court invited the Competition Commission to comment on a case on the cantonal residence requirement for notaries. In a judgment dated 11 May 2015, the Federal Supreme Court concluded that the residence requirement in the case in question amounted to an unreasonable restriction on the freedom to establish a business (Art. 24 Federal Constitution). However, the Federal Supreme Court chose expressly not to comment on whether notarial activities within the meaning of the Competition Commission recommendation of 23 September 2013 on freedom of movement for notaries and public deeds no longer constitute sovereign activities and are governed by the IMA.

In the **public procurement** sector, the Competition Commission conducted various appeal proceedings. At

cantonal level, the Competition Commission brought two appeals against direct IT procurements. The Competition Commission withdrew an appeal against the canton of Zug; in the course of the appeal proceedings, it became apparent that the direct award, in contrast to what had originally been claimed, was made not because of an urgent situation but due to special technical issues. In another case, the commune of Aadorf accepted that it had awarded a contract for new software for the commune privately and without publication in violation of the law on the internal market and on public procurement.

In relation to award of **concessions**, various cantons are in the process of enacting legislation on the use of the subsoil. In two recommendations, to the cantons of St Gallen and Fribourg respectively, the Competition Commission has held that concessions for using the subsoil (special use concessions) must in principle be subject to a public tendering process under Article 2 paragraph 7 IMA. The invitation to tender must include details of the concession, including its duration and the criteria for eligibility and for being awarded the contract, and the decision on the award must be issued in the form of a contestable ruling. The deadline for submitting tenders must take account of the technical complexity of the activity concerned, but in any case must be at least 90 days.

In February 2015, the Canton of Valais began consultation proceedings on the preliminary draft of an amendment to the cantonal act on the exploitation of hydroelectric power and of the cantonal act on the Valais Electricity Company, in which the Competition Commission took part. The reform of the legislation aims to exploit future cases of escheat due to the expiry of concessions to bring hydroelectric power more widely under the control of the Canton of Valais. The Competition Commission concluded that the measures planned in the revised legislation will lead to distortions of competition, which can be prevented by employing a non-discriminatory and transparent procedure. The most suitable approach is to issue a public invitation to tender for available concessions.

3.6 Investigations

In 2015, a major search was carried out on the opening of the investigation into gravel and landfill companies in the Bern area. At the same time five smaller searches were carried out in connection with suspected violations of Article 5 paragraph 4 Cartel Act (price fixing agreements and demarcation of territories).

It is also worth mentioning that as a result of the Competition Commission's relocation to offices on Hallwylstrasse 4, the infrastructure for interviews and data-laboratory analyses has improved. Furthermore, at the end of 2015 a completely revised note on selected investigative measures was published on the website.

3.7 International

EU: The implementation of the Agreement between Switzerland and the EU on cooperation in applying their respective competition laws, which came into force on 1 December 2014, is generally well underway. The agreement has led to an exchange of information in various proceedings that previously would not have been

possible due to official secrecy regulations. It has been applied both in the assessment of mergers and in proceedings to investigate restraints of competition. In relation to information disclosed in the context of a voluntary report or an amicable settlement, an exchange of information only takes place in cases where the company providing the information gives its express written consent. The exchange of information with the EU Commission has generally led to more efficiency in conducting proceedings, as was demonstrated for example in the merger of General Electric Company and Alstom Energy. In addition, in the financial markets sector several parallel proceedings are pending in which the agreement is being applied.

OECD: Representatives of the Competition Commission and the Secretariat took part in the two annual meetings of the OECD Competition Committee, for which various contributions were prepared in cooperation with SECO. In addition to the two strategic themes of “international cooperation” and “the evaluation of the activities and decisions of competition authorities”, the issue of “disruptive innovation” was repeatedly addressed based on the examples of Uber and Airbnb. In relation to international cooperation, members drafted an OECD model for bilateral cooperation agreements. This included a detailed inventory of provisions that are already included in existing cooperation agreements, which was published online in a user-friendly form and should serve as a source of inspiration in efforts to conclude further international cooperation agreements.

ICN: The Competition Commission and Secretariat monitored developments in the International Competition Network. The working group on mergers published practical guidelines in 2015 on international cooperation on law enforcement in the case of mergers. The Secretariat revised its Merger Notification and Procedures Template. The cartel working groups on legal framework (Sub-Group 1) and cartel enforcement (Sub-Group 2) held several webinars. The cartel workshop this year was devoted to the subject of cooperation and convergence in penalising international cartels. The ICN annual conference was held in Sydney, Australia.

UNCTAD: Representatives of the Competition Commission and the Secretariat attended the 7th United Nations Conference to Review the UN Set on Competition Policy, which was held in Geneva from 6 to 10 July 2015. The topics addressed by the conference included capacity building and technical support on competition law and consumer protection.

3.8 Legislation

3.8.1 Parliamentary proposals following the failed reform of the Cartel Act

In June 2014, after the Council of States adhered to its decision to revise the Cartel Act but the National Council in its second reading in September 2014 chose not to consider the matter, the revision of the Cartel Act, proposed by the Federal Council based on the Competition Commission evaluation, was formally abandoned. Subsequently individual parliamentary proposals were submitted with the aim of revising specific points in the Cartel Act. These include:

- The **Hans Altherr parliamentary initiative** of 25 September 2014 “Excessive import prices. End compulsory procurement on the domestic market” (14.449) plans in the style of German cartel law to introduce a provision into the Cartel Act on combating the abuse of relative market power. The committees of the Council of States and National Council have approved the parliamentary initiative and are now in the course of drafting the new legislation.
- The **Social Democratic Group motion** of 24 September 2014 “Fight Switzerland’s status as the island of high prices. A streamlined revision of the Cartel Act” (14.3780) demands that the Federal Council submit a streamlined version of the revised Cartel Act, in particular containing regulations against “excessive prices in Switzerland”, while other revision proposals (institutional reform, compliance rules, etc.) should be shelved. The proposal has not yet been debated in the Assembly.
- The **Viola Amherd motion** of 26 September 2014 “For a minor revision of the Cartel Act” (14.3946) calls on the Federal Council to re-submit the “uncontested articles in the failed revision of the Cartel Act”, in particular the introduction of processing deadlines, the regulations on the information given to the public, and the rules on considering the economic consequences and size of the company when imposing sanctions. The proposal has not yet been debated in the Assembly.
- The **Hans Hess motion** of 18 June 2015 “For a more effective Cassis de Dijon principle” (15.3631) requires the Federal Council to take measures to ensure that manufacturers in their distribution agreements expressly permit their sales partners in Switzerland to carry out installation, maintenance or guarantee work, etc. for their products as well if these have been purchased directly in the European Economic Area. The motion has been approved by the Council of States.

The State Secretariat for Economic Affairs (SECO) has overall responsibility for these proposals within the administration; the Secretariat of the Competition Commission is involved in the work.

3.8.2 Complete revision of the Competition Commission internal rules of procedure

Under Article 20 Cartel Act, the Competition Commission is required to issue internal rules of procedure, which in terms of the statutory requirements should regulate organisational matters and the responsibilities of the Competition Commission and its Secretariat. The current rules, dated 1 July 1996, were partially revised in 2009 and were subjected to a complete revision in 2015.

The key factor that led to the revision was the need to *introduce two chambers*: Article 19 Cartel Act provides that the Competition Commission may organise itself in chambers with independent decision-making powers, but does not regulate the issue of which decisions the chambers can take. Under the new Competition Commission rules of procedure, two new chambers will be

constituted to deal with specific scenarios. These new chambers thus differ considerably from the three chambers abolished in the previous revision, which were each allocated specific sectors or markets.

Chamber for part-rulings: In competition proceedings, in practice the situation often arises where some parties agree at an early stage in an investigation on an amicable settlement to eliminate their anti-competitive conduct and want to conclude the proceedings as quickly as possible. Other parties to the same proceedings however dispute the proposed solution, and expect a full investigation of their competitive relations. Until now, the Competition Commission normally dealt with such cases in a single ruling, which meant that the former group of parties – to their mind unnecessarily – had to wait months if not years for the proceedings to be completed. The new Competition Commission rules of procedure provide – in full cognition of the requirement that justice be dispensed speedily and in the interests of these parties – for the option of issuing part-rulings at an early stage, thus accelerating the procedure, and concluding parts of it at different stages. The introduction of a chamber specifically responsible for this should prevent a situation in which, due to earlier part-rulings being issued in respect of some of the parties, the competence of the entire Commission to take a subsequent decision on the remaining parties is called into question on the grounds of (alleged) partiality (“prior involvement”). The new chamber will decide in part-rulings on whether to terminate the proceedings or approve an amicable settlement with regard to certain of the parties, and on other measures, such as sanctions and fees. The decision against the other parties remains within the competence of the (full) Commission at the end of the investigation.

Chamber for mergers: The creation of this chamber is justified on the grounds that decisions on proposed mergers often have to be taken at very short notice. A preliminary assessment is subject to a tight time framework of one month, so that it appears expedient for a single chamber to decide whether a detailed examination should be started and whether the merger can be implemented ahead of the normal schedule. The Commission however retains a certain residual power in the preliminary assessment, in that it will be informed of the chamber’s decision and may conduct an examination independent of the chamber, and if need be overrule its decision. The Commission can delegate other tasks to the chamber if practical considerations indicate that this is appropriate.

In addition to the introduction of the two chambers, the following major changes should be mentioned:

- **New layout:** The layout of the Competition Commission rules of procedure is based on that of other sets of rules among the authorities and is structured according to the individual entities making up the Competition Commission.
- **Supplementing function:** The key to understanding the revised Competition Commission rules of procedure is that, in accordance with the regulations on legislative drafting, the rules only contain provisions that go beyond what is already regulated in the Cartel Act. This means that the Competi-

tion Commission rules of procedure are not always comprehensible in themselves, but must be read alongside the provisions of the Cartel Act.

- The revised Competition Commission rules of procedure contain new or more precise regulations based on the practices developed to date, in particular on decisions made by circulating a written draft, rights of signature, record-keeping and on the appointment of senior officials and Secretariat staff.

The totally revised Competition Commission rules of procedure were approved by the Competition Commission on 15 June 2015 and by the Federal Council on 25 September 2015, and came into force on 1 November 2015.

4 Organisation and statistics

4.1 Competition Commission and Secretariat

In 2015, the Competition Commission held 18 full-day plenary sessions. The numbers of decisions in investigations, merger proceedings under the Cartel Act and in application of the IMA are shown in the statistics (see 4.2).

At the end of 2015, the 2012-2015 term of office for the members of the Competition Commission expired. As members are permitted to hold office for a maximum of twelve years, the following members stood down from the Competition Commission: **Prof. Dr. Evelyne Clerc**, University of Neuchâtel; **Dr. Jürg Niklaus**, representative of the Swiss Farmers’ Union; **Thomas Pletscher**, representative of *economiesuisse* and **Dr. Johann Zürcher**, judge in the Canton of Zurich Court of Appeal and representative of the consumer protection organisations. **Prof. Dr. Stefan Bühler**, University of St. Gallen, did not stand for re-election.

In a decree dated 25 November 2015, the Federal Council elected the members of the Competition Commission for the **2016-2019 term of office**. The following seven members were re-elected: **Prof. Dr. Vincent Martenet**, President of the Competition Commission, University of Lausanne (Prof. Dr. Martenet will be required to stand down from the Competition Commission in two years’ time as he will have served the maximum term of office); **Prof. Dr. Andreas Heinemann**, Vice President of the Competition Commission, University of Zurich; **Prof. Dr. Winand Emons**, University of Bern; **Prof. Dr. Andreas Kellerhals**, University of Zurich; **Dr. Daniel Lampart**, representative of the Swiss Federation of Trade Unions (Dr. Lampart will be required to stand down from the Competition Commission in two years’ time as he will have served the maximum term of office); **Prof. Dr. Armin Schmutzler**, University of Zurich; **Henriette Schneider**, representative of the Swiss Union of Crafts and Small and Medium-sized Enterprises. Armin Schmutzler was appointed as a new Vice President of the Competition Commission. The Federal Council elected the following persons as new members:

Dr. Pranvera Këllezi: Dr Këllezi is fully qualified at the highest academic level in Swiss and European competition law (University of Geneva and College of Europe in Bruges). She has several years of practical experience

in dealing with competition law matters in her own law practice (technical cooperation, counsel in competition law at an umbrella organisation, activity in a Swiss law firm).

Danièle Wüthrich-Meyer: Mrs Wüthrich is an attorney-at-law and judge at the Cantonal Court of Appeal in Bern and was the president of court for four years. She has served since 2010 as the vice president of the Commercial Court. Also relevant are her earlier activities at the Criminal Court for Economic Offences and the many years she served as president of the Arbitration Commission for Copyrights.

Florence Bettschart-Narbel: Mrs Bettschart-Narbel is an attorney-at-law. She worked for Gautier, Vuille & Associés in Geneva. She studied at the University of Lausanne with one year of studies at the University of Basel. She is a representative of the Consumers Association in French-speaking Switzerland (Fédération Romande des Consommateurs (FRC)), where she has been responsible for law and policy since 2008. Mrs Bettschart-Narbel is a member of the Lausanne city parliament.

Prof. Dr. Rudolf Minsch: Prof. Minsch is a representative of *economiesuisse*, where he is its Chief Economist and a member of its executive board. In addition, he is a visiting professor at the HTW Chur and responsible for the development of the SwissSim economic simulation model at the University of St. Gallen. He studied economics at the University of St. Gallen, and pursued postgraduate studies at the University of Boston.

Martin Rufer: Mr Rufer is a representative of the Swiss Farmers' Union (SBV), where he is the head of the Department of Production, Markets and Ecology. He is also a member of the SBV executive board. In addition, he is the secretary of the Swiss cattle producers SRP, a board member of Proviande, and president of AgroCleanTech AG and the AgroCleanTech association. He is also a member of the Federal "Chocolate Act" Steering Committee and the Federal Commission for Food Safety. He studied agronomics at the ETH Zurich, specialising in mixed farming.

On 2 September 2015, the Federal Council decided to extend **Dr. Rafael Corazza's** tenure as Director of the Secretariat beyond his statutory retirement age until July 2018 at the latest. In the next two to three years, Competition Commission is set to conclude a number of important cases and take certain significant strategic decisions. The extension of Dr. Rafael Corazza's employment contract will enable the Commission to deal with forthcoming business with an experienced and proven team of staff.

At the end of 2015, the **Secretariat** employed 76 (previous year 75) staff members (full-time and part-time), 42 per cent of whom were women (previous year 45). This corresponds to a total of 66.7 (previous year 65.25) full-time positions. The staff was made up as follows: 55 specialist officers (including the executive management; this corresponds to 49.2 full-time positions; previous year 48.8); 8 (previous year 6) specialist trainees, which corresponds to 8 (previous year 6) full-time positions; 13 members of staff in the Resources and Logistics Divi-

sion, which corresponds to 9.5 (previous year 10.5) full-time positions.

In June 2015, the Secretariat relocated within Bern from Monbijoustrasse 43 to Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistics

	2014	2015
Investigations		
Conducted during the year	21	30
Carried forward from previous year	19	15
Investigations opened	2	6
New investigations from divided investigations	0	9
Final decisions	6	7
Amicable settlements	4	3
Administrative rulings	0	2
Sanctions under art. 49a para. 1 Cartel Act	2	6
Part-rulings	0	1
Procedural rulings	7	7
Other rulings (publication, costs, searches, etc.)	10	1
Precautionary measures	1	0
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	0	0
Preliminary investigations		
Conducted during the year	20	18
Carried forward from previous year	16	14
Opened	4	4
Concluded	11	7
Investigations opened	1	1
Modification of conduct	8	2
No consequences	2	4
Other activities		
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	2	2
Advice	27	17
Market monitoring	61	33
Freedom of information applications	13	23
Other enquiries	594	685
Mergers		
Notifications	30	29
No objection after preliminary examination	35	26
Investigations	1	3
Decisions of the Competition Commission	0	0
After preliminary examination	0	0
After investigation	0	0
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total number of appeals before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court	25	24
Judgments of the Federal Administrative Court	7	3
Success for the competition authority	3	2
Partial success	1	0
Judgments of the Federal Supreme Court	0	2
Success for the competition authority	0	2
Partial success	0	0
Pending at the end of year (before Federal Administrative Court and Federal Supreme Court)	21	22
Expert reports, recommendations and opinions etc.		

Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	1	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	2	0
Follow-up checks	6	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	1
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	254	281
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	5	8
IMA		
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	3	2
Expert reports (Art. 10 I IMA)	1	1
Explanatory reports (Secretariat)	36	45
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	5	1

A glance at the statistics and a comparison with the figures from the previous year reveals the following:

- The number of investigations carried out has clearly increased, which is due to the division of the investigation into bid rigging in the canton of Graubünden into ten different investigations (see above, p. 53). In 2015, more sanctions were imposed than in the previous year. Half of the investigations were concluded by amicable settlement.
- Under “Other activities”, the number of instances of providing advice and market monitoring procedures has declined by almost half. On the other hand, the number of “other enquiries”, which includes many enquiries from members of the public, has risen again to almost 700.
- The number of mergers notified is practically the same as in 2014. On the other hand, the Competition Commission conducted three complex reviews, at the end of which the mergers were permitted without additional requirements and conditions, because the strict statutory requirements for intervention – the potential elimination of the competition – were not met.
- The number of appeal proceedings before the Federal Administrative Court and Federal Supreme Court is still high. Although the Federal Administrative Court issued judgments in three cases (Swisscom ADSL, BMW and alpine sports products), all three decisions have been appealed to the Federal Supreme Court. At the end of 2015, therefore, 22 appeals were pending before the courts, i.e. almost as many as at the end of 2014.
- In 2015, a large number of opinions were provided during legislative procedures (office consultation

procedures and consultation proceedings). This underlines the importance of the competition authorities’ advocacy activities, as highlighted in the Annual Report for 2014.

- The volume of work carried out in relation to the Internal Market Act was similar to that in previous years. Although the number of appeals declined, in 2015 the Secretariat issued more explanatory reports on IMA-related matters.

5 Ten years of searches

5.1 Searches carried out

On 14 February 2006, the Secretariat of the Competition Commission conducted searches of premises for the very first time. The aim of these searches was to find evidence of a suspected air freight cartel. The procedure had been triggered by a voluntary report, with the result that two new instruments in the then recently revised Cartel Act (revision of 2003; in force since 1 April 2004 with transition period to 31 March 2005) – searches and the bonus system – had their baptism of fire. Now, ten years later, it is time both to look back and to look ahead to the future.

Ahead of the first search, a competence centre for searches was set up to ensure that staff were prepared for their task by attending training sessions run by experts in the field from other countries. In addition, the competence centre drew up the guidelines and documents that were required to carry out these compulsory measures. In April 2005, the first “note on search procedures” was published on the authority’s website.

Since then, the Secretariat has conducted numerous searches and has continuously developed this practice from its initial solid basis, as the following table reveals:

Year	Case	Locations	Comments	Cantons
2006	Air freight	3	First ever search	ZH
2007	Builders' supplies	4		ZH/SG/BE
2007	Haulage companies	8	Confirmed by Federal Criminal and Federal Supreme Courts	ZH/BS/SZ
2008	Electricians	7	First ever whistleblower	BE
2008	Water management	1		SZ
2009	Roads and civil engineering ZH/AG	10	Confirmed by Federal Criminal Court	ZH/AG
2010	Mountain sports	1	First time for Art. 5 para. 4 Cartel Act	VD
2010	Nikon	1		ZH
2011	Wholesalers of sanitary facilities	7	First ever interviews / Confirmed by Federal Criminal Court	BE/ZH/VA/VDS
2012	Jura	1		SO
2012	Construction Lower Engadin	12	First every searches of private homes	GR/ZG
2012	Steinway & Sons	3		ZH/BE/TI
2013	Tunnel cleaning	5	First ever search before award of contract	OW/AB/ZH/TG/LU
2013	Construction St. Gallen	6		SG/GR/ZH
2013	Construction Graubünden	10	First ever use of scanning / Confirmed by Federal Criminal Court	SG/GR/ZH
2013	Stringed instruments	1		AG
2013	Construction St. Gallen 2	3		SG/SZ
2014	Car leasing and finance	8		ZH/AG/BE
2015	Gravel quarries and landfills BE	7		BE
2015	Company X	1		ZH
2015	Company Y	1	Only electronic data	SG
2015	Company Z	1	Only electronic data	LU
2015	Company Y	1	First ever second search at same location	SG
2015	Husqvarna	1		AG
Total :	24	103		15

In the course of these 24 procedures, the Secretariat has inspected over 100 locations. It is worth noting that in only four cases were proceedings before the Federal Criminal Court required for unsealing documents; the court upheld the Secretariat's course of action in every case. In the Panalpina case, the Federal Criminal Court's decision was appealed to the Federal Supreme Court, which also confirmed the Secretariat's practice.

The searches have not only been carried out correctly in procedural terms, but in virtually every case they have led to vital evidence being secured and/or have induced the companies concerned to make voluntary reports of unlawful conduct. An illustrative example is the case of the electricians companies in Bern (cf. RPW 2009/3, 196 ff.), which was triggered by a whistleblower report and in which three of the companies submitted voluntary reports during the searches. All the other parties also filed voluntary reports in the following days. A current example is the tunnel cleaning contracts case (cf. RPW 2015/2, 193 ff.), now confirmed by a binding court decision: in the judgment, numerous items of evidence were cited that had been seized during a search and which were decisive in proving a violation of competition law (see in particular, para. 87 ff. and 119 ff.). In this case

too, the initial voluntary report was filed during the search.

Ten years after searches began, the results have therefore been highly positive. It has proven to be an effective measure for investigating suspected violations of competition law. At the same time, it is a measure that cannot be used indiscriminately. Firstly, searches constitute a substantial encroachment on the freedoms of those concerned. Conducting a search can have a serious adverse impact on the business operations of a company. Secondly, searches involve a substantial volume of work for the authority. In large coordinated operations involving several companies, the entire staff of the Secretariat may have to be deployed. Police officers and IT investigators (primarily from the Federal Criminal Police) are also required; they support the Secretariat under the system of administrative assistance and make an essential contribution to the smooth conduct of the search.

5.2 Important developments

The Secretariat's practices in relation to searches have been improved continuously over the years. The following remarks provide an outline of the most important developments:

Adequate suspicion: The first searches were carried out in response to information that persons filing voluntary reports had provided, i.e. very detailed and specific information from within the cartel. Later searches were carried out based on information provided by a whistleblower. For the whistleblowers' protection, it was crucial that the Federal Criminal Court accepted that a whistleblower's identity must not be disclosed (Decision BE.2009.21 of the Federal Criminal Court of 14 January 2010, E. 3.2.f.). The case relating to wholesalers of sanitary facilities was the first in which a search was carried out in response to a complaint from customers, combined with enquiries by the Secretariat. The Federal Criminal Court held that the level of detail in such complaints could not match that in voluntary reports, but what is decisive is that the reports and complaints are adequately specific and are first assessed by the Secretariat as to their validity based on its own observations (Decision BE.2012.4. of the Federal Criminal Court from 11 July 2012, E.3.2.f.).

Lawyer-client confidentiality: One of the most controversial issues in relation to searches concerns the protection of lawyers' correspondence. Until 30 April 2013, lawyers' correspondence was only protected from search and seizure if it was in a lawyer's safekeeping (the competition authorities relaxed their practice in this connection when the new Criminal Procedure Code came into force on 1 January 2011). Since 1 May 2013, Article 46 paragraph 3 Administrative Criminal Law Act has applied, protecting articles and documents that are transmitted between a person and their lawyer irrespective of their location and of when they were created. The scope of protection covers documents (1) from dealings with a lawyer who is entitled under the Lawyers Act to represent clients in the Swiss courts (company in-house lawyers do not meet this requirement) and (2) which

have been prepared in connection with a professional mandate.

Removing seals: In order to sort out which documents are protected by lawyer-client confidentiality, the Secretariat has developed some practical solutions. One is to separate these documents from others in a preliminary triage carried out by Secretariat staff who are not part of the case team.

Interviews: In the case relating to wholesalers of sanitary facilities in 2011, the Secretariat decided to start the investigation not only by carrying out searches, but by conducting interviews with the parties and witnesses.

Scanning documents: At the outset, the Secretariat normally seized the original documents and then gave the company the opportunity to copy these documents at the Secretariat's offices. Later, companies were permitted to make copies on their own premises, provided this did not obstruct the search. Nowadays, the Secretariat has efficient scanning devices. Normally most of the documents can be scanned at the locus of the search and the company concerned is allowed to keep the originals.

5.3 New guidelines

The opportunity to conduct interviews has broadened the focus of the former competence centre for searches and it has now been renamed the **Competence Centre for Investigations**. As a result of this expansion and the various developments outlined above, the guidelines on search procedures has been radically revised and expanded to become the "**Note on selected instruments of investigation**". This note has been available since the start of 2016 on the Competition Commission website.

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	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/ticketportal AG

Beratung betreffend die Frage der Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG / ticketportal AG

Im Rahmen einer Beratungsanfrage nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) um eine kartellrechtliche Beurteilung betreffend die Frage der Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/ticketportal AG ersucht.

I. Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsgesuch beabsichtigt Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) – bzw. die von Tamedia allein kontrollierte Starticket AG (nachfolgend: Starticket) – die alleinige Kontrolle über die ticketportal AG (nachfolgend: ticketportal) zu übernehmen, indem sie den Geschäftsbereich B2B der ticketportal übernimmt.

2. Tamedia hat im Jahr 2015 über ihre Tochtergesellschaft Starticket bereits den Unternehmensteil B2C der ticketportal übernommen.¹ Im Rahmen des B2C-Geschäfts schloss ticketportal Verträge mit Veranstaltern über den Verkauf von Tickets für deren Events ab und verkaufte Tickets über die Verkaufskanäle von ticketportal an die Besucher. Der Unternehmensteil B2B der ticketportal war nicht Gegenstand des Zusammenschlusses.²

3. Gemäss den Ausführungen im Beratungsgesuch ist ticketportal heute nur noch im B2B-Geschäft tätig. Im Rahmen des B2B-Geschäfts stelle Ticketportal einem Veranstalter die notwendige technische Infrastruktur (insb. Software) zur Verfügung, damit dieser die Tickets für seine Veranstaltungen im Eigenvertrieb verkaufen könne. Dabei könne der Veranstalter zwischen der Nutzung einer Online-Softwarelösung, die von ticketportal betrieben wird, und einer client-basierten Software, welche der Veranstalter auf seinen eigenen Servern installiert und betreibt, wählen. Das B2B-Geschäft beschränke sich auf technische IT-Dienstleistungen. Ticketportal

trete gegenüber den Besuchern nicht auf und übernehme keinerlei Verkaufs- oder Werbeanstrengungen für den Veranstalter. Insbesondere vertreibe ticketportal weder selbst Tickets noch biete ticketportal Werberaum für Ankündigungsanzeigen oder andere Werbung an.

II. Beurteilung

4. Die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erreichen die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG nicht. Es stellt sich somit die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben dennoch gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

5. Praxisgemäss ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne betrifft oder einen Markt, der diesem Markt vor-, nachgelagert oder benachbart ist.³

6. Es gilt somit zu prüfen, ob ticketportal im genannten Lesermarkt oder in einem Markt, der diesem vor-, nachgelagert oder benachbart ist, tätig ist.

7. Wie eingangs erwähnt stellt ticketportal mit dem verbleibenden Geschäftsbereich B2B den Veranstaltern technische Dienstleistungen (insb. Software) zur Verfügung, die es den Veranstaltern ermöglichen, ihre Tickets selbst zu vertreiben. Gemäss Beratungsgesuch ist ticketportal weder in den Märkten für Ankündigungsanzeigen noch in den Märkten für die Bereitstellung von Online-Werbung tätig, sondern ausschliesslich im Bereich von IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets.

¹ RPW 2014/1, 294 ff., *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

² RPW 2014/1, 294, Rz 4, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

³ RPW 2015/3, 472, Rz 41 f., *Tamedia/ricardo.ch*.

8. Die WEKO hat in der Vergangenheit einen Markt für Ticketvertrieb abgegrenzt. Unternehmen, die als Anbieter auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig sind, bieten in der Regel einerseits Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle und andererseits Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglichen, an.⁴ Ticketportal ist mit dem verbleibenden Geschäftsbereich B2B somit im Markt für Ticketvertrieb bzw. einem Teilbereich davon tätig. Die Frage, ob der Markt für Ticketvertrieb grundsätzlich weiter unterteilt werden könnte (in einen Markt für Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle und einen Markt für IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets) kann vorliegend jedoch offen gelassen werden. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich weder beim Markt für Ticketvertrieb um einen zum Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne vor-, nachgelagerten oder benachbarten Markt, noch würde es sich bei einem allfälligen Markt für IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets um einen solchen handeln.

a. Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne

9. Ticketportal ist nicht im Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne tätig.

b. Vor- oder nachgelagerter Markt

10. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts umfassen nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 KG Produkte und Leistungen, in welche das Produkt oder die Leistung, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, einfließt. Somit wird vorausgesetzt, dass ein beherrschtes Produkt für die Produktion oder den Vertrieb eines anderen Marktes benötigt wird.⁵ Umgekehrt umfassen vorgelagerte Märkte Produkte/Dienstleistungen, die in die Produkte/Dienstleistungen des beherrschten Marktes einfließen.

11. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Markt für Ticketvertrieb bzw. der Bereich von IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne vor- oder nachgelagert ist.

b.1 Nachgelagerter Markt

12. Der Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne umfasst keine Produkte/Dienstleistungen, welche für den Ticketvertrieb oder für IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets benötigt werden. Letztere stellen somit keine nachgelagerten Produkte zum beherrschten Markt dar.

b.2 Vorgelagerter Markt

13. Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle einerseits und Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglichen, andererseits stellen keine Produkte/Dienstleistungen dar, welche für den Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne notwendig wären. Gewiss stellen IT-Dienstleistungen und Softwareprodukte im weitesten Sinn Inputs für Lesermärkte dar, da jedes Medienunternehmen IT-Dienstleistungen/Produkte benötigt. Ticketportal bietet jedoch ausschliesslich spezialisierte IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Ti-

ckets an. Marktgegenseite von ticketportal sind dabei nicht Medienunternehmen sondern Veranstalter. Für den Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne stellen die von ticketportal erbrachten IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets keine notwendigen Inputs dar. Folglich ist nicht nur der Markt für Ticketvertrieb sondern auch dessen Teilbereich betreffend IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets nicht als vorgelagerter Markt zum beherrschten Markt zu qualifizieren.⁶

c. Benachbarter Markt

14. Unter benachbarten Märkten sind Märkte zu verstehen, deren Produkte/Dienstleistungen bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind mit den Produkten/Dienstleistungen des beherrschten Marktes oder deren Nachfrage parallel verläuft.⁷

15. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Markt für Ticketvertrieb bzw. der Bereich von IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart ist.

16. Der Bereich von IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets scheint weder mit dem oben genannten Lesermarkt substituierbar zu sein noch scheint dessen Nachfrage parallel zu verlaufen. Auch sind keine anderen Zusammenhänge erkennbar, welche auf eine Benachbarkeit schliessen liessen.

17. Betreffend den Markt für Ticketvertrieb kann auf die bisherige Praxis der WEKO verwiesen werden. So wurde die Benachbarkeit im Rahmen der Beurteilung der Zusammenschlussvorhaben *Tamedia/Starticket* und *Tamedia/Unternehmensteil B2C der ticketportal* nicht für den Markt für Ticketvertrieb, sondern namentlich für die Märkte für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen bejaht.⁸ Der Markt für Ticketvertrieb für sich allein stellt keinen benachbarten Markt zum beherrschten Markt dar.

III. Fazit

Ticketportal ist ausschliesslich im Markt für Ticketvertrieb bzw. im Bereich von IT-Dienstleistungen für den Eigenvertrieb von Tickets tätig. Dieser Markt ist nicht als vor-, nachgelagerter oder benachbarter Markt zum Lesermarkt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne zu qualifizieren. Ticketportal ist insbesondere nicht in den Märkten für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen tätig, welche gemäss Praxis der WEKO als benachbarte Märkte zum von Tamedia beherrschten Markt gelten. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher nicht meldepflichtig.

⁴ RPW 2014/1, 296, Rz 29, *Tamedia/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*, RPW 2013/3, 382, Rz 34, *Tamedia/Starticket*, RPW 2012/1, 103, Rz 161, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵ RPW 2014/2, 477, E.2.2.4, *Urteil des BVerG i.S. Swatch/WEKO*.

⁶ Vgl. zum ganzen auch RPW 2013/3, 317, E.3.2, *Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschlussvorhaben Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom IT Services/X AG*.

⁷ RPW 2014/2, 477, E.2.3, *Urteil des BVerG i.S. Swatch/WEKO*.

⁸ RPW 2014/1, 295 f., Rz 19 ff., *Tamedia/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*, RPW 2013/3, 382, Rz 24 ff., *Tamedia/Starticket*.

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Online-Buchungsplattformen für Hotels

Hinweis: Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

Verfügung vom 19. Oktober 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) Online-Buchungsplattformen für Hotels wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen 1. Booking.com B.V., in Amsterdam, Niederlande, vertreten durch [...], 2. HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH, in Köln, Deutschland, vertreten durch [...], 3. Expedia, Inc., 333 in, Bellevue, WA 98004, USA, vertreten durch [...].

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	69	c) Anpassungen bezüglich Ausnahmen von Paritätsklauseln	76
A.1 Parteien und beteiligte Dritte	69	d) Fazit	76
A.2 Online-Buchungsplattformen	70	B. Verfahren	77
A.2.1 Allgemeines	70	B.1 Auslöser des Verfahrens / Marktbeobachtung	77
A.2.2 Geschäftsmodell	71	B.2 Vorabklärung	77
A.2.3 Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels	72	B.3 Untersuchung	77
A.2.4 Kommissionen	72	B.3.1 Untersuchungshandlungen	77
A.2.5 Ranking	72	B.3.2 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie des beteiligten Dritten	78
A.3 Gegenstand der Untersuchung	73	B.3.2.1 Booking.com	78
A.3.1 Weite Preisparitätsklauseln	73	B.3.2.2 HRS	78
A.3.1.1 Abgrenzung: Bestpreisgarantien seitens Online-Buchungsplattformen	74	B.3.2.3 Expedia	79
A.3.2 Weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln	74	B.3.2.4 SHV	79
A.3.3 Weite Konditionenparitätsklauseln	75	B.3.3 Anhörungen durch die WEKO	79
A.3.4 Keine Beurteilung von engen Paritätsklauseln	75	C. Erwägungen	79
a) Enge Preisparitätsklauseln	76	C.1 Geltungsbereich	79
b) Enge Verfügbarkeitsparitätsklauseln	76	C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich	79
		C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich	80
		C.1.3 Örtlicher Geltungsbereich	80
		C.2 Materielle Verfügungsadressatinnen	80
		C.2.1 Allgemeines	80
		C.2.2 Materielle Verfügungsadressatin bei Konzernverhältnissen	81
		C.3 Vorbehaltene Vorschriften	82
		C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede	82
		C.4.1 Vorbemerkungen zum Beweis	82
		C.4.2 Across-Platforms Parity Agreements – allgemeine Überlegungen	83

C.4.2.1	Abgrenzung gegenüber anderen Vereinbarungen bezüglich Preisen	83	(ii)	<i>Globale Distributionssysteme</i>	96
			(iii)	<i>Reiseveranstalter und Wholesaler</i>	97
C.4.2.2	Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – Literatur	84	(iv)	<i>Weitere Vertriebskanäle</i>	98
C.4.2.2.1	Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen	85	(v)	<i>Werbedienstleister</i>	98
C.4.2.2.2	Behinderung von Markteintritten	85	1.	Bewertungsportale	98
C.4.2.2.3	Ermöglichung von Kollusion zwischen Plattformen	85	2.	Meta-Suchmaschinen	98
C.4.2.2.4	Schutz von Investitionen durch Plattformbetreiber	85	3.	Internet-Suchmaschinen	99
			4.	Beurteilung	99
C.4.2.3	Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – bisherige Verfahren	85	(vi)	<i>Einzelne Online-Buchungsplattformen als separate sachlich relevante Märkte?</i>	100
C.4.2.3.1	Bundeskartellamt	85	(vii)	<i>Schlussfolgerungen</i>	100
C.4.2.3.2	Office of Fair Trading (OFT)	85	C.4.5.1.5	Räumlich relevanter Markt	101
C.4.2.3.3	Andere Verfahren	86	(i)	<i>Homogenität der Marktbedingungen</i>	101
C.4.3	Wettbewerbsabrede	86	(ii)	<i>Kundennähe</i>	101
C.4.3.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	87	(iii)	<i>Praxis der WEKO sowie ausländischer Behörden im Reisebereich</i>	101
C.4.3.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	87	(iv)	<i>Schlussfolgerungen</i>	102
C.4.3.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	88	C.4.5.1.6	Fazit	102
C.4.3.4	Zwischenergebnis	88	C.4.5.2	Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	102
C.4.4	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	88	C.4.5.2.1	Exkurs: Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Hotels	102
C.4.4.1	Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand?	89	(i)	<i>Preise</i>	103
C.4.4.2	Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf die Preisparitätsklauseln der Parteien?	89	1.	Preisunterschiede nach Produkten	103
C.4.4.3	Fazit: Keine Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG	90	2.	Preisunterschiede nach Zeitpunkt der Übernachtung	103
C.4.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	90	3.	Preisunterschiede nach Vertriebskanälen	103
C.4.5.1	Der relevante Markt	90	4.	Yield Management	103
C.4.5.1.1	Marktgegenseite	91	5.	Einschränkungen aufgrund von weiten Paritätsklauseln?	103
C.4.5.1.2	Sachlich relevanter Markt	91	(ii)	<i>Konditionen</i>	103
C.4.5.1.3	Eigenschaften von Online-Buchungsplattformen	91	(iii)	<i>Verfügbarkeit</i>	104
(i)	<i>Indirekte Netzwerkeffekte</i>	92	1.	Verfügbarkeit einzelner Raten	104
(ii)	<i>Nachfragergruppen</i>	92	2.	Verfügbarkeit je nach Vertriebskanal	104
(iii)	<i>Preisstruktur</i>	92	3.	Einschränkung durch Paritätsklauseln?	104
(iv)	<i>Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte</i>	93	(iv)	<i>Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels</i>	104
(v)	<i>Singlehoming versus Multihoming</i>	93	C.4.5.2.2	Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Online-Buchungsplattformen	104
(vi)	<i>Zusammenfassung</i>	94	(i)	<i>Preisparitätsklauseln</i>	105
C.4.5.1.4	Alternativen zu Online-Buchungsplattformen	94	(ii)	<i>Verfügbarkeitsparitätsklauseln</i>	106
(i)	<i>Direkter Vertrieb</i>	95	(iii)	<i>Konditionenparitäts-Klauseln</i>	106
			(iv)	<i>Bedeutung des Wettbewerbsparameters Kommission</i>	107

(v) Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs Stufe Online-Buchungsplattformen	107	C.5.1. Marktbeherrschende Stellung	120
C.4.5.2.3 Fazit	107	C.5.1.1. Einzelmarktbeherrschung durch Booking.com	120
C.4.5.3 Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	107	C.5.1.1.1. Aktueller Wettbewerb	121
C.4.5.3.1 Aktueller Wettbewerb	108	C.5.1.1.2. Potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite	121
(i) Intra-brand-Wettbewerb	108	C.5.1.1.3. Zusammenfassung	121
(ii) Inter-brand-Wettbewerb	108	C.5.1.2. Kollektive Marktbeherrschung	121
(iii) Zusammenfassung	111	C.5.1.2.1. Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration	121
C.4.5.3.2. Potenzieller Wettbewerb	111	C.5.1.2.2. Symmetrien	121
(i) Markteintrittsschranken	111	C.5.1.2.3. Markttransparenz	122
(ii) Markteintritte	112	C.5.1.2.4. Stellung der Marktgegenseite	122
(iii) Zusammenfassung	112	C.5.1.2.5. Stabile Marktverhältnisse	122
C.4.5.3.3. Stellung der Marktgegenseite	112	C.5.1.2.6. Multimarktbeziehungen	122
(i) Hotels	112	C.5.1.2.7. Zusammenfassung	122
(ii) Hotelier-Verbände	113	C.5.1.3. Wirtschaftliche Abhängigkeiten	123
(iii) Endkunden	113	C.5.1.4. Fazit	123
(iv) Zusammenfassung	113	C.5.2. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	123
C.4.5.3.4. Horizontales Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung	113	C.5.2.1. Einleitung	123
C.4.5.4. Fazit	114	C.5.2.2. Benachteiligungstatbestand	124
C.4.6. Rechtfertigung aus Effizienzgründen	115	C.5.2.3. Zwischenergebnis	125
C.4.6.1. Trittbrettfahrerproblem	115	C.5.2.4. Behinderungstatbestand	125
C.4.6.1.1. Komplexität der vermittelten Dienstleistung	116	C.5.2.5. Zwischenergebnis	126
C.4.6.1.2. Billboard-Effekt	116	C.5.3. Ergebnis	126
C.4.6.1.3. Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen	117	D. Kosten	126
C.4.6.1.4. Weitere verkaufsfördernde Massnahmen der Online-Buchungsplattformen	117	E. Ergebnis	127
C.4.6.1.5. Wechselwirkungen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen: umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik	117	F. Dispositiv	127
C.4.6.1.6. Zusammenfassung	118	A. Sachverhalt	
C.4.6.2. Hold-up Problem	118	A.1 Parteien und beteiligte Dritte	
C.4.6.3. Senkung der Suchkosten und Verstärkung des Inter-brand-Wettbewerbs auf Stufe Hotels	119	1. <i>Booking.com B.V.</i> (nachfolgend: <i>Booking.com</i> oder <i>Booking.com B.V.</i>) ist eine private Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung (private limited liability Company), welche nach niederländischem Recht inkorporiert ist und ihren Sitz in Amsterdam hat. <i>Booking.com</i> gehört zu <i>The Priceline Group</i> einer Aktiengesellschaft mit Hauptsitz in Norwalk (Connecticut) in den USA. <i>Booking.com</i> hat weltweit zahlreiche Tochtergesellschaften, darunter auch die <i>Booking.com (Schweiz) AG</i> mit Sitz in Zürich. <i>Booking.com</i> betreibt hauptsächlich eine Online-Buchungsplattform für Hotels, während <i>Priceline.com, Inc.</i> unter anderem auch im Vertrieb von Flügen, Kreuzfahrten und Pauschalreisen tätig ist.	
C.4.6.4. Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung	119	2. <i>HRS – HOTEL RESERVATION SERVICE Robert Ragge GmbH</i> (nachfolgend: <i>HRS</i>) hat ihren Hauptsitz in Köln. Die <i>HRS-Gruppe</i> verfügt über diverse Tochtergesellschaften in Europa und Asien und betreibt unter den Marken <i>HRS</i> , <i>Tiscover</i> (Übernahme 2008), <i>hotel.de</i> (Übernahme 2011, auch tätig unter <i>hotel.info</i>) sowie	
C.4.6.5. Fazit	119		
C.4.7. Strukturierung und Notwendigkeit von Paritätsklauseln	119		
C.4.8. Ergebnis	120		
C.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	120		

über das Opaque Booking-Portal¹ Surprice Hotels (gegründet 2013) verschiedene Online-Buchungsplattformen. In der Schweiz hat die HRS-Gruppe keine Niederlassung.

3. *Expedia, Inc., Bellevue (Washington)* ist der Hauptsitz der Expedia-Gruppe (nachfolgend: Expedia), welche mit Expedia Lodging Partner Services Sàrl in Genf über eine Zweigniederlassung in der Schweiz verfügt. Die Schweizer Niederlassung erbringt als Haupttätigkeit strategische Dienstleistungen im Bereich von Hotelübernachtungen für die Expedia-Gruppe. Muttergesellschaft des Expedia-Konzerns ist eine als Expedia, Inc. eingetragene Delaware Gesellschaft, welche selbst keine operativen Tätigkeiten ausübt, sondern auf eine kotierte Group Holding Gesellschaft beschränkt ist. Die Expedia-Gruppe erbringt Dienstleistungen im Bereich des Vertriebs von Reisedienstleistungen, wobei die Produktpalette neben Hotels auch Flüge, Pauschalreiseangebote, Autovermietung sowie Dienstleistungen und Aktivitäten an den Reisedestinationen (beispielsweise Stadtrundfahrten) umfasst. Als Online-Buchungsplattform für Hotels ist Expedia unter den Marken Expedia, Hotels.com (Übernahme 2003) und Venere (Übernahme 2009) tätig.

4. Der *Schweizer Hotelier-Verein* (nachfolgend: SHV oder hotelleriesuisse) ist ein im Schweizerischen Handelsregister eingetragener Verein mit Sitz in Bern. Der SHV ist der Branchenverband der Schweizer Hotellerie mit über 3171 Mitgliedern, davon rund 2051 klassierte Hotels. Der SHV ist im vorliegenden Verfahren als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG² zugelassen.

5. Aus verschiedenen Gründen wurde das vorliegende Verfahren nicht auf die bei den Online-Buchungsplattformen angeschlossenen *Partner-Hotels* ausgeweitet. Zu beachten sind hier zunächst verfahrensökonomische Überlegungen. So wäre es bei einer Ausweitung des Verfahrens auf die beteiligten Partner-Hotels bei einer allfälligen Sanktionierung – wenn eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt worden wäre – notwendig gewesen, den jeweils relevanten Umsatz, den ein bestimmtes Hotel über eine bestimmte Online-Buchungsplattform erzielt hat, sowie die individuelle Abrededauer aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips für jedes einzelne Hotel separat zu ermitteln. Ein solches Vorgehen hätte das vorliegende Verfahren nicht nur erheblich verzögert, es wären darüber hinaus Verfahrenskosten in nicht absehbarer Höhe entstanden.³

6. Zu diesen verfahrensökonomischen Überlegungen tritt auch eine Interessensasymmetrie, die zwischen den Online-Buchungsplattformen und ihren angeschlossenen Partner-Hotels hinsichtlich der Paritätsklauseln festgestellt wurde, und führte dazu, dass im vorliegenden Verfahren das Verhalten der Parteien auch unter dem Aspekt eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG überprüft wurde.⁴ Ebenso berücksichtigt wurde, dass sich die Paritätsklauseln hauptsächlich auf Stufe der Online-Buchungsplattformen wettbewerbsbeschränkend auswirken.⁵

A.2. Online-Buchungsplattformen

7. Einleitend ist aufzuzeigen, was Online-Buchungsplattformen sind, welche Geschäftsmodelle diese verwenden und wie die Zusammenarbeit zwischen den Online-Buchungsplattformen und den Hotels organisiert wird. Weitergehende Ausführungen zum jeweils relevanten Sachverhalt erfolgen im Rahmen der rechtlichen und ökonomischen Erwägungen.

A.2.1 Allgemeines

8. Die Haupttätigkeit von Online-Buchungsplattformen besteht – kurz gefasst – in der Vermittlung von Buchungen von Hotelübernachtungen. Um diese Dienstleistung zu erbringen, sind sie mit den Endkunden sowie den Hotels gegenüber zwei Nachfragergruppen tätig.

9. Online-Buchungsplattformen bieten den Endkunden die Möglichkeit, Hotels zu suchen und zu vergleichen und anschliessend eine sofort bestätigte Buchung von Hotelübernachtungen vorzunehmen. Dabei wird eine Vielzahl von Hotels angeboten, d.h. Hotels unterschiedlicher Grössen und Kategorien in verschiedenen Ortschaften. Die Dienstleistungen gegenüber den Endkunden werden weitestgehend über das Internet erbracht, einerseits über eigene Websites, andererseits auch über Websites von Vertriebspartnern, sogenannten „Affiliates“, wie beispielsweise Flug- oder Eisenbahngesellschaften.⁶ Zusätzlich können Endkunden teilweise auch telefonisch, per E-Mail oder via Smartphone-Apps Hotelbuchungen bei den Online-Buchungsplattformen vornehmen. Den Endkunden entstehen keine direkten Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattformen.

10. Wenn eine Online-Buchungsplattform eine Buchung zwischen einem Hotel und einem Endkunden erfolgreich vermittelt, erhält der Endkunde eine sofortige Buchungsbestätigung und die entsprechenden Informationen werden, inklusive Angaben zum Endkunden, an das Hotel übermittelt.

11. Um den Hotels den Zugang zu Buchungen durch Endkunden zu ermöglichen, werden einerseits Informationen zu diesen auf den Online-Buchungsplattformen dargestellt. Diese Informationen werden von den Online-Buchungsplattformen beispielsweise in verschiedene Sprachen übersetzt und Hotels erhalten teilweise persönliche Unterstützung bei der Verbesserung entsprechender Inhalte, wie beispielsweise Fotos. Andererseits erhalten die Hotels die notwendigen technischen Voraussetzungen, um jeweils aktuelle Preise, Verfügbarkeiten sowie Konditionen an die Online-Buchungsplattformen zu übermitteln.

¹ Bei derartigen Anbietern können Endkunden ermässigte Hotelzimmer buchen, wobei im Gegenzug die Identität des Hotels erst nach einer definitiven Buchung bekannt gegeben wird. Vor der Buchung können Endkunden lediglich nach einer Auswahl allgemeiner Kriterien (Lage des Hotels, Sterne-Kategorie etc.) suchen, ohne die Namen der buchbaren Hotels zu erfahren.

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Vgl. zu diesem Vorgehen auch RPW 2010/4, 699 Rz 382 ff., *Hors Liste*.

⁴ Vgl. Rz 409 ff.

⁵ Vgl. Rz 266 ff.

⁶ Vgl. Rz 316 ff.

12. Die Hotels stellen ihre jeweiligen Preise, die Verfügbarkeiten und Konditionen selbst auf den Online-Buchungsplattformen ein. Dies kann über das Extranet der jeweiligen Plattform geschehen, d.h. manuell in einem geschützten Bereich der Homepage der Online-Buchungsplattformen, oder über einen Channel Manager, d.h. eine Software, welche entsprechende Informationen automatisiert mit verschiedenen Vertriebskanälen abgleicht. Ebenfalls möglich ist eine Anbindung der Online-Buchungsplattformen an ein zentrales Reservationssystem (CRS). Solche Softwarelösungen unterstützen neben dem Channel Management auch weitere Aspekte des Hotel-Managements wie beispielsweise die Pflege von Kundendaten sowie die Analyse betriebswirtschaftlicher Kennzahlen.

13. In der Schweiz sind die Parteien die mit Abstand bedeutendsten Online-Buchungsplattformen. Weitere Online-Buchungsplattformen werden von STC Switzerland Travel Centre⁷ (nachfolgend: STC) sowie ebookers betrieben.⁸

A.2.2 Geschäftsmodell

14. Die Online-Buchungsplattformen der Parteien, STC und auch ebookers arbeiten heute nach einem Agentur-Modell. Dabei fungiert die Online-Buchungsplattform als reiner Vermittler zwischen Endkunden und Hotels, wel-

cher vom Hotel bei einer erfolgreichen Vermittlung einer Buchung eine prozentuale Kommission erhält.⁹ Der Zugang zur Plattform, die Aufschaltung der entsprechenden Daten sowie die eingangs erwähnten Unterstützungsdienstleistungen sind dabei für ein Hotel zunächst kostenlos. Auf erfolgreich vermittelte Buchungen wird hingegen eine Kommission erhoben.

15. Die Online-Buchungsplattform erwirbt keine Zimmer von den Hotels, um diese weiterzuverkaufen. Der (Ver-)Kauf der Übernachtungsdienstleistung erfolgt vielmehr zwischen den Endkunden und den Hotels direkt. Dabei setzt der Hotelier selbst den Endkundenpreis fest, der auf der Online-Buchungsplattform angeboten wird und auf welchen später auch die Kommission erhoben wird.¹⁰ Die Funktionsweise des Agentur-Modells ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt.

16. Den Hotels entstehen dadurch nur im Falle erfolgreicher Vermittlungen von Buchungen unmittelbare Kosten. Sie haben jedoch auch keine garantierten Einnahmen, da Online-Buchungsplattformen keine Zimmerkontingente zum Weiterverkauf erwerben. Aus Sicht der Online-Buchungsplattform ist dieses Modell insofern attraktiv, als dass kein Inventarrisiko besteht und auch kein gebundenes Kapital vorliegt.

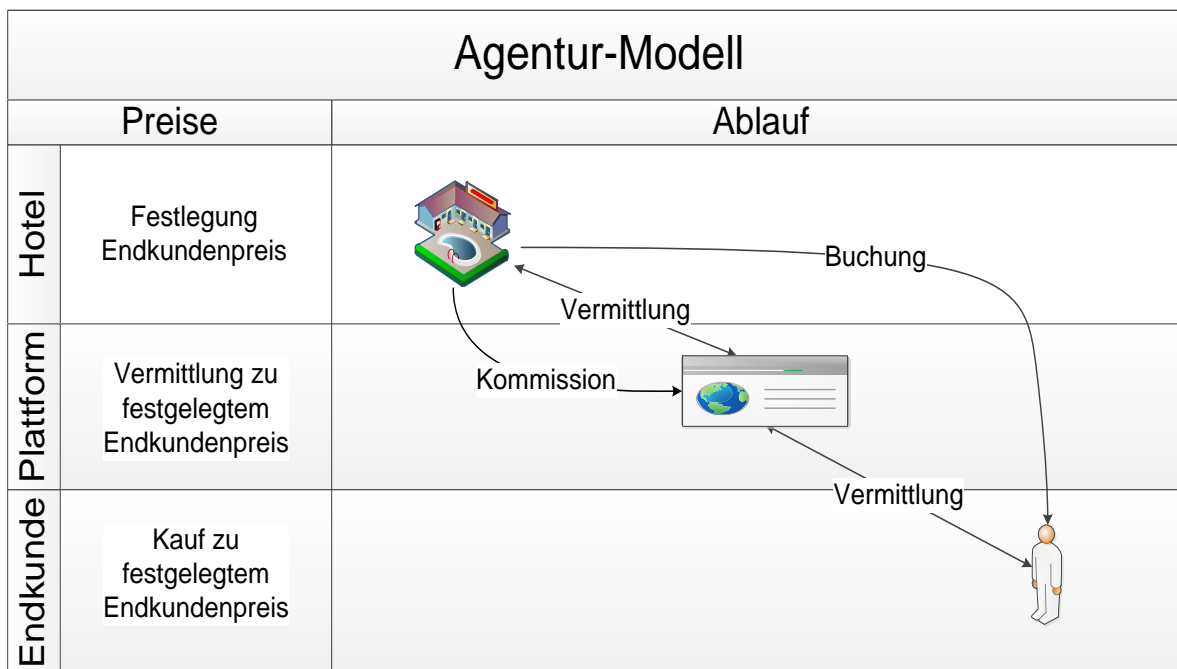


Abbildung 1: Funktionsweise Agentur-Modell

17. Vom Agentur-Modell abzugrenzen ist somit das sogenannte Merchant-Modell, bei welchem ein Wiederverkäufer ein Zimmerkontingent eines Hotels zu einem Nettopreis erwirbt und diese Zimmer unter Aufschlag einer Marge an Endkunden weiterverkauft, wobei die Festlegung des Endkundenpreises durch den Wiederverkäufer erfolgt. Dieses Modell kommt beispielsweise vielfach bei Pauschalreiseangeboten zur Anwendung, bei welchen ein Reiseveranstalter eine Kombination von Übernachtung

⁷ STC Switzerland Travel Centre betreut insbesondere die Hotelbuchungen auf myswitzerland.com.

⁸ Vgl. hierzu auch unten, Rz 323 ff.

⁹ Zu den Kommissionen vgl. unten, Rz 19 ff.

¹⁰ Expedia [...] Siehe Rz 22.

tungs- und sonstigen Reisedienstleistungen wie Flüg erstellt und dieses Gesamtpaket an Endkunden verkauft. Ebenfalls verwendet wird dieses Modell von Wholesalern, welche Kontingente an Hotelzimmern aufkaufen und diese – ebenfalls unter Aufschlag einer Marge – an Reiseveranstalter, Reisevermittler oder Endkunden weiterverkaufen.¹¹

A.2.3 Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels

18. Die Zusammenarbeit der Online-Buchungsplattformen mit den Hotels wird mittels sogenannter Anschlussverträgen geregelt. Die Parteien verwenden hierfür standardisierte Verträge mit allgemeinen Vertragsbedingungen. Diese Bedingungen enthalten wiederum die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln.¹² [...] [...] ¹³ [...]

A.2.4 Kommissionen

19. Hotels bezahlen für die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen eine Kommission in Form eines prozentualen Anteils am Buchungsumsatz.

20. Booking.com setzt jährlich vertragliche Kommissionsätze fest und unterscheidet hierbei einerseits zwischen Einzelhotels und Hotelketten, andererseits zwischen Standardhotels und solchen, die am Preferred Partner Programm teilnehmen. Die Standardkommission beträgt [...] für Einzelhotels sowie [...] für Hotelketten. Einzig [...] wurden die Kommissionen für Einzelhotels im [...] erhöht.¹⁴ Für Preferred Partner¹⁵ beträgt die Kommission [...] für Einzelhotels ([...]) respektive [...] für Hotelketten.

21. HRS verwendete [...].

22. Seit [...] beträgt die Kommission bei Expedia grundsätzlich [...] ¹⁶ Daneben können sich Partner-Hotels von Expedia [...] beträgt die Kommission [...]. Bei [...] beträgt die Kommission [...].

A.2.5 Ranking

23. Besucht ein Endkunde die Homepage einer Online-Buchungsplattform, so wird er zunächst aufgefordert, den Ort, den gewünschten Übernachtungszeitraum sowie die Anzahl gewünschter Zimmer und reisender Personen zu präzisieren. Anschliessend schlägt die Online-Buchungsplattform die verschiedenen am gewünschten Ort und zur gewünschten Zeit verfügbaren Hotels vor. Die Reihenfolge, in welcher diese Hotels auf der Homepage erscheinen wird als Ranking bezeichnet.

24. Die Bedeutung des Rankings ist regional sehr unterschiedlich. In einer Region, in welcher nur wenige Hotels auf einer bestimmten Online-Buchungsplattform vertreten sind, spielt das Ranking eine eher untergeordnete Rolle da alle Hotels für den Endkunden auf den ersten Blick ersichtlich sein werden. In stärker vertretenen Regionen ist das Ranking jedoch sehr relevant, da ein Grossteil von Kunden lediglich die ersten paar Treffer in der Liste näher betrachten und buchen wird.

25. Die nachfolgenden Erläuterungen beziehen sich auf das Ranking, welches den Endkunden nach erfolgter Suche standardmässig vorgelegt wird. Bei Booking.com wird dieses Ranking beispielsweise als „Booking.com empfiehlt“ bezeichnet. Allerdings haben Endkunden

auch die Möglichkeit, diese Liste nach anderen Kriterien zu sortieren, beispielsweise nach dem Preis, nach der Lage oder nach nutzergenerierten Bewertungen.

26. Das Standard-Ranking erstellen die Online-Buchungsplattformen automatisch, wobei verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. Der jeweilig zugrundeliegende Algorithmus wurde von den Verfahrensparteien (unter Verweis auf dessen hohe Komplexität und der Vertraulichkeit aufgrund von dessen geschäftskritischer Natur) gegenüber dem Sekretariat nicht offengelegt. Aufgrund der Erläuterungen von Booking.com wird jedoch ersichtlich, dass die sogenannte Konversionsrate eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung des Rankings spielt. Die Konversionsrate bestimmt sich basierend auf der Anzahl Buchungen, die bei einem bestimmten Hotel über die jeweilige Online-Buchungsplattform erfolgen, in Relation zur Anzahl Zugriffe auf ein gelistetes Hotel (sogenannte look-to-book-ratio). Dies und andere Faktoren wie beispielsweise die Kundenbewertungen bestimmen, als wie attraktiv für den Endkunden ein Hotel durch den Algorithmus der jeweiligen Online-Buchungsplattform betrachtet wird. Je attraktiver ein Hotel durch den Algorithmus der Online-Buchungsplattform bewertet wird, umso höher erscheint es im Ranking. Den Erläuterungen von HRS und Expedia lässt sich entnehmen, dass [...].

27. Hotels selbst können das Ranking mit verschiedenen Mitteln beeinflussen. [...]

28. Bei [...]

29. Bei Booking.com haben Partner-Hotels zudem die Möglichkeit, unter gewissen Bedingungen, am „Preferred-Partner“ Programm teilzunehmen. Dies ist einerseits mit der Erfüllung bestimmter Kriterien (wie Einhaltung der Paritätsklauseln¹⁷, gute nutzergenerierte Bewertungen, tiefe Stornierungsquote), andererseits mit der Entrichtung einer höheren Kommission verbunden. Neben der Bezeichnung als Preferred Hotel ist die Verbesserung des Rankings letztlich der einzige effektive Vorteil der Teilnahme am „Preferred-Partner“ Programm.

30. [...] ¹⁸ Bei Booking.com hat die Einhaltung der Preisparität lediglich einen indirekten Einfluss, indem die Möglichkeit besteht, dass sich die Nichteinhaltung der Preisparität negativ auf die Konversionsrate auswirken kann. So werde ein Hotel, welches bei einer Plattform immer höhere Preise angebe als auf anderen Kanälen, eher über diese anderen Kanäle gebucht, was die Konversionsrate auf der betreffenden Plattform und entsprechend auch die Einstufung im Ranking verschlechtere. [...]

¹¹ Vgl. Rz 203 ff.

¹² Vgl. Rz 33 ff.

¹³ Welche im Schweizer Hotelmarkt allerdings eine untergeordnete Rolle spielen. Hauptsächlich handelt es sich bei den Schweizer Hotels um kleinere Einzelbetriebe, vgl. Rz 319 ff.

¹⁴ Gemäss Booking.com erfolgt mit diesem Schritt [...].

¹⁵ Vgl. Rz 29.

¹⁶ [...]

¹⁷ Vgl. Rz 31 ff.

¹⁸ Vgl. Rz 31 ff.

A.3 Gegenstand der Untersuchung

31. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden primär die Preisparitätsklauseln, die in den zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen abgeschlossenen Anschlussverträgen enthalten sind. Des Weiteren untersucht werden auch die damit zusammenhängenden Klauseln betreffend Verfügbarkeits- und Konditionenparität. Im Folgenden werden diese Klauseln sowie deren konkrete Umsetzung kurz umrissen, ohne ihre kartellrechtliche Beurteilung vorwegzunehmen.

32. Es ist vorab darauf hinzuweisen, dass Booking.com sowie Expedia kurz vor Abschluss der vorliegenden Untersuchung ihre Paritätsklauseln gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz angepasst haben. Diese seit frühestens dem 1. Juli 2015 (im Falle von Booking.com) respektive seit frühestens dem 1. August 2015 (im Falle von Expedia) gültigen Paritätsklauseln, welche nachfolgend als enge Paritätsklauseln bezeichnet werden, sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Jedoch wird im Anschluss auf die Erläuterungen zu den weiten Paritätsklauseln, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, auch die Kernelemente der engen Paritätsklauseln kurz erläutert sowie ausgeführt, weshalb derzeit eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung der angepassten Paritätsklauseln noch nicht möglich ist.

A.3.1 Weite Preisparitätsklauseln

33. Im Vordergrund der Untersuchung stehen Preisparitätsklauseln. Mit diesen verbieten Online-Buchungsplattformen ihren Partner-Hotels, ihre Zimmer auf anderen, vertraglich definierten, Vertriebskanälen zu günstigeren Preisen anzubieten. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Preisparitätsklauseln. Diese schliessen praktisch alle Vertriebskanäle der Partnerhotels ein und erlauben es insbesondere auch nicht, auf einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform günstigere Preise anzubieten.

34. Generell liess sich, zumindest vor den jüngsten Anpassungen seitens Booking.com sowie Expedia, eine Verschärfung der von den Verfahrensparteien verwendeten Preisparitätsklauseln im Verlauf der Jahre feststellen. So verlangte beispielsweise HRS noch im Jahr 2008 die Parität hinsichtlich der Preise, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet oder auf der eigenen Homepage anbietet. In der derzeit verwendeten Fassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt HRS die Parität nun auch hinsichtlich allen eigenen Vertriebskanälen. Die Klausel umfasst entsprechend auch sämtliche direkten Offline-Kanäle wie Telefon und Walk-in. Die aktuell verwendete Klausel von HRS lautet:

„HRS erwartet von seinen Hotelpartnern grundsätzlich die günstigsten Zimmerpreise inklusive aller Steuern und Gebühren (sog. Endpreise) sowie eine höchst mögliche Verfügbarkeit. Das Hotel verpflichtet sich somit, dass (...) HRS immer die mindestens gleich günstigen Preise und Preisbedingungen (nachfolgend gemeinsam „Preis“ oder „Rate“) erhält, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet und den eigenen Vertriebskanälen anbietet oder anbieten lässt (sog. parityrate). Das Hotel verpflichtet sich in diesem Zusammenhang auch, seine sonstigen Vertriebspartner (wie z.B. Reiseveranstalter) ent-

sprechend zu verpflichten und dafür Sorge zu tragen, dass HRS für den Fall, dass das Hotel zu einem günstigeren Preis buchbar ist, diesen Preis ebenfalls erhält.“

35. Booking.com verwendete vor dem 1. Juli 2015 folgende Fassung:

„Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Verfügbarkeitsparität („Parität“). Ratenparität bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder bessere Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Frühstück, Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie er auf den Webseiten, Apps oder in den Call-Centern (inklusive dem Kundenreservierungssystem) der Unterkunft oder direkt in der Unterkunft sowie bei einem Wettbewerber von Booking.com (darunter Online- und Offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten wird.“

36. Expedia hat seine Vertragsbedingungen nach Abschluss des Verfahrens des OFT¹⁹ im Februar 2013 angepasst und verwendete vor dem 1. August 2015 folgende Klausel:

[...]

37. Die Einhaltung der jeweiligen Preisparitätsklausel wird von den Verfahrensparteien relativ umfassend kontrolliert. So verfügen Expedia und HRS [...]. Booking.com [...]²⁰

38. Auch gegenüber den Endkunden kommunizierte Bestpreisgarantien²¹ können zur Aufdeckung von Verstössen gegen Preisparitätsklauseln beitragen, indem Kunden einen tieferen Preis auf einem anderen Kanal feststellen und sich mit einer entsprechenden Forderung an eine Online-Buchungsplattform wenden. Laut Aussagen von Booking.com seien derartige Meldungen eher selten. Booking.com geht nach eigenen Aussagen davon aus, dass entsprechende Endkunden eher ihre Buchung bei Booking.com (falls möglich) stornieren und über den günstigeren Kanal buchen.

39. Offline-Vertriebskanäle sind schwieriger zu beobachten, da dies manuell erledigt werden müsste. HRS [...]. Fälle, wie sie teilweise von Hotels bei ausländischen Wettbewerbsbehörden geschildert werden, in welchen die Hotels z.B. telefonisch von einem „Kunden“ kontaktiert werden, bei dem es sich in Tat und Wahrheit um einen Mitarbeiter einer Online-Buchungsplattform handelt, der nach besonderen Rabatten fragt, die nur bei den Hotels direkt erhältlich wären, wurden im Laufe der vorliegenden Untersuchung in der Schweiz keine bekannt.

¹⁹ Vgl. Rz 139 ff.

²⁰ Andere Gründe können beispielsweise die unterschiedliche Berücksichtigung allfälliger Abgaben (z.B. Kurtaxe), ein abweichender Umrechnungskurs, ein anderer Angebotszeitpunkt oder technische Probleme bei der Aufschaltung von Preisen sein.

²¹ Vgl. Rz 44 ff.

40. Zur Überwachung der Einhaltung der Preisparität [...]Expedia [...] Auch HRS prüft mit Hilfe einer eigenen Softwarelösung die Einhaltung von Preisparitätsklauseln, welche den entsprechenden Mitarbeitern mögliche Verstöße aufzeigt. Wenn nach genauerer Prüfung tatsächliche Probleme festgestellt werden, werden die entsprechenden Hotels, unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung, per E-Mail oder Telefon darauf aufmerksam gemacht.

41. Wird bei einem Hotel ein Verstoß gegen die Preisparität festgestellt, wird dieses teilweise durch die betreffende Online-Buchungsplattform kontaktiert, um es zunächst auf den festgestellten Verstoß hinzuweisen und die Einhaltung der Preisparitätsklausel einzufordern. In der Regel haben einzelne Verstöße zwar keine gravierenden Konsequenzen, es wird lediglich eine allfällige Korrektur der Angebote und die künftige Einhaltung der Klausel gefordert. Die Hotels werden teilweise auch dabei unterstützt, die Ursache für festgestellte Verstöße zu finden.²²

42. Die untersuchten Anschlussverträge der Parteien sehen jedoch vor, dass Verträge mit Hotels, die gegen die Preisparitätsklauseln verstossen, deswegen aufgelöst werden können. [...], laut Aussagen von Hoteliers werden Verstöße gegen die Preisparitätsklausel jedoch durchaus damit sanktioniert, dass Zimmer des betreffenden Hotels zumindest temporär nicht vermittelt werden oder das Hotel im Ranking der betreffenden Online-Buchungsplattform absteigt. Die Antworten der befragten Hotels erlauben zwar keine generellen Schlüsse bezüglich der Häufigkeit eines solchen Vorgehens durch die Plattformen, doch zeigen bereits die einzelnen geschilderten Erfahrungen auf, dass die Online-Buchungsplattformen durchaus mit Restriktionen auf Verstöße gegen die Preisparitätsklauseln reagieren. Dennoch liegen keine Hinweise darauf vor, dass Hotels dauerhaft von einer Online-Buchungsplattform ausgeschlossen würden.²³

43. Booking.com bringt zwar vor, dass die Nichteinhaltung der Preisparität keinen direkten Einfluss auf das jeweilige Ranking habe. Die Teilnahme am sogenannten „Preferred Partner“ Programm²⁴ von Booking.com Programm ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die Preisparitätsklausel durchgehend eingehalten wird. Verstösst ein Hotel dagegen und verliert dadurch seinen Preferred-Status, steigt es damit automatisch im Ranking ab. Über die Konversionsrate kann eine Nichteinhaltung der Preisparitätsklausel letztlich dennoch ein tieferes Ranking zur Folge haben.²⁵

A.3.1.1 Abgrenzung: Bestpreisgarantien seitens Online-Buchungsplattformen

44. Abzugrenzen sind Preisparitätsklauseln von den durch Online-Buchungsplattformen teilweise gegenüber den Endkunden abgegebenen *Bestpreisgarantien*. Im Rahmen von Bestpreisgarantien versichern die Online-Buchungsplattformen den Endkunden, dass für ein bestimmtes Hotel zu einem bestimmten Zeitpunkt keine bessere Rate erhältlich ist, als sie auf der betreffenden Online-Buchungsplattform gebucht werden kann.

45. Bestpreisgarantien geben den Endkunden das Recht, allfällige festgestellte Preisunterschiede bei der

Online-Buchungsplattform geltend zu machen. In welcher Form und zu welchem Zeitpunkt dies genau zu geschehen hat, ist je nach Online-Buchungsplattform unterschiedlich geregelt. Ebenfalls unterschiedlich geregelt ist die Frage, wer eine allfällige Preisdifferenz zu tragen hat, das Hotel oder die Plattform.

46. Bestpreisgarantien bilden nicht direkt Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Dennoch sind sie relevant, da die Gewährung einer Bestpreisgarantie durch Preisparitätsklauseln unterstützt werden kann.²⁶ Ebenfalls relevant sein können Bestpreisgarantien bei der Überwachung der Einhaltung der Preisparitätsklauseln, indem auf die Bestpreisgarantie gestützte Forderungen von Endkunden zur Aufdeckung von Verstößen eines Hotels gegen die Preisparitätsklausel führen können.²⁷

A.3.2 Weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln

47. Weiter werden im vorliegenden Verfahren Verfügbarkeitsparitätsklauseln untersucht: Eine solche Klausel besagt, dass freie Zimmer, sofern diese auf vertraglich definierten weiteren Kanälen zur Verfügung gestellt werden, immer auch auf der jeweiligen Plattform anzubieten sind. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln, welche es insbesondere verbieten, einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung zu stellen. Wenn sich die Verfügbarkeitsparität auch auf den Direktvertrieb des Hotels erstreckt, wird von „Last Room Availability“-Klauseln gesprochen.²⁸

48. Eine solche Last Room Availability wird einzig in den untersuchten Anschlussverträgen von Expedia ausdrücklich verlangt:

[...]

²² So bilden Zimmer, die über Wholesaler angeboten werden, häufig Ursache eines Verstosses gegen die Preisparitätsklausel. Wholesaler kaufen Hotelzimmer zu Nettopreisen ein und verkaufen diese in Packages an Endkunden weiter. Zu viel gekaufte Zimmer werden unter Umständen weiter verkauft und Dritte bieten diese dann zur Nettorate an (Verlustminimierung durch Wholesaler). Diese Nettorate ist meist deutlich günstiger als die Preise, die die Hotels selber festlegen und führt für das Hotel zu einer Verletzung der Preisparitätsklausel gegenüber den Online-Buchungsplattformen. Hier liegt die Ursache in den Verträgen zwischen den Wholesalern und den Hotels. Insbesondere Booking.com scheint die Hotels relativ umfassend zu beraten, wie die Verträge angepasst werden können, um solche Probleme zu vermeiden.

²³ Vgl. hierzu auch Rz 452.

²⁴ Vgl. Rz 29.

²⁵ Vgl. Rz 26 ff.

²⁶ Wobei festzuhalten ist, dass HRS in Deutschland trotz des dortigen Verbots von Preisparitätsklauseln auch weiterhin eine Bestpreisgarantie gegenüber ihren Endkunden abgibt, vgl. <<http://www.hrs.de/web3/showCmsPage.do?clientId=ZGVfX05FWFQ-&cid=45-1&pagelId=standard-01869>> (6.2.2015).

²⁷ Vgl. hierzu oben, Rz 44.

²⁸ Verfügbarkeitsparitäten sind nicht zu verwechseln mit vertraglich vereinbarten Mindest- oder Exklusivkontingenten. Diese werden teilweise in den Verträgen der Online-Buchungsplattformen und andere indirekter Vertriebskanäle vorgesehen und stehen im vorliegenden Verfahren nicht in Frage.

49. Die untersuchte Klausel von HRS ist aufgrund der Formulierung „andere Vertriebskanäle“ jedoch ebenfalls dahingehend zu verstehen, dass sie direkte Vertriebskanäle erfasst und damit eine Last Room Availability enthält:

„(...) Das Hotel verpflichtet sich somit, dass

(...)

c. HRS in Bezug auf die Verfügbarkeit nicht schlechter behandelt wird als andere Vertriebskanäle, so dass auf anderen Vertriebskanälen noch verfügbare Zimmer immer auch bei HRS verfügbar gemacht werden.“

50. Dem mündlichen Einwand von HRS im Rahmen der Einvernahme, wonach der direkte Vertriebsweg von ihrer Verfügbarkeits-Parität nicht umfasst sei, ist daher nicht zu folgen. HRS führt diesbezüglich auch aus, dass es den Hotels frei stehe, ihre Zimmer beispielsweise für die Ferienzeit lediglich über direkte Vertriebskanäle zu vertreiben.

51. Auch die untersuchte Klausel von Booking.com kann so verstanden werden, dass sie den direkten Vertriebsweg umfasst, da sie Verfügbarkeits-Parität hinsichtlich aller Wettbewerber von Booking.com verlangt:

„Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Verfügbarkeitsparität („Parität“). (...) Verfügbarkeitsparität bedeutet, dass die Unterkunft Booking.com Verfügbarkeiten (d.h. verfügbare Zimmer zur Buchung auf der Plattform) bietet, die mindestens genauso vorteilhaft sind wie die, die einem Wettbewerber von Booking.com (darunter Online- und Offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten werden.“

52. Booking.com selbst sagt zwar aus, dass ihre Klausel keine Last Room Availability enthalte. Wenn aber festgestellt werde, dass ein Hotel für eine bestimmte Zeit auf der eigenen Homepage noch Zimmer zur Verfügung habe, werde dieses kontaktiert und es werde nachgefragt, ob es diese Zimmer auch auf Booking.com anbieten möchte. Dem Einwand von Booking.com kann daher ebenfalls nicht gefolgt werden.

53. Die Einhaltung der Verfügbarkeitsparität wird durch die Online-Buchungsplattformen, auch in technischer Hinsicht, grundsätzlich gleich überwacht wie die Preisparitätsklauseln. Das Ausmass der Überwachung unterscheidet sich jedoch je nach Partei. Während [...] überprüft Booking.com gemäss eigenen Aussagen lediglich die absolute Verfügbarkeit.

A.3.3 Weite Konditionenparitätsklauseln

54. Mit der Preisparitätsklausel eng zusammen hängt die sogenannte Konditionenparität. Die Kombination eines bestimmten Preises mit bestimmten Konditionen wird als Rate bezeichnet, weshalb diese beiden Paritäten gemeinsam teilweise auch als Ratenparität bezeichnet werden. Die Online-Buchungsplattformen verlangen Parität bezüglich Buchungskonditionen, die mit einer bestimmten Hoteldienstleistung verbunden sind, wie Buchungsfristen, Stornierungsbedingungen, Anreisezeiten etc. [...].

55. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Konditionenparitätsklauseln, welche es insbesondere verbieten, einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform vorteilhaftere Konditionen zur Verfügung zu stellen. In den untersuchten Verträgen von Booking.com und Expedia ist die Konditionenparität [...] enthalten. Die untersuchte Klausel von HRS enthält betreffend Konditionen einen separaten Absatz:

„(...) Das Hotel verpflichtet sich somit, dass

(...)

d. HRS in Bezug auf die Buchungs- und Stornierungskonditionen für den Kunden nicht schlechter behandelt wird als andere Vertriebskanäle, so dass günstigere Konditionen, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet sowie den eigenen Vertriebskanälen online und offline anbietet oder anbieten lässt, auch bei HRS gelten.“

56. Die Einhaltung der Konditionenparität [...].Allerdings wird in Fällen, bei denen mögliche Verstösse gegen Preisparitätsklauseln festgestellt werden, unter anderem geprüft, ob dies auf unterschiedliche Buchungsbedingungen zurückzuführen ist, wodurch ebenfalls erfasst wird, ob möglicherweise ein Verstoß der Hotels gegen die Konditionenparität vorliegt. [...]

A.3.4 Keine Beurteilung von engen Paritätsklauseln

57. Vor dem Hintergrund von kartellrechtlichen Verfahren in Italien, Frankreich und Schweden hat sich Booking.com gegenüber den entsprechenden Wettbewerbsbehörden verpflichtet, seine Paritätsklauseln in verschiedenen Punkten anzupassen²⁹ und hat entsprechende unilaterale Anpassungen seiner Paritätsklauseln auch seit zumindest dem 1. Juli 2015 gegenüber seinen Partner-Hotels im gesamten EWR sowie der Schweiz eingeführt. Danach hat Expedia seit zumindest dem 1. August 2015 ebenfalls entsprechende Anpassungen gegenüber seinen Partner-Hotels in Europa vorgenommen. HRS hat hingegen lediglich angekündigt, allenfalls im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung zu entsprechenden Anpassungen der Vertragsbedingungen gegenüber Partner-Hotels in der Schweiz bereit zu sein. Nachfolgend werden die Kernelemente der durch Booking.com sowie Expedia angepassten Paritätsklauseln erläutert. Ebenso wird aufgezeigt, dass mangels praktischer Erfahrungen über einen längeren Zeitraum derzeit nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob die angepassten Paritätsklauseln kartellrechtlich unbedenklich sind oder nicht. Bei den angepassten Paritätsklauseln handelt es sich um sogenannte enge Paritätsklauseln. Diese unterscheiden sich von weiten Paritätsklauseln, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, insbesondere darin, dass diese eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Online-Buchungsplattformen hinsichtlich Preisen, Verfügbarkeiten sowie Konditionen zulassen.

²⁹ Vgl. Rz 143.

a) *Enge Preisparitätsklauseln*

58. Die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Preisparitätsklauseln verlangen nach wie vor, dass die Preise auf der entsprechenden Online-Buchungsplattform tiefer oder gleich sein müssen, als auf den direkten Online-Vertriebskanälen der Partner-Hotels. Unter Einhaltung dieser Restriktion ist es, im Gegensatz zu den weiten Preisparitätsklauseln, den Partner-Hotels jedoch möglich, unterschiedliche Preise zwischen Online-Buchungsplattformen festzulegen.

59. Booking.com geht davon aus, dass die engen Preisparitätsklauseln dazu führen, dass Online-Buchungsplattformen gegenüber ihren Partner-Hotels Anreize haben, diesen tiefere Kommissionen im Austausch für tiefere Preise anzubieten. Allerdings ist es derzeit noch unklar, ob sich diese Prognose bewahrheitet. So haben die Parteien bei den Anhörungen vor der WEKO festgehalten, dass es derzeit noch nicht möglich sei, entsprechende Entwicklungen tatsächlich zu beobachten. Auch gelten Anpassungen der Preisparitätsklauseln, d.h. die Möglichkeit tiefere Preise als auf insbesondere der eigenen Homepage eines Hotels anzubieten, nicht für Online-Buchungsplattformen, welche direkt oder indirekt durch Hotels oder Hotelketten kontrolliert werden sowie für Preise, welche durch Hotels über Meta-Suchmaschinen beworben werden.

60. Hingegen kann ein Preissignal bezüglich der absoluten Höhe der Kommissionen der Online-Buchungsplattformen in Form eines entsprechenden Rabatts auf der eigenen Homepage des Hotels auch unter dieser Form der Preisparitätsklauseln den Endkunden nicht vermittelt werden. Auch bestreitet insbesondere der SHV, dass Hotels überhaupt bereit wären, auf Online-Buchungsplattformen tiefere Preise anzusetzen als auf der eigenen Homepage, da dies zu einer Kannibalisierung des Direktvertriebs führen würde. Umgekehrt geht aus den Resultaten einer durch Booking.com in Auftrag gegebenen Umfrage zwar hervor, dass eine Mehrheit der befragten Partner-Hotels grundsätzlich bereit wäre, unterschiedliche Preise auf verschiedenen Online-Buchungsplattformen festzulegen. Allerdings wurde dabei gerade nicht gefragt, ob die Partner-Hotels auch dazu bereit wären, wenn hierzu tiefere Preise als im Direktvertrieb erforderlich wären.

b) *Enge Verfügbarkeitsparitätsklauseln*

61. Die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Verfügbarkeitsparitätsklauseln sehen vor, dass darauf verzichtet wird, Partner-Hotels zu verpflichten, der Online-Buchungsplattform dieselbe oder eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung zu stellen, als bei anderen Online-Buchungsplattformen oder dem Hotel selbst.

62. Allerdings lassen auch die angepassten Verfügbarkeitsparitätsklauseln zu, dass Online-Buchungsplattformen (soweit vorhanden) dauernd eine relevante Anzahl Zimmer verlangen können. So kann insbesondere eine situative Schliessung einzelner Online-Buchungsplattformen auch gemäss den angepassten Verfügbarkeitsparitätsklauseln untersagt werden. Hingegen bringt Booking.com vor, dass diese Anpassung den Partner-Hotels mehr Möglichkeiten gebe, ihre Verfügbarkeiten

zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen zu variieren und damit beispielsweise eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen zu bevorzugen, indem dieser eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung gestellt wird

c) *Anpassungen bezüglich Ausnahmen von Paritätsklauseln*

63. Schliesslich sehen die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Paritätsklauseln vor, dass Buchungen über geschlossene Benutzergruppen nicht den Preisparitätsklauseln unterliegen. Ebenfalls werden Buchungen über Offline-Buchungskanäle explizit von den angepassten Preisparitätsklauseln ausgenommen.

64. Die explizite Anerkennung der Möglichkeit für alle Hotels, den Mitgliedern von geschlossenen Benutzergruppen tiefere Preise anzubieten, ohne dass dies gegen die engen Preisparitätsklauseln verstösst, stellt im Allgemeinen gegenüber den ursprünglichen Vertragsklauseln eine formale Verbesserung dar. Expedia [...]. Gewisse Hotelketten verfügten bereits vor Einführung der engen Paritätsklauseln über eigene geschlossene Nutzergruppen. Inwiefern insbesondere für unabhängige Hotels das Konzept geschlossener Nutzergruppen von praktischer Relevanz ist, lässt sich derzeit allerdings nicht abschliessend feststellen.

65. Auch die Tatsache, dass Offline-Buchungen (wie insbesondere Walk-In-Kunden und Buchungen per Brief, E-Mail, Fax oder Telefon) von den angepassten Preisparitätsklauseln ausgenommen sind, kann gegenüber den ursprünglichen Paritätsklauseln als eine formale Verbesserung betrachtet werden. Allerdings ist festzuhalten, dass eine Überwachung der Einhaltung von Preisparitätsklauseln in diesen Bereichen zuvor ohnehin, wenn überhaupt, nur eingeschränkt erfolgte.³⁰

66. Die genannten Möglichkeiten für Partner-Hotels auf dem direkten Vertriebskanal gegenüber Online-Buchungsplattformen tiefere Preise anzubieten, unterliegen allerdings gewissen Einschränkungen, indem beispielsweise jegliche Veröffentlichung entsprechender konkreter Preise oder ausreichender Details, welche die Berechnung konkreter Preise erlauben, verboten wird.

d) *Fazit*

67. Zumindest in formaler Hinsicht werden durch die engen Paritätsklauseln den Partner-Hotels weniger Restriktionen auferlegt als gemäss den ursprünglichen, weiten Paritätsklauseln. Wie vorhergehend aufgezeigt wurde, gibt es zu den einzelnen Elementen dieser Anpassungen jeweils entgegengesetzte Argumente hinsichtlich möglicher praktischer Auswirkungen dieser Anpassungen. Aufgrund fehlender Erfahrungen über einen längeren Zeitraum hinweg ist jedoch derzeit noch unklar, wie sich die angepassten Paritätsklauseln in der Praxis auswirken. So kann derzeit nicht abschliessend beurteilt werden, inwiefern die angepassten Paritätsklauseln zu einer wesentlichen Verbesserung des Wettbewerbs, beispielsweise hinsichtlich der Höhe der Kommissionen auf Stufe der Online-Buchungsplattformen führen. Dies haben letztlich auch die Parteien anlässlich der Anhörungen bestätigt.

³⁰ Vgl. Rz 39.

68. Gesamthaft betrachtet sind die engen Paritätsklauseln in verschiedenen Punkten in formaler Hinsicht weniger weitgehend als weite Paritätsklauseln, welche als kartellrechtlich unzulässig betrachtet werden. Allerdings lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht feststellen, ob enge Paritätsklauseln in praktischer Hinsicht im Resultat dazu führen, dass diese aus kartellrechtlicher Sicht eindeutig als unbedenklich betrachtet werden können. Dass es einer gewissen Zeit bedarf, um die tatsächlichen Auswirkungen von engen Paritätsklauseln zu beobachten, geht letztlich auch daraus hervor, dass die Wettbewerbsbehörden von Frankreich sowie Italien im Rahmen des Vergleichs mit Booking.com eine Evaluation der angepassten Paritätsklauseln betreffend deren Auswirkungen nach einem Jahr angeordnet haben. Auch die CMA hat geäußert, dass es derzeit noch zu früh ist, um die tatsächlichen Auswirkungen der Anpassungen durch Booking.com und Expedia auf dem Markt zu beurteilen.

69. Da es somit derzeit noch unklar ist, ob enge Paritätsklauseln tatsächlich zu einer Beseitigung der in der vorliegenden Untersuchung betrachteten Wettbewerbsbeschränkung führen, ist auch der Abschluss einer entsprechenden einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG auszuschliessen. Zumal im Rahmen der vorliegenden Untersuchung lediglich weite Paritätsklauseln abschliessend beurteilt und als unzulässig betrachtet werden, kann die Frage, ob enge Paritätsklauseln zulässig sind oder nicht, aufgrund der vorliegend genannten Gründe derzeit offen gelassen werden. Es wird aber ausdrücklich die Möglichkeit offen gelassen, nach Beobachtung der Marktentwicklung über einen relevanten Zeitraum im Rahmen eines erneuten Verfahrens zu beurteilen, ob enge Paritätsklauseln kartellrechtlich zulässig sind oder nicht.

70. Vor diesem Hintergrund beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf weite Paritätsklauseln, wie sie von Booking.com vor dem 1. Juli 2015, von Expedia vor dem 1. August 2015 sowie von HRS bis zum Zeitpunkt dieser Verfügung gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz verlangt wurden. Aus Gründen der Lesbarkeit wird darauf verzichtet, durchgehend explizit darauf hinzuweisen, dass sich die Erwägungen auf eine Situation mit weiten Paritätsklauseln beziehen. Bei Erwägungen im Zusammenhang mit neu eingeführten engen Paritätsklauseln wird hingegen explizit darauf hingewiesen.

B. Verfahren

B.1 Auslöser des Verfahrens / Marktbeobachtung

71. Im April 2011 trat ein Hotelier betreffend Geschäftspraktiken der Online-Buchungsplattformen telefonisch mit dem Sekretariat in Kontakt. In einem Schreiben vom 8. April 2011 weist er insbesondere auf Preisparitätsklauseln hin. Auch der SHV wurde in dieser Sache beim Sekretariat anlässlich einer Sitzung am 28. Juni 2011 vorstellig.

72. Im Rahmen der Marktbeobachtung fanden im Verlauf des Jahres 2011 und anfangs 2012 diverse Gespräche und Briefwechsel insbesondere mit dem betreffenden Hotelier und dem SHV statt.

B.2 Vorabklärung

73. Mit Schreiben vom 6. Juni 2012 stellte das Sekretariat Booking.com (Schweiz) AG einen Fragebogen zu und eröffnete eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Der Fragebogen wurde mit Schreiben vom 13. Juni 2012 aktualisiert und von Booking.com (Schweiz) AG fristgerecht beantwortet.

74. Im Rahmen der Vorabklärung fand am 15. Oktober 2012 ein zweites Treffen mit Vertretern des SHV statt.

B.3 Untersuchung

75. Am 11. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Booking.com, Expedia und HRS. Gleichzeitig erfolgte die Orientierung der Wettbewerbsbehörden in Deutschland, den USA und den Niederlanden. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 28. Dezember 2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt³¹ sowie im Bundesblatt³² publiziert. Zusammen mit dem Eröffnungsschreiben wurde den Parteien ein Fragebogen zugestellt, welcher von allen Parteien fristgerecht beantwortet wurde. Den nicht an der Vorabklärung beteiligten Parteien wurde zudem Einsicht in die zu jenem Zeitpunkt bereits bereinigten und aus der Vorabklärung übernommenen Akten gewährt.

76. Mit Schreiben vom 23. Januar 2013 meldete der SHV seine Beteiligung am vorliegenden Verfahren als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 KG fristgerecht an. Nachdem das Sekretariat im April 2013 ein telefonisches Ersuchen des SHV um Akteneinsicht ablehnte, beantragte der SHV darüber hinaus am 2. Mai 2013 Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung. Mit Schreiben vom 14. Mai 2013 lehnte das Sekretariat den Antrag auf Parteistellung ab. Am 11. Juni 2013 erging auf Gesuch des SHV eine anfechtbare Zwischenverfügung des Sekretariats in dieser Angelegenheit, welche der SHV mit Beschwerde vom 12. Juli 2013 vor Bundesverwaltungsgericht anfocht. Mit Entscheid vom 1. Juli 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab. Daraufhin verzichtete der SHV auf eine weitere Beschwerde vor Bundesgericht, womit der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Rechtskraft erwuchs. Für weitere Einzelheiten dieses Verfahrensabschnitts wird auf die Akten verwiesen.

B.3.1 Untersuchungshandlungen

77. Neben der schriftlichen Befragung der Parteien erfolgte im 2. und 3. Quartal 2013 die Befragung von 220 nach dem Zufallsprinzip aus dem Telefonbuch ausgewählten Hotels. Ebenfalls informiert über diese Befragung wurden die Dachverbände SHV und GastroSuisse³³. Von den befragten Hotels haben 175 den Fragebogen in verwertbarer Weise beantwortet. Die übrigen Fragebogen konnten teilweise nicht zugestellt werden oder die Betriebe konnten ihn aus anderen Gründen nicht in verwertbarer Weise beantworten, sei es, weil der

³¹ Vgl. SHAB Nr. 252 vom 28. Dezember 2012, Nr. 6995854.

³² Vgl. BBl 2012 9832.

³³ GastroSuisse ist der Verband für Hotellerie und Restauration in der Schweiz, dem insgesamt rund 20'000 Mitglieder (davon rund 3'000 Hotels) angehören. Vgl. <<http://www.gastrosuisse.ch/de/gastrosuisse/verband/?>> (27.1.2015).

Betrieb geschlossen wurde, es sich um Gruppenunterkünfte oder Kurbetriebe handelte oder die Zimmer ausschliesslich an Dauermieter vermietet werden, weshalb diese Betriebe ihre Zimmer nicht wie sonst für Hotels üblich vertreiben. 16 Fragebogen blieben gänzlich unbeantwortet, jedoch wurde aus prozessökonomischen Gründen darauf verzichtet, die Antworten mittels Auskunftsverfügung einzufordern.

78. Mit Schreiben vom 20. Februar 2014 wurde verschiedenen weiteren, im Hotel-Vertrieb tätigen Unternehmen, namentlich ebookers, STC Switzerland Travel Centre, Kuoni, Hotelplan Travel, TUI Suisse, GHIX und Justbook Fragebogen zugestellt. Justbook, welche ihren Sitz in Deutschland hat und das Verfahren vor Bundeskartellamt in gleicher Angelegenheit angestrengt hat, beantwortete den Fragebogen nicht. Die übrigen Fragebogen wurden innert (teilweise erstreckter) Frist beantwortet.

79. Im April 2014 wurden die Parteien einzeln einvernommen. Vor und nach den Einvernahmen wurden den Parteien jeweils schriftlich Zusatzfragen zugestellt, welche innert erstreckter Frist beantwortet wurden.

80. [...]

81. [...]

82. [...]

83. [...]

84. [...]

B.3.2 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie des beteiligten Dritten

85. Am 10. April 2015 versandte das Sekretariat den Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis sowie den entsprechenden Akten in elektronischer Form an die Parteien. Gleichentags wurde der Antrag an den SHV als beteiligten Dritten versandt. Es wurde eine Frist zur Stellungnahme bis zum 12. Mai 2015 angesetzt.

86. Im Nachgang zum Versand des Antrags stellte Booking.com mit Schreiben vom 4. Juni 2015 ein Gesuch, in welchem das Sekretariat insbesondere um Erläuterungen zu einzelnen inhaltlichen Elementen des Antrags sowie zum Inhalt einzelner Aktenstücke ersucht wurde. Eine entsprechende Stellungnahme des Sekretariats zuhanden von Booking.com erfolgte mit Schreiben vom 8. Juni 2015. Dieses Schreiben wurde auch den anderen Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt.

87. Sämtliche Parteien sowie der SHV nahmen innert erstreckter Frist Stellung zum Antrag. Sämtliche Parteien beantragten in ihren Stellungnahmen Anhörungen durch die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.

88. Nachfolgend werden die weiteren Kernelemente der Stellungnahmen übersichtshalber kurz dargestellt. Im Einzelnen wird auf die vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Allerdings ist diesbezüglich bereits hier auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch berück-

sichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass im Entscheid respektive der Verfügung eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wären. Vielmehr kann sich der Entscheid resp. die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken.³⁴

B.3.2.1 Booking.com

89. Booking.com hält daran fest, dass Paritätsklauseln zu keiner kartellgesetzlich relevanten Wettbewerbsbeschränkung führen. Zudem wird darauf verwiesen, dass zwischenzeitlich enge Paritätsklauseln von den Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden angenommen worden seien³⁵ und Booking.com diese auf den 1. Juli 2015 gegenüber den Partner-Hotels in der Schweiz von sich aus umsetzen werde. Vor diesem Hintergrund stellt sich Booking.com auf den Standpunkt, dass dadurch die im Antrag genannten wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausgeräumt seien. Somit sei die Untersuchung ohne Folgen einzustellen. Ebenfalls sei von einer isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com, welche im Antrag des Sekretariats enthalten war, abzusehen.

90. Wie zuvor ausgeführt wurde, sind die durch Booking.com eingeführten engen Paritätsklauseln, welche seit dem 1. Juli 2015 gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz gelten, nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, da eine abschliessende Beurteilung insbesondere bezüglich deren praktischen Auswirkungen derzeit noch nicht möglich ist.³⁶ Jedoch wiederholt Booking.com im Zusammenhang mit engen Paritätsklauseln, insbesondere bezüglich dem möglichen Vorliegen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG, grösstenteils die entsprechenden zuvor gemachten Ausführungen bezüglich weiter Paritätsklauseln.

B.3.2.2 HRS

91. HRS wiederholt im Wesentlichen die Einschätzung, dass kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliege, beantragt allerdings den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG gemäss den engen Paritätsklauseln von Booking.com. Des Weiteren bemängelt HRS insbesondere, dass sich die Untersuchung nicht gegen vergleichsweise noch kleinere Anbieter (insbesondere STC und ebookers) richte, wohingegen HRS als drittgrösste Online-Buchungsplattform als Partei im vorliegenden Verfahren involviert sei.

³⁴ Vgl. dazu statt anderer etwa Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

³⁵ Vgl. hinten, Rz 143 ff.

³⁶ Vgl. hierzu Rz 57 ff.

B.3.2.3 Expedia

92. Auch Expedia hält in der Stellungnahme zum Antrag daran fest, dass keine Wettbewerbsbeschränkung im kartellrechtlichen Sinne vorliege und wiederholt hierzu grossmehrheitlich bereits zuvor vorgebrachte Argumente. So sei insbesondere die dem Antrag zugrunde liegende Marktabgrenzung zu eng und auch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sei fälschlicherweise verneint worden. Ebenfalls ergebe sich ein Widerspruch in der Feststellung im Antrag, dass Paritätsklauseln auf Ebene der Hotels zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, dies jedoch auf Ebene der Online-Buchungsplattformen der Fall sei. Schliesslich sei ein zeitlich unbefristetes Verbot von Paritätsklauseln unverhältnismässig und es seien mildere Mittel zur Beseitigung der im Antrag beschriebenen Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen, wie insbesondere der Vergleichsvorschlag von Booking.com. Ohnehin sei eine Umsetzung des Vergleichsvorschlags allein durch Booking.com genügend, um allfällige Wettbewerbsbeschränkungen gänzlich zu beseitigen. Schliesslich beantragt Expedia eine Reduktion der ihnen auferlegten Verfahrenskosten auf 1/9 der Gebühren.

B.3.2.4 SHV

93. Der SHV hält fest, dass die relevanten Abläufe und Mechanismen sehr konzis dargestellt würden, so dass sich keine Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen zum Sachverhalt ergeben würde. Hingegen seien Booking.com, HRS und Expedia entgegen den Ausführungen im Antrag kollektiv marktbeherrschend und es würde ebenso ein entsprechendes missbräuchliches Verhalten vorliegen. Dennoch verzichtet der SHV, um einen Entscheid nicht zu verzögern, auf weitere Ausführungen hierzu. Des Weiteren wird festgehalten, dass der Vergleichsvorschlag von Booking.com die wettbewerbsverhindernde Wirkung der Paritätsklausel faktisch perpetuieren würde und nur vordergründige Zugeständnisse enthalte. So sei die Begründung für den entsprechenden Entscheid der französischen Wettbewerbsbehörden nicht nachvollziehbar und entspreche jedenfalls in der Schweiz in keiner Weise den ökonomischen Realitäten. Schliesslich wird beantragt, dass bei einem Verbot von Paritätsklauseln im Dispositiv des Entscheids ein Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde festzuhalten sei.

B.3.3 Anhörungen durch die WEKO

94. Am 7. September 2015 führte die WEKO Anhörungen aller Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 30 Abs. 2 KG durch. Die Anhörungen erfolgten auf Antrag der Verfahrensbeteiligten. Dabei wurde den Parteien (Booking.com, Expedia und HRS) sowie dem SHV als beteiligtem Dritten die Gelegenheit eingeräumt, eine mündliche Stellungnahme zum Fall abzugeben. Anschliessend stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der WEKO Fragen an die Verfahrensbeteiligten. Die Anhörungen wurden protokolliert und durch die Verfahrensbeteiligten unterschrieben. Inhaltlich haben die Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen dieselben Argumente vorgetragen, die sie auch in ihren oben dargestellten schriftlichen Stellungnahmen vorgebracht haben. Auf die Vorbringen im Rahmen der Anhörungen wird ebenfalls –

sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

C. Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

95. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.³⁷

96. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen Booking.com, HRS sowie Expedia. Diese bieten einerseits gegenüber Hotels eine Distributionsdienstleistung an und stellen andererseits den Endkunden die entsprechenden Buchungsmöglichkeiten zur Verfügung.

97. HRS macht jedoch geltend, sie stehe mit den Hotels in einem reinen Handelsvertreterverhältnis und sei deshalb im Vornhinein nicht dem KG unterstellt.³⁸ Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht der EU³⁹ gibt es diesbezüglich in der Schweiz keine spezifischen Bestimmungen. Absatzmittler sind, wie andere Unternehmen und Vertriebsbindungen auch, vielmehr am Kartellgesetz zu messen.⁴⁰

98. Entsprechend dem Erwägungsgrund VII. der Vertikalbekanntmachung⁴¹, welche eine analoge Anwendung von europäischen Regeln vorsieht, kann jedoch der Risikoansatz sowie die den EU-Vertikalleitlinien zugrunde liegende Idee dem Grundsatz nach und im Rahmen einer Einzelfallprüfung übernommen werden. Demnach könnten auch in der Schweiz gewisse Vertriebspartner, die für einen Geschäftsherrn in einem bestimmt gearteten Vertretungsverhältnis handeln, unter Umständen kartellrechtlich anders zu behandeln sein als eigenverantwortlich agierende Händler.⁴² Eine solche Konstellation ist jedoch vorliegend nicht gegeben.

³⁷ 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. Vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³⁸ Auch Expedia hat dieses Argument im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag vorgebracht.

³⁹ Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010 S. 1 ff. (Vertikalleitlinien), Rz 12 ff.

⁴⁰ Vgl. RPW 2013/4, 481 f. Rz 32., *Costa Kreuzfahrten*.

⁴¹ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁴² Vgl. zum Ganzen: RPW 2013/4, 481 f. Rz 33 ff., *Costa Kreuzfahrten*.

99. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass in keinem der europäischen Verfahren in gleicher Angelegenheit auf das Vorliegen einer von der Anwendung von Art. 101 AEUV⁴³ ausgenommenen Handelsvereinbarung geschlossen wurde. Dies wurde vielmehr teilweise ausdrücklich verneint, weil die Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind.⁴⁴ Denn bereits die Tätigkeit der Online-Buchungsplattformen zeichnet sich gerade durch hohe marktspezifische Investitionen aus, beispielsweise durch Investitionen bezüglich der Promotion der eigenen Plattform und der entsprechenden Vertriebsinfrastruktur (Homepage, Reservationssysteme, IT-Infrastruktur etc.). Auch sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln, welche von den Online-Buchungsplattformen gegenüber den Hotels durchgesetzt werden, gerade nicht mit dem einem Handelsvertreterverhältnis inhärenten Primat des Auftraggebers vereinbar. Damit sind die Verhaltensweisen der Online-Buchungsplattformen vorliegend regulär am Kartellgesetz zu messen.

100. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften verhält, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte⁴⁵ stehen hier offenkundig nicht zu Beurteilung. Fest steht, dass all diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist.⁴⁶

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

101. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

102. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

103. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.⁴⁷ Ob es sich bei Booking.com alleine oder den drei Parteien gemeinsam um marktbeherrschende Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prü-

fung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.⁴⁸

C.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

104. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist dieses Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.⁴⁹

105. Die vorliegend zu prüfenden Vertragsklauseln werden von den Parteien mit Hotels in der Schweiz vereinbart und haben damit Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

C.2. Materielle Verfügungsadressatinnen

C.2.1 Allgemeines

106. Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist oder wenn, wie hier, die Frage nach dem Vorliegen eines Konzerns offen gelassen wurde,⁵⁰ stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. sind. Ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen kann ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein. Verfügungsadressaten können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind. Zu unterscheiden ist dabei in grundsätzlicher Hinsicht zwischen materiellen und formellen Verfügungsadressaten.

107. Als *materielle* Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.⁵¹ Sie haben ohne

⁴³ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 (AEUV).

⁴⁴ Vgl. insbesondere Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 8, HRS.

⁴⁵ Etwa ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, *Immateriälgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

⁴⁶ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*, siehe dazu nachfolgend Rz 106 ff.

⁴⁷ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 547 f.; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

⁴⁸ Vgl. Rz 412.

⁴⁹ BBl 1995 I 468, 535.

⁵⁰ Siehe dazu Rz 100.

⁵¹ RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.⁵² Als *formelle* Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.⁵³ Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG⁵⁴ zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.⁵⁵ Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.⁵⁶ Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle und formelle Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden (insofern könnte die Bezeichnung als formelle Verfügungsadressatin missverstanden werden). Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der materiellen Verfügungsadressatin gleich⁵⁷ oder gerade entgegengerichtet⁵⁸ sein können).⁵⁹

C.2.2 Materielle Verfügungsadressatin bei Konzernverhältnissen

108. Die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin kann schwierig sein, wenn die fraglichen Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.⁶⁰ Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie diesem, zumindest implizit, zu.⁶¹ Daneben kam es vor, dass die WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert hat.⁶² Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.⁶³ Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.⁶⁴

109. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit solchen Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungsadressaten innerhalb eines Konzerns.

110. Die Adressaten der vorliegenden Verfügung sind die in Abschnitt A genannten Gesellschaften. HRS ist die oberste Gesellschaft der HRS-Gruppe. Expedia verfügt mit Expedia, Inc. (Delaware) über eine übergeordnete Holding als Muttergesellschaft. Booking.com wiederum gehört zu The Priceline Group. Sowohl Expedia, wie auch Booking.com haben damit übergeordnete Mutter-

gesellschaften, verfügen jedoch selbst auch – gleich wie HRS – über diverse Tochtergesellschaften.

111. Erfasst werden von der vorliegenden Verfügung jeweils die konkret handelnden Konzerngesellschaften. So verfügen Expedia und HRS [...]. Bei Booking.com werden die Anschlussverträge gar ausdrücklich mit Booking.com und nicht mit den jeweiligen Tochtergesellschaften in den entsprechenden Ländern abgeschlossen. Das in kartellrechtlicher Hinsicht zu beurteilende Verhalten geht damit direkt von diesen Gesellschaften

⁵² Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

⁵³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁵⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁵⁵ So RPW 2012/1, 89 Rz 78, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵⁶ Dazu etwa HÄNER (Fn 52), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H.

⁵⁷ So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁵⁸ So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff., Rz 77 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵⁹ Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen Jost (Fn 37), Rz 598 ff.

⁶⁰ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenja (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

⁶¹ Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenja (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenja (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin(nen) zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.

⁶² RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

⁶³ Urteil des EuGH vom 10.9.2009 C-97/08 P, *Kazoo Nobel et al./Kommission*, Sl.2009 I-8237 Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“; für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

⁶⁴ So etwa RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

aus, sie stehen mithin dem Geschehen am Nächsten. Sie sind es denn auch, die die angeordneten Massnahmen unmittelbar um- und durchsetzen können. Infolgedessen sind vorliegend Expedia, HRS und Booking.com als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

C.4.1 Vorbemerkungen zum Beweis

115. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG schreibt vor, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Der damit statuierte Untersuchungsgrundsatz⁶⁵ ist auch im Kartellverfahren anwendbar. Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist daher grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sind, allen relevanten Tatsachen nachzugehen haben und aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären müssen.⁶⁶

116. Aufgrund dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, tragen im Kartellverfahren die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Es ist deren Sache, die Schuld eines betroffenen Unternehmens nachzuweisen und nicht umgekehrt Sache des Unternehmens, seine Unschuld darzutun.⁶⁷ Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht jedoch gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber.⁶⁸

117. Bezüglich des Beweismasses, welches erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Sowohl im ordentlichen Verwaltungsverfahren als auch im Kartellrecht gilt grundsätzlich das Regelbeweismass des Vollbeweises. Nach diesem ist für den Nachweis erforderlich, dass die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von der Verwirklichung der Tatsache

überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.⁶⁹

118. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist das Beweismass des Vollbeweises herabgesetzt: So hält das Bundesgericht in Sachen Publigroupe fest, es sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. So sei etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit seien kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften 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. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.⁷⁰

119. Auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfährt der Grundsatz der Geltung des Vollbeweises im Kartellrecht bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten eine Relativierung und Einschränkung. So seien im Zusammenhang mit wirtschaftlich komplexen Fragen im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene

⁶⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 15 ff.

⁶⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1., Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1., Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4., SFS unimarket AG/WEKO.

⁶⁷ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.4., Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.4., Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.10.16., SFS unimarket AG/WEKO.

⁶⁸ BGE 129 II 18, 33 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), Buchpreisbindung; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 E. 10.2., Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1., Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1., Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4., SFS unimarket AG/WEKO.

⁶⁹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., Siegenia-Aubi AG/WEKO; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB). Siehe zum Ganzen auch Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 118 m.w.H.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 65), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

⁷⁰ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), Publigroupe SA et al./WEKO; vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils.

Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesse eine strikte Beweisführung vielmehr regelmässig aus.⁷¹

120. Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK⁷² sowie Art. 30 bzw. 32 BV⁷³ zu beachten.⁷⁴ Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten.⁷⁵

121. Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz „in dubio pro reo“ besagt als Beweiswürdigungsregel, dass sich die Wettbewerbsbehörden nicht von der Existenz eines für die sanktionsbedrohte Partei ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären dürfen, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Bestehen solche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen des kartellrechtlichen Sanktionstatbestands, müssen die Wettbewerbsbehörden von der für die sanktionsbedrohte Partei günstigeren Sachlage ausgehen.⁷⁶ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.⁷⁷

122. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁷⁸). Die Wettbewerbsbehörden würdigen die Beweise somit nach freier Überzeugung. Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.⁷⁹ Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden die Überzeugungskraft der vorliegenden Beweismittel von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten.⁸⁰ Nicht angehen würde es, die Ergebnisse einer Beweiserhebung nur dann in die Beweiswürdigung einzubeziehen, wenn sie der Untermauerung der eigenen Auffassung dienen.⁸¹

123. Im Unterschied zur Beweisführungslast und dem Beweismass regelt die objektive Beweislastverteilung die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer also die Folgen der Beweislosigkeit trägt: Hinsichtlich des Vorliegens von Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 KG tragen die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast. Gleiches gilt für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.⁸²

C.4.2 Across-Platforms Parity Agreements – allgemeine Überlegungen

124. Preisparitätsklauseln stellen sogenannte „across-platforms parity agreements“ (nachfolgend: APPA) dar. APPAs, teilweise auch retail price MFN („most-favored

nation clause“) oder platform MFN genannt, sind Vereinbarungen, welche bei zweiseitigen Plattform-Märkten⁸³ vorkommen. Dabei verpflichtet sich ein Unternehmen, welches ein Produkt über eine Plattform an Endkunden verkauft gegenüber der Plattform, dass der Preis des Produkts relativ zum Preis auf einer anderen Plattform beispielsweise nicht höher sein darf. Solche Vereinbarungen sind, wie vorliegend, insbesondere anzutreffen bei Plattformen, welche als Intermediäre zwischen Anbietern und Endkunden tätig sind, ohne an der Preissetzung für das vermittelte Produkt direkt beteiligt zu sein.

125. Neben Preisparitätsklauseln, welche zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels vereinbart werden, sind beispielsweise auch zwischen Kreditkarten-Unternehmen und Händlern vereinbarte Nichtdiskriminierungs-Klauseln (NDR) oder entsprechende Vereinbarungen im Bereich von E-Books⁸⁴ als APPA zu qualifizieren.⁸⁵

C.4.2.1 Abgrenzung gegenüber anderen Vereinbarungen bezüglich Preisen

126. Aus der Tatsache, dass Plattformparitäten lediglich relative Preise zum Inhalt haben, unterscheiden sich diese insbesondere von Preisbindungen zweiter Hand, welche absolute Preise oder Preiselemente betreffen.⁸⁶

⁷¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

⁷² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

⁷³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁷⁴ BGE 139 I 72, 78 E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁵ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁶ In diesem Sinne: Art. 10 Abs. 3 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) sowie Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.4, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.10.16, *SFS unimarket AG/WEKO*.

⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

⁷⁸ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁷⁹ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99.

⁸⁰ So etwa BGE 133 I 33, E. 2.1 (bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht).

⁸¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.3.46, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.41, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁸² Vgl. dazu ergänzend Rz 368.

⁸³ Vgl. Rz 178 ff.

⁸⁴ Vgl. <<http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>> (16.3.2015); KOMM, ABl. 2013 C 378/14, E-Books; siehe auch ANNA WOLF-POSCH, Bestpreisklauseln in Internetplattformmärkten im Visier der Wettbewerbsbehörden in: Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht, S 138 f.

⁸⁵ Vgl. hierzu Rz 137 ff. sowie STEVEN C. SALOP/FIONA SCOTT MORTON, Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, Antitrust, Vol. 27, No. 2, 2013, 15 ff.

⁸⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Rz 166 ff.

127. Auch gegenüber anderen Formen von sogenannten Price Relationship Agreements (d.h. Vereinbarungen, welche relative Preise betreffen, nachfolgend PRAs) können APPAs abgegrenzt werden.⁸⁷ Dabei kann im Wesentlichen auf zwei Elemente abgestellt werden: Einerseits kann unterschieden werden ob eine Vereinbarung mit jenem Marktteilnehmer getroffen wird, welcher den entsprechenden Preis tatsächlich bezahlt. Andererseits kann unterschieden werden, auf welche anderen Marktteilnehmer sich die PRA bezieht. Gemäss diesen Kriterien ergibt sich die in Abbildung 2 ersichtliche Systematik, aus welcher die nachfolgend erläuterten weiteren Formen von PRAs hervorgehen.

128. Bei across-sellers PRAs, auch meeting-competition clauses genannt, wird dem Käufer eines Produktes für den Fall, dass dieser ein besseres Preisangebot von einem anderen Anbieter erhält, eine entsprechende

Preisanpassung versprochen. Die gegenüber Endkunden gewährten Bestpreisgarantien,⁸⁸ wie sie auch teilweise von den Parteien angeboten werden, können je nach konkreter Ausgestaltung solchen Vereinbarungen entsprechen.

129. Bei across-customer PRAs, auch most-favored nation clause (MFN) oder most-favored customer clause genannt, verpflichtet sich ein Verkäufer gegenüber einem Käufer, dass dieser die gleich guten Konditionen erhält wie andere Kunden des Verkäufers. Es handelt sich somit um klassische Meistbegünstigungsklauseln.⁸⁹

130. Bei pricing relativities agreements handelt es sich schliesslich um eine (in der Realität eher selten anzutreffende) Vereinbarung, wonach ein Verkäufer durch den Hersteller eines Produkts angehalten wird, die Preise für dieses jeweils an die Preise für ein Konkurrenzprodukt anzupassen.

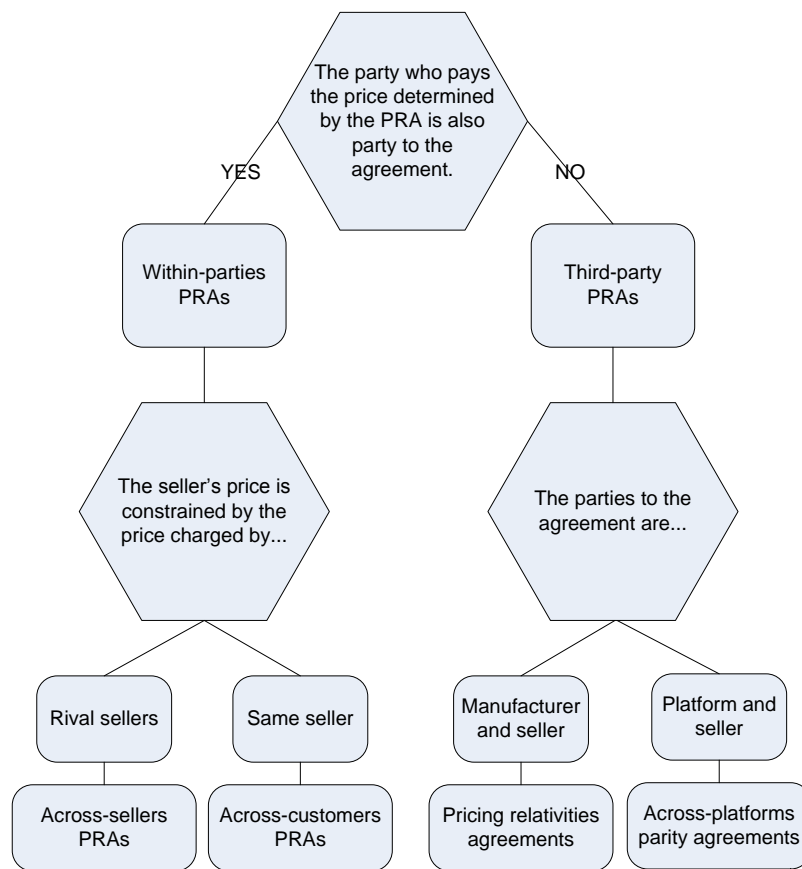


Abbildung 2: Klassifizierung von price relationship agreements. (Quelle: Lear-Report, vgl. Fn 87)

C.4.2.2 Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – Literatur

131. Während die Wettbewerbswirkungen von klassischen Meistbegünstigungsklauseln sowie gegenüber Nachfragern gewährten Bestpreisgarantien bereits seit längerer Zeit Gegenstand von theoretischen Überlegungen waren, ist die Literatur, welche sich mit der Beurteilung von APPAs beschäftigt, eher jüngeren Datums. Im Allgemeinen wird argumentiert, dass die Plattformen bei Vorhandensein einer APPA einen Anreiz haben, die verlangten Gebühren zu Lasten der auf der Plattform tätigen Verkäufer zu erhöhen, zumal eine Preiserhöhung

aufgrund der APPA nur beschränkt auf die Endkunden abgewälzt werden kann. Ebenso ist es denkbar, dass Markteintritte behindert werden.⁹⁰

⁸⁷ Die nachfolgende Systematik folgt, wie auch die Abbildung 2, den Ausführungen in: Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione (Lear), Can "Fair" Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements, report prepared for the OFT by Lear, 2012 <http://www.learlab.com/pdf/of1438_1347291420.pdf> (20.1.2015).

⁸⁸ Vgl. Rz 44 ff.

⁸⁹ Für eine ökonomische Beurteilung von meeting-competition clauses sowie most-favored nation clauses siehe MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, 2009, 157.

⁹⁰ ANDRE BOIK/KENNETH S. CORTS, The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry, Working Paper, University of Toronto, 2013.

132. Eine ausführliche Erläuterung von möglichen Wettbewerbswirkungen findet sich in LEAR⁹¹, wo folgende möglichen Effekte identifiziert werden:⁹²

C.4.2.2.1 Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen

133. Eine Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen aufgrund von APPA kann sich aufgrund der Tatsache ergeben, dass durch solche Klauseln verhindert wird, dass die Endkunden ein unmittelbares Preissignal bezüglich der Kosten einzelner Plattformen erhalten. Wenn die Endkunden mehrere Plattformen verwenden können, entstehen einer Plattform durch eine Senkung des eigenen Kommissionssatzes keine unmittelbaren Vorteile, da eine allfällig daraus resultierende Senkung der Endkundenpreise letztlich auch für die anderen Plattformen gilt. Dieser Mechanismus steht im vorliegenden Verfahren insbesondere im Rahmen der Frage, ob eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, im Vordergrund.⁹³

C.4.2.2.2 Behinderung von Markteintritten

134. Es besteht zusätzlich die Möglichkeit, dass APPAs den Markteintritt von potenziell konkurrierenden Plattformen behindern. So kann als Strategie für einen Markteintritt denkbar sein, dass das in den Markt eintretende Unternehmen gegenüber den Verkäufern tiefere Kommissionen verlangt, was es den Verkäufern wiederum grundsätzlich erlaubt, gegenüber den Endkunden entsprechend tiefere Preise auf der neuen Plattform anzubieten. Dies würde sich wiederum positiv auf die Anzahl Kunden der neu eintretenden Plattform auswirken. Bei Vorhandensein einer APPA wird eine derartige Strategie effektiv verunmöglicht. Diese Thematik wird im vorliegenden Verfahren insbesondere im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs behandelt.⁹⁴

C.4.2.2.3 Ermöglichung von Kollusion zwischen Plattformen

135. Auch bezüglich eines möglichen kollusiven Verhaltens zwischen Plattformen könnten APPAs stabilisierend wirken, indem ein Abweichen von höheren Kommissionen zu keinem Gewinn von zusätzlichen Kunden führen kann, sondern vielmehr zu einer Senkung der Preise auch auf den konkurrierenden Plattformen führen würde. Diese Thematik wird im vorliegenden Verfahren bei der Überprüfung einer möglichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung behandelt.⁹⁵

C.4.2.2.4 Schutz von Investitionen durch Plattformbetreiber

136. Schliesslich ist es allerdings grundsätzlich auch denkbar, dass eine Plattform, welche in eine hohe Qualität der Dienstleistungen investiert und entsprechend hohe Kosten hat, mit einer APPAs ein mögliches Trittbrettfahren von Plattformen mit einer tiefen Qualität und tiefen Kosten verhindern kann. Dies könnte die wettbewerbsbehindernden Eigenschaften von APPA in einem gewissen Ausmass kompensieren, insbesondere wenn die Endkunden auch einen entsprechenden Nutzen aus den Dienstleistungen der Plattformbetreiber ziehen. Dies ist vorliegend bei der Überprüfung von möglichen Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.⁹⁶

C.4.2.3 Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – bisherige Verfahren

137. Bisher haben sich weltweit verschiedene Wettbewerbsbehörden mit Across-Platforms Parity Agreements im Bereich von Online-Buchungsplattformen beschäftigt. Die entsprechende Praxis wird nachfolgend übersichtsartig erläutert.

C.4.2.3.1 Bundeskartellamt

138. Das Bundeskartellamt hat in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013⁹⁷ festgestellt, dass die in den AGB von HRS enthaltene Bestpreisklausel⁹⁸ kartellrechtswidrig ist und hat HRS entsprechend untersagt, diese Klausel gegenüber Hotels in Deutschland weiterhin anzuwenden. Das Bundeskartellamt qualifiziert die Bestpreisklauseln von HRS dabei als vertikale Wettbewerbsabrede. HRS hat gegen den Beschluss des Bundeskartellamts Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Diese wurde am 9. Januar 2015 vollumfänglich abgewiesen.⁹⁹ Nach Abschluss des Verfahrens gegen HRS hat das Bundeskartellamt auch ein entsprechendes Verfahren gegen Booking.com und Expedia eröffnet.¹⁰⁰ Eine Abmahnung von Booking.com wegen seiner Paritätsklauseln erfolgte am 2. April 2015.¹⁰¹

C.4.2.3.2 Office of Fair Trading (OFT)

139. Das Verfahren des OFT gegen Booking.com, Expedia, InterContinental Hotels Group plc und Hotel InterContinental London Limited wurde am 31. Januar 2014 mit einem Vergleich abgeschlossen, nachdem das OFT die Verpflichtungszusagen der Parteien akzeptiert hatte. Es wurde keine materielle Entscheidung über einen allfälligen Verstoß gegen britisches oder EU-Wettbewerbsrecht getroffen.

⁹¹ Vgl. Fn 87.

⁹² Zusätzlich wird ausgeführt, dass unter einer Reihe von restriktiven Voraussetzungen eine APPA als Signal für die Kostenstruktur einer Plattform dienen kann.

⁹³ Vgl. Rz 294 ff.

⁹⁴ Vgl. Rz 333 ff.

⁹⁵ Vgl. Rz 424 ff.

⁹⁶ Vgl. Rz 365 ff.

⁹⁷ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, HRS.

⁹⁸ Der vom Bundeskartellamt verwendete Begriff der Bestpreisklausel umfasst sämtliche vorliegend betrachteten Arten von Paritätsklauseln.

⁹⁹ Die schriftliche Begründung ist abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI_Kart_1_14_V_Beschluss_20150109.html> (6.2.2015).

¹⁰⁰ Vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 20.12.2013: „Bestpreisklausel des Hotelportals HRS verstößt gegen das Kartellrecht – Verfahren gegen weitere Hotelportale eingeleitet“ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/20_12_2013_HRS.html?jsessionid=28B8D3CB83680F5715434CD2732FBB67.1_cid362?nn=3591568> (20.1.2015).

¹⁰¹ Vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 2.4.2015: „Bundeskartellamt mahnt auch Bestpreisklauseln von Booking.com ab“ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/02_04_2015_Booking.com.html> (28.9.2015).

140. Das Verfahren des OFT fokussierte sich hauptsächlich auf die Möglichkeiten von Online-Buchungsplattformen und Hotels, ihren Endkunden Rabatte zu gewähren. Im abgeschlossenen Vergleich wurde hierzu vereinbart, dass es den Online-Buchungsplattformen wie auch deren Partner-Hotels möglich sein soll, Mitgliedern von sogenannten „Closed User Groups“¹⁰² Rabatte zu gewähren, deren Höhe gegenüber der Öffentlichkeit nicht offen gelegt werden dürfen. Derart gewährte Preise unterliegen gemäss dem Vergleich auch nicht dem Geltungsbereich von Preisparitätsklauseln.

141. Skyscanner Limited, Betreiberin einer Meta-Suchmaschine, hat gegen den Vergleich ein Berufungsverfahren angestrengt, unter anderem mit der Begründung, die Gewährung von nicht-öffentlichen Rabatten würde ihr Geschäftsmodell untergraben. Das OFT habe beim Abschluss des Vergleichs zu wenig berücksichtigt, welche Folgen dieser für andere, nicht am Vergleich beteiligte Unternehmen habe. Aufgrund dieser Einsprache hat das Competition Appeal Tribunal in seinem Entscheid vom 26. September 2014 den Vergleich des OFT kassiert.¹⁰³ Im September 2015 hat schliesslich die Competition and Markets Authority (CMA), Nachfolgebehörde des OFT, die Einstellung des Verfahrens gegen Booking.com, Expedia und IHG bekanntgegeben. Die Einstellung wird allerdings ausschliesslich damit begründet, dass gegenwärtig andere administrative Prioritäten gesetzt werden, weshalb auch explizit darauf hingewiesen wurde, dass aus der Einstellung des Verfahrens keinerlei Schlüsse hinsichtlich der Zulässigkeit von Paritätsklauseln gemacht werden können.¹⁰⁴

C.4.2.3.3 Andere Verfahren

142. Europaweit führen gegenwärtig verschiedene weitere Wettbewerbsbehörden Untersuchungen in Sachen Online-Buchungsplattformen durch, so in Österreich, der Tschechischen Republik und Ungarn. Ebenso sind Verfahren ausserhalb von Europa hängig: So befassen sich die Wettbewerbsbehörden in Australien mit verschiedenen Praktiken seitens Online-Buchungsplattformen. Ebenso wurden in den Vereinigten Staaten von Amerika verschiedene gerichtliche Verfahren gegen Online-Buchungsplattformen angestrengt.

143. Die Wettbewerbsbehörden von Italien, Frankreich und Schweden haben am 15. April 2015 einem Vergleichsvorschlag von Booking.com, welcher die Einführung enger Paritätsklauseln beinhaltete, zugestimmt und diesen als verbindlich erklärt.¹⁰⁵ Expedia sowie HRS waren hingegen nicht in den entsprechenden Vergleichsverhandlungen involviert. Im Nachgang zu diesen Verfahren hat Booking.com auf frühestens den 1. Juli 2015 entsprechend angepasste enge Paritätsklauseln gegenüber Partner-Hotels im EWR sowie der Schweiz eingeführt. Expedia hat entsprechende unilaterale Anpassungen europaweit auf frühestens den 1. August 2015 vorgenommen.¹⁰⁶ Vor dem Hintergrund dieser Anpassungen haben insbesondere die Wettbewerbsbehörden in Griechenland ihr Verfahren gegen Booking.com und Expedia eingestellt.¹⁰⁷

144. Hingegen wurden Preisparitätsklauseln in bestimmten Verträgen von Expedia in Frankreich auf zivilrechtlichem Wege als unzulässig erklärt. Ebenfalls hat in

Frankreich das Parlament am 17. Juni 2015 einer Gesetzesrevision zugestimmt, welche (unter Anderem) ein vollständiges Verbot von gegenüber Hotels verlangten Preisparitätsklauseln vorsieht. Die entsprechende Gesetzesbestimmung ist im August 2015 in Kraft getreten.¹⁰⁸ Dabei werden insbesondere Klauseln für ungültig erklärt, welche es Hotels verbieten, auf dem direkten Vertriebskanal tiefere Preise anzubieten als auf einer Online-Buchungsplattform. Schliesslich hat in Italien am 7. Oktober eine Kammer des Parlaments (Camera dei Deputati) einem gesetzlichen Verbot von Paritätsklauseln gegenüber Unterkünften zugestimmt,¹⁰⁹ eine Abstimmung in der zweiten Kammer des Parlaments ist derzeit noch ausstehend.

145. In ihren Stellungnahmen zum Antrag¹¹⁰ bringen die Parteien vor, dass einerseits das vollständige Verbot von Paritätsklauseln durch das Bundeskartellamt nicht auf die vorliegende Untersuchung übertragen werden könne. Andererseits seien die Schlussfolgerungen derjenigen Wettbewerbsbehörden, welche dem Vergleichsvorschlag von Booking.com zugestimmt haben, auch auf die vorliegende Untersuchung anzuwenden.

146. Hierzu ist festzuhalten, dass der Entscheid des Bundeskartellamts eine abschliessende Analyse des rechtlich relevanten Sachverhaltes (inklusive insbesondere erfolgter Marktangrenzungen, rechtlicher Einordnung des Sachverhaltes sowie einer eingehenden Auseinandersetzung mit möglichen Rechtfertigungsgründen) gerichtlich bestätigt wurde. Hingegen enthalten die Entscheidungen betreffend einvernehmliche Regelungen naturgemäss nur in einem beschränkten Ausmass definitive Schlussfolgerungen hinsichtlich des Sachverhaltes sowie dessen ökonomischer und rechtlicher Beurteilung. Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass allein schon aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und der institutionellen Unabhängigkeit der WEKO von ausländischen Wettbewerbsbehörden eine eigene und unabhängige Beurteilung durch die WEKO geboten ist.

C.4.3 Wettbewerbsabrede

147. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek).

¹⁰² Um Mitglied einer „Closed User Group“ zu werden, muss ein Endkunde zuvor einen Aufenthalt zum vollen Preis bei einer Online-Buchungsplattform gebucht haben.

¹⁰³ Vgl. Urteil des Competition Appeal Tribunal 1226/2/12/14 vom 26.9.2014, *Skyscanner Limited v Competition and Markets Authority*.

¹⁰⁴ Vgl. die Informationen zum Fall CE/9320-10 der Competition and Markets Authority <<https://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>> (16.10.2015).

¹⁰⁵ [...].

¹⁰⁶ Vgl. Rz 57 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Pressemitteilung zur Verfahrenseinstellung der Hellenic Competition Commission http://www.epant.gr/news_details.php?Lang=en&id=89&nid=794 (25.9.2015).

¹⁰⁸ Art. 133, Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi Macron).

¹⁰⁹ Vgl. Informationen der Camera dei Deputati zur entsprechenden Gesetzesrevision

<http://www.camera.it/leg17/522?tema=la_legge_annuale_sulla_concorrenza__a_c_3012_e_abb__> (16.10.2015).

¹¹⁰ Vgl. Rz 87 ff.

148. Eine Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

C.4.3.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

149. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist zwar nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,¹¹¹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.¹¹² Jedoch ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens am einfachsten zu beweisen, wenn die Wettbewerbsabrede in Form einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung vorliegt.¹¹³

150. Die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln betreffend Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität sind Bestandteile der von den Verfahrensparteien mit ihren Partner-Hotels jeweils abgeschlossenen Anschlussverträge respektive den dazugehörigen AGB der Online-Buchungsplattformen.¹¹⁴ Diese Vertragsbestandteile sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Online-Buchungsplattformen und ihren Partner-Hotels im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

151. Diese Beurteilung ist aufgrund der Tatsache, dass der Abschluss und die Durchsetzung der fraglichen Vertragsklauseln vorliegend auch unter dem Aspekt eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung betrachtet werden, nicht per se in Frage zu stellen. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken wäre nur dann ausgeschlossen, wenn der Vertragsschluss ausschliesslich auf Druck oder Zwang eines Wettbewerbers hin zustande gekommen wäre.¹¹⁵ Es handelt sich dabei jedoch um eine Ausnahmesituation. In der Regel sind auch schwächere Marktteilnehmer verpflichtet, selbst unter einem gewissen Druck die Regeln der Rechtsordnung einzuhalten. Wie jedoch im Rahmen der Prüfung von Art. 7 KG aufgezeigt werden wird, ist *in casu* der Druck durch die Online-Buchungsplattformen nicht genügend stark, um eine solche Ausnahmesituation anzunehmen.¹¹⁶ Das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen ist daher zu bejahen.

C.4.3.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

152. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.¹¹⁷

153. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von

Angebot und Nachfrage einschränkt.¹¹⁸ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹¹⁹

154. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.¹²⁰ Dabei genügt es, wenn der Abreideinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.¹²¹

155. Die Preisparitätsklauseln der Online-Buchungsplattformen verbieten nach ihrem klaren Wortlaut¹²² den angeschlossenen Partner-Hotels, ihre Zimmer auf anderen Vertriebskanälen günstiger anzubieten als auf der betreffenden Online-Buchungsplattform. Damit zeigt sich bereits aufgrund des Wortlauts, dass diese Klauseln objektiv geeignet sind, die Preissetzungsfreiheit der Hotels einzuschränken – zwar nicht hinsichtlich der absoluten, jedoch immerhin hinsichtlich der relativen Preise. Damit liegt der Schluss nahe, dass zumindest mit den Preisparitätsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde.

156. Welche Bedeutung letztendlich den durch die untersuchten Vertragsklauseln¹²³ insgesamt betroffenen Wettbewerbsparametern beigemessen wird und inwiefern eine Wettbewerbsbeschränkung auch kausal bewirkt wurde, ist grundsätzlich nicht Gegenstand der Beurteilung einer Abrede im Licht von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der materiellen Prüfung nach Art. 5 KG unter Rz 175 ff. Dort wird aufgezeigt werden, dass Preisparitätsklauseln insbesondere die Möglichkeit von Hotels einschränken, den Endkunden Preissignale bezüglich Höhe der Kommissionen, d.h. der Kosten des Vertriebs über eine Online-Buchungsplattform, zu vermitteln. Ebenso wird aufgezeigt, inwiefern die Hotels aufgrund der Verfügbarkeitsparitäten in ihren Möglichkeiten beschränkt werden, mittels situativer Einschränkung der

¹¹¹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹¹² Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

¹¹³ Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

¹¹⁴ Vgl. oben, Rz 18 ff. bezüglich der Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels.

¹¹⁵ Vgl. dazu: Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.24, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

¹¹⁶ Vgl. Rz 450 ff.

¹¹⁷ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

¹¹⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

¹¹⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

¹²¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹²² Vgl. Rz 34 ff.

¹²³ Vgl. Rz 31 ff.

Verfügbarkeit auf die Höhe dieser Kosten zu reagieren. Dies hat letztlich eine (erhebliche) Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Online-Buchungsplattformen zur Folge.¹²⁴

157. Damit kann die Frage, ob die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, bejaht werden.

C.4.3.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

158. Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten solche, die von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffen werden und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

159. Die vorliegenden Abreden werden zwischen den Hotels, welche die von den Endkunden nachgefragte Dienstleistung der Hotelübernachtung zur Verfügung stellen, und Online-Buchungsplattformen, welche diese Dienstleistung von Hotels an Endkunden vermitteln, abgeschlossen. Damit handelt es sich hier nicht um eine klassische Vertriebskette, bei der ein Händler ein Produkt oder eine Dienstleistung bei einem Lieferanten bezieht und anschliessend weiterverkauft. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind jedoch dennoch auf unterschiedlichen Marktstufen tätig, indem ein Hotel im Wesentlichen die Übernachtungsdienstleistung anbietet und die Online-Buchungsplattform eine diesbezügliche Transaktion zwischen Hotels und Endkunden vermittelt. Es handelt sich demnach vorliegend um vertikale Wettbewerbsabreden.

160. Ihre Wirkung entfalten die untersuchten Vertragsklauseln jedoch hauptsächlich auf horizontaler Ebene, nämlich gegenüber anderen Online-Buchungsplattformen sowie bezüglich anderer Vertriebskanäle.¹²⁵ Auf Stufe der Hotels lässt sich ein solcher horizontaler Effekt jedoch nicht feststellen.¹²⁶

C.4.3.4 Zwischenergebnis

161. Indem die Online-Buchungsplattformen in ihren Anschlussverträgen mit den Hotels Preisparitäts-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitätsklauseln vereinbaren, wirken sie im Sinne einer Wettbewerbsabrede bewusst und gewollt mit den Hotels zusammen. Während weite Preisparitätsklauseln an sich bereits die Preissetzungsfreiheit der Hotels beschränken, indem eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen praktisch verunmöglicht wird und damit eine Wettbewerbsbeschränkung wahrscheinlich bezweckt wird, hat, wie nachfolgend aufgezeigt wird, das Gesamtpaket der Klauseln eine (erhebliche) Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe der Online-Buchungsplattformen auch tatsächlich bewirkt. Trotz ihrer hauptsächlich Wirkung auf der horizontalen Ebene zwischen den Online-Buchungsplattformen handelt es sich vorliegend um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, nämlich zwischen Hotels und Plattformen. Damit sind die vorliegenden Vertragsklauseln als vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.4.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

163. Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu fahren.¹²⁷ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden soll.¹²⁸ Dementsprechend lehnt sich die Vertikalbekanntmachung der WEKO¹²⁹ an die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission¹³⁰ und die entsprechenden Vertikalleitlinien¹³¹ an und hat die WEKO die europäischen Regeln als analog anwendbar erklärt (Erw.-Gr. VI. f. VertBek).

164. Im Zusammenhang mit den untersuchten Vertragsklauseln ist einzig die Prüfung des Vorliegens einer Abrede über Mindest- oder Festpreise angezeigt, da die Paritäten keine Zuweisung von Gebieten bezwecken oder bewirken. Ist das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung über Mindest- oder Festpreise zu bejahen (Vermutungsbasis), so wird gemäss Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und damit deren Unzulässigkeit vermutet (Vermutungsfolge).¹³² Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob vorliegend eine Abrede über Mindest- oder Festpreise festgestellt werden kann und die Abrede damit vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Es betreffen nicht alle der vorliegend untersuchten Vertragselemente den Wettbewerbsparameter Preis, weshalb sich die Frage einer Abrede über Mindest- oder Festpreise einzig hinsichtlich der Preisparitätsklauseln der Parteien stellt. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Preisparitätsklauseln lediglich relative Preise zwischen den

¹²⁴ Vgl. Rz 291 ff.

¹²⁵ Vgl. Rz 291 ff.

¹²⁶ Vgl. Rz 268 ff.

¹²⁷ RPW 2009/2 151 Rz 70 *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf Deiss, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1434 ff.

¹²⁸ RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf BÜHRER, AB 2002 N 1293.

¹²⁹ Siehe oben Fn 41.

¹³⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 (Vertikal-GVO).

¹³¹ Vertikal-GVO, Rz 39.

¹³² Vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 475.

verschiedenen Vertriebskanälen zum Gegenstand haben und keine Vereinbarungen bezüglich absoluter Preise oder absoluter Preisbestandteile beinhalten. So kann ein Hotel im Extremfall Preisparitätsklauseln auch einhalten, wenn es eine Übernachtungsdienstleistung kostenlos anbietet.¹³³

165. Das von den Online-Buchungsplattformen praktizierte Agenturmodell, in welchem die Höhe der Preise von den Hotels selbst festgelegt wird, ist dabei nicht per se als problematisch zu betrachten. Bei zweiseitigen Märkten kommt dieses Preissetzungsmodell vielfach zur Anwendung, so beispielsweise bei Auktionsplattformen (bei welchen die Preise von Verkäufern sowie Käufern festgelegt werden) oder bei Kreditkarten (bei welchen der Verkäufer den zu belastenden Betrag vorgibt).

C.4.4.1 Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand?

166. Klassischerweise wird unter einer Abrede über Mindest- oder Festpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG eine Preisbindung zweiter Hand (*resale price maintenance*, RPM) verstanden. Dabei verpflichtet sich ein Abnehmer und Wiederverkäufer gegenüber dem Lieferanten, von den eigenen Abnehmern einen vereinbarten absoluten Wiederverkaufspreis zu verlangen. Das Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand ist damit bei einer Abrede zu bejahen, die einen Wiederverkaufspreis betrifft und mit welcher ein Mindest- oder Festpreis festgesetzt wird, sei dies direkt oder indirekt.¹³⁴

167. Vorliegend weicht die Konstellation jedoch in verschiedener Hinsicht von einer Preisbindung zweiter Hand ab. So liegt zunächst keine klassische Vertriebskette¹³⁵ vor, welche üblicherweise das Umfeld einer Preisbindung zweiter Hand bilden würde. Die Online-Buchungsplattformen agieren – insbesondere aufgrund der Verwendung des Agentur-Systems – nicht als Wiederverkäufer einer Dienstleistung („Hotelübernachtung“). Ihre Rolle ist primär als die eines Vermittlers zu betrachten, der den Kontakt zwischen dem Anbieter der Dienstleistung (Hotel) und dessen Kunden herstellt.¹³⁶ Selbst wenn der Verständlichkeit halber die Hotels mit einem Lieferanten einer Dienstleistung (der Hotelübernachtung) und die Online-Buchungsplattformen mit einem Wiederverkäufer innerhalb einer klassischen Vertriebskette gleichgesetzt werden, wird der Unterschied der weiten Preisparitätsklausel zu einer Preisbindung zweiter Hand deutlich ersichtlich. So betreffen die Preisparitätsklauseln nicht die Einhaltung von absoluten Wiederverkaufspreisen, sondern beinhalten einzig die Verpflichtung des Lieferanten, die betreffende Dienstleistung auf anderen Kanälen nicht zu einem günstigeren Preis anzubieten. Es liegt damit keine Downstream-Verpflichtung des Händlers, sondern eine Upstream-Verpflichtung des Lieferanten vor.

168. Im Ergebnis können damit die weiten Preisparitätsklauseln nicht per se unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert werden, da es sich nicht um eine Preisbindung zweiter Hand handelt. Es stellt sich damit die Frage, ob der Vermutungstatbestand auch auf eine andere Art preisrelevanter Abreden angewendet werden kann.

C.4.4.2 Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf die Preisparitätsklauseln der Parteien?

169. In der Literatur werden Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG im Allgemeinen als Bindung des Händlers durch eine Bestimmung des Lieferanten hinsichtlich der Wiederverkaufspreise beschrieben. BORER beispielsweise hält fest, „dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nur bei Preis- und Gebietsschutzabreden zu Lasten der Händler“ greife.¹³⁷ Die gleiche Einschränkung findet sich bei AMSTUTZ/REINERT, welche zudem die Anwendung auf Meistbegünstigungsklauseln explizit ausschliessen.¹³⁸ Allgemein zur Wirkungsrichtung von Art. 5 Abs. 4 KG wird im *Commentaire Romand* festgehalten: „L’art. 5 IV LCart concerne uniquement les restrictions de la liberté d’action du distributeur. Les limitations de la liberté du producteur ne sont pas concernées par l’art. 5 IV LCart.“¹³⁹ Als Beispiel der von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfassten Klauseln wird die Meistbegünstigungsklausel genannt.¹⁴⁰ Die in der Schweiz herrschende Lehre scheint – soweit ersichtlich – mit dem europäischen Verständnis übereinzustimmen.¹⁴¹

170. Die Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG ist jedoch nicht auf die klassischen Fälle von Preisbindungen zweiter Hand eingeschränkt. In der Literatur wird beispielsweise der Fall einer Höchstpreisvereinbarung genannt, die als Abrede von Festpreisen betrachtet und damit vom Vermutungstatbestand erfasst werden kann, wenn sie sich wie eine Festpreisvereinbarung auswirkt.¹⁴² Ebenfalls anwendbar ist der Vermutungstatbestand auf indirekte Vereinbarungen von Mindest- oder Festpreisen, wobei: „la fixation indirecte des prix ne concerne pas n’importe quels accords ayant quelconque influence sur le prix de revente (...) il est nécessaire que l’accord en question produise les mêmes effets que la fixation directe d’un prix minimum ou fixe.“¹⁴³

¹³³ Inwiefern Preisparitätsklauseln die Preissetzungsmöglichkeiten von Hotels einschränken, wird in Rz 273 ff. ausführlich erläutert.

¹³⁴ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 494 ff.

¹³⁵ Vgl. hierzu oben, Rz 158.

¹³⁶ Vgl. hierzu nähere Ausführungen unten hinsichtlich der Marktabgrenzung, Rz 176 ff.

¹³⁷ JÜRIG BORER, *Kartellgesetz*, 3. Auflage 2011, Art. 5 KG N 32.

¹³⁸ Vgl. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 86, 97 (dort zudem unter explizitem Verweis auf den weiter gefassten Wortlaut der Bestimmung).

¹³⁹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 5 KG N 557.

¹⁴⁰ Vgl. CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT* (Fn 139), Art. 5 KG N 559.

¹⁴¹ Vgl. nur REINHARD ELLGER, in: *Wettbewerbsrecht, Immennga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 2012, Art. 4 Vertikal-GVO Rz 13; MINR MICHAEL BARON, in: *Kartellrecht*, Loewenheim/Messen/Riesenkampff (Hrsg.), 2009, Art. 4 Vertikal-GVO Rz 149 ff., 155.

¹⁴² Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 503 ff.

¹⁴³ CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT* (Fn 139), Art. 5 KG N 568.

171. Grundsätzlich wäre es damit denkbar, die vorliegend untersuchten weiten Preisparitätsklauseln als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren, sofern ihre Wirkung mit jener einer Mindest- oder Festpreisvereinbarung gleichzusetzen wäre. Es ist demnach im Einzelfall zu beurteilen, ob Preisparitätsklauseln vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden oder nicht.

172. Dabei ist vorliegend insbesondere der Hintergrund des Vermutungstatbestandes zu berücksichtigen. So führen Preisbindungen zweiter Hand in der Regel unmittelbar zu höheren Endkundenpreisen,¹⁴⁴ weshalb diese Abreden derart verpönt sind, dass sie mit einer Sanktion bedroht werden.¹⁴⁵ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konnten jedoch keine Anhaltspunkte auf einen derartigen Effekt festgestellt werden.¹⁴⁶ Es liegt denn auch keine mit den E-Books¹⁴⁷ vergleichbare Situation vor, wo die grossen Buchverlage gemeinsam gegenüber Amazon eine APPA mit Agentur-Modell durchsetzen, um so die Endkundenpreise für E-Books zu erhöhen. Ein solch koordiniertes Vorgehen der Hotels erscheint alleine aufgrund der Vielzahl der Betriebe schlicht nicht denkbar. Auch scheint es wenig plausibel, dem Verband der Hotels, hotelleriesuisse, ein solches Vorgehen zu unterstellen, da gerade dieser Verband es war, der das vorliegende Verfahren angestrengt hat, da die von den Parteien verwendeten Preisparitätsklauseln gerade nicht im Interesse der Hotelbetriebe liegen.

173. Auch charakterisiert sich eine Mindest- oder Festpreisvereinbarung gerade dadurch, dass durch eine solche Abrede der Händler (welcher den Endkundenpreis festlegt) verpflichtet wird, (direkte oder indirekte) Vorgaben bezüglich der absoluten Höhe der Endkundenpreise einzuhalten. Bei Preisparitätsklauseln hingegen sind Hotels (welche aufgrund des Agenturmodells die Endkundenpreise festlegen) nicht eingeschränkt bezüglich der absoluten Höhe der verlangten Preise oder bezüglich der Möglichkeiten, diese zu senken. Hierzu ist auf Rz 273 ff. zu verweisen, wo dargelegt wird, welche Möglichkeiten ein Hotel hat, seine Preise zu variieren. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Hotels aufgrund der Preisparitätsklauseln der Parteien in ihrer Preissetzungsfreiheit hinsichtlich der absoluten Endkundenpreise nicht eingeschränkt werden. Auch ist der Intra-brand-Wettbewerb zwischen den Dienstleistungen eines bestimmten Hotels nicht derart beschränkt, dass davon ausgegangen werden könnte, dass sich Preisparitätsklauseln in vergleichbarer Weise wie Fest- oder Mindestpreisvereinbarungen auswirken. Insgesamt zeigt sich, dass die vorliegend festgestellten wettbewerbs-schädlichen Wirkungen der untersuchten Vertragsklauseln auf Stufe der Online-Buchungsplattformen festgestellt werden können, nicht jedoch auf Stufe der Hotels.

C.4.4.3 Fazit: Keine Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG

174. Gestützt auf die festgestellte Wirkung der untersuchten Vertragsklauseln ist vorliegend nicht von einer Abrede betreffend Mindest- oder Festpreise auszugehen. Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG greift demnach vorliegend nicht. Es ist daher nachfolgend aufzuzeigen, inwiefern der Wettbewerb auf dem

relevanten Markt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG eingeschränkt wird.

C.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

175. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt¹⁴⁹ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter¹⁵⁰ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).¹⁵¹ Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

C.4.5.1 Der relevante Markt

176. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵²

177. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt damit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁵³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als

¹⁴⁴ Vgl. hierzu nur MOTTA (Fn 89), 307 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2036 f. Ziff. 2.1.3; vgl. auch Entscheid der WEKO vom 20.8.2012 in Sachen *Altimum*, Rz 32 ff., abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (3.12.2014).

¹⁴⁶ Vgl. Rz 268 ff.

¹⁴⁷ Vgl. <<http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>> (16.3.2015); KOMM, ABl. 2013 C 378/14, *E-Books*; siehe auch ANNA WOLF-POSCH, Bestpreisklauseln in Internetplattformmärkten im Visier der Wettbewerbsbehörden in: Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht, S 138 f.

¹⁴⁸ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden.

¹⁴⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁵⁰ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

¹⁵¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 230.

¹⁵² BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

¹⁵³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵⁴ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.¹⁵⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.¹⁵⁶

C.4.5.1.1 Marktgegenseite

178. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist die Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Verfahrensgegenstand ist vorliegend die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitätsklauseln, welche von den Parteien in ihren Anschlussverträgen für Hotels verwendet werden. Die Dienstleistungen, welche von den Hotels nachgefragt und zu deren Zweck die Anschlussverträge abgeschlossen werden, können als Vermittlung von Hoteldienstleistungen zusammengefasst werden.

179. Online-Buchungsplattformen vermitteln eine Transaktion zwischen Hotels und Endkunden. Die nachfolgende Marktabgrenzung erfolgt jedoch aus der Sicht der Hotels, da diese durch die untersuchten Vertragsklauseln direkt betroffen sind. Die Sicht der Endkunden ist jedoch indirekt relevant, da die Hotels die Nachfrage der Endkunden bei der Wahl ihrer Vertriebswege mitberücksichtigen müssen. Eine Unterscheidung zwischen den beiden Nachfragergruppen ist notwendig, da die unterschiedlichen Vertriebskanäle aus Sicht der Hotels häufig komplementär sind, wohingegen aus Sicht der Endkunden diese auch austauschbar sein können. Dieses Vorgehen hat auch das Bundeskartellamt in seinem Beschluss in Sachen HRS gewählt.¹⁵⁷

180. Die WEKO setzt sich vorliegend zum ersten Mal mit Online-Buchungsplattformen auseinander und hat auch keine Praxis in vergleichbaren zweiseitigen Transaktions-Märkten aus der Reisebranche, wie beispielsweise Globalen Distributionssystemen (GDS). Dahingegen besteht eine reichhaltige Praxis bezüglich Kreditkarten, deren Anbieter auch in einem zweiseitigen Transaktions-Markt tätig sind. In den entsprechenden Entscheidungen wurde ebenfalls mit den Händlern auf jene Marktgegenseite abgestellt, welche mit den Plattformen (Kreditkartenunternehmen) Kreditkarten-Akzeptanzverträge abschliessen und die verlangten Gebühren bezahlen. Die Sichtweise der anderen Nachfragergruppe (Endkunden) wurde bei der Marktabgrenzung jedoch ebenfalls berücksichtigt.¹⁵⁸

C.4.5.1.2 Sachlich relevanter Markt

181. 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 VKU¹⁵⁹, analog).

182. Nachfolgend wird beschrieben, welche charakteristischen Eigenschaften Online-Buchungsplattformen haben. Anschliessend wird aufgezeigt, welche verschiedenen Vertriebskanäle den Hotels grundsätzlich zur Verfügung stehen. Anschliessend werden die einzelnen Kanäle jeweils ausführlich umschrieben und geprüft, ob diese

als Substitut für Online-Buchungsplattformen angesehen werden können.

C.4.5.1.3 Eigenschaften von Online-Buchungsplattformen

183. Die Tätigkeit und Funktionsweise der Online-Buchungsplattformen im Allgemeinen wurde im Rahmen des Sachverhalts eingehend erläutert.¹⁶⁰ Die Parteien sind dabei in einem zweiseitigen Markt tätig, indem sie zwischen zwei Nachfragergruppen, namentlich den Hotels und den Endkunden, eine direkte Transaktion, nämlich den Erwerb einer Hoteldienstleistung, vermitteln. Die WEKO hat sich schon verschiedentlich mit Fragestellungen im Zusammenhang mit zweiseitigen Märkten auseinandergesetzt.¹⁶¹

184. Allgemein werden Märkte als zweiseitig definiert, wenn einerseits mehrere Nachfragergruppen zusammengebracht werden und andererseits zwischen diesen Nachfragergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Die zwischen den beiden Gruppen von Nachfragern bestehenden Externalitäten werden durch das Unternehmen, welches die Plattform anbietet, internalisiert.¹⁶² Somit liegt der Mehrwert einer solchen Plattform insbesondere darin, dass sie die Nachfrage einer grossen Anzahl von Kunden beider Nachfragergruppen koordiniert, was positive Netzwerk-Externalitäten zu Gunsten beider Nachfragergruppen generiert.

185. Eine weitere typische Eigenschaft von zweiseitigen Märkten ist die Möglichkeit des Plattformanbieters, nicht nur über die Gesamthöhe des Preises seiner Dienstleistungen (d.h. die Summe der Preise, welche die Nachfragergruppen insgesamt bezahlen) zu bestimmen, sondern auch über die Preisstruktur (d.h. die Plattform kann

¹⁵⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

¹⁵⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵⁷ Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 71, *HRS*: Bezüglich der Berücksichtigung beider Nachfragergruppen verweist das Bundeskartellamt auf den Fall KOMM, Abl. 2007 L 314, Rz 41 ff., *Travelport/Worldspan*, worin die Europäische Kommission mit dem „GDS-Markt“ (für Flüge und andere Reisedienstleistungen) ebenfalls einen zweiseitigen Markt abgrenzt und dabei die jeweils relevanten Marktseiten berücksichtigt.

¹⁵⁸ Vgl. RPW 2003/1, 119, Rz 73f., *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

¹⁵⁹ Verordnung vom 17. 6. 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁶⁰ Vgl. oben, Rz 7 ff.

¹⁶¹ Vgl. RPW 2007/2, 283 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2005/2, 312 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten-Interchange Fee*; RPW 2011/1, 96 ff., *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶² Siehe hierzu DAVID S. EVANS, in: *Yale Journal on Regulation*, 20(2), *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, 2003, 325-381; MARC RYSMAN, in: *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), *The Economics of Two-Sided Markets*, 2009, 125-43; JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: *Journal of the European Economic Association*, 1(4), *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 2003, 990-1029.

typischerweise bestimmen, welche der Nachfragergruppen wie viel bezahlt). So kann die Dienstleistung für eine Nachfragergruppe beispielsweise kostenlos sein, während eine andere Nachfragergruppe für die Dienstleistung bezahlen muss.¹⁶³

186. Auch wird die Wettbewerbsstruktur von zweiseitigen Märkten insbesondere dadurch bestimmt, ob die Nachfragergruppen mehrere Plattformen nebeneinander (sogenanntes „Multihoming“) oder nur eine Plattform nutzen können (sogenanntes „Singlehoming“).¹⁶⁴ Ebenso kann danach unterschieden werden, ob zwischen den Nachfragergruppen eine nachweisbare Transaktion stattfindet (wie bei der Zahlung mit einer Kreditkarte) oder nicht (beispielsweise bei Werbung in einer Gratiszeitung).¹⁶⁵

187. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche dieser Eigenschaften bei den vorliegend betrachteten Online-Buchungsplattformen vorliegen.

(i) *Indirekte Netzwerkeffekte*

188. Bei Online-Buchungsplattformen bestehen für beide Nachfragergruppen, Hotels sowie Endkunden, starke indirekte Netzwerkeffekte. So haben die Online-Buchungsplattformen eine Vermittlungsfunktion zwischen einer grossen Anzahl von Endkunden und einer grossen Anzahl von Hotels. Aus Sicht des Endkunden ist eine spezifische Online-Buchungsplattform insbesondere dann attraktiv, wenn diese (bei der gewünschten Destination) eine grosse Auswahl an verschiedenen Hotels anbieten kann. Umgekehrt ist es naheliegend, dass aus Sicht der Hotels eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver ist, je mehr Kunden diese benutzen.

(ii) *Nachfragergruppen*

189. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte ist es für eine Plattform unerlässlich, zumindest bei einer der Nachfragergruppen über eine kritische Grösse zu verfügen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass ein Händler nur eine Kreditkarte akzeptieren will, welche durch eine genügende Anzahl zahlender Endkunden verwendet wird. Umgekehrt ist für Endkunden nur eine Kreditkarte interessant, welche von genügend Händlern akzeptiert wird. Gleiches gilt im Fall der Online-Buchungsplattformen: Eine Plattform ist für Hotel-Partner nur dann attraktiv, wenn sie viele Endkunden anspricht, und umgekehrt steigt die Attraktivität einer Plattform aus Sicht der Endkunden, wenn sie über eine grosse Auswahl an Hotels verfügt. Für eine Plattform ist es entsprechend wichtig, beide Nachfragergruppen anzusprechen („getting both sides aboard“),¹⁶⁶ wobei für den Erfolg einer Plattform zuerst eine kritische Grösse erreicht werden muss.¹⁶⁷

190. So kann es sich für eine Plattform lohnen, spezifische Nutzer einer Nachfragergruppe, welche für die andere Nachfragergruppe besonders attraktiv sind (sogenannte „Marquee Buyers“¹⁶⁸) bevorzugt zu behandeln.¹⁶⁹ Vorliegend könnte dies beispielsweise bei (internationalen) Hotelketten der Fall sein.¹⁷⁰

(iii) *Preisstruktur*

191. Eine weitere Eigenschaft von zweiseitigen Märkten liegt darin, dass die Plattform nicht nur über den Preis ihrer Dienstleistung insgesamt bestimmt, sondern auch

die Möglichkeit hat, den Preis gegenüber der einen Nachfragergruppe zu reduzieren und gleichzeitig im selben Ausmass gegenüber der anderen Nachfragergruppe zu erhöhen. Dies kann sich auf das Volumen der Transaktionen auswirken und somit einen wesentlichen Einfluss auf den Erfolg der Plattform gegenüber beiden Nachfragergruppen haben.¹⁷¹ Vielfach zeichnen sich die von der Plattform verbundenen Nachfragergruppen durch unterschiedliche Zahlungsbereitschaften für den Zugang zur Plattform aus, so dass es für eine Plattform sinnvoll sein kann, ausschliesslich eine Marktgegenseite für den Zugang bezahlen zu lassen.¹⁷² Es existieren in zweiseitigen Märkten denn auch eine Reihe von Beispielen, in welchen eine Plattform ein solches Vorgehen wählt, und wo letztlich eine Nachfragergruppe eine andere subventioniert: So wird beispielsweise die Software zum Lesen von PDF-Dateien kostenlos an Endnutzer abgegeben, während die Unternehmen, welche typischerweise solche Dateien erstellen, für die entsprechende Software bezahlen müssen. Ähnliches kann bei Kreditkarten beobachtet werden, wo Händler ausnahmslos für Transaktionen bezahlen müssen, während den Endkunden die Kreditkarten teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt werden.¹⁷³

192. Bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von zweiseitigen Märkten sind durch die Preisstruktur bedingte Wechselwirkungen zu berücksichtigen, zumal bei einer isolierten Betrachtung der Preissetzung gegenüber einer Nachfragergruppe fälschlicherweise auf eine Verhaltensweise wie beispielsweise „predatory pricing“ geschlossen werden könnte.¹⁷⁴

193. Vorliegend haben die Parteien eine Preisstruktur gewählt, bei welcher die Hotels die gesamten Kosten für die erbrachte Vermittlungs-Leistung tragen, während diese für die Endkunden kostenlos ist. Letztlich können

¹⁶³ Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 162). Unter Umständen kann eine indirekte Weitergabe des an die Plattform bezahlten Preises, ein sogenannter „pass-through“ an die andere (subventionierte) Nachfragergruppe stattfinden, beispielsweise über den Preis des über die Plattform vermittelten Produkts.

¹⁶⁴ Vgl. MARK ARMSTRONG, in: The RAND Journal of Economics, 37, Competition in two-sided markets, 2006, 668–691.

¹⁶⁵ LAPO FILISTRUCCHI/DAMIEN GERADIN/ERIC VAN DAMME/PAULINE AFFELDT, Market Definition in Two-Sided Markets, Theory and Practice, TILEC Discussion Paper No. 2013-009, 2013.

¹⁶⁶ Siehe RYSMAN (Fn 162).

¹⁶⁷ Was auch als „Huhn-oder-Ei-Problem“ bezeichnet wird: Siehe GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, Two-Sided Network Effects, A Theory of Information Product Design, Management Science, 51(10), 2005, 1494–1504; ROCHET/TIROLE (Fn 162); sowie BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, in: RAND Journal of Economics, 34(2), Chicken & Egg, Competition Among Intermediation Service Providers, 2003, 309–328.

¹⁶⁸ Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 162).

¹⁶⁹ THOMAS EISENMANN/GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, in: Harvard Business Review, 84(10), Strategies for two-sided markets, 2006, 92.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu Rz 346.

¹⁷¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: RAND Journal of Economics, 35(3), Two-Sided Markets, A Progress Report, 2006, 645–667.

¹⁷² Siehe CAILLAUD/JULLIEN (Fn 167).

¹⁷³ Diese sowie weitere Beispiele finden sich in EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE (Fn 169).

¹⁷⁴ Vgl. JULIAN WRIGHT, in: Review of Network Economics, 3(1), One-sided logic in two-sided markets, 2004, 44–64.

die Hotels die entstehenden Kosten über die allgemeinen Zimmerpreise an die Endkunden abwälzen. Weite Preisparitätsklauseln verhindern dabei allerdings, dass Endkunden bei Buchungen über eine Online-Buchungsplattform mit höheren Kommissionen einen entsprechend höheren Preis zu bezahlen haben.¹⁷⁵

(iv) *Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte*

194. Im Allgemeinen kann bei zweiseitigen Märkten zwischen Transaktions-Märkten und Nicht-Transaktions-Märkten unterschieden werden. Zweiseitige Nicht-Transaktions-Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass keine Transaktion zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfindet und dass, selbst wenn eine Interaktion stattfindet, diese nicht beobachtbar ist, so dass keine Transaktions-Gebühr, Interaktions-Gebühr oder ein zweistufiger Tarif erhoben werden kann. Solche Nicht-Transaktions-Märkte bestehen vorwiegend im Medien-Bereich. So kann beispielsweise eine Zeitung typischerweise gegenüber Werbekunden keine Transaktions-Gebühr erheben, wenn ein Leser eine Werbe-Botschaft liest. Bei solchen Nicht-Transaktions-Märkten kann es sinnvoll sein, für jede Marktgegenseite separate sachlich relevante Märkte zu betrachten. So wurde in der bisherigen Praxis der WEKO im Bereich Printmedien von jeweils separaten Lesermärkten sowie Werbemärkten ausgegangen.¹⁷⁶

195. Bei zweiseitigen Transaktions-Märkten wie beispielsweise bei Debit- oder Kreditkarten, bestehen hingegen beobachtbare Transaktionen zwischen den beiden Nachfragergruppen. Somit kann eine Plattform nicht nur allenfalls eine Mitglieder-Gebühr erheben, sondern sie kann auch Gebühren für die effektive Nutzung der Plattform erheben, d.h. sie kann einen zweistufigen Tarif verlangen.¹⁷⁷

196. Vorliegend wird durch die Vermittlung durch Online-Buchungsplattformen eine messbare Transaktion zwischen Hotels und Endkunden ermöglicht.

(v) *Singlehoming versus Multihoming*

197. Falls mehrere Plattformen im selben Markt tätig sind, können sich Angehörige der durch diese Plattformen verbundenen Nachfragergruppen entscheiden, ob sie nur eine einzige dieser Plattformen („Singlehoming“) oder mehrere Plattformen („Multihoming“) verwenden. Die Möglichkeit des Multihomings hat wiederum Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur, beispielsweise bezüglich der Preisstruktur, in zweiseitigen Märkten.¹⁷⁸

198. Vorliegend ist Multihoming sowohl seitens Hotels, als auch seitens Endkunden grundsätzlich möglich. So beinhalten die Partnerverträge der Parteien keinerlei Exklusivitätsklauseln und auch den Endkunden ist es durchaus möglich, verschiedene Plattformen zu nutzen.

199. Allerdings existiert eine Reihe von Einschränkungen, welche ein umfassendes Multihoming limitieren. Aus Sicht von Hotels ist die Bewirtschaftung von mehreren Online-Buchungsplattformen mit einem steigenden administrativen Aufwand verbunden. Während die Bewirtschaftung von nur einer Online-Buchungsplattform über das Extranet machbar ist, kann die Bewirtschaftung von mehreren indirekten Kanälen den Kauf von spezialisierten Software-Lösungen wie Channel Managern oder

zentralen Reservationssystemen (CRS) notwendig machen. Gerade der Anschluss an eine Online-Buchungsplattform mit einem geringen Buchungsvolumen könnte sich unter diesen Umständen nicht lohnen.

200. Seitens der Endkunden ist festzuhalten, dass der Erwerb einer Hoteldienstleistung (im Gegensatz zu beispielsweise Kreditkartentransaktionen) eine relativ seltene Transaktion ist, womit diese möglicherweise eher zur Verwendung der immer gleichen Plattform tendieren. Auch können Online-Buchungsplattformen Singlehoming in einem gewissen Ausmass fördern, beispielsweise durch Kundenbindungsprogramme.

¹⁷⁵ Vgl. Rz 294 ff.

¹⁷⁶ Vgl. beispielsweise RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹⁷⁷ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT (Fn 165).

¹⁷⁸ EVANS (Fn 162).

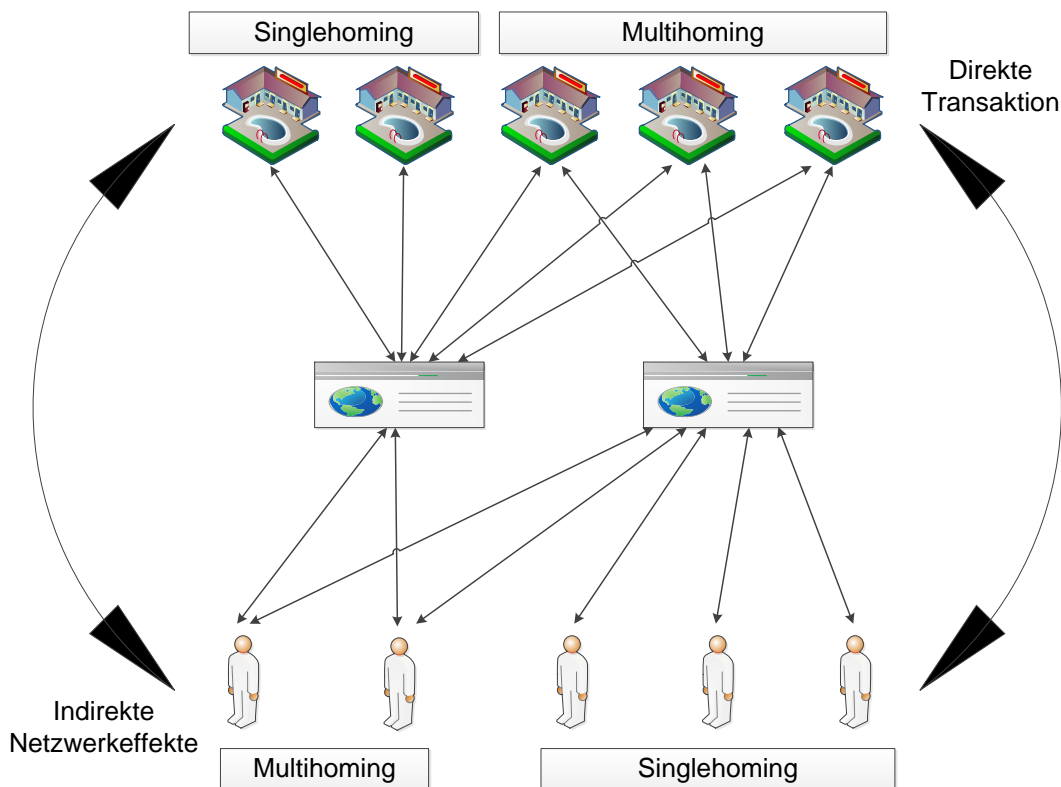


Abbildung 3: Online-Buchungsplattformen als zweiseitiger Markt

(vi) Zusammenfassung

201. Zusammengefasst weist die Tätigkeit von Online-Buchungsplattformen folgende spezifische Charakteristika auf:

- **Nachfragergruppen:** Online-Buchungsplattformen vermitteln zwischen zwei Nachfragergruppen, nämlich Endkunden und Hotels.
- **Indirekte Netzwerkeffekte:** Es bestehen starke indirekte Netzwerkeffekte. So ist eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver, je mehr Hotels auf dieser vertreten sind. Umgekehrt wollen Hotels mit einer Plattform eine möglichst hohe Anzahl potenzieller Endkunden ansprechen.
- **Preisstruktur:** Den Endkunden entstehen keine (direkten) Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattformen. Sämtliche direkten Kosten werden im Falle einer erfolgreichen Vermittlung von den Hotels getragen.
- **Transaktion:** Als Resultat der Vermittlung durch die Online-Buchungsplattformen kommt eine direkte Transaktion zwischen den Nachfragergruppen zustande, nämlich der Verkauf einer Hoteldienstleistung durch Hotels an Endkunden.
- **Multihoming:** Multihoming ist für beide Nachfragergruppen grundsätzlich möglich.

202. Damit handelt es sich vorliegend um einen zweiseitigen Markt. Dieses Ergebnis wird auch durch diesbezügliche Aussagen von HRS gestützt. Und auch das Bundeskartellamt geht von dieser Einschätzung aus.¹⁷⁹

C.4.5.1.4 Alternativen zu Online-Buchungsplattformen

203. Neben Online-Buchungsplattformen existiert eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, über welche Hotels ihre Dienstleistungen an Endkunden verkaufen können. Zunächst können diese danach unterschieden werden, ob die Buchung im direkten Kontakt zwischen Endkunde und Hotel erfolgt (direkter Vertrieb), oder ob bei der Buchung ein Intermediär beteiligt ist (indirekter Vertrieb).

204. Tabelle 1 enthält eine Übersicht über die von Hotels verwendeten Vertriebskanäle. Weiter wird ersichtlich, in welchem Umfang über die verschiedenen Vertriebskanäle Hotelübernachtungen in der Schweiz gebucht werden. Insgesamt werden rund zwei Drittel der Übernachtungen direkt bei Hotels gebucht, was grossmehrheitlich über traditionelle Kommunikationsmittel (Telefon, Fax und Brief) sowie durch Walk-In-Kunden geschieht. Einen ähnlichen Anteil an direkt gebuchten Übernachtungen generieren Buchungen via E-Mail sowie mittels Kontaktformular auf der hoteleigenen Homepage, bei welchen die Endkunden keine sofortige Buchungsbestätigung erhalten. Vergleichsweise gering ist der Anteil der Übernachtungen, welche in Echtzeit (d.h. mit Prüfung der Verfügbarkeit und sofortiger Bestätigung) auf der eigenen Webseite von Hotels gebucht werden können.

¹⁷⁹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 81, HRS. Typische andere Beispiele für zweiseitige Märkte finden sich in den Bereichen Zahlungsverkehr (z.B. Kredit- und Debit-Karten), Medien (z.B. Zeitungen, Zeitschriften, TV) und Computer (Betriebssysteme, Spiel-Konsolen).

Tabelle 1: Vertriebskanäle bei Hotels in der Schweiz (Anteil an Übernachtungen)

Vertriebskanal	2008 ¹⁸⁰	2013 ¹⁸¹
Direkter Vertrieb		
- Telefon / Fax / Brief	29 %	23 %
- Walk-In	8 %	6 %
- Kontaktformular auf Webseite (kein Verfügbarkeits-Check)	9 %	6 %
- E-Mail	26 %	21 %
- Echtzeitbuchungen auf Webseite (mit Verfügbarkeits-Check)	4 %	7 %
Online-Buchungsplattformen	6 %	19 %
Tour Operator / Reisebüros	7 %	5 %
Wholesaler	k.A.	3 %
Globale Distributionssysteme (GDS)	2 %	3 %
Tourismusorganisationen	5 %	3 %
Event- und Kongressorganisatoren	2 %	2 %

205. Daneben nehmen Hotels in der Schweiz die Dienste von verschiedenen Reise-Intermediären in Anspruch. Von diesen indirekten Vertriebskanälen machen Buchungen über Online-Buchungsplattformen den grössten Anteil aus. Des Weiteren erfolgt der indirekte Vertrieb, wenn auch in jeweils deutlich geringerem Umfang, über Reiseveranstalter / Reisebüros und Wholesaler¹⁸², über Globale Distributionssysteme (GDS)¹⁸³, wie auch über eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen¹⁸⁴ (wie Tourismusorganisationen, Event- und Kongressorganisatoren).

206. Über die Zeit betrachtet konnte zwischen den Jahren 2008 und 2013 ein massives Wachstum des Anteils der Online-Buchungsplattformen beobachtet werden. Zumal die Anzahl Logiernächte bei Hotels in der Schweiz in diesem Zeitraum sogar leicht gesunken ist, kann festgehalten werden, dass dieses Wachstum der Online-Buchungsplattformen insbesondere zu Lasten des direkten Vertriebs erfolgte.¹⁸⁵ Allerdings hat auch die Bedeutung von anderen Vertriebskanälen wie Tourismusorganisationen oder Tour Operators (Reiseveranstalter) / Reisebüros während dieses Zeitraums abgenommen.

207. Die Parteien bringen vor, dass neben Online-Buchungsplattformen auch sämtliche anderen der genannten Vertriebskanäle sowie zusätzlich auch Werbedienstleister (Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen und Internet-Suchmaschinen) zum sachlich relevanten Markt zu zählen seien. Nachfolgend ist deshalb zu klären, ob diese aus Sicht der Hotels als mögliche Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können.

(i) *Direkter Vertrieb*

208. Der direkte Vertrieb umfasst sämtliche Buchungsmöglichkeiten, bei welchen der Endkunde seine Buchung direkt, d.h. ohne einen Intermediär, bei einem Hotel vornimmt. Die Buchungen können dabei einerseits durch traditionelle Kommunikationskanäle (d.h. per Telefon, Brief oder Fax) oder auf elektronischem Weg erfolgen (d.h. per E-Mail, über ein elektronisches Buchungsfeld oder als Echtzeit-Buchung auf der hoteleigenen Homepage). Schliesslich gibt es auch Endkunden, wel-

che ein Hotel ohne vorgängige Reservation aufsuchen, sogenannte Walk-In-Kunden.

209. Wie auch von Online-Buchungsplattformen werden durch den direkten Vertrieb sämtliche Arten von Endkunden angesprochen. Im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen bietet der direkte Vertrieb lediglich die Möglichkeit der Buchung einer Hoteldienstleistung, ohne dass die Suche nach einer Vielzahl von Hotels und folglich auch keine unmittelbaren Vergleiche zwischen Hotels möglich sind. Ein Resultat dieser Einschränkung ist insbesondere, dass im direkten Vertrieb keine indirekten Netzwerkeffekte bestehen können. In beschränktem Ausmass können entsprechende Netzwerkeffekte bei Hotels bestehen, welche Teil einer internationalen Hotelkette sind (wie beispielsweise Hilton, Sheraton etc.) sowie bei Hotelaffiliationen (beispielsweise The Leading Hotels of the World, Design Hotels). Die derart entstehenden Netzwerkeffekte sind allerdings angesichts der geringen Bedeutung von Ketten-Hotels in der Schweiz kaum relevant.¹⁸⁶

210. Analog zu den fehlenden indirekten Netzwerkeffekten fehlen dem direkten Vertrieb auch gewisse Skaleneffekte: So ist eine umfassende internationale Präsenz für ein einzelnes Hotel kaum zu bewerkstelligen, wie auch

¹⁸⁰ Vgl. ROLAND SCHEGG/THOMAS ALLEMANN, Schweizer Hotellerie und Internet 2008, Online Vertrieb gewinnt an Dynamik, Resultate einer online Umfrage bei Mitgliedern von hotellerieuisse, HES-SO, 2009, 18 <https://www.hotellerieuisse.ch/files/pdf7/Schweizer_Hotellerie_und_Internet_20081.pdf> (27. 1.2015).

¹⁸¹ Vgl. ROLAND SCHEGG, 2014 European Hotel Distribution Study, The Rise of Online Intermediaries, Special focus Switzerland, HES-SO, 2014, 24 <https://www.hotellerieuisse.ch/files/pdf7/2014_European_Hotel_Distribution_Study_SUMMARY_Switzerland_Focus1.pdf> (27.1.2015).

¹⁸² Vgl. Rz 221 ff.

¹⁸³ Vgl. Rz 216 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Rz 228 ff.

¹⁸⁵ Gemäss dem Bundesamt für Statistik waren im Jahr 2008 37'333'769 Logiernächte und im Jahr 2013 35'623'883 Logiernächte zu verzeichnen. Siehe Bundesamt für Statistik (BFS), Hotels und Kurbetriebe, Angebot und Nachfrage im Überblick <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (27.1.2015).

¹⁸⁶ Vgl. Rz 346 ff.

eine Bündelung von Marketingaktivitäten kaum machbar ist. Ebenso erlaubt der direkte Vertrieb kein Multihoming, wohingegen Online-Buchungsplattform Buchungen bei verschiedenen voneinander unabhängigen Hotels aus einer Hand ermöglichen.

211. Der direkte Vertrieb wird im Allgemeinen als der für Hotels kostengünstigste Vertriebskanal betrachtet, insbesondere auch im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen. Wenn der direkte Vertrieb ein vollständiges Substitut für Online-Buchungsplattformen wäre und letztere entsprechend keinen tatsächlichen Mehrwert gegenüber den Hotels generieren würden, würde infolgedessen keine Nachfrage nach Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen (oder auch anderen kostenpflichtigen Vertriebskanälen) bestehen. Vielmehr geht aus der Umfrage hervor, dass Online-Buchungsplattformen stets komplementär zum direkten Vertrieb eingesetzt werden. So hat keines der befragten Hotels zu Gunsten von Online-Buchungsplattformen ganz auf den direkten Vertrieb verzichtet. Die Komplementarität der Online-Buchungsplattformen und des direkten Vertriebs ist auch aufgrund der Tatsache, dass gewisse Hotels gänzlich auf erstere verzichten,¹⁸⁷ nicht in Frage zu stellen. So ist es bei praktisch sämtlichen Produkten der Fall, dass nicht alle aufgrund ihrer Eigenschaften als Endkunden in Frage kommenden Personen oder Unternehmen ein entsprechendes Produkt auch erwerben.

212. In seiner bisherigen Praxis im Reisebereich hat sich die WEKO regelmässig gegen einen Einbezug von Endkunden, welche Reisedienstleistungen ohne den Einbezug eines Reisebüros selbst buchen, zu den jeweils sachlich relevanten Märkten ausgesprochen.¹⁸⁸ Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen von Expedia zurückzuweisen, dass im Fall „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“¹⁸⁹ der sachlich relevante Markt sowohl den Eigenvertrieb als auch den Fremdvertrieb von Tickets umfasste¹⁹⁰ und daher auch vorliegend der direkte Vertrieb zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei. Abgesehen von der Tatsache, dass der genannte Fall ein gänzlich anderes Produkt zum Inhalt hatte, sind beim Erwerb eines Tickets die Möglichkeit eines Vergleichs der Eigenschaften verschiedener Veranstaltungen wohl nur untergeordnet, weshalb beim Vertrieb von Tickets indirekte Netzwerkeffekte nur eine untergeordnete Rolle spielen.

213. Es gibt eine Vielzahl weiterer Gründe, weshalb Hotels mit ihrem direkten Vertrieb nicht als Konkurrenten der Parteien (und somit als Bestandteil des sachlich relevanten Marktes) zu betrachten sind: Auch aus Sicht der Endkunden bietet der direkte Vertrieb von Hotels nur in der Minderheit der Fälle eine mit Online-Buchungsplattformen vergleichbare Funktionalität, zumal nur ein kleiner Anteil der direkten Buchungen in Echtzeit über die Webseite der Hotels erfolgt respektive erfolgen kann.¹⁹¹ Selbst bei der Möglichkeit von Echtzeitbuchungen über die Webseite eines Hotels verzichtet der Endkunde dabei auf die Vorteile der Suche, des Vergleichs sowie der Buchung aus einer Hand. Weiter sind Hotels auf einer anderen Marktstufe als Online-Buchungsplattformen tätig, da sie nicht in erster Linie als Vermittler sondern als Produzenten von Reisedienstleistungen tätig sind. Schliesslich ist auch nicht davon aus-

zugehen, dass tausende voneinander unabhängige Hotels als effektive Konkurrenten gegenüber den Parteien auftreten können.

214. Wie auch aus der bisherigen Praxis der WEKO im Reisebereich hervorgeht, können direkte Buchungen allerdings durchaus eine gewisse disziplinierende Wirkung auf Intermediäre haben.¹⁹² Inwiefern Hotels eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausüben, wird sodann im Rahmen der Diskussion der Stellung der Marktgegenseite näher betrachtet.¹⁹³

215. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich der direkte Vertrieb sowohl bezüglich seiner Eigenschaften wie auch bezüglich der entstehenden Kosten von den Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen klar unterscheidet und deshalb kein (perfektes) Substitut für diese darstellt. Vielmehr verhalten sich, insbesondere aus Sicht der Hotels, die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen komplementär zum direkten Vertrieb.

(ii) Globale Distributionssysteme

216. Bei Globalen Distributionssystemen (global distribution systems, GDS) handelt es sich um Informatiksysteme, welche Reisebüros den Zugriff auf Informationen bezüglich Reisedienstleistungen (insbesondere Flüge, Mietwagen und Hotels) ermöglichen sowie die Buchung der entsprechenden Reisedienstleistungen erlauben. GDS wurden ursprünglich in der Airline-Branche entwickelt, um computerbasierte Flug-Reservierungen durch Reisebüros zu ermöglichen. Ihre Funktionalität wurde im Verlauf der Zeit auf weitere Reisedienstleistungen, wie Automieten oder (wie vorliegend näher betrachtet) Hotelbuchungen ausgeweitet. Weltweit tätige Anbieter von GDS sind Amadeus, Travelport sowie Sabre.

217. Ein direkter Zugriff auf GDS durch Endkunden ist praktisch ausgeschlossen. Der Zugriff auf GDS erfolgt insbesondere durch stationäre Reisebüros, welche sich hauptsächlich an Privatkunden richten, oder Unternehmensreisebüros. Rein dadurch ergibt sich eine im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen beschränkte Reichweite, welche zusätzlich auch noch komplementär zu derjenigen von Online-Buchungsplattformen ist. Eine solche Anbindung ist somit auch nur für diejenigen Hotels attraktiv, welche über solche Reisebüros überhaupt gebucht werden. Im Rahmen der getätigten Hotelumfrage waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten sowie Wintersportdestinationen.

¹⁸⁷ Im Rahmen der Hotelumfrage waren dies insbesondere kleine Betriebe, welche teilweise über eine spezielle Gästestruktur verfügen (wie beispielsweise Berggasthäuser, Hotels mit hauptsächlich Dauermietern etc.).

¹⁸⁸ Vgl. RPW 2000/3, 399 ff., *TUI/Kuoni*; RPW 2004/1, 129 ff., *Hogg Robinson/Kuoni Business Travel*; RPW 2005/1, 41 ff., *Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines*; RPW 2006/4, 693 ff., *Hotelplan/Travelhouse*.

¹⁸⁹ RPW 2012/1, 74 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁹⁰ RPW 2012/1, 104 f., Rz 167 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁹¹ Vgl. Tabelle 1.

¹⁹² Vgl. RPW 2000/3, 402, Rz 19, *TUI/Kuoni*.

¹⁹³ Vgl. Rz 345 ff.

218. Auch bezüglich GDS lässt sich festhalten, dass diese bei den vom Sekretariat befragten Hotels nur zusätzlich zum direkten Vertrieb und zum Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zum Einsatz kommen. Gesamthaft ist in der Schweiz der Vertrieb über GDS sowohl bezüglich des generierten Buchungsvolumens als auch bezüglich des Anteils an Hotels, welche diesen Vertriebskanal nutzen, nur von untergeordneter Bedeutung.

219. Die WEKO hat noch keine bestehende Praxis bezüglich GDS. Die EU-Kommission hat sich dahingegen in einer Reihe von Zusammenschlussverfahren mit solchen auseinandergesetzt.¹⁹⁴ In all diesen Verfahren ging die EU-Kommission davon aus, dass GDS als eigene sachlich relevante Märkte zu betrachten sind. So beispielsweise im Verfahren COMP/M.4523 *Travelport/Worldspan*.¹⁹⁵ Dies nachdem insbesondere auch explizit geprüft wurde, ob nicht der Vertrieb von Anbietern von Reisedienstleistungen (darunter auch Hotels) auf deren eigenen Homepages (von der EU-Kommission als „Supplier.coms“ bezeichnet) ein mögliches Substitut für einen Vertrieb über ein GDS darstellt, was schlussendlich verneint wurde.¹⁹⁶

220. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch GDS nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können und somit nicht dem vorliegend sachlich relevanten Markt angerechnet werden können.

(iii) *Reiseveranstalter und Wholesaler*

221. Reiseveranstalter sind ebenfalls im Bereich des Vertriebs von Hoteldienstleistungen tätig. Typischerweise erfolgt der Vertrieb über Reiseveranstalter¹⁹⁷ über ein Merchant-Modell¹⁹⁸, wobei das Hotel Kontingente zu einem Nettopreis an den Reiseveranstalter verkauft. Vielfach erfolgt der Vertrieb durch Reiseveranstalter an Endkunden im Rahmen eines Pakets, welches beispielsweise aus Transport, Transferleistungen und Unterkunft besteht. Nur in einem beschränkten Ausmass verkaufen Reiseveranstalter Nur-Hotel-Dienstleistungen. Beispiele für in der Schweiz tätige Reiseveranstalter sind Kuoni, TUI und Hotelplan.

222. Auf einer anderen Marktstufe, aber mit einem ähnlichen Geschäftsmodell wie Reiseveranstalter, operieren sogenannte Wholesaler, welche ebenfalls mit einem Merchant-Modell operieren und Zimmerkontingente zu einem Nettopreis erwerben. Die so erworbenen Kontingente werden anschliessend nicht direkt den Endkunden zugänglich gemacht, sondern wiederum an andere Intermediäre im Reisebereich verkauft.¹⁹⁹ Beispiele für gegenüber Hotels in der Schweiz tätige Wholesaler sind Gulliver GTA (welche dem Kuoni-Konzern angehört) und Hotelbeds (welche dem TUI-Konzern angehört).

223. Aus Sicht der Hotels ist es beim Vertrieb über Reiseveranstalter oder Wholesaler von Vorteil, dass diese Kontingente aufkaufen und somit das Inventarrisiko senken. Gemessen am Preisabschlag, welcher Reisebüros sowie Wholesaler typischerweise auf die den Endkunden zugänglichen Raten gewährt werden muss, sind jedoch die Kosten dieses Vertriebsweges deutlich höher als beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen.

224. Wie auch der Vertrieb über Globale Distributionssysteme (GDS) ist der Vertrieb über Reiseveranstalter und Wholesaler nur für gewisse Hotels attraktiv. Im Rahmen der Hotelumfrage des Sekretariats waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten und Winter-sportdestinationen. Wiederum werden diese Vertriebskanäle nicht anstatt, sondern ergänzend zum direkten Vertrieb sowie dem Vertrieb über Online-Buchungsplattformen eingesetzt.

225. Auch aus Endkundensicht sind Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht mit Online-Buchungsplattformen vergleichbar. So sind gerade Wholesaler auf einer Marktstufe tätig, zu welcher Endkunden keinen Zugriff haben. Bei Angeboten von Reiseveranstaltern ergeben sich hingegen bezüglich des Produkts respektive der Zielgruppen teilweise erhebliche Einschränkungen. So sind Hotelübernachtungen, wie bereits erwähnt, meist nur innerhalb eines umfassenden Pakets erhältlich. Ebenso ist der Erwerb von Hoteldienstleistungen über einen Reiseveranstalter vielfach mit der Erhebung von Buchungsgebühren verbunden. Schliesslich richten sich die Angebote von Reiseveranstaltern oftmals an spezifische Zielgruppen oder die Reiseveranstalter sind hauptsächlich gegenüber Endkunden eines bestimmten Landes tätig, so dass nur ein beschränkter Anteil potenzieller Endkunden überhaupt Zugriff auf die entsprechenden Angebote hat. Im Rahmen der Hotelumfrage genannte Beispiele hierfür sind der in der in der Tschechischen Republik ansässige Reiseveranstalter Čedok oder das japanische Unternehmen JTB.

226. Schliesslich betont auch Booking.com selbst, dass sich ihre Tätigkeit in verschiedenster Weise von derjenigen eines Reiseveranstalters unterscheidet und Booking.com deshalb auch nicht als solcher betrachtet werden soll.²⁰⁰ Auch Kuoni hält fest, dass ihre Tätigkeit als Reiseveranstalter, wie auch die Tätigkeit als Wholesaler im Rahmen der Kuoni-Tochter GTA, nicht vergleichbar seien mit den Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen wie Booking.com, HRS sowie Expedia.

¹⁹⁴ Siehe KOMM, ABl. 2001 C 127/07, *Hilton/Accor/Forte Travel Services/JV*; KOMM, ABl. 2001 C 321/09, *Cendant/Galileo*; KOMM, ABl. 2002 C 135/07, *Amadeus/GGL/JV*; KOMM, ABl. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*; sowie KOMM, ABl. 2007 C 263/01, *Amadeus/Sabre/JV*.

¹⁹⁵ KOMM, ABl. 2007 L 314, 12, Rz 58 f., *Travelport/Worldspan*.

¹⁹⁶ KOMM, ABl. 2007 L 314, 9-13, Rz 39-57, *Travelport/Worldspan*.

¹⁹⁷ Welche wiederum entweder direkt (über die eigene Homepage oder per Telefon) oder über eigene oder unabhängige stationäre Reisebüros an deren Endkunden gelangen.

¹⁹⁸ Vgl. oben, Rz 17.

¹⁹⁹ So bezieht beispielsweise [...] ihre Hotelzimmer über Wholesaler und unterhält dementsprechend keine direkten Verträge mit Hotels.

²⁰⁰ Als Begründung hierfür wurden durch Booking.com unter anderem folgende Elemente angeführt:

- Als Dienstleistung bieten Sie ausschliesslich Online-Reservierungen von Hotels an und keine Reise- und Transportdienstleistungen, Pakete, Reiseleiter, Ausflüge, Kongresse, organisierte Reisen, Verpflegung oder andere (touristische) Dienstleistungen.
- Booking.com legt die Endkundenpreise nicht selber fest und erhebt bei den Endkunden keine Gebühr für die Verwendung seiner Dienstleistung und auch keine Buchungsgebühren.
- Booking.com ist nicht Wiederverkäuferin der Hotelzimmer und operiert nicht als Händler oder Wholesaler.

227. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Hotels Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht als vollwertige Alternativen zu Online-Buchungsplattformen in Frage kommen und somit nicht dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt anzurechnen sind.

(iv) *Weitere Vertriebskanäle*

228. Neben den vorgehend genannten Vertriebskanälen, welche einen überwiegenden Anteil der in der Schweiz getätigten Buchungen generieren, gibt es eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, welche quantitativ nur von untergeordneter Bedeutung sind und schon allein deshalb nicht über das Potenzial verfügen, als Substitut für Online-Buchungsplattformen zu dienen. Hinzu kommt bei diesen Nischenkanälen auch, dass diese vielfach nur einen sehr beschränkten Fokus bezüglich der Zielgruppen sowie der Art und Anzahl der über sie buchbaren Hotels verfügen.

229. Darunter fallen Buchungen durch Organisatoren von Konferenzen und Events, Social-Media-Kanäle und Tourismusorganisationen. Letztere bieten üblicherweise, neben der Kerntätigkeit der Informationsvermittlung und Vermarktung der entsprechenden Reisedestinationen auch teilweise die Vermittlung von Hotelzimmern an. Zu solchen Tourismusorganisationen zählen lokale Organisationen (z.B. Arosa Tourismus), regionale Organisationen (z.B. Graubünden Tourismus) oder nationale Organisationen (Schweiz Tourismus, welche u.a. auch myswitzerland.com betreibt). Zusätzlich zum geringen Buchungsvolumen dieser Vertriebskanäle kommt die Tendenz, dass diese teilweise die Buchungsmöglichkeiten bezüglich Hotels an Online-Buchungsplattformen auslagern und somit ohnehin nicht mit diesen in Konkurrenz treten können.²⁰¹ So wird man beispielweise von der Homepage von Lausanne Tourismus²⁰² zur Hotellsuche über einen Affiliate-Link²⁰³ auf eine entsprechende Seite von Booking.com weitergeleitet. Auch arbeiten beispielsweise die Tourismusorganisation St. Moritz-Engadin sowie myswitzerland.com mit STC zusammen.

230. Daneben existiert eine Reihe von Anbietern von Softwarelösungen, welche den Vertrieb von Hoteldienstleistungen erleichtern sollen. Diese stellen zwar selbst keinen Vertriebskanal im eigentlichen Sinn dar, ermöglichen aber die technische Umsetzung von Buchungsmöglichkeiten gegenüber Endkunden: So können Tourismusorganisationen, welche nicht mit einer Online-Buchungsplattform zusammenarbeiten, Preise und Verfügbarkeiten von Hotels in ihrer Destination über sogenannte Destinationsmanagement-Systeme (DMS) verwalten sowie Buchungen darüber abwickeln. In der Schweiz bedeutsame DMS sind insbesondere TOMAS und Feratel Deskline. Hotels selbst können ihre Preise und Verfügbarkeiten auf verschiedenen Vertriebskanälen über zentrale Reservationssysteme (CRS) sowie Channel Manager verwalten, welche ihnen beispielsweise auch die Einbindung einer direkten Buchungsmöglichkeit auf der eigenen Webseite ermöglichen. In der Schweiz sind insbesondere Reonline sowie GHIX wichtige Anbieter von zentralen Reservationssystemen (CRS) für individuelle Hotels, während Hotelketten teilweise über eigene entsprechende Lösungen verfügen.

231. Weitere Nischenkanäle umfassen Anbieter von sogenannten Deal-Angeboten (wie Groupon oder Dein-Deal), Auktionsplattformen (wie eBay oder Ricardo.ch), Package-Anbieter (im Rahmen der Hotelumfrage wurde beispielsweise Weekend4Two genannt), Anbieter von spezifischen Arten von Hotels (wie beispielsweise Bergfex, welche sich auf Ferienhotels in Bergregionen spezialisiert hat) sowie Opaque Booking-Anbieter (wie PriceLine.com, konzernmässig verbunden mit Booking.com und [Hotwire](http://Hotwire.com), welches zu [Expedia, Inc.](http://Expedia.com) gehört).

(v) *Werbedienstleister*

232. Es gibt eine Reihe von Unternehmen, welche Endkunden Informationen zu Hotels zur Verfügung stellen, um diese dann über werbefinanzierte Links auf die jeweiligen Vertriebskanäle weiterzuleiten. Dies sind insbesondere Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen. Die Parteien bringen bezüglich derartiger Unternehmen vor, dass diese als Konkurrenten von ihnen zu betrachten seien und daher dem sachlich relevanten Markt anzurechnen seien.

233. Im Zusammenhang mit Werbedienstleistern ist darauf hinzuweisen, dass Ausgaben für derartige Dienstleistungen einen erheblichen Anteil an den Kosten der Parteien ausmachen, worauf im Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen²⁰⁴ näher eingegangen wird.

1. Bewertungsportale

234. Bewertungsportale ermöglichen es Endkunden, individuelle Erfahrungsberichte, beispielsweise über vergangene Hotel-Aufenthalte, zu verfassen und stellen solche Erfahrungsberichte den anderen Nutzern des Bewertungsportals zur Verfügung. Somit bieten Bewertungsportale den Endkunden die Möglichkeit, nach Hotels zu suchen und diese aufgrund der bisher verfassten Erfahrungsberichte zu vergleichen. Beispiele für solche Bewertungsportale sind [TripAdvisor](http://TripAdvisor.com), [Zoover](http://Zoover.com) sowie [HolidayCheck](http://HolidayCheck.com).

235. Bewertungsportale erbringen ihre Dienstleistung gegenüber den Endkunden kostenlos, bieten aber keine eigenen Buchungsmöglichkeiten an. Vielmehr werden die Endkunden zur Buchung eines konkreten Angebots über einen werbefinanzierten Link an ein entsprechendes Unternehmen, beispielsweise eine Online-Buchungsplattform, weitergeleitet. Hierfür bezahlt dieses eine sogenannte Pay-per-Click-Gebühr, d.h. es wird ein Betrag entrichtet, wenn ein Endkunde über einen entsprechenden Link auf die Homepage beispielsweise einer Online-Buchungsplattform gelangt. Die Pay-per-Click-Gebühr ist unabhängig davon geschuldet, ob diese Weiterleitung letztlich in einer Buchung resultiert oder nicht.

2. Meta-Suchmaschinen

236. Bei Meta-Suchmaschinen handelt es sich um Webseiten, welche sich darauf spezialisiert haben, Preise für bestimmte Reise-Dienstleistungen bei verschiedenen

²⁰¹ Vgl. Ausführungen zum Intra-brand-Wettbewerb, Rz 316 ff.

²⁰² <<http://www.lausanne-tourisme.ch>> (22.1.2015).

²⁰³ <<http://www.booking.com/city/ch/lausanne.de.html?aid=33082de>> (22.1.2015).

²⁰⁴ Vgl. Rz 365 ff.

Anbietern zu aggregieren und somit Preisvergleiche zwischen verschiedenen Anbietern zu ermöglichen. Beispiele für Meta-Suchmaschinen sind HotelsCombined, Skyscanner sowie der Google Hotel Finder, welcher in die Suchfunktionalität von Google integriert ist. Gewisse Meta-Suchmaschinen gehören zu den Konzernen der Parteien der vorliegenden Untersuchung: So gehört die Meta-Suchmaschine Kayak (wie Booking.com) zu Price-line.com, Inc. und Trivago wurde im Jahr 2013 von Expedia, Inc. übernommen.

237. Das Geschäftsmodell von Meta-Suchmaschinen ist weitgehend vergleichbar mit demjenigen von Bewertungsportalen. So erfolgt die Buchung durch den Endkunden direkt bei einem durch die Meta-Suchmaschine angezeigten Anbieter, welcher der Meta-Suchmaschine für die erfolgte Weiterleitung eine Pay-per-Click-Gebühr bezahlt.

3. Internet-Suchmaschinen

238. Endkunden können nicht nur durch spezialisierte Angebote wie Bewertungsportale und Meta-Suchmaschinen, sondern auch über Internet-Suchmaschinen wie Google oder Bing auf die Angebote von Online-Buchungsplattformen aufmerksam werden.

239. Auch die Dienstleistungen von Internet-Suchmaschinen sind aus Sicht der Endkunden kostenlos. Wenn man als Endkunde nach Hotels in einer bestimmten Ortschaft sucht, beispielsweise durch die Eingabe von „Hotels in Genf“ in der Suchmaske, erscheint typischerweise eine Liste mit organischen Suchresultaten. Die organischen Suchresultate umfassen eine Liste mit Links, bei welchen die Internet-Suchmaschine versucht, die aus Sicht des Endkunden relevantesten Resultate zuerst aufzulisten. Wenn ein Endkunde über einen solchen organischen Link auf eine Homepage gelangt, ist dies für deren Betreiber kostenlos. Online-Buchungsplattformen und andere Anbieter (wie auch die Hotels selbst) können versuchen, die Informationen auf der eigenen Homepage derart zu optimieren, dass diese aus Sicht der Internet-Maschine relevanter wird. Ein solches Verhalten wird als „Search Engine Optimisation“ bezeichnet.

240. Internet-Suchmaschinen generieren ihre Einnahmen durch den Verkauf von bezahlten Suchresultaten. So besteht bei Google²⁰⁵ die Möglichkeit, sogenannte Google AdWords über einen Versteigerungsmechanismus erwerben, so dass bei der Eingabe von bestimmten Suchbegriffen (wie beispielsweise „Hotels in Genf“) ein entsprechender Link auf die eigene Homepage (beispielsweise eine Online-Buchungsplattform) erscheint. Wenn ein Internet-Nutzer auf einen solchen werbefinanzierten Link klickt, wird er auf die Online-Buchungsplattform geleitet, wofür Google eine Pay-per-Click-Gebühr erhält. Zusätzlich können lokale Suchresultate erscheinen, welche eine organische Liste von lokalen Anbietern (beispielsweise Hotels in der Stadt Genf) enthält, welche aber einen Link zu einer Buchungsmöglichkeit eines Werbepartners enthalten, welcher ebenfalls über eine Pay-per-Click-Gebühr abgegolten wird.

241. Der Einsatz von Google AdWords kann äusserst flexibel gestaltet werden. So müssen keine längerfristigen Verträge abgeschlossen werden. Vielmehr ist die

Beteiligung an Auktionen für bestimmte Google AdWords jederzeit möglich und kann auch kurzfristig eingestellt werden. Daneben kann eine Vielzahl von anderen zu berücksichtigenden Parametern frei bestimmt werden wie beispielsweise die Tageszeit der Suche oder die Region, in welcher Suche getätigt wird.

4. Beurteilung

242. Wie aus den vorhergehenden Erläuterungen hervorgeht, sind Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen allesamt als Werbedienstleister, insbesondere gegenüber den Online-Buchungsplattformen, tätig. Hotels erhalten jedoch keine unmittelbaren Buchungen über diese Werbedienstleister. Endkunden können zwar bei diesen Werbedienstleistern nach Hotels suchen und sich (in unterschiedlichem Ausmass) über diese informieren, für eine effektive Buchung müssen sie aber dennoch einen der bestehenden Vertriebskanäle des so gewählten Hotels nutzen.

243. Allein schon mangels Buchungsmöglichkeiten kann eine Substitution von Online-Buchungsplattformen durch Werbedienstleister ausgeschlossen werden. Vielmehr sind solche Werbedienstleistungen als reine Vorleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen zu betrachten: Die Werbedienstleistungen werden von Online-Buchungsplattformen eingekauft, um ihre Dienstleistungen zu vermarkten. Eine Zurechnung von Internet-Suchmaschinen zum selben sachlich relevanten Markt wie Online-Buchungsplattformen würde zum widersprüchlichen Resultat führen, dass die eigenen Werbeausgaben einer Online-Buchungsplattform bei einem Werbedienstleister gleichzeitig als Umsätze der derart definierten „Konkurrenz“ betrachtet werden müssten. Dies wäre insbesondere für diejenigen Meta-Suchmaschinen unsachgemäss, welche demselben Konzern wie die Parteien angehören.²⁰⁶

244. Auch das Bundeskartellamt hält bezüglich Meta-Suchmaschinen²⁰⁷ fest, dass diese nicht zum selben sachlichen Markt wie Online-Buchungsplattformen gehören. Begründet wird dies mit der Feststellung, dass für Hotelunternehmen Metasuchmaschinen insbesondere deshalb nicht austauschbar sind, weil sie nicht die gesamte Vertriebsleistung erbringen, welche ein Hotelier von einer Online-Buchungsplattform erwartet.²⁰⁸ Vielmehr kommt das Bundeskartellamt aufgrund von Erfahrungen bei Fusionskontrollen sowie aufgrund von Aussagen der Online-Buchungsplattformen zum Schluss, dass Metasuchmaschinen auf einer anderen Marktstufe tätig sind als die Online-Buchungsplattformen.²⁰⁹

245. Schliesslich verweist das Bundeskartellamt auch auf die Erwägungen zu Meta-Suchmaschinen der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Beurteilung von

²⁰⁵ Bei Bing, der Internet-Suchmaschine von Microsoft, heisst das entsprechende Produkt Bing Ads.

²⁰⁶ Vgl. Rz 236.

²⁰⁷ Wobei sich das Bundeskartellamt unter diesem Begriff auch mit Bewertungsportalen auseinandersetzt. Vgl. hierzu Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 98, HRS.

²⁰⁸ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 99, HRS.

²⁰⁹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 100, HRS.

Globalen Distributionssystemen (GDS).²¹⁰ Die Europäische Kommission hielt fest, dass Meta-Suchmaschinen mangels eigener Buchungs-Funktionalität nicht demselben sachlich relevanten Markt wie GDS anzurechnen seien. So würden Meta-Suchmaschinen in erster Linie als Kanalisierungsinstrument dienen, welches den Verbraucher auf den Reiseleistungsanbieter mit den günstigsten Tarifen verweist.²¹¹

246. Schliesslich weist auch Booking.com in seiner Stellungnahme zum Antrag darauf hin, dass derzeit nur die wenigsten Hotels direkte Verträge mit Meta-Suchmaschinen hätten: So hätten im März 2015 von [...] auf der zum Priceline-Konzern gehörenden Meta-Suchmaschine Kayak gelisteten Hotels in Europa lediglich [...] direkte Verträge mit Kayak.

247. Zusammenfassend können Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden, dies insbesondere aufgrund der fehlenden eigenen Buchungsmöglichkeiten. Hingegen bieten diese Werbedienstleister Möglichkeit, den Zugang von Endkunden zu verschiedenen Vertriebskanälen in einem gewissen Ausmass zu beeinflussen.

(vi) *Einzelne Online-Buchungsplattformen als separate sachlich relevante Märkte?*

248. Wie vorhergehend erläutert, verfügen die Parteien teilweise über gewisse Verhaltensspielräume gegenüber ihren Partner-Hotels, wie die Möglichkeit, Kommissionen in einem gewissen Umfang zu erhöhen, wobei die Kommissionen bei Konkurrenten teilweise tiefer sind: So erhöhte HRS die Kommission in der gesamten Schweiz, [...]. Hingegen verlangt STC (als nach den Parteien nächstgrössere Online-Buchungsplattform) einen konstant deutlich tieferen Kommissionssatz verlangt. Ebenso weist Expedia bezüglich Verfügbarkeitsparitäten die weitreichendsten Klauseln auf und auch HRS konnte seine Paritätsklauseln ausweiten. Dahingegen hat STC erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt entsprechende, aber deutlich weniger weitgehende Klauseln eingeführt.

249. Die Möglichkeit einzelner Marktteilnehmer, Preise zu erhöhen oder Konditionen zu verschlechtern, kann, zumindest isoliert betrachtet, nicht als Indiz für das Vorhandensein von separaten sachlich relevanten Märkten betrachtet werden. Vielmehr können in der Realität auch innerhalb eines sachlich relevanten Marktes Unterschiede zwischen verschiedenen Anbietern bezüglich Preisen und Konditionen beobachtet werden.

250. Hierzu ist auf die Untersuchung „ETA Preiserhöhung“ hinzuweisen, deren Hintergrund die geplante Erhöhung der Preise für mechanische Uhrwerke per 1. Januar 2009 um bis zu 12 % bei gleichzeitiger Streichung des vorher gewährten Skonto von 3 % bei einer Barzahlung innerhalb von 10 Tagen war.²¹² Dennoch wurde bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, entsprechend der vorherigen Praxis der WEKO, an einem Markt für mechanische Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen festgehalten²¹³, in welchem die ETA als marktbeherrschend betrachtet wurde.²¹⁴

251. Auch bei Kreditkarten besteht eine Marktstruktur, in welcher Mastercard / Visa den Nischenanbietern wie Diners Club in vielerlei Hinsicht klar überlegen sind (sei es bezüglich Umsätze oder bezüglich Anzahl Partner-Händler). Dennoch wurde bei diesen Fällen tendenziell von einem Gesamtmarkt für Kreditkarten ausgegangen, wenn auch festgehalten wurde, dass die disziplinierende Wirkung der Nischenanbieter wohl nur äusserst gering ist.

252. Vor dem Hintergrund der vorhergehend erläuterten Praxis der WEKO ist es auch vorliegend nicht sachgerecht, enge sachlich relevante Märkte bestehend aus den einzelnen grossen Online-Buchungsplattformen, d.h. Booking.com, Expedia und HRS abzugrenzen. Allerdings finden die genannten Elemente Eingang bei der Beurteilung der Marktstellung der Parteien, insbesondere bei der Frage einer allfälligen (kollektiven) Marktbeherrschung derselben.²¹⁵

(vii) *Schlussfolgerungen*

253. Aus den vorhergehenden Überlegungen geht hervor, dass der Vertrieb über Online-Buchungsplattformen nicht mit anderen einem Hotel zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen substituiert werden kann. Auch wurde aufgezeigt, dass Werbedienstleister keine Substitute für Online-Vertriebskanäle darstellen. Zusammenfassend umfasst damit der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen.

254. Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes deckt sich im Ergebnis mit der Einschätzung des Bundeskartellamtes, obwohl dieses einen alternativen Ansatz zur Marktabgrenzung gewählt hat. So macht das Bundeskartellamt in einem ersten Schritt eine Unterscheidung zwischen dem Hotelvertrieb über das Medium Internet (insbesondere Online-Buchungsplattformen, Echtzeitbuchungen über die Hotel-Homepage, Globale Distributionssysteme) und Offline-Vertriebskanälen (insbesondere direkte Buchungen über Telefon, E-Mail und Reservierungsformulare auf der Hotel-Homepage sowie Buchungen über Reisebüros / Reiseveranstalter). In einem zweiten Schritt erwägt das Bundeskartellamt, ob für Hotels (wie auch für Endkunden) innerhalb der Internet-Vertriebswege vollständige Substitute für Online-Buchungsplattformen vorhanden sind, was das Bundeskartellamt schliesslich verneint.²¹⁶

²¹⁰ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 102, HRS.

²¹¹ KOMM, ABI. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*.

²¹² Vgl. RPW 2014/2, 396, Rz 1, *ETA Preiserhöhung*.

²¹³ Vgl. RPW 2014/2, 398 ff., Rz 44–59, *ETA Preiserhöhung*.

²¹⁴ Vgl. RPW 2014/2, 402, Rz 75, *ETA Preiserhöhung*.

²¹⁵ Vgl. Rz 424 ff. Auch zurückzuweisen ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen von Expedia, dass Hinweise darauf bestehen, wonach bei Preiserhöhungen seitens Expedia viele von deren Partner-Hotels auf Expedia verzichten würden und somit auf einen weiteren sachlich relevanten Markt zu schliessen ist. So ist es durchaus normal, dass bei mehreren in einem sachlich relevanten Markt tätigen Unternehmen, das [...] Unternehmen bei weiteren Preiserhöhungen mit grösseren Kundenverlusten rechnen muss, als ein [...] Unternehmen. Hingegen finden entsprechende Überlegungen ebenfalls Eingang in den Überlegungen zur Frage einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung der Parteien.

²¹⁶ Vgl. zum Ganzen Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 65-107, HRS.

C.4.5.1.5 Räumlich relevanter Markt

255. 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, analog).

(i) Homogenität der Marktbedingungen

256. Die WEKO hat verschiedentlich die Homogenität der Marktbedingungen als Kriterium der geographischen Marktabgrenzung angewandt.²¹⁷ Insbesondere wurden auch regionale Unterschiede bezüglich Marktanteile als Indiz für entsprechende separate räumlich relevante Märkte betrachtet.²¹⁸

257. So existiert mit STC eine Online-Buchungsplattform, welche ausschliesslich in der Schweiz von einer gewissen Relevanz ist. Auch existieren beispielsweise Online-Buchungsplattformen, welche fast ausschliesslich in Deutschland tätig sind, namentlich Unister und Justbook.²¹⁹ Selbst bei denjenigen Online-Buchungsplattformen, welche in verschiedensten Ländern tätig sind, ergeben sich teilweise deutliche Unterschiede bezüglich der Marktposition in den verschiedenen Ländern.²²⁰ Schliesslich bestehen auch gegenüber den Endkunden nationale Unterschiede bezüglich der Ausrichtung der verschiedenen Produkte der Parteien. So verfügt beispielsweise Expedia mit Expedia.de über eine hauptsächlich auf Endkunden aus Deutschland ausgerichtete Webseite. Bei Hotels.com sowie bei Venere.com werden für Endkunden aus der Schweiz hingegen Preise in Schweizer Franken angegeben sowie das Callcenter unter einer Schweizer Telefonnummer verfügbar gemacht.

258. Während die genannten länderspezifischen Unterschiede für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, existieren auch gewisse Anhaltspunkte für eine mögliche engere geographische Marktabgrenzung. So liesse beispielsweise die Tatsache, dass Booking.com [...], den Schluss zu, dass dort andere Marktverhältnisse herrschen als in der restlichen Schweiz. Auch ist in Städten die Bereitschaft bei Booking.com grösser, die mit der Teilnahme am „Preferred Partner“ Programm verbundenen Mehrkosten zu tragen, was ebenfalls für eine unterschiedliche Betrachtung von diesen Regionen spricht. Expedia wiederum [...]. Auch ist es denkbar, dass HRS im deutschsprachigen Teil der Schweiz stärker vertreten ist, da dieses Unternehmen ursprünglich aus Deutschland stammt und sich zunächst hauptsächlich an Hotels in deutschsprachigen Gebieten richtete. Allerdings würden sich, verglichen mit einer nationalen Marktabgrenzung, auch bei beispielsweise (sprach-)regionalen räumlich relevanten Märkten kaum entscheidende Unterschiede bezüglich der Marktteilnehmer sowie deren Marktposition ergeben.

(ii) Kundennähe

259. Des Weiteren können eine für die Erbringung einer Dienstleistung notwendige Kundennähe sowie das Vorhandensein von nationalen Niederlassungen von Unternehmen als Hinweise für einen nationalen Markt betrachtet werden.²²¹

260. So ist, wie auch von den Parteien wiederholt betont wurde, die Nähe insbesondere zu den Hotels wichtig,

um die Akquisition sowie die Betreuung der Partner-Hotels sicherzustellen. Booking.com hält beispielsweise fest, dass Niederlassungen, wie Booking.com (Schweiz) AG, aus praktischen und logistischen Gründen (beispielsweise Zeitzone, Sprachbarrieren, Reisezeiten) verwendet werden. Zudem erbringen diese Niederlassungen gewisse Dienstleistungen gegenüber den Hotels, wie das Training und die Unterstützung von Hotels bei der Verwendung des Extranets sowie die Erbringung von Account Management-Dienstleistungen gegenüber Hotels. So verfügen denn auch sowohl Booking.com als auch Expedia über Niederlassungen in der Schweiz. Ebenso ist STC in der Schweiz domiziliert. Die Betreuung erfolgt über [...], welche für Hotels in der Schweiz respektive für einzelne Regionen in der Schweiz zuständig sind und diese teilweise auch persönlich betreuen und insbesondere den Partner-Hotels auch persönliche Besuche abstatten. Einzig HRS verfügt über keine Schweizer Niederlassung, [...].

(iii) Praxis der WEKO sowie ausländischer Behörden im Reisebereich

261. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei Verfahren im Bereich des Reisevertriebs grossmehrheitlich den räumlich relevanten Markt national abgegrenzt, so beispielsweise bei der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens TUI/Kuoni.²²² Auch wurde in diesem Entscheid festgehalten, dass eine Aufteilung der Schweiz in engere regionale Märkte sachlich nicht gerechtfertigt sei und dass die Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz überall ungefähr gleich seien.²²³ Allerdings wurde darauf hingewiesen, dass aufgrund der steigenden Bedeutung des Internets zukünftig auch eine über die Schweiz hinausgehende Marktabgrenzung nicht auszuschliessen sei.²²⁴ In Hogg Robinson/Kuoni Business Travel²²⁵ wurde von einem nationalen Markt ausgegangen, wobei die Möglichkeit aufgeworfen wurde, dass gegebenenfalls auch ein internationaler Markt für die Vermittlung von Geschäftsreisen vorliege.²²⁶ Letztlich wurde der räumlich relevante Markt aber offen gelassen.²²⁷ In Hotelplan/Travelhouse wurde der Markt wiederum national abgegrenzt.²²⁸

²¹⁷ Vgl. RPW 1997/3, 369 Rz 26, Migros/Globus sowie RPW 2005/1, 118 Rz 61 f., Coca Cola.

²¹⁸ Vgl. RPW 1998/2, 295 ff. Rz 80 ff., UBS/SBV.

²¹⁹ Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 116 ff., HRS.

²²⁰ Vgl. SCHEGG (Fn 180).

²²¹ Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, Abrede im Speditionsbereich.

²²² Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 27, TUI/Kuoni.

²²³ Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 25, TUI/Kuoni.

²²⁴ Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 29, TUI/Kuoni.

²²⁵ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff., Hogg Robinson/Kuoni Business Travel.

²²⁶ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 21 f., Hogg Robinson/Kuoni Business Travel.

²²⁷ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 23, Hogg Robinson/Kuoni Business Travel.

²²⁸ Vgl. RPW 2006/4, 693 ff. Rz 23, Hotelplan/Travelhouse.

262. Die Praxis der EU Kommission bezüglich der geographischen Marktabgrenzung beim Reisevertrieb entspricht weitgehend jener der WEKO.²²⁹ Bezüglich Globaler Distributionssysteme (GDS) ging die EU-Kommission ebenfalls von nationalen Märkten aus.²³⁰

263. Das Bundeskartellamt grenzt in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013 in Sachen HRS den Markt national ab.²³¹

(iv) Schlussfolgerungen

264. Zusammenfassend kann vorliegend von einem nationalen Markt für Online-Buchungsplattformen ausgegangen werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass selbst bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären.²³²

C.4.5.1.6 Fazit

265. Zusammenfassend liegt somit ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen vor.

C.4.5.2 Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

266. Da vorliegend die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG mangels Abrede betreffend Mindest- oder Festpreise nicht greift und auch keine andere der in Art. 12 Abs. 2 VertBek genannten Abreden gegeben ist, kann nicht per se von einer qualitativ schwerwiegenden Abrede ausgegangen werden. Es ist daher nachfolgend aufzuzeigen, welche Wettbewerbsparameter durch die vorliegenden Abreden betroffen sind und inwiefern sie beschränkt werden, um zu prüfen, ob die vorliegenden Abreden in qualitativer Hinsicht schwerwiegende oder bloss geringfügige Beeinträchtigungen darstellen.

267. Nachfolgend wird zunächst auf die Frage eingegangen, inwiefern die vorliegend betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Hotels beschränken. Anschliessend erfolgt die Analyse der Wettbewerbsbeschränkung anhand der verschiedenen Parameter auf Stufe der Online-Buchungsplattformen. Erste Anhaltspunkte für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen bilden die in Rz 134 ff. umschriebenen, durch die ökonomische Literatur identifizierten möglichen Effekte von Across-Platforms Parity Agreements.

C.4.5.2.1 Exkurs: Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Hotels

268. Die in der ökonomischen Literatur behandelten erwarteten Effekte von Across-Platforms Parity Agreements beziehen sich allesamt auf den Wettbewerb zwischen den Plattformen.²³³ Aufgrund der Tatsache, dass die vorliegend untersuchten Paritätsklauseln zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen abgeschlossen werden, stellt sich jedoch trotzdem die Frage, ob diese eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Hotels zur Folge haben. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob hinsichtlich von Hoteldienstleistungen, welche von Endkunden von Hotels als Marktgegenseite nachgefragt werden, eine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund von Paritätsklauseln denkbar ist.

269. Die Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten der Online-Buchungsplattformen betreffen den Ver-

trieb von Hoteldienstleistungen. Diese Dienstleistungen verfügen über eine Reihe von spezifischen Eigenschaften, welche auf die Art und Weise ihrer Distribution einen wesentlichen Einfluss haben.²³⁴ Angebotsseitig sind dabei folgende Elemente hervorzuheben:

- Ein Hotel verfügt über eine fixe Kapazität an Zimmern, welche kurzfristig nicht angepasst werden kann.
- Eine Hotelübernachtung stellt ein verderbliches Gut dar: Wenn ein Hotelzimmer in einer Nacht unverkauft bleibt, ist dieses Umsatzpotenzial unwiederbringlich verloren.
- Bei Hotels sind die Fixkosten des Betriebs im Verhältnis zu den variablen Kosten vergleichsweise hoch.

270. Nachfrageseitig sind aus Sicht eines Hotels unter anderem folgende Eigenschaften zu berücksichtigen:

- Hotels stehen typischerweise heterogenen Kunden mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft gegenüber.
- Es bestehen Nachfrageschwankungen über die Zeit.

271. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht stellt sich einem Hotel die Herausforderung, dass es einerseits eine möglichst hohe Auslastung erreichen, aber andererseits pro verkauftes Zimmer einen möglichst hohen Preis verlangen möchte. Um dies zu erreichen, stehen einem Hotel als hauptsächliche Wettbewerbsparameter die für eine bestimmte Dienstleistung verlangten Preise zur Verfügung. Des Weiteren auch, wie viele Zimmer zu diesen Preisen sowie zu welchen Konditionen diese Zimmer verfügbar gemacht werden.

272. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend erläutert, welche Handlungsmöglichkeiten Hotels bezüglich Preisen, Verfügbarkeiten sowie Konditionen grundsätzlich offen stehen und inwiefern diese Möglichkeiten durch die Vertragsklauseln der Parteien eingeschränkt werden. Weiter ist zu beurteilen, ob diese möglichen Einschränkungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Hotels zur Folge haben.

²²⁹ Vgl. KOMM, ABl. 2007 C 137/6, Rz 51, *Tui/First Choice*; KOMM, ABl. 2007 C 113/01, Rz 38, *KarstadtQuelle/MyTravel*; COMP/M.6163, Rz 29-32, *AXA/Permira/Opodo/GO Voyages/eDreams*.

²³⁰ KOMM, ABl. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*.

²³¹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, HRS. Das Bundeskartellamt führt als Begründung insbesondere folgende Elemente an:

- Das Vorhandensein von nationalen wirtschaftlichen Schwerpunkten der Anbieter von Online-Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.2 des Beschlusses),
- Gebietspräsenz von Anbietern von Online-Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.3 des Beschlusses),
- Ausrichtung des Portalangebots (vgl. Abschnitt 2.2.4 des Beschlusses),
- Ausrichtung der Werbung (vgl. Abschnitt 2.2.5 des Beschlusses),
- Marktentwicklung (vgl. Abschnitt 2.2.6 des Beschlusses).

²³² Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

²³³ Vgl. oben, Rz 133 ff.

²³⁴ Vgl. beispielsweise STANISLAV IVANOV, *Hotel Revenue Management, From Theory to Practice*, Varna Zangandor, 2014, insb. Kapitel 2; sowie PETER O'CONNOR/JAMIE MURPHY, *Hotel yield management practices across multiple electronic distribution channels*, *Information Technology & Tourism*, 10:2, 2008, 161-172.

*(i) Preise***1. Preisunterschiede nach Produkten**

273. Die einfachste Möglichkeit, Preise einer Hoteldienstleistung zu differenzieren, ist eine Unterscheidung zwischen Preisen je nach Zimmertyp, eventuell abhängig von der Belegung des gebuchten Zimmers. So kann beispielsweise eine Unterscheidung der verlangten Preise zwischen Einzelzimmern, Doppelzimmern und Doppelzimmern zur Alleinbenutzung gemacht werden. Gerade bei grösseren Hotels existieren teilweise auch weitere Zimmerkategorien, beispielsweise Superior-Zimmer, Junior-Suiten und Suiten oder Unterschiede je nach Ausrichtung und Aussicht des Zimmers.

274. Eine weitere produktspezifische Möglichkeit zur Preisdifferenzierung ist, mit der reinen Beherbergungsleistung weitere Zusatzleistungen zu verbinden. So können beispielsweise unterschiedliche Preise je nach zusätzlich erbrachten Restaurationsleistungen wie Frühstück, Halbpension oder Vollpension verlangt werden.

2. Preisunterschiede nach Zeitpunkt der Übernachtung

275. Eine weitere Möglichkeit der Preisdifferenzierung sind unterschiedliche Preise je nach Zeitpunkt der Übernachtung. So können bei der Preisgestaltung Unterschiede bezüglich der Nachfrage beispielsweise aufgrund von Jahreszeiten, Schulferien oder besonderen Anlässen berücksichtigt werden. Ob eine Übernachtung während der Arbeitswoche oder an einem Wochenende erfolgt kann ebenfalls in die Preisgestaltung einfließen.

3. Preisunterschiede nach Vertriebskanälen

276. Auch ist es denkbar unterschiedlichen Kosten verschiedener Vertriebskanäle zu begegnen, indem ein Hotel für dieselbe Dienstleistung je nach Vertriebskanal unterschiedliche Preise verlangt. So ist beispielsweise denkbar, dass ein Hotel die Preise so gestaltet, dass der Nettoumsatz, d.h. der Endkundenpreis abzüglich der bezahlten Kommission sämtlicher Buchungen, identisch ist. Dies kann auch mit dem Versuch verbunden sein, Endkunden zu einer Buchung über einen kostengünstigeren Vertriebskanal zu bewegen.

4. Yield Management

277. Die aufgrund der vorgenannten Dimensionen gesetzten Preise können grundsätzlich abhängig von Änderungen der Nachfrage oder abhängig von Charakteristika der Endkunden auch *dynamisch* angepasst, d.h. gesteigert oder gesenkt, werden. Bei diesem sogenannten Yield Management oder Revenue Management können bei der Preissetzung Faktoren wie beispielsweise das Verhalten der Konkurrenz, die derzeit prognostizierte Auslastung des Hotels oder Stornierungen von bestehenden Reservationen berücksichtigt werden.²³⁵

5. Einschränkungen aufgrund von weiten Paritätsklauseln?

278. Weite Paritätsklauseln haben keinen Einfluss auf die Mehrheit der vorstehend erläuterten Preissetzungsparameter. Die Online-Buchungsplattformen nehmen insbesondere keinen Einfluss auf die absolute Höhe der durch ihre Partner-Hotels gesetzten Endkundenpreise.²³⁶ Ebenso sind die Hotels frei in der Preissetzung bezüg-

lich Preisunterschiede einzelner Produkte, bezüglich Preisunterschiede je nach Zeitpunkt der Übernachtung sowie in ihren Möglichkeiten, Yield Management zu betreiben. Preisparitätsklauseln führen demnach zu keiner Einschränkung des Interbrand-Wettbewerbs zwischen Hotels. So sind Hotels insbesondere nicht in der Möglichkeit eingeschränkt, höhere oder tiefere Preise als andere Hotels zu verlangen oder ihre Preise zu senken.

279. Hingegen wird der Intra-brand-Wettbewerb bezüglich den Dienstleistungen eines einzelnen Hotels durch Preisparitätsklauseln in einem gewissen Ausmass tatsächlich eingeschränkt. Während Preisdifferenzierungen zwischen Produkten und auch Preisänderungen uneingeschränkt möglich sind, haben Hotels praktisch keine Möglichkeiten, die Preise für ein bestimmtes Produkt zwischen verschiedenen Vertriebskanälen zu differenzieren. Auch besteht die theoretische Möglichkeit, dass Preisparitätsklauseln die Anreize der Hotels reduzieren, eine Preissenkung aufgrund von individuellen Verhandlungen (beispielsweise mit Walk-In-Kunden) vorzunehmen. Dies, weil in einem solchen Fall die Preise gleichzeitig auch auf den Online-Buchungsplattformen entsprechend gesenkt werden müssen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Hotels, welche beispielsweise aus Gründen der Kundenakzeptanz auf eine kanalspezifische Preisdifferenzierung verzichten wollen, dies aufgrund des Agenturmodells der Online-Buchungsplattformen auch ohne die Vereinbarung von Preisparitätsklauseln tun könnten.²³⁷ Letztlich betrifft die umschriebene Einschränkung lediglich einen kleinen Teilbereich der Preise eines Hotels: nämlich nur jene, die zu einem bestimmten Zeitpunkt, für ein bestimmtes Zimmer und verbunden mit bestimmten Konditionen angeboten werden.

280. Damit kann festgehalten werden, dass Preisparitätsklauseln eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen verunmöglichen. Hingegen haben Preisparitätsklauseln keinen Einfluss auf die absolute Preissetzung der Hotels sowie deren Möglichkeiten, ihre Preise zu senken oder zu erhöhen. Insbesondere sind Preisparitätsklauseln, wie dies bereits eingehend erläutert wurde, nicht gleichzusetzen mit einer Preisbindung zweiter Hand.²³⁸ Ebenso wenig schränken Preisparitätsklauseln die Hotels in ihren Möglichkeiten ein, andere absolute Preise als konkurrierende Hotels zu verlangen.

(ii) Konditionen

281. Ein Hotel kann bestimmte Preise auch an entsprechende Konditionen binden. So können beispielsweise günstigere Preise mit Vorausbuchungsfristen, strengeren Stornierungsbedingungen, einem Mindestaufenthalt oder einer Vorauszahlung des geschuldeten Betrags verbunden sein.

²³⁵ Ökonomische Überlegungen dazu finden sich in: ALEX GERSHKOV/BENNY MOLDOVANU, Dynamic revenue maximization with heterogeneous objects, A mechanism design approach, American Economic Journal: Microeconomics, 1(2), 2009, 168-198.

²³⁶ Vgl. hierzu oben, Rz 164 ff.

²³⁷ Vgl. hierzu nachfolgend, Rz 298.

²³⁸ Vgl. oben Rz 166 ff.

282. Auch hierzu ist festzuhalten, dass keine Hinweise bestehen, dass die Konditionenparitätsklauseln zu einer durch die Online-Buchungsplattformen koordinierten Verschlechterung der Buchungsbedingungen auf Stufe der Hotels führen.

(iii) *Verfügbarkeit*

283. Die Kombination eines Preises mit bestimmten Konditionen wird auch als Rate bezeichnet. Nun kann ein Hotel die Verfügbarkeit seiner Dienstleistungen je nach Rate und Vertriebskanal variieren.

1. Verfügbarkeit einzelner Raten

284. Ein Hotel hat grundsätzlich die Möglichkeit, bestimmte Raten (d.h. Kombinationen eines Produkts, Preises und Konditionen) bezüglich ihrer zahlenmäßigen oder aber auch zeitlichen Verfügbarkeit einzuschränken. So ist es beispielsweise denkbar, ein speziell günstiges Angebot für eine bestimmte Anzahl Zimmer nur für ein Übernachtungsdatum zur Verfügung zu stellen oder den Buchungszeitraum einzuschränken.

2. Verfügbarkeit je nach Vertriebskanal

285. Auch bezüglich der Verfügbarkeit von Raten auf unterschiedlichen Vertriebskanälen hat ein Hotel grundsätzlich die Möglichkeit, die Verfügbarkeiten spezifisch anzupassen. Bei Vertriebskanälen, welche mit fix zugeordneten Kontingenten arbeiten (beispielsweise Wholesaler), kann dies einfach erfolgen, indem nur eine beschränkte Anzahl Zimmer an den entsprechenden Anbieter verkauft wird.

286. Bei Vertriebskanälen wie Online-Buchungsplattformen, welche auf nicht-exklusiver Basis auf bestimmte Raten zugreifen, könnte die Verfügbarkeit eingeschränkt werden, indem die Anzahl gleichzeitig buchbarer Zimmer limitiert wird oder indem die Anzahl innerhalb eines bestimmten Zeitraumes buchbarer Zimmer limitiert wird. Auch könnte eine bestimmte Rate einem entsprechenden Vertriebskanal gänzlich verwehrt werden oder zeitweise gar keine Buchungen über einen Vertriebskanal akzeptiert werden, was einer Schliessung des entsprechenden Kanals entspricht.

3. Einschränkung durch Paritätsklauseln?

287. Die Möglichkeit, Verfügbarkeiten auf den Online-Vertriebskanälen situativ einzuschränken, wird durch die Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Parteien beschränkt. So kann ein Hotel seine Zimmer nicht ausschliesslich über den direkten Vertriebskanal anbieten wenn dies die erwartete Auslastung grundsätzlich erlauben würde, beispielsweise in der Feriensaison oder Ähnlichem.²³⁹

288. Es steht einem Hotel jedoch weiterhin offen, sich grundsätzlich gegen den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zu entscheiden. Ebenfalls nicht eingeschränkt ist die Wahlmöglichkeit des Vertriebsweges durch die Endkunden. Ein Hotel kann seine Zimmer gleichzeitig auf einer Online-Buchungsplattform und über den direkten Vertriebskanal zur Verfügung stellen, sodass den Endkunden beide Möglichkeiten offen stehen. Somit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Preisparitätsklauseln der Parteien den Wettbewerb zwischen den Hotels hinsichtlich der Verfügbarkeiten beeinträchtigen sollte.

289. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben Expedia, sowie auch teilweise Booking.com, vorgebracht, dass die Feststellung keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels aufgrund von Paritätsklauseln der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe Online-Buchungsplattformen grundsätzlich entgegenstehe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Vorliegend wird lediglich festgehalten, dass Preisparitätsklauseln zu keiner Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der von Hotels angebotenen Produkte (konkret beispielsweise Übernachtungen in einem Mittelklasse-Hotel in einer bestimmten Destination) führen. Daraus kann allerdings keinesfalls gefolgert werden, dass auch hinsichtlich des Vertriebs der von Hotels angebotenen Dienstleistung keine Wettbewerbsbeschränkungen bestehen. Generell kann nicht von der Wettbewerbssituation auf Stufe eines Produktes auf die Wettbewerbssituation auf Stufe der verwendeten Vertriebskanäle geschlossen werden.

(iv) *Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels*

290. Insgesamt bestehen keine Hinweise auf eine qualitativ mehr als geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs, insbesondere des Preiswettbewerbs, zwischen den Hotels aufgrund der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln.

C.4.5.2.2 Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Online-Buchungsplattformen

291. Nachfolgend ist aufzuzeigen, inwiefern die betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen in qualitativer Hinsicht beeinträchtigen.

292. Wie im Rahmen der allgemeinen Bemerkungen zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) erläutert, wird die Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen in der ökonomischen Literatur als möglicher Effekt von Preisparitätsklauseln umschrieben.²⁴⁰ Nachfolgend ist somit insbesondere die Frage zu beantworten, inwiefern sich die durch Preisparitäts-Klauseln entstehende Preisstruktur auf den Wettbewerb betreffend die Kommissionshöhe zwischen den Online-Buchungsplattformen auswirkt. Es wird auch aufgezeigt, inwiefern sich Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln und Konditionenparitäts-Klauseln auf den Wettbewerb hinsichtlich der Kommissionshöhe auswirken.

²³⁹ Vgl. hierzu auch hinten, Rz 302 ff.

²⁴⁰ Vgl. oben, Rz 133.

293. Aufgrund des von den Online-Buchungsplattformen gewählten Geschäftsmodells entspricht die erhobene Kommission den Vertriebskosten, die einem Hotel beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehen. Ohne die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln hätte ein Hotel im Wesentlichen zwei Möglichkeiten mit unterschiedlichen Kosten bei den zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen umzugehen: Einerseits können Hotels bei Vertriebskanälen mit höheren Kosten entsprechend höhere Endkundenpreise verlangen. Andererseits können Hotels die Zimmerverfügbarkeit auf Vertriebskanälen mit höheren Kosten einschränken. Diese Strategien sind grundsätzlich auch gemeinsam anwendbar.²⁴¹

(i) *Preisparitätsklauseln*

294. Die erste Strategie, d.h. bei einem teureren Vertriebskanal für dasselbe Produkt einen höheren Preis zu verlangen, entspricht im Wesentlichen einer kanalspezifischen Preisdifferenzierung. Eine solche wird durch die von den Parteien verlangten weiten Preisparitätsklauseln weitestgehend eingeschränkt: Hotels, die auf mehreren Online-Buchungsplattformen, welche weite Preisparitätsklauseln verlangen, präsent sind, dürfen zwischen diesen letztlich gar keine Differenzierung bezüglich der Preise vornehmen.²⁴²

295. Weite Preisparitätsklauseln verhindern damit einerseits, dass Hotels relative Unterschiede in der Kommissionshöhe zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen können: So kann ein Hotel seinen Endkunden für eine bestimmte Dienstleistung keinen Rabatt anbieten, wenn diese über eine Online-Buchungsplattform mit einer tieferen Kommission buchen. Vielmehr entsteht aufgrund von Preisparitätsklauseln die Situation, dass Endkunden, welche eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen nutzen, die Nutzer einer Online-Buchungsplattform mit höheren Kommissionen quersubventionieren.

296. Andererseits verhindern weite (wie auch enge) Preisparitätsklauseln, dass Hotels die absoluten Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen: So kann ein Hotel seinen Endkunden insbesondere keinen entsprechenden Rabatt gewähren, wenn diese direkt beim Hotel buchen. Anders als bei einer ausgewiesenen Buchungsgebühr (wie beispielsweise bei Flugbuchungen) erfahren Endkunden nicht, wie hoch die tatsächlichen Kosten einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform sind, obwohl diese (nicht unerheblichen) Kommissionen letztlich über die Zimmerpreise abgegolten werden.

297. Aufgrund von weiten Paritätsklauseln entsteht für eine Online-Buchungsplattform auch kein unmittelbarer Vorteil, wenn sie ihren eigenen Kommissionssatz senkt, da dieser Preisvorteil von den bestehenden Partner-Hotels gar nicht direkt an die Endkunden, welche diese Online-Buchungsplattform nutzen, weitergegeben werden kann. Der normalerweise bestehende Vorteil einer Preissenkung, d.h. die gesteigerte Attraktivität aufgrund tieferer Preise im Vergleich zur Konkurrenz, kann gar nicht auftreten. Umgekehrt hat eine Online-Buchungsplattform auch keinen unmittelbaren Nachteil in Form von unattraktiveren Endkundenpreisen, wenn

sie ihre Kommissionen erhöht.²⁴³ Aufgrund der Preisparitätsklausel darf ein Hotel die Preise nicht ausschliesslich auf dieser Online-Buchungsplattform erhöhen, sondern muss entweder die Preise auf sämtlichen Vertriebskanälen gleichermaßen erhöhen oder eine Margenreduktion in Kauf nehmen. So wird auch in einer Präsentation von Tobias Ragge, Geschäftsführer von HRS, im Zusammenhang mit den im Jahr 2012 erfolgten Kommissionserhöhungen zur entsprechenden Motivation von HRS aufgeführt: „Keine Vorteile durch Hotellerie für geringere Kommissionen“.²⁴⁴

298. Die Parteien bringen bezüglich der Preisparitätsklauseln jedoch vor, dass diese zumindest ursprünglich von den Hotels gewünscht worden seien. Hierzu ist festzuhalten, dass es aus Sicht der Hotels durchaus Argumente für eine Preisstruktur ohne kanalspezifische Preisunterschiede gibt: So haben im Rahmen der getätigten Umfrage vereinzelte Hotels festgehalten, dass sie ihre Preise aus Gründen der Einfachheit, weil dieses Vorgehen als gerecht empfunden wird (alle Gäste werden gleich behandelt) oder aus Praktikabilitätsgründen auf allen Kanälen gleich setzen. Es findet sich beispielsweise auch in der unter Beteiligung der hotellerie-suisse erstellten Hotel-Webmarketingstudie „Der Gast aus dem Web – Reise- und Buchungsplattformen im Vergleich“ der Tipp, der Preis für dasselbe Produkt müsse für den Endkunden auf allen Online-Kanälen derselbe sein. Denn, so die Ausführungen in der Broschüre, der Kunde, der einen Unterschied feststelle, fühle sich „geprellt“.²⁴⁵

299. Eine freiwillige flächendeckende Einhaltung der Preisparitätsklauseln ist allerdings fraglich. Dagegen spricht insbesondere die Tatsache, dass alle Parteien die Einhaltung der Preisparitätsklauseln überprüfen und bei Verstößen entsprechend reagieren.²⁴⁶ Und selbst wenn ein nicht unerheblicher Anteil der Partner-Hotels der Parteien eine Präferenz für eine über verschiedene Vertriebskanäle konsistente Preisstruktur haben sollten, wäre dies keine Begründung, um dies auch automatisch von allen anderen Hotels zu verlangen. Es ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Hotels aufgrund des durch die Parteien heute praktizierten Agenturmodells ohnehin die Möglichkeit haben, die absolute Höhe der Preise auf den Online-Buchungsplattformen selbst festzulegen. So könnten sie auch ohne eine vertragliche Vereinbarung eine entsprechende Preisstruktur aufrechterhalten.

²⁴¹ O'CONNOR/MURPHY (Fn 234).

²⁴² Entsprechende Erwägungen werden auch vom Bundeskartellamt bezüglich den Paritäts-Klauseln von HRS gemacht: So wird insbesondere festgehalten, dass der wirtschaftliche Effekt von Bestpreis Klauseln mit einer direkten Verhaltensabstimmung zwischen Hotelportalen vergleichbar ist. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 156 f., HRS.

²⁴³ Wie dies bei HRS schweizweit sowie bei Booking.com [...] geschehen ist.

²⁴⁴ Präsentation von Tobias Ragge, VDR Frühjahrstagung, Berlin, 20.4.2012, HRS informiert zu aktuellen Entwicklungen, <https://www.vdr-service.de/fileadmin/veranstaltungen/tagungen/20120419_berlin/2004_1215_HRS_Ragge.pdf> (9.12.2014).

²⁴⁵ <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketingstudie_einseitig_A4_mittel.pdf> (6.2.15), vgl. insbesondere 40 und 44.

²⁴⁶ Vgl. hierzu Rz 37 ff.

300. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben die Parteien vorgebracht, dass aufgrund der Marktabgrenzung ohnehin keine disziplinierende Wirkung von anderen Vertriebskanälen, welche nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind, ausgehen kann. Hierzu kann letztlich auf die obigen Ausführungen hingewiesen werden. Auch ignoriert dieses Vorbringen die Tatsache, dass auch von benachbarten Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann, was beispielweise der Hintergrund des vormaligen Verbots von Nichtdiskriminierungs-Regeln (NDR) war.²⁴⁷

301. Zusammenfassend haben Hotels aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln keine Möglichkeit, den Endkunden ein spezifisches Preissignal bezüglich der relativen und absoluten Vertriebskosten der Online-Buchungsplattformen zu vermitteln. Dadurch erhalten Endkunden (welche diese Vertriebskosten letztlich über die Zimmerpreise tragen) keinen monetären Vorteil bei einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen oder direkt beim Hotel. Vielmehr tragen solche Endkunden über eine Quersubventionierung teilweise die Kosten für Buchungen anderer Endkunden über teurere Online-Buchungsplattformen. Weite Preisparitätsklauseln, welche auf Stufe der Hotels lediglich zu einer gewissen Einschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs führen,²⁴⁸ haben somit eine erhebliche Beschränkung des Inter-Brand-Wettbewerbs zwischen Online-Buchungsplattformen zur Folge.

(ii) *Verfügbarkeitsparitätsklauseln*

302. Die zweite Strategie, mit welcher Hotels prinzipiell auf unterschiedliche Kosten verschiedener Vertriebskanäle reagieren können, ist eine zeitweise Einschränkung der Verfügbarkeit auf teureren Vertriebskanälen. Diese Möglichkeit wird durch weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln weitestgehend unterbunden: So hat ein Hotel aufgrund von Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln keine Möglichkeit, zeitweise auf den Vertrieb über eine relativ teurere Online-Buchungsplattform zu verzichten und ausschliesslich eine günstigere Online-Buchungsplattform zu nutzen. Ebenso verunmöglichen weite Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln, dass ein Hotel seinen Endkunden eine speziell günstige Zimmerkategorie exklusiv auf einer Onlinebuchungsplattform mit entsprechend tieferen Kommissionen anbietet.

303. Verlangen mehrere von einem Hotel verwendete Online-Buchungsplattformen die Verfügbarkeitsparität, so kommt die umfassendste Verfügbarkeitsparitätsklausel jeweils auf indirektem Weg auch den Online-Buchungsplattformen mit weniger weitreichenden Klauseln zugute. Booking.com und HRS behaupten, wie im Rahmen des Sachverhalts ausgeführt²⁴⁹, dass ihre Klauseln jeweils keine Last Room Availability, d.h. keine Verfügbarkeitsparität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals enthalten würden. Jene Hotels, die neben Booking.com oder HRS auch noch mit Expedia zusammenarbeiten, sind jedoch auch auf diesen erstgenannten Plattformen bezüglich des direkten Vertriebskanals gebunden, indem Expedia die Parität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals explizit verlangt und die anderen Online-Buchungsplattformen die Parität in Bezug auf andere Online-Buchungsplattformen verlangen. Oder anders formuliert: Solange ein Hotel noch über Zimmer

verfügt, muss es diese auf Expedia anbieten. Solange es aber noch Zimmer auf Expedia anbietet, muss es diese auch bei seinen anderen Vertragspartnern, sei dies Booking.com oder HRS, zur Verfügung stellen.

304. Gerade bei einer Erhöhung der Kommissionen durch eine Online-Buchungsplattform wird den Hotels eine grundlegende Reaktionsmöglichkeit genommen: Während Abnehmer eines Produkts oder einer Dienstleistung im allgemeinen auf eine Preiserhöhung mit einer bewussten Einschränkung des entsprechenden Konsums reagieren können, steht den Partner-Hotels der Parteien bei einer Kommissionserhöhung letztlich nur ein vollständiger Verzicht auf deren Dienstleistungen als Alternative offen. Dies schwächt den Handlungsspielraum wie auch die Verhandlungsposition der Hotels erheblich, da diese effektiv in eine „take-it-or-leave-it“-Situation versetzt werden: Sie haben nur die Wahl, eine Kommissionserhöhung vollumfänglich zu akzeptieren oder den Vertrag mit der betreffenden Online-Buchungsplattform aufzulösen. So ist es bezeichnend, dass die Kommissionserhöhung von HRS gleichzeitig mit einer Ausweitung der Verfügbarkeitsparität verbunden war.²⁵⁰ Während seitens Hotels auch Argumente gegen kanalspezifische Preisunterschiede existieren,²⁵¹ gibt es bezüglich der kanalspezifischen Einschränkung von Verfügbarkeiten kaum kritische Stimmen: So wird in derselben Studie, welche den Hotels eine über alle Kanäle konsistente Preisstruktur empfiehlt, den Hotels nahegelegt, dass diejenigen Online-Reiseplattformen, welche die besten Verkaufsbedingungen haben, auch die meisten Zimmer erhalten sollen und der kostenmässig teuerste Online-Vertriebskanal bei steigender Nachfrage am schnellsten wieder geschlossen werden soll.²⁵² Zusammenfassend werden Hotels aufgrund von weiten Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Möglichkeit beraubt, mit einer situativen Einschränkung der Verfügbarkeiten auf einer Online-Buchungsplattform auf relativ höhere oder gar steigende Kommissionen zu reagieren.

(iii) *Konditionenparitäts-Klauseln*

305. Aufgrund von Konditionenparitäts-Klauseln wird eine weitere Möglichkeit der Hotels unterbunden, günstigere Online-Buchungsplattformen oder andere Vertriebskanäle bevorzugt zu behandeln, indem auf solchen keine Angebote mit besseren Konditionen zur Verfügung gestellt werden dürfen. So wird beispielsweise im Falle von weiten Konditionenparitätsklauseln verhindert, dass Hotels ihren Endkunden bei einer Buchung über eine kostengünstigere Online-Buchungsplattform bestimmte Gratis-Zusatzleistungen (wie einen kostenlosen Internet-Zugang) anbieten. Konditionenparitäts-Klauseln unterbinden somit eine weitere Möglichkeit der Hotels, eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen bevorzugt zu behandeln. Ebenso können Endkunden so keinen (nichtmonetären) Vorteil aufgrund der Wahl eines für das Hotel kostengünstigeren Vertriebskanals erhalten.

²⁴⁷ Vgl. RPW 2003/1, 119, Rz 255ff., *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

²⁴⁸ Vgl. Rz 268 ff.

²⁴⁹ Vgl. oben, Rz 49 ff.

²⁵⁰ Vgl. Rz 21.

²⁵¹ Vgl. Rz 298.

²⁵² Vgl. <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketing_studie_einseitig_A4_mittel.pdf> (30.1.2015), insb. S.40 und 44.

(iv) *Bedeutung des Wettbewerbsparameters Kommission*

306. Booking.com hat vorgebracht, dass die Kommissionshöhe als Wettbewerbsparameter nur von untergeordneter Bedeutung sei und sich der Wettbewerb zwischen Online-Buchungsplattformen hauptsächlich auf Ebene der Qualität der Dienstleistung insbesondere gegenüber den Endkunden abspiele. Auch HRS hat ein Gutachten eingereicht, in welchem argumentiert wird, dass der Kommissions-Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen nur einen wenig relevanten Wettbewerbsparameter darstelle.

307. Dies könnte tatsächlich zu berücksichtigen sein, wenn Hotelkunden wenig preissensibel wären. So hat das Bundesgericht im Rahmen seiner Entscheidung betreffend Buchpreisbindung die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter unter anderem mit der geringen Preissensibilität der Endkunden begründet.²⁵³

308. Bereits die schiere Existenz von Preisparitätsklauseln und die von den Parteien vorgebrachte Begründung für deren Einführung zeigen jedoch, dass andere Wettbewerbsparameter auf dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt nur eine untergeordnete Rolle spielen. So wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass Endkunden bei Preisunterschieden auf einen anderen Anbieter wechseln würden. Falls hingegen Qualitätsparameter wie beispielsweise ein einfacher Buchungsprozess eine derart zentrale Rolle spielen würden, würden Endkunden auch einen entsprechend höheren Preis zu bezahlen bereit sein. Diese hohe Preissensibilität der Endkunden spricht klar gegen eine derart hohe Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter, dass eine Beeinträchtigung des Kommissions-Wettbewerbs vernachlässigt werden könnte.²⁵⁴

309. Dass auch für Hotels die Höhe der Kommission und somit die durch den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehenden Kosten von zentraler Bedeutung sind, ist ebenfalls offensichtlich. So würde ein Branchenverband wie hotelleriesuisse den vorliegend betrachteten Vertragsbedingungen wie auch Kommissionserhöhungen wohl keine Aufmerksamkeit schenken, wenn die Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen aus Sicht seiner Mitglieder-Hotels nur von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung wären. Dass das Gegenteil der Fall ist zeigt sich allein schon aus der Tatsache, dass hotelleriesuisse für die vorliegende Untersuchung Parteistellung beantragt hat.²⁵⁵

(v) *Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs Stufe Online-Buchungsplattformen*

310. Es wurde aufgezeigt, dass der Wettbewerb bezüglich der Höhe der Kommissionen zwischen Online-Buchungsplattformen aufgrund der untersuchten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht erheblich beschränkt wird.

C.4.5.2.3 Fazit

311. Es wurde aufgezeigt, dass die untersuchten Vertragsklauseln kaum Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Hotels haben, da sie keinen Einfluss auf

die absoluten Preise und einen Grossteil der Preissetzungsmöglichkeiten der Hotels haben.

312. Der Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen hingegen wird aufgrund der verwendeten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht stark beeinträchtigt. So kann den Endkunden kein Preissignal bezüglich der Höhe der Kommissionen der Parteien vermittelt werden. Hotels können zudem nicht mit einer teilweisen Einschränkung der Verfügbarkeiten oder angepassten Konditionen auf eine teurere Online-Buchungsplattform reagieren. Dies führt zu einer praktisch vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs hinsichtlich Kommissionen zwischen den Online-Buchungsplattformen.

C.4.5.3 Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

313. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs.²⁵⁶ Die Analyse beginnt dabei ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht. Dementsprechend wird nachfolgend aufgezeigt, in welchem Umfang sich die vorliegend untersuchten weiten Paritätsklauseln auf dem sachlich relevanten Markt auswirken.

314. Dabei gilt jedoch folgendes zu beachten: Bei einer klassischen Preisbindung zweiter Hand wirkt sich die Abrede unmittelbar nur auf die Preissetzung der Produkte aus, welche einer solchen Abrede unterliegen. Der Anteil der entsprechenden Produkte am sachlich relevanten Markt widerspiegelt in einem solchen Fall auch die Erheblichkeit der Abrede in quantitativer Hinsicht. Hingegen wirken sich Across-Platforms Parity Agreements im Allgemeinen sowie die hier untersuchten Paritätsklauseln im Speziellen – wie es die Bezeichnung „Across-Platform“ bereits indiziert – überproportional auf dem sachlich relevanten Markt und teilweise gar darüber hinaus auf benachbarte Märkte aus. Damit würde die reine Betrachtung der Marktanteile der einzelnen Parteien auf dem sachlich relevanten Markt die Auswirkungen ihrer Vertragsklauseln vorliegend unterschätzen.

315. Um eine Aussage zum quantitativen Element der Erheblichkeit der vorliegend betrachteten Vertragsklauseln machen zu können, wird dementsprechend nachfolgend in einem ersten Schritt aufgezeigt, welche Stellung die Parteien auf dem sachlich relevanten Markt haben, gemessen am vorhandenen Intra- sowie Interbrandwettbewerb. Vor diesem Hintergrund wird in einem zweiten Schritt ausgeführt, in welchem horizontalen Umfang sich die untersuchten Vertragsklauseln über die Marktanteile der Parteien hinaus auswirken.

²⁵³ Vgl. BGE 129 II 18, 33 E 9.4 (= RPW 2002/4, 743 E 9.4), *Buchpreisbindung*.

²⁵⁴ Vgl. Rz 308.

²⁵⁵ Vgl. Rz 76.

²⁵⁶ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

C.4.5.3.1 Aktueller Wettbewerb

(i) Intra-brand-Wettbewerb

316. Die Parteien bieten ihre Dienstleistungen auf dem sachlich relevanten Markt sowohl direkt als auch über Vertriebspartner, sogenannte Affiliates, an.²⁵⁷ So sind viele Webseiten, welche aus Sicht der Endkunden auf den ersten Blick als Alternativen zu den etablierten Online-Buchungsplattformen erscheinen, tatsächlich reine Vertriebspartner von diesen.²⁵⁸

317. Im Folgenden ist zu klären, inwiefern diese Vertriebspartner im Sinne eines Intra-brandwettbewerbs disziplinierend auf die gegenüber Endkunden und Hotels relevanten Wettbewerbsparameter wie Preis und Konditionen einwirken können.

318. Die Online-Buchungsplattform von Booking.com ist einerseits über die eigene Webseite (www.booking.com) oder über die Booking.com App verfügbar. Zusätzlich ist die Online-Buchungsplattform von Booking.com auch über Webseiten von weltweit rund [...] Vertriebspartnern verfügbar (z.B. [...]). Bei einer erfolgten Buchung erhalten diese Vertriebspartner eine entsprechende Provision. Zusätzlich erhält Booking.com Reservationen über konzerninterne Webseiten (z.B. [...]), für welche Booking.com ebenfalls eine konzerninterne Gebühr entrichtet. Booking.com geht laut eigenen Schätzungen davon aus, dass im Jahr 2011 [...] % aller Buchungen über Webseiten von Vertriebspartnern erfolgten.

319. Auch zu Expedia gehören neben Expedia sowie Hotels.com noch eine Reihe von weiteren konzerninternen Webseiten wie beispielsweise eLong oder Hotwire, [...]. Und auch bei Expedia sind die Online-Buchungsplattformen entweder direkt über die eigene Webseite (Expedia.com) sowie entsprechende länderspezifische Webseiten wie Expedia.de; Hotels.com; Venere.com) sowie über entsprechende Apps zugänglich. Das Programm von Expedia für Vertriebspartner nennt sich „Expedia Affiliate Network“ (EAN) und erlaubt beispielsweise auch sogenannte „White Label“-Lösungen, bei welcher die Vermittlung von Hoteldienstleistungen über Expedia erfolgt, ohne dass dies für den Benutzer der Homepage direkt ersichtlich ist. Im Rahmen des „Expedia Affiliate Network“ erhalten die Partner von Expedia bei einer erfolgten Buchung ebenfalls eine Beteiligung in Form einer Provision.²⁵⁹

320. Schliesslich kann auch auf die Online-Buchungsplattformen von HRS sowohl über die entsprechenden Homepages (wie hrs.de, hotel.de, hotel.info, tiscovers.com) als auch über entsprechende Apps zugegriffen werden. Auch HRS verfügt über ein Partner-Programm, dessen Funktionsweise vergleichbar ist mit den entsprechenden Programmen von Booking.com und Expedia.²⁶⁰

321. Von den Parteien wurde vorgebracht, dass derartige Vertriebspartner als Konkurrenten zu betrachten seien. Diese Sichtweise ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Aus Sicht des Hotels sind Buchungen über Vertriebspartner der Parteien mit denselben Konditionen verbunden wie direkte Buchungen über die Online-Buchungsplattformen der Parteien. Der Vertrieb über die Vertriebspartner erfolgt automatisch im Rahmen der von den Hotels mit den Parteien abgeschlossenen Partner-

verträge. Somit sind die Buchungen über Vertriebspartner an dieselben Bedingungen (wie der Höhe der Kommission) gebunden, so dass aus Sicht der Hotels diesbezüglich keine Unterschiede bestehen. So betont auch Booking.com, dass eine Unterkunft keine Möglichkeit hat festzustellen, ob eine Reservation über Booking.com oder einen Vertriebspartner von Booking.com abgewickelt wurde. Auch ist festzuhalten, dass Hotels gar keine Möglichkeit haben, direkte Verträge mit einzelnen Affiliates der Parteien abzuschliessen. Vielmehr ist ein Zugriff auf den Vertrieb über die entsprechenden Affiliates nur möglich, indem mit der entsprechenden Online-Buchungsplattform ein Anschluss-Vertrag abgeschlossen wird. Dies gilt auch für Endkunden, welche über Vertriebspartner einer der Parteien buchen. Auch für sie gelten bei Buchungen über Vertriebspartner der Parteien dieselben Bedingungen wie bei einer Buchung bei den Parteien selbst.²⁶¹

322. Zusammenfassend gibt es keine Hinweise, dass sich der Intra-brand-Wettbewerb disziplinierend auf die Parteien auswirken würde.

(ii) Inter-brand-Wettbewerb

323. Zur Analyse des Ausmasses des Wettbewerbs zwischen Anbietern von Online-Buchungsplattformen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt untersucht. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile.

324. Als einzige in der Schweiz tatsächlich tätige Konkurrenten der Parteien konnten STC und ebookers identifiziert werden. Bei sämtlichen weiteren betrachteten möglichen Konkurrenten handelt es sich entweder um Affiliates der Parteien oder von STC sowie um Unternehmen, welche Hotelzimmer über globale Distributionssysteme respektive Wholesaler beziehen, um Reiseveranstalter oder um Anbieter von Softwarelösungen.

325. Die nachfolgenden Tabellen zeigen die entsprechend erfassten Marktanteile von Booking.com, Expedia, HRS sowie STC in der Schweiz in den Jahren 2007 bis 2013:

²⁵⁷ Vgl. Rz 13.

²⁵⁸ Beispiele hierfür sind Webseiten wie cheaptickets.ch, hotels-buchen.ch, opodo.de, swiss-hotels.com, hotelselection.ch.

²⁵⁹ Vgl. <<http://www.expediaaffiliate.com>> (26.3.2015)

²⁶⁰ Vgl. <<http://www.hrs.de/web3/showCmsPage.do?pagelId=affiliatePartner>> (26.3.2015).

²⁶¹ Vgl. hierzu RPW 2010/3, 531f. Rz 243-261, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*. Dort wurde unter anderem festgehalten, dass von Weiterverkäufern nur dann einen Wettbewerbsdruck ausüben können, wenn diese in der Preisfestsetzung unabhängig agieren können.

Tabelle 2: Marktanteile Online-Buchungsplattformen für Hotels 2007-2013 gemäss Buchungsumsatz

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Booking.com	[30-40 %]	[40-50 %]	[50-60 %]	[60-70 %]	[70-80 %]	[70-80 %]	[70-80 %]
HRS	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
Expedia	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Tiscover	[0-5 %]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	Bei HRS
STC	[0-5 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
ebookers	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

Tabelle 3: Marktanteile Online-Buchungsplattformen für Hotels 2007 bis 2013 gemäss Anzahl Übernachtungen

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Booking.com	[30-40 %]	[40-50 %]	[50-60 %]	[60-70 %]	[60-70 %]	[70-80 %]	[70-80 %]
HRS	[20-30 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
Expedia	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Tiscover	[0-5 %]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	Bei HRS
STC	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
ebookers	k.A.	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

326. Auch andere Erhebungen von Marktanteilen ergeben vergleichbare Grössenverhältnisse. So liegen im Jahr 2013 laut einer aktuellen Umfrage des Instituts für Tourismus der Fachhochschule Westschweiz Wallis (HES-SO Wallis) die geschätzten Marktanteile von Booking.com bei 69,7 %, von HRS bei 9,8 % sowie von Expedia bei 9,9 %.²⁶² Laut der Befragung der Hotels durch das Sekretariat liegen für das Jahr 2012 die Marktanteile, ebenfalls gemessen an der Anzahl Übernachtungen, von Booking.com bei [60–70 %], von HRS bei [10–20 %] sowie von Expedia bei [10–20 %]. Allerdings ist festzuhalten, dass bei beiden Erhebungen teilweise Unternehmen, welche in anderen sachlich relevanten Märkten gegenüber den Hotels tätig sind, ebenfalls unter der Kategorie der Online-Buchungsplattformen genannt wurden.

327. Die nachfolgende Tabelle gibt Auskunft über die Marktanteilsentwicklung auf dem relevanten Markt in den Jahren 2007 bis 2013. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile

verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.²⁶³

²⁶² SCHEGG (Fn 180), 24 <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf7/2014_European_Hotel_Distribution_Study_SUMMARY_Switzerland_Focus1.pdf> (27.1.2015).

²⁶³ Vgl. Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 Rz 466, Nikon AG.

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklung Online-Buchungsplattformen gemäss Buchungsumsatz (Veränderung in Prozentpunkten)

	Veränderung 2007-2008	Veränderung 2008-2009	Veränderung 2009-2010	Veränderung 2010-2011	Veränderung 2011-2012	Veränderung 2012-2013
Booking.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tiscover	[...]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Bei HRS
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

328. Den Tabellen ist zu entnehmen, dass Booking.com auf dem Markt für Online-Buchungsplattformen während des gesamten Betrachtungszeitraums klare Marktführerin war. Mit deutlichem Abstand folgen Expedia und HRS. Schliesslich verfügten STC und ebookers während des gesamten Betrachtungszeitraums nur über marginale Marktanteile. Ebenfalls ersichtlich ist, dass Booking.com seine Marktanteile während des Betrachtungszeitraums kontinuierlich deutlich steigern konnte, während sämtliche anderen Anbieter Marktanteilsverluste hinnehmen mussten. Allerdings kann, wie in den nachfolgenden Tabellen aufgezeigt wird, im betrachteten Zeitraum auch eine Erhöhung der Anzahl Partner-Unterkünfte sowie eine Ausweitung des gesamten Marktvolumens beobachtet werden. So erfolgten die Marktanteilssteigerungen von Booking.com nur teilweise zu Lasten der kleineren Anbieter.

329. Von HRS wurde im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag die Frage aufgeworfen, weshalb die Untersuchung sich gegen HRS richtet, jedoch nicht gegen weitere kleine Marktteilnehmer, namentlich STC sowie ebookers. Hierzu ist festzuhalten, dass einerseits deren Marktanteil nochmals deutlich kleiner ist als diejenigen der Parteien. Ebenso hat STC bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens signalisiert, dass sie ein allfälliges kartellrechtliches Verbot von Paritätsklauseln umgehend umsetzen würden. Im Fall von ebookers sind sowohl die Anzahl Partnerhotels, wie auch der Marktanteil noch einmal deutlich geringer als bei STC. Auch ist darauf hinzuweisen, dass Expedia zwischenzeitlich die Übernahme von Orbitz, der Muttergesellschaft von ebookers, genehmigt wurde.

Tabelle 5: Anzahl der Partner-Unterkünfte

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Booking.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

Tabelle 6: Umsatzentwicklung (Buchungsumsatz in Millionen CHF)

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Booking.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tiscover	[...]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Bei HRS
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen nach auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

330. Das starke Wachstum der Online-Buchungsplattformen ist nicht auf eine generelle Zunahme der Nachfrage nach Hoteldienstleistungen in der Schweiz zurückzuführen, sondern erfolgte weitestgehend auf Kosten anderer Vertriebskanäle. So lag trotz des erheblichen Wachstums an Buchungen über Online-Buchungsplattformen die Anzahl der in der Schweiz jährlich nachgefragten Zimmernächte zwischen 2007 und 2013 immer innerhalb eines Bereichs zwischen 22'600 und 24'000 und die durchschnittliche Bruttozimmerauslastung im Bereich zwischen 44 % und 47 %.²⁶⁴

331. Zusammenfassend kann auf dem relevanten Markt eine gewisse Dynamik beobachtet werden. Zwar ist die Stellung von Booking.com als Marktführerin unangefochten, wohingegen bei den kleineren Anbietern in der Tendenz sinkende Marktanteile zu beobachten sind. Dafür ist eine kontinuierliche Steigerung sowohl des Marktvolumens, gemessen am Buchungsumsatz, als auch der Marktdurchdringung, gemessen an der Anzahl Partner-Hotels, zu beobachten.

(iii) Zusammenfassung

332. Der Markt für Online-Buchungsplattformen ist hochkonzentriert. Die Parteien decken zusammen durchgehend praktisch den gesamten sachlich relevanten Markt ab. Dabei ist Booking.com der mit Abstand stärkste Marktteilnehmer, gefolgt von Expedia sowie HRS. Von weiteren Marktteilnehmern ist sodann auch kein wesentlicher disziplinierender Effekt auf die Parteien zu erwarten.

C.4.5.3.2 Potenzieller Wettbewerb

333. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.²⁶⁵

(i) Markteintrittsschranken

334. Eine wesentliche Markteintrittsschranke ergibt sich aus der Tatsache, dass Online-Buchungsplattformen in einem zweiseitigen Markt mit entsprechend starken indirekten Netzwerkeffekten tätig sind. Um als Online-Buchungsplattform auf dem Markt zu bestehen, müssen beide Marktgegenseiten (d.h. Hotels und Endkunden) gleichermaßen angesprochen werden, damit eine kritische Grösse erreicht werden kann. Wie nachfolgend aufgezeigt, existieren bezüglich der Anwerbung von beiden Marktgegenseiten hohe Markteintrittsschranken.

335. Wie auch von den Parteien festgehalten wird, ist die Anwerbung von Hotels mit einem anfänglichen Aufwand verbunden: Partner-Hotels werden durch [...] angeworben und betreut, was [...] Kosten verursacht. Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen kann diese Anfangsinvestitionen jedoch kaum auf seine Partner-Hotels abwälzen, da die Parteien keine Aufnahmegebühren erheben. Auch hat ein Hotel, trotz grundsätzlich möglichem Multihoming, kaum Anreize eine zusätzliche Online-Buchungsplattform zu bewirtschaften, solange diese nur ein geringes Buchungspotenzial hat.

336. Selbst wenn es einer neu in den Markt eintretenden Online-Buchungsplattform gelingen sollte, eine grosse Anzahl an Partner-Hotels anzuwerben, kann es schwierig sein, Endkunden von der Nutzung der Plattform zu überzeugen, wie am Beispiel von STC illustriert werden kann: Sämtliche Mitgliederhotels von hotelleriesuisse (als Teilhaber an STC) sind auf STC vertreten. Trotz

²⁶⁴ Vgl. Bundesamt für Statistik BFS, Hotellerie, Angebot und Nachfrage im Überblick, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (3.2.2015).

²⁶⁵ Vgl. Verfügung der WEKO vom 21.10.2013, 38 Rz 177, Swatch Group Lieferstopp, <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (2.2.2015); RPW 2011/1, 96 ff., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); RPW 2010/1, 119 ff., Preispolitik Swisscom ADSL; RPW 2008/1, 228 Rz 57, TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang; RPW 2007/2, 262 Rz 145, Terminierung Mobilfunk; RPW 2007/2, 214 Rz 169, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegeellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

dieses nicht unwesentlichen Vorteils gelingt es STC aber nicht, auch Endkunden in grossem Umfang von der Nutzung der eigenen Online-Buchungsplattform zu überzeugen. STC verlangt zwar im Vergleich mit den Parteien tiefere Kommissionen, die Hotels können den Endkunden jedoch aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln trotz dieser tieferen Kosten keine besseren Preise anbieten als auf den Plattformen der Parteien. Eine neue Online-Buchungsplattform müsste daher erhebliche Mittel aufwenden, um andere Möglichkeiten der Endkundenwerbung voll auszuschöpfen.

337. So ist insbesondere die Anwerbung von Endkunden über (Online-)Werbung mit erheblichen Ausgaben verbunden. Die Ausgaben von Booking.com beispielsweise sind in der Schweiz alleine für [...] von [...] im Jahr 2008 auf [...] im Jahr 2012 gestiegen.

338. Eine weitere mögliche Markteintrittsbarriere sind die nutzergenerierten Bewertungen. Wie auch von den Parteien betont wird, liefern diese für die Endkunden wertvolle Informationen. Neu in den Markt eintretende Unternehmen verfügen naturgemäss noch über keine derartigen Bewertungen von Endkunden, was sie wiederum für potenzielle Kunden weniger attraktiv machen könnte. Aus Sicht der Hotels stellt sich wiederum die Schwierigkeit, dass diese eine aufgrund von nutzergenerierten Bewertungen erarbeitete Reputation nicht auf ein anderes Unternehmen übertragen können. Auf diese Form einer Marktzutrittschranke wird beispielsweise auch im Zusammenhang mit Online-Auktionsportalen hingewiesen.²⁶⁶

339. Schliesslich können auch die durch die Parteien im betrachteten relevanten Markt erzielten Renditen einen Hinweis auf das Bestehen von Marktzutrittsbarrieren darstellen. So gehen Analysen davon aus, dass Expedia mit Hotel-Buchungen, deren Anteil am Gesamtumsatz von Expedia rund 73 % ausmacht, eine Umsatz-Marge von 23 % erwirtschaftet. Die Marge ist damit deutlich höher als in den Geschäftsfeldern der Flugbuchungen (3 %) und Mietwagen sowie Kreuzfahrten mit jeweils 9 %.²⁶⁷

(ii) *Markteintritte*

340. Unter den zwischen 2007 und 2013 in der Schweiz in einem mehr als nur marginalen Umfang tätigen Online-Buchungsplattformen befindet sich keine, welche innerhalb dieses Zeitraums gegründet wurde. Es besteht sogar eine Tendenz zu einer steigenden Konzentration des Marktes aufgrund von Übernahmen: So wurden Tiscover (im Jahr 2008) sowie hotel.de (im Jahr 2011) durch HRS übernommen, so wie auch Booking.com zuvor (im Jahr 2005) durch Priceline.com, Inc. aufgekauft wurde. Schliesslich wurde auch Venere.com im Jahr 2008 von Expedia, Inc. erworben.

341. Google ist demgegenüber mit dem Hotel Finder mit einer Meta-Suchmaschine auf eine weitere Weise als Werbepartner für Online-Buchungsplattformen tätig geworden. Es erscheint jedoch höchst unwahrscheinlich, dass Google selbst eine Tätigkeit als Online-Buchungsplattform aufnimmt, zumal dies das bewährte Geschäftsmodell des Verkaufs von Pay-per-Click-Werbung untergraben würde.²⁶⁸

342. Bei weiteren von den Parteien vorgebrachten erfolgten Markteintritten handelt es sich ausnahmslos um Nischenanbieter, um Anbieter welche nur Privatunterkünfte vermitteln oder um Angebote, welche scheinbar eine neue Online-Buchungsplattform darstellen, aber tatsächlich nur im Rahmen eines Partner-Programms auf Angebote der etablierten Online-Buchungsplattformen zurückgreifen.²⁶⁹

343. Insbesondere Expedia weist auf die mögliche steigende Bedeutung von Nischenanbietern und Meta-Suchmaschinen hin. Jedoch ist derzeit weder erwiesen, noch ist es absehbar, ob und inwiefern zukünftig von diesen eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Online-Buchungsplattformen ausgehen sollte. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Art. 30 Abs. 3 KG der WEKO bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse die Möglichkeit gibt, auf Antrag des Sekretariats oder von Betroffenen, einen Entscheid zu widerrufen oder zu ändern.

(iii) *Zusammenfassung*

344. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass von potenziellen Markteintritten kein nennenswerter Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen ausgeht.

C.4.5.3.3 Stellung der Marktgegenseite

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

(i) *Hotels*

346. HRS bringt vor, dass Netzwerkeffekte des zweiseitigen Marktes dazu führen, dass Online-Buchungsplattformen auch ihrerseits von den Hotels stark abhängig sind, insbesondere davon, möglichst viele von ihnen für die Vermittlung zu gewinnen und als Vertragspartner zu halten. HRS habe deshalb gegenüber den Hotels keinen unbegrenzten Preiserhöhungsspielraum, weil diese sich des Netzwerkeffekts bewusst seien. Dass die Hotels aufgrund der Marktstruktur über einen entsprechenden Verhandlungsspielraum verfügen ist jedoch offensichtlich nicht der Fall: So konnte HRS die im Jahr 2012 vorgenommene Erhöhung der Kommissionen verbunden mit einer Verschärfung der Vertragsbedingungen durchsetzen, ohne dass Partner-Hotels diesbezüglich Verhandlungen führen konnten. Auch die [...] konnte erfolgen, ohne dass es zu Konzessionen gegenüber Partner-

²⁶⁶ Siehe beispielsweise CHRYSANTHOS DELLORCAS, in: Handbook of Economics and Information Systems, Terence Handershott (Hrsg.), Reputation Mechanisms, 2006, 629-660.

²⁶⁷ Vgl. <<http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2013/01/04/whats-driving-expedias-stock/>> (3.5.2015).

²⁶⁸ Vgl. hierzu Rz 337.

²⁶⁹ So nennt Booking.com beispielsweise mit AirBnB einen Vermittler von Privatunterkünften, mit Swisshotels einen Partner von STC Switzerland Travel Centre sowie mit Secret Escapes und Jetsetter Nischenanbieter im Luxusbereich. Auch Expedia weist wiederholt auf AirBnB hin.

Hotels oder zu nennenswerten Vertragskündigungen kam. Generell sind Abweichungen von den Standard-Verträgen [...] ²⁷⁰

347. Gewisse, obgleich geringe, Konzessionen machen die Parteien lediglich gegenüber Hotelketten. Dabei ist allerdings auch bei internationalen Hotelketten der Verhandlungsspielraum stark eingeschränkt. So verfügen bei Booking.com folgende Hotelketten, welche in der Schweiz tätig sind, über von den Standardverträgen abweichende Partnerverträge: [...].

348. Somit verfügten von [...] Partnerbetrieben nur deren [...] über von den Standardverträgen abweichende Vertragsbedingungen. Allerdings betont Booking.com, dass bezüglich der verlangten Preisparitätsklauseln sowie der Verfügbarkeitsparität keine umfassenden Ausnahmen gewährt werden. Ein gewisser, wenn auch geringer, Verhandlungsspielraum würde in erster Linie betreffend aus Sicht von Booking.com untergeordneten Vertragsbestandteilen bestehen wie beispielsweise bezüglich Rechtswahlklauseln.

349. Expedia unterhält Kettenverträge mit [...] in der Schweiz tätigen Hotelketten, das sind insgesamt [...] Hotels, insbesondere [...]. Allerdings ergeben sich auch bei diesen Kettenverträgen [...] von den allgemein verlangten Paritätsklauseln.

350. HRS hat in der Schweiz insgesamt [...] Hotelketten mit insgesamt [...] Hotels unter Vertrag. Die grössten davon sind [...]. Allerdings hält HRS fest, dass die Hälfte dieser Ketten den Standard-AGBs unterliegt und ein weiteres Viertel über einen auf die AGB verweisenden Standard-Kettenvertrag verfügt. Nur das restliche Viertel hat abweichende Verträge. HRS führt als Beispiel für abweichende Vertragsbedingungen [...].

(ii) *Hotelier-Verbände*

351. Mit über 3171 Mitgliedern, davon 2051 Hotels, repräsentieren die von hotelleriesuisse klassierten Betriebe laut eigenen Angaben 65 % der Schweizer Hotelbetriebe und generieren 75 % der Logiernächte. ²⁷¹ GastroSuisse, dem Verband für Hotellerie und Restauration, sind viele kleinere Hotelbetriebe angeschlossen. So verfügt GastroSuisse über rund 20'000 Mitglieder, davon sind 3000 Hotels. ²⁷²

352. Während somit die Hotels in der Schweiz in zwei Verbänden organisiert sind, welche einen Grossteil der Betriebe vertreten, scheinen diese Verbände über keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber den Parteien zu verfügen. So erklärt Booking.com, dass mit den Hotels direkt verhandelt wird und nicht mit den Verbänden. Auch die anderen Parteien führen keine Verhandlungen mit Hotelier-Verbänden. Damit geht auch von den Verbänden keine disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen aus.

(iii) *Endkunden*

353. Endkunden, welche Online-Buchungsplattformen nutzen, haben keinen direkten Einfluss auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Plattformen und den Hotels. Die WEKO hat im Entscheid TUI/Kuoni dahingegen festgehalten, dass im Reisemarkt die Endkunden durchaus eine verhältnismässig starke Stellung haben, was insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass Rei-

sende sehr häufig Reisen selber organisieren und dass somit der Verhaltensspielraum der Reiseveranstalter durch derartige Direktgeschäfte eingeschränkt werde. Preiserhöhungen bei Reisearrangements würden einen Teil der Reisenden dazu bewegen, Reisen selbst zu organisieren. ²⁷³ Es wird auch darauf hingewiesen, dass es für die Marktgegenseite im Reisemarkt üblich sei, die Preise von Angeboten verschiedener Veranstalter zu vergleichen. ²⁷⁴

354. Vorliegend erhalten die Endkunden allerdings aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln kein Signal betreffend die von den Online-Buchungsplattformen verlangten Kommissionen, weshalb von den Endkunden in der vorliegenden Konstellation keine wesentliche disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen ausgeht.

(iv) *Zusammenfassung*

355. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder seitens der Hotels noch seitens der Endkunden ein wesentlicher Druck auf die Parteien bezüglich der untersuchten Vertragsklauseln ausgeht.

C.4.5.3.4 Horizontales Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung

356. Die vorgängig ermittelten Angaben zum aktuellen Wettbewerb, zu Markteintrittsbarrieren sowie zur Stellung der Marktgegenseite auf dem sachlich relevanten Markt sind insbesondere geeignet, um die Marktposition der Parteien gegenüber den Hotels und den Endkunden zu bestimmen. Diese Elemente widerspiegeln jedoch nur in ungenügender Weise die tatsächliche quantitative Auswirkung der untersuchten Vertragsklauseln. So wirken sich die fraglichen Klauseln gerade nicht exklusiv auf die Preise und Verfügbarkeiten der jeweiligen Online-Buchungsplattformen aus, sondern beziehen sich explizit auf die bei anderen Vertriebskanälen zugänglichen Angebote.

357. Die WEKO hat im Entscheid in Sachen „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“ ²⁷⁵ festgehalten, dass für die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung entscheidend ist, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst von der Abrede innehat. ²⁷⁶

²⁷⁰ Vgl. hierzu oben, Rz 18 f.

²⁷¹ <<https://www.hotelleriesuisse.ch/de/pub/verband.cfm>> (3.2.2015).

²⁷² <<http://www.gastrosuisse.ch/de/gastrosuisse/verband/>> (3.2.2015).

²⁷³ Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 60, TUI/Kuoni.

²⁷⁴ Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 39 und 61, TUI/Kuoni.

²⁷⁵ RPW 2012/1, 74 ff., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

²⁷⁶ RPW 2012/1, 110 Rz 197, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, m.w.H.

358. Wie aufgezeigt wurde, sind die weiten Paritätsklauseln der Parteien sehr umfassend formuliert und beziehen sich auf sämtliche anderen Vertriebskanäle, welche ein Hotel neben den Online-Buchungsplattformen verwendet. Sie umfassen insbesondere auch sämtliche direkten hoteleigenen Vertriebskanäle sowie indirekte Kanäle, welche von Dritten angeboten werden. Die verschiedenen Paritäts-Klauseln der Parteien werden von den Hotels grossmehrheitlich eingehalten. Diese Einhaltung wird durch die Online-Plattformen auch entsprechend überwacht.²⁷⁷ Damit sind die Möglichkeiten der Partner-Hotels stark eingeschränkt, auf alternativen Vertriebskanälen, von welchen allenfalls eine disziplinierende Wirkung seitens der Endkunden auf die Parteien denkbar wäre, relativ tiefere Preise anzubieten, diese bezüglich Verfügbarkeit besser zu stellen oder mittels günstigeren Konditionen bevorzugt zu behandeln.

359. Variationsmöglichkeiten verbleiben im Bereich indirekter Vergünstigungen im Rahmen von Kundenbindungs-Programmen. Vor allem bei grossen Hotelketten können Punkte für Treueprogramme gesammelt werden, wenn eine direkte Buchung erfolgt. Als Beispiel hierfür ist das Programm von Starwood Hotels (Starwood Preferred Guest) zu nennen, bei welchem bei Reservationen über eine Online-Buchungsplattform keine Treuepunkte gesammelt werden können. Auch andere Hotelketten verwenden vergleichbare Systeme. So werden zwar keine unmittelbaren Rabatte auf eine einzelne Buchung gewährt, die gesammelten Treuepunkte können jedoch in Sachleistungen wie kostenlose Übernachtungen, Upgrades etc. umgewandelt werden, d.h. der Kunde kann bei einer späteren Buchung davon profitieren.

360. Hierzu ist festzuhalten, dass derartige Treueprogramme hauptsächlich von international tätigen Hotelketten betrieben werden. So sind denn auch diesbezüglich gewisse Netzwerkeffekte festzustellen. Ein Treueprogramm scheint für Endkunden vor allem dann attraktiv, wenn dieses bei möglichst vielen Hotels anerkannt wird. Hotelketten umfassen in der Schweiz allerdings nur einen kleinen Anteil der Betriebe.²⁷⁸ Auch ist festzuhalten, dass derartige Programme letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeits- respektive Konditionenparitätsklauseln darstellen, weshalb solche Ausnahmen entsprechend von den Parteien auch gewährt werden müssen.²⁷⁹

361. Hingegen scheinen einige Hotels, letztlich unter Missachtung der Verfügbarkeitsparitäts- sowie Konditionenparitätsklauseln, Zusatzleistungen für Gäste anzubieten, welche einen bestimmten Vertriebskanal wählen. Solche Zusatzleistungen können beispielsweise über die reine Hotelübernachtung hinausgehende Sachleistungen umfassen, seien dies kostenlose Parkplätze, vergünstigte Skipässe, Wellnessangebote o.ä. Allerdings stellen auch solche Zusatzleistungen letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeitsparitäts- respektive Konditionenparitätsklauseln dar. Allerdings scheint es auch seitens der Parteien gewisse technische Einschränkungen bezüglich der Möglichkeiten zu geben, komplexere Dienstleistungs-Pakete abzubilden.

362. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass sich weite Preisparitätsklauseln auch auf Dienstleistungen von Partner-Hotels beziehen, welche über Wholesaler res-

pektive deren Kunden (wie beispielsweise Reiseveranstalter) an die Endkunden gelangen. Gerade bei diesen Produkten, welche gemäss einem Merchant-Modell vertrieben werden, besteht die Möglichkeit, dass dies zu einem Verstoss gegen die Preisparitätsklauseln führen kann, da hierbei der Wiederverkäufer den Endkundenpreis selbst bestimmen kann. Allerdings halten die Parteien fest, dass in solchen Fällen von den Partner-Hotels keine Einhaltung der Preisparitätsklauseln verlangt wird, sondern diese nur auf diese Problematik hingewiesen werden, so dass gegebenenfalls bestehende Verträge mit Wholesalern entsprechend angepasst werden können.²⁸⁰

363. Für Partner-Hotels der Parteien bestehen damit kaum Möglichkeiten, die Preise, Verfügbarkeiten oder Konditionen auf verschiedenen Vertriebskanälen derart zu variieren, dass relative Unterschiede bezüglich der Kosten des jeweiligen Vertriebskanals reflektiert werden können. Sämtliche genannten Möglichkeiten zu Variationen bezüglich Preisen respektive Verfügbarkeiten stellen Ausnahmen oder Umgehungen der entsprechenden Vertragsklauseln dar oder bewegen sich zumindest in vertragsrechtlicher Hinsicht im Graubereich. Insgesamt zeigt sich damit, dass diese Wirkungen nicht nur auf den relevanten Markt begrenzt sind, sondern sämtliche anderen Vertriebskanäle eines Hotels betreffen, indem diese hinsichtlich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen nicht besser gestellt werden dürfen als die Online-Buchungsplattformen der Parteien.

C.4.5.4 Fazit

364. In quantitativer Hinsicht ist von einer umfassenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund der von weiten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln auszugehen. Dies zeigt sich einerseits aufgrund der Tatsache, dass die Parteien bezüglich Marktanteile einen überwiegenden Teil des sachlich relevanten Marktes abdecken. Hinzu kommt, dass die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln eine horizontale Wirkung haben, welche über den sachlich relevanten Markt hinausgeht und so auch alternative Vertriebskanäle umfasst. Somit ergeben die Prüfung der qualitativen Kriterien sowie die Analyse der quantitativen Kriterien, dass der Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen durch die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln insgesamt praktisch vollständig beseitigt wird.

²⁷⁷ Vgl. oben, Rz 0 ff., 56 und 53.

²⁷⁸ Vgl. Rz 319 ff.

²⁷⁹ Eine Ausnahme diesbezüglich stellt die Tatsache dar, dass Expedia die Lösung des OFT europaweit für alle Hotels eingeführt hat. Diese Lösung ermöglicht den Hotels die Bildung von sogenannten „closed user groups“, welche von den Preisparitätsklauseln ausgenommen sind.

²⁸⁰ Vgl. hierzu Fn 22.

C.4.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

365. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

366. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

367. Liegt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor und keine Abrede, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, gilt die Abrede i.d.R. ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (vgl. Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Vorliegend bestehen jedoch mehrere Abreden nebeneinander, die praktisch den gesamten relevanten Markt abdecken und auch weitere Vertriebskanäle umfassen. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen der Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung nach Ziff. 16 Abs. 2 VertBek nicht gegeben und es ist konkret zu prüfen, ob ein materieller Rechtfertigungsgrund vorliegt.

368. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermassen plausibel erscheinen.²⁸¹

369. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbs-

beschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²⁸²

C.4.6.1 Trittbrettfahrerproblem

370. Die Parteien bringen vor, ihr Geschäftsmodell sei mit einer Reihe von gegenüber Hotels erbrachten Leistungen und Investitionen verbunden, wofür sie nur bei tatsächlich über ihre Online-Buchungsplattformen getätigten Buchungen mittels Kommissions-Zahlungen entschädigt würden. Diese Besonderheit des verwendeten Geschäftsmodells führe dazu, dass sie darauf angewiesen seien, dass möglichst viele Buchungen über ihre Plattform getätigt würden. Bei einer Buchung über den direkten Vertriebskanal eines Hotels profitiere dieses zwar von den Leistungen der Online-Buchungsplattform, erbringe jedoch keine Gegenleistung. Die Paritätsklauseln seien deshalb notwendig, um diese Leistungen und Investitionen zu schützen.

371. Dieses Vorbringen der Parteien entspricht weitgehend dem Point-of-Sale-Services-Argument, welches das Problem einer horizontalen Externalität auf Händlerstufe (d.h. Händler profitieren von den Service- und Beratungsleistungen ihrer Konkurrenten) zum Inhalt hat. Diese Problematik kann gemäss Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek im Rahmen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein. Die näheren Voraussetzungen zur Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments müssen vorliegend nicht eingehend erläutert werden, es genügt an dieser Stelle der Verweis auf die Ausführungen der WEKO im Rahmen der Verfügung betreffend Buchpreisbindung.²⁸³ Denn obwohl das Vorliegen einer Trittbrettfahrerproblematik gestützt auf die Art der vermittelten Dienstleistung theoretisch denkbar wäre, ist es bereits fraglich, ob diese Problematik überhaupt im behaupteten Ausmass gegeben ist. Ausserdem gelingt es, wie nachfolgend aufgezeigt wird, den Parteien nicht, darzulegen inwiefern sie Service- und Beratungsdienstleistungen oder andere Investitionen erbringen, die vor einer solchen Problematik geschützt werden sollten.

372. Ebenfalls ist darauf hinzuweisen, dass sich die WEKO bereits im Zusammenhang mit der Untersuchung in Sachen Online-Handel mit einer möglichen Trittbrettfahrer-Problematik beim Vertrieb von Haushalts-Geräten auseinandergesetzt hat. Dabei wurde festgehalten, dass selbst der stationäre Handel, obwohl dieser (in einem gewissen Ausmass) eine persönliche Beratung von Endkunden anbietet und auch Investitionen in Ausstellungsmodelle etc. tätigt, keiner Trittbrettfahrer-Problematik ausgesetzt ist, welche ein Verbot des Online-Handels kartellrechtlich zu rechtfertigen vermögen würde.

²⁸¹ Urteil des BGER 2A.430/2006 vom 6.2.2007 (= RPW 2007/1, 133 f.), E.10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKONEF*.

²⁸² RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²⁸³ Vgl. RPW 2005/2, 286 Rz 85 ff., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

373. Schliesslich ist festzuhalten, dass wohl in den allermeisten Bereichen des (Online-)Vertriebs von Produkten und Dienstleistungen, auch bei unterschiedlichen relativen Preisen zwischen einzelnen Händlern, diese Ausgaben in Werbung und in die Verbesserung der eigenen Vertriebs-Dienstleistung tätigen. Somit erscheint es im Vorhinein unwahrscheinlich, dass ausgerechnet im vorliegenden Bereich, in welchem die Unternehmen nicht einmal das mit dem Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen verbundene Inventarrisiko tragen, ein vertraglicher Schutz gegen tiefere relative Preise seitens der Konkurrenten gerechtfertigt sein sollte.

374. Booking.com hat im Rahmen seiner Stellungnahme zum Antrag vorgebracht, dass die Tatsache, dass eine Anzahl von durch sie befragte Hotels angegeben haben, in Abwesenheit von Preisparitätsklauseln auf dem direkten Vertriebskanal tiefere Preise, als auf Online-Buchungsplattformen anbieten würden, als Beweis für das Vorliegen einer Trittbrettfahrerproblematik betrachtet werden könne. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Beobachtung der von den Parteien vorgebrachten Argumentation, dass Preisparitätsklauseln letztlich einem Wunsch der Hotels entsprechen, widerspricht. Auch kann aus dem von Booking.com vorgebrachten Umfrageresultat lediglich gefolgert werden, dass bezüglich der Preisparitätsklauseln individuelle Abweichungsanreize bestehen, wie dies letztlich bei einer Vielzahl von preisrelevanten Abreden der Fall ist.

375. Auch das von Booking.com vorgebrachte Argument, dass gemäss einer eigenen Umfrage eine Mehrheit der befragten Endkunden bei entsprechend tieferen Preisen auf dem direkten Vertriebskanal eines Hotels anstatt auf der Online-Buchungsplattform zu buchen, entspricht letztlich einem normalen Marktverhalten. Auch illustriert dieses Resultat vielmehr, dass vom direkten Vertriebskanal durchaus eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausgehen kann.

C.4.6.1.1 Komplexität der vermittelten Dienstleistung

376. Grundsätzlich unterscheiden sich die Dienstleistungen von Hotels von technisch anspruchsvollen, langlebigen Produkten, für welche das Point-of-Sales-Services-Argument vielfach in Betracht gezogen werden kann. Allerdings können Dienstleistungen von Hotels als Erfahrungsgüter betrachtet werden, so dass es für Endkunden unter Umständen schwierig sein kann, die Qualität einer solchen Dienstleistung im Vorhinein festzustellen. So ist es grundsätzlich denkbar, dass Endkunden bei der Wahl eines Hotels gewisse Service- und Beratungsdienstleistungen in Anspruch nehmen.

377. Indes ist auch festzuhalten, dass längst nicht alle Endkunden Beratungsdienstleistungen bei der Wahl eines Hotels in Anspruch nehmen.²⁸⁴ So verfügen auch etliche Endkunden über einen Informationsstand, welcher über online verfügbare Informationen hinausgeht und damit Service- und Beratungsdienstleistungen durch Online-Buchungsplattformen hinfällig macht. So beispielsweise Stammkunden. Ebenso können sich beispielsweise Walk-in-Kunden selbst ein unmittelbares Bild vom besuchten Hotel machen.

C.4.6.1.2 Billboard-Effekt

378. Um zu zeigen, dass in ihrem Geschäftsfeld eine ausgeprägte Trittbrettfahrerproblematik vorliegt, führen Expedia und HRS aus, bereits die Präsenz auf einer Online-Buchungsplattform führe zu einer deutlichen Steigerung der Anzahl Buchungen auf dem direktem Vertriebskanal eines Hotels. Dieser behauptete Effekt wird unter dem Begriff „Billboard-Effekt“ vorgebracht. Gestützt auf eine durch Expedia unterstützte Studie (nachfolgend: Cornell-Studie vol. 9²⁸⁵) wird aufgeführt, diese Steigerung liege zwischen 7,5 % und 26 %.

379. Es ist jedoch fraglich, inwiefern die Erkenntnisse der Cornell-Studie vol. 9 auf die Situation in der Schweiz übertragen werden können, zumal diese hauptsächlich auf Experimenten anhand von Hotels der InterContinental Hotel Group basieren, wohingegen in der Schweiz derartige Ketten-Hotels nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die Allgemeingültigkeit der Cornell-Studie vol. 9 wird auch von ESTIS GREEN/LOMAN²⁸⁶ angezweifelt: So seien die entsprechenden Hotels im Ranking von Expedia konsequent an erster Stelle aufgelistet worden. Auch sei die in der Cornell-Studie vol. 9 beschriebene Steigerung des direkten Vertriebs kaum mit den an breiter Front beobachtbaren Zahlen zu Übernachtungen und Hotelauslastung vereinbar. Zudem habe die InterContinental Hotel Group (aufgrund von vertraglichen Differenzen) für einige Monate auf eine Präsenz auf Expedia verzichtet, ohne dass dies zu einem Sinken der Buchungen auf dem direkten Vertriebskanal geführt hätte.

380. Dass die Hypothese eines Billboard-Effekts, mit dem letztlich ein Multiplikator-Effekt aufgrund der Präsenz eines Hotels auf einer Online-Buchungsplattform behauptet wird, auch für Hotels in der Schweiz zutreffen sollte, kann allein schon aufgrund der aggregierten Entwicklung der Hotel-Buchungen verneint werden: So konnte trotz des Zuwachses an Partner-Hotels sowie an Buchungen über Online-Buchungsplattformen kein paralleles Ansteigen des Buchungsvolumens auf den direkten Vertriebskanälen beobachtet werden. Vielmehr kam es, bei einer weitgehend konstanten Zimmerauslastung, letztlich zu einer Verschiebung von direkten Buchungen zu Buchungen über Online-Buchungsplattformen.²⁸⁷

381. Demnach ist bereits nicht erstellt, dass die vorgebrachte Trittbrettproblematik im Schweizer Markt in dem von den Parteien vorgegebenen Ausmass existiert. Nachfolgend ist jedoch dennoch im Einzelnen zu prüfen, ob auf Seiten der Parteien überhaupt Investitionen oder andere Leistungen erbracht werden, die vor einer möglichen Trittbrettfahrerproblematik geschützt werden sollten.

²⁸⁴ Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 Rz 149 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

²⁸⁵ CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 9 No. 16, The Billboard Effect, Online Travel Agent Impact on Non-OTA Reservation, 2009. Daneben wird auf eine entsprechende Nachfolge-Studie verwiesen: CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 11 No. 8, Search, OTAs and Online Booking, An Expanded Analysis of the Billboard Effect, 2011.

²⁸⁶ Die nachfolgenden Punkte finden sich in CINDY ESTIS GREEN/MARK V. LOMAN, Distribution Channel Analysis, A Guide for Hotels, Hospitality Sales & Marketing Association International (HSMIA) Foundation, 2012, 131-135.

²⁸⁷ Vgl. Rz 330.

C.4.6.1.3 Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen

382. Die Online-Buchungsplattformen erbringen keine mit einer persönlichen Beratung im Fach-Handel vergleichbare Beratungsdienstleistung, was angesichts der Breite an verfügbaren Unterkünften auch kaum praktikabel wäre. Vielmehr wird den Endkunden nach erfolgter Suche eine gemäss den Ranking-Kriterien der Online-Buchungsplattform aufgestellte Auflistung von entsprechenden Hotels aufgezeigt.²⁸⁸ Dieses Ranking kann nicht mit einer individuellen Beratung gleichgesetzt werden, zumal in das Ranking teilweise auch kommerzielle Interessen der Online-Buchungsplattformen einfließen, welche nicht unbedingt die unmittelbaren Interessen der Endkunden reflektieren.²⁸⁹ Bei alternativen Möglichkeiten die Suchresultate zu sortieren, erfolgt die Auflistung strikt nach quantitativen Kriterien, wie beispielsweise dem Preis der Hoteldienstleistung. Auch ist der Umfang der durch Online-Buchungsplattformen vermittelten Informationen in ihrem Ausmass stark beschränkt: So werden Informationen zu den einzelnen Hotels auf einer einzigen Internetseite dargestellt, welche neben Preisen und Verfügbarkeiten typischerweise einige Fotografien des Hotels sowie eine kurze, stichwortartige Beschreibung der Eigenschaften und Lage des Hotels umfasst.

383. Auch die Möglichkeit bei Online-Buchungsplattformen die Suchresultate nach nutzergenerierten Bewertungen zu sortieren, stellt keine aktive Beratungsdienstleistung dar. Es werden vielmehr grösstenteils durch Dritte bereitgestellte Informationen (seien dies durch die Partner-Hotels bereitgestellte Informationen oder Bewertungen von Kunden oder von Drittanbietern) in aggregierter Form wiedergegeben. Die Bereitstellung von nutzergenerierten Bewertungen schlägt sich ausserdem unmittelbar in einer Steigerung der Attraktivität der jeweiligen Online-Buchungsplattform nieder und ist zudem ein Phänomen, welches auch bei anderen Plattformen sowie im Online-Handel allgemein weit verbreitet ist. Es ist somit davon auszugehen, dass deren Bereitstellung nicht von den vorliegend betrachteten Vertragsklauseln abhängig ist und auch sonst erfolgen würde.

384. Damit findet bei Online-Buchungsplattformen keine (kosten-)intensive persönliche Beratung der Endkunden durch zu den spezifischen Eigenschaften der angebotenen Dienstleistungen geschultes Personal statt, so dass nur geringe Grenzkosten für die Erbringung von Service- und Beratungsleistungen entstehen dürften. Vielmehr zählen das Anbieten von Informationen zu verschiedenen Hotels und Vergleichsmöglichkeiten zwischen diesen gerade zur normalen Geschäftstätigkeit von Online-Buchungsplattformen.

385. Ebenso wenig kann eine intensive Beratung zugunsten der Hotels festgestellt werden. So werden diese zwar hinsichtlich der technischen Anforderungen zur Bewirtschaftung ihrer Angebote auf den jeweiligen Online-Buchungsplattformen ausgebildet und unterstützt und sie scheinen auch zumindest einzelne Hinweise zur optimalen Darstellung ihres Hotels auf den jeweiligen Plattformen zu erhalten. Jedoch ist nicht ersichtlich, inwieweit dies eine intensive Beratung der Hotels darstellen soll, welche die Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments rechtfertigen würde.

C.4.6.1.4 Weitere verkaufsfördernde Massnahmen der Online-Buchungsplattformen

386. Die Parteien bringen vor, sie würden insbesondere in verkaufsfördernde Massnahmen zugunsten von Hotels investieren. Daneben seien auch Investitionen in die Benutzerfreundlichkeit der Plattform zu berücksichtigen, welche den Hotels und den Endkunden zu Gute komme. Diese Investitionen seien vor möglichen Trittbrettfahrern zu schützen, welche aufgrund einer Online-Buchungsplattform ein bestimmtes Hotel auswählen, die Übernachtung dann jedoch beim Hotel direkt buchen und so die Online-Buchungsplattform umgehen.

387. Es handelt sich dabei primär um Investitionen in Werbung. Bei Ausgaben für Werbung jeder Art für ein spezifisches Produkt sind jedoch gewisse Streuverluste unvermeidbar: So ist es letztlich normal, dass nur ein kleiner Anteil der derart angesprochenen potenziellen Kunden das beworbene Produkt letztlich auch kauft. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass das beworbene Produkt von gewissen Kunden bei einem konkurrierenden Händler gekauft wird. Ebenso ist es ein allgemeines Phänomen, dass bei Weitem nicht sämtliche Zugriffe auf die Homepage beispielsweise eines Online-Händlers auch zu einer Transaktion führen. Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Werbeausgaben der Online-Buchungsplattformen eine besondere Investition darstellen, die im Rahmen des Point-of-Sale-Services-Arguments geschützt werden sollten.

388. Ausserdem bewerben Online-Buchungsplattformen nie ausschliesslich ein Hotel, sondern immer auch ihre eigene Plattform. Solche Ausgaben für Brand-Building kommen, wie auch allgemeine Bemühungen um die Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit einer Plattform, unmittelbar den Parteien zu Gute. Somit bestehen Anreize für entsprechende Bemühungen unabhängig von der Gestaltung der Vertragsbedingungen mit den Partner-Hotels.

C.4.6.1.5 Wechselwirkungen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen: umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik

389. Entgegen den Ausführungen der Parteien liegt, wenn überhaupt, nicht nur eine einseitige Trittbrettfahrerproblematik zu Ungunsten der Online-Buchungsplattformen vor. Vielmehr profitieren diese auch von eigenen Verkaufsbemühungen der Hotels und anderen Vertriebskanälen. Wenn solche wechselseitigen Effekte bestehen, spricht dies gegen eine effizienzsteigernde Wirkung einer Wettbewerbsabrede.²⁹⁰

²⁸⁸ Zum Ranking im Allgemeinen vgl. Rz 23 ff.

²⁸⁹ Beispiel hierfür ist die Möglichkeit von Hotels, bei Booking.com ihr Ranking über höhere Kommissionszahlungen positiv zu beeinflussen, vgl. Rz 29.

²⁹⁰ Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 f. Rz 153-159, *Behinderung des Online-Handels*.

390. So gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, wie Online-Buchungsplattformen unmittelbar von der Bekanntheit ihrer Partner-Hotels profitieren können: Gerade im Zusammenhang mit Pay-per-Click-Werbung über Google AdWords können Online-Buchungsplattformen letztlich auch vom Bekanntheitsgrad ihrer Partner-Hotels profitieren, indem sie beispielsweise AdWords mit einer Kombination des Hotelnamens mit dem Ortsnamen erwerben. Zusätzlich gibt es weitere Beispiele aus dem Ausland, bei welchen Online-Buchungsplattformen versuchten, zu Lasten ihrer Partner-Hotels Buchungen zu generieren. So hat das Landgericht Frankfurt festgehalten, dass bei Online-Telefonbucheinträgen eine Verlinkung zu Online-Buchungen über HRS eine Irreführung der Endkunden darstelle, da dadurch der Eindruck entstehen würde, der Endkunde buche direkt beim Hotel.²⁹¹ In Frankreich wurde unter anderem Expedia wegen Irreführung von Endkunden verurteilt, weil auf ihrer Online-Buchungsplattform Partner-Hotels als vollständig ausgebucht dargestellt wurden, obwohl auf anderen Vertriebskanälen noch Zimmer verfügbar gewesen wären.²⁹²

391. Daneben besteht auch eine Vielzahl von Wechselwirkungen mittelbarer Natur zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen, so insbesondere dem direkten Kanal der Hotels. So wurde im Rahmen einer Studie der Universität St. Gallen bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern²⁹³ festgestellt, dass im Zusammenhang mit Reisen bezüglich ihrer Wichtigkeit insbesondere folgende drei Informationsquellen dominieren: Freunde und Verwandte, Quellen aus dem Internet und durch Einheimische vermittelte Informationen. Dabei seien die wichtigsten Internetseiten Suchmaschinen wie Google. Ähnlich wichtig seien Internetseiten der Destinationen gefolgt von Internetseiten von Unterkunftsanbietern. Laut den Studienautoren lässt dieses Resultat den Schluss zu, dass der Erwerb von Informationen zu Reisen mit einer allgemeinen Suche über Suchmaschinen beginnt und sich fortsetzt in einer detaillierteren Suche auf Internetseiten der Destinationen und schliesslich auf Hotel-Webseiten. Bei einer ähnlichen Studie von Google bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern haben 41 % der Befragten angegeben, dass sie bei der Entscheidung bezüglich einer Unterkunft Websites von Unterkunftsanbietern (wie Homepages von Hotels) konsultieren würden. Diese stellen laut dieser Studie somit auch die wichtigste Online-Informationsquelle bezüglich Unterkünften dar, gefolgt von Tourismus-Homepages (mit 18 %), Suchmaschinen (mit 15 %) sowie Websites von Reisebüros respektive Reise-Portalen (mit zusammen 14 %).²⁹⁴

392. Selbst wenn eine Trittbrettfahrerproblematik, wie sie von den Parteien behauptet wird, festgestellt werden könnte, so wäre nicht erstellt, dass diese nur einseitig zu Ungunsten der Parteien besteht. Die wahrscheinlich vorliegende umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik spricht demgegenüber gegen die effizienzsteigernde Wirkung der von den Parteien verwendeten Vertragsklauseln.

C.4.6.1.6 Zusammenfassung

393. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass einerseits keine Trittbrettfahrerproblematik im von den Parteien behaupteten Ausmass festgestellt

werden kann. Andererseits fehlt es auf Seiten der Online-Buchungsplattformen auch an Beratungs- und Servicedienstleistungen sowie weiteren besonderen Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen, welche vor möglichen Trittbrettfahrern geschützt werden sollten. Damit lassen sich die verwendeten Vertragsklauseln mit dieser Argumentation nicht rechtfertigen.

C.4.6.2 Hold-up Problem

394. Vertragsspezifische Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehungen nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (sog. Hold-up Problem), können im Rahmen der Rechtfertigungsgründe von Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein.²⁹⁵

395. Nun halten die Parteien aufgrund ihres Geschäftsmodells zunächst kein Inventar an Hotelzimmern und sind somit auch keinen entsprechenden Risiken ausgesetzt. Die Parteien machen jedoch auch hier geltend, sie würden insbesondere in Werbung zu Gunsten der einzelnen Hotels investieren. Wie bereits ausgeführt, können diese Werbeausgaben im Allgemeinen vorliegend jedoch nicht als Investitionen qualifiziert werden, die derart schützenswert wären, dass sich gestützt darauf eine Rechtfertigung der verwendeten Vertragsklauseln begründen liesse. Ein grosser Anteil der Ausgaben der Parteien fällt zudem für Pay-per-Click-Werbung²⁹⁶ an, welche aufgrund ihrer Kurzfristigkeit und Flexibilität nicht geeignet ist, um die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen vor dem Hintergrund des Investitionsschutzes zu rechtfertigen.

396. Die einzigen vertragsspezifischen Investitionen gegenüber Partner-Hotels mit mehr als nur kurzfristigem Charakter sind die Aufbereitung der Inhalte für die Online-Buchungsplattformen sowie die Übersetzung dieser Inhalte in verschiedene Sprachen. Zu letzterem ist festzuhalten, dass gerade von Übersetzungen in Sprachen, welche das Hotel beispielsweise auf der eigenen Homepage nicht aufführt wohl in erster Linie die Online-Buchungsplattformen profitieren, indem Kunden, die keine der auf der Homepage eines Hotels gezeigten Sprachen beherrschen, eher über eine Online-Buchungsplattform buchen, weil sie nur dort die konkreten Angebote auch effektiv verstehen. Auch dürfte die absolute Höhe solcher vertragsspezifischen Ausgaben gering sein und somit keinesfalls unbefristete vertragliche Massnahmen rechtfertigen.²⁹⁷

²⁹¹ Urteil des LG Frankfurt vom 20.2.2013, 3-08 O 197/12, 9 ff, *Wettbewerbswidrigkeit der Verlinkung auf ein Hotelbuchungsportal*.

²⁹² Urteil des Tribunal de Commerce de Paris, 15ème chambre vom 4.10.2011, *Synhorcat et autres c/ Expedia et autres* <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3242> (2.2.2015).

²⁹³ CHRISTIAN LAESSER/BARBARA RIEGLER, *Travel Market Switzerland*, Basic Report and Database Specification, Institute for Systemic Management and Public Governance, St. Gallen, 2012, 23.

²⁹⁴ Vgl. Google, *Vertical Deep Dive Travel*, Switzerland, May 2012 <https://ssl.gstatic.com/think/docs/analysis-of-travel-vertical-in-switzerland_research-studies.pdf> (3.2.2015).

²⁹⁵ Vgl. RPW 2005/2, 280 Rz 65 f., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

²⁹⁶ Vgl. Rz 240 f.

²⁹⁷ Das Bundeskartellamt führt in seinem Beschluss aus, dass solche vertragsspezifischen, einmaligen Investitionen so gering sind, dass deren Amortisierung bereits dann gewährleistet ist, wenn der jeweilige Hotelvertrag nach einem Jahr wieder beendet wird. Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, *HRS*.

397. Aufgrund der geringen spezifischen Investitionen für die Aufnahme eines Partner-Hotels in eine Online-Buchungsplattform, wie auch der insgesamt relativ geringen wirtschaftlichen Bedeutung eines einzelnen Partner-Hotels für den Geschäftsverlauf einer Online-Buchungsplattform ist daher nicht mit einem Hold-up Problem im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. c VertBek zu rechnen. Bei einem tatsächlichen Bestehen eines Hold-up Problems würde zudem für die Hotels die Möglichkeit bestehen, nach Abschluss eines Vertrags mit einer Online-Buchungsplattform die Vertragsbedingungen neu auszuhandeln. Wie bereits vorhergehend²⁹⁸ ausgeführt, führen [...].

C.4.6.3 Senkung der Suchkosten und Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs auf Stufe Hotels

398. HRS und Booking.com bringen vor, dass aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln ein Preisgefüge entstehe, welches zu einer Senkung der Suchkosten seitens der Endkunden und damit letztlich zu einer höheren Kundenzufriedenheit führe. Dies sei der Fall, weil sich die Kunden dank Kenntnis der durch weite Preisparitätsklauseln ermöglichten Bestpreisgarantien gänzlich auf weitere Elemente im Zusammenhang mit der Hotel-Suche konzentrieren und auf einen Preisvergleich verzichten können.

399. Diese Argumente sind allein schon deshalb offensichtlich verfehlt, als dass aufgrund dieser Logik wohl jede Art von Preisabrede als wohlfahrtssteigernd zu betrachten wäre: So könnte diese Argumentation beispielsweise auch als Rechtfertigung für eine (unbestrittenermassen schädliche) horizontale Preisabrede vorgebracht werden, da eine solche ja aufgrund der überall gleichen Preise die Suchkosten der Endkunden senkt.

400. Expedia und HRS bringen diesbezüglich auch vor, dass die Preisparitätsklauseln auf der Stufe der Hotels den Interbrandwettbewerb verstärken würden, indem die dadurch geschaffene Preistransparenz den Preisdruck erhöhen und damit zu einem Absinken der Endkundenpreise führen würde.

401. Nun werden im Allgemeinen dem Medium Internet tatsächlich prokompetitive Wirkungen zugesprochen, insbesondere aufgrund der dadurch bewirkten Vereinfachung der Suche nach verschiedenen Produkten sowie Preisen.²⁹⁹ Auch vorliegend ermöglicht das Internet eine einfache Suche nach Informationen über verschiedene Hotels sowie deren Eigenschaften, wie Preisen und Verfügbarkeiten. Insbesondere Meta-Suchmaschinen tragen dazu bei, dass Preisunterschiede zwischen verschiedenen Vertriebskanälen auf einfache Weise erfasst werden können.

402. Um die vorliegend festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe der Online-Buchungsplattformen rechtfertigen zu können, müsste nun die von den Parteien behauptete effizienzsteigernde Wirkung weit über jene des blossen Vorhandenseins der Vergleichsmöglichkeiten im Internet hinaus gehen. Hinweise darauf konnten jedoch keine festgestellt werden. Vielmehr ist eine allfällige durch Preisparitätsklauseln herbeigeführte weitere Senkung des Suchaufwands der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Ho-

tels nur von geringer Bedeutung. Was aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln nämlich letztlich geschieht, ist vielmehr, dass die Endkunden von der durch das Internet erhöhten Preistransparenz gar nicht erst profitieren können, indem der Preis ohnehin überall derselbe ist und sich ein Preisvergleich erübrigt.

403. Es ist somit offensichtlich, dass eine allenfalls derartig bewirkte Senkung der Suchkosten der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Hotels nicht als Begründung für einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geltend gemacht werden kann.

C.4.6.4 Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung

404. Das Vorhandensein der weiteren in der Vertikalbekanntmachung genannten Rechtfertigungsgründe, namentlich bezüglich der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte³⁰⁰, der Übertragung von wesentlichem Know-how³⁰¹ sowie der Sicherung von finanziellen Arrangements³⁰² ist vorliegend weder in Hinsicht auf Preisparitätsklauseln noch im Zusammenhang mit Verfügbarkeitsparitätsklauseln ersichtlich. Diese Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.4.6.5 Fazit

405. Gestützt auf die obigen Ausführungen erübrigen sich weitere Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen einer möglichen Rechtfertigung aus Effizienzgründen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln nicht durch einen der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden können.

C.4.7. Strukturerhaltung und Notwendigkeit von Paritätsklauseln

406. Schliesslich bringt HRS vor, dass ein Wegfall der Preisparitätsklauseln dazu führen würde, dass sich HRS zu einer reinen „Hotel-Suchmaschine“ entwickeln würde, welche mangels tatsächlicher Buchungen keine Provisionen mehr generieren kann. Einerseits ist diese Behauptung rein spekulativ, andererseits konnte in Deutschland nach Aussetzung der Preisparitätsklauseln keine entsprechend dramatische Entwicklung beobachtet werden. Auch Booking.com bringt vor, dass wenn eine Preisvergleichs-Webseite aufzeige, dass auf anderen Vertriebskanälen tiefere Preise erhältlich sind, der Kunde seine Reservation nicht über Booking.com tätigen würde. Dies könne die Reputation von Booking.com schädigen und gegebenenfalls deren Existenz unter den Online-Buchungsplattformen gefährden.

²⁹⁸ Vgl. Rz 345 ff.

²⁹⁹ Vgl. hierzu RPW 2011/3, 374 Rz 16 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰⁰ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek.

³⁰¹ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek.

³⁰² Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g VertBek.

407. Hierzu ist festzuhalten, dass das Kartellgesetz dem Schutz des Wettbewerbs dient und nicht dem Schutz einzelner Wettbewerber. Wenn strukturpolitische Gründe bestehen, welche über rein wettbewerbliche Überlegungen hinaus gehen und die ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer ausnahmsweisen Zulassung einer für unzulässig erklärten Wettbewerbsabrede begründen, kann gemäss Art. 8 KG ein entsprechender Antrag an den Bundesrat gerichtet werden.

408. Auch ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen sollten – wovon vorliegend nicht auszugehen ist – es ohnehin fraglich ist, ob Paritätsklauseln für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen tatsächlich notwendig sind. So ist HRS, trotz des Verbots von Paritätsklauseln in Deutschland, nach wie vor dort tätig.

C.4.8 Ergebnis

409. Die vorliegend untersuchten, von den Parteien gegenüber ihren Partner-Hotels verlangten weiten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparitätsklauseln stellen damit unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Ihre Verwendung durch die Parteien ist daher zu untersagen.

410. Die Einhaltung der Paritäten kann dabei nicht nur durch eine vertragliche Vereinbarung, sondern auch mit anderen Mitteln durchgesetzt werden. Solche Massnahmen, wie beispielsweise der direkte Einfluss der Einhaltung der Klauseln auf das Ranking³⁰³, die drohende Vertragsauflösung bei Nichteinhaltung oder Ähnliches, wären hinsichtlich ihrer Wirkung mit den heute vertraglich vereinbarten Paritätsklauseln gleichzusetzen, da sie im Ergebnis den Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen ebenso wie eine explizite vertragliche Vereinbarung beschränken würden. Den Parteien ist daher zusätzlich zu untersagen, künftig Massnahmen zu ergreifen, mit Hilfe welcher bei den Hotels die Einhaltung der weiten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durchgesetzt werden soll.

411. Wie bereits zuvor ausgeführt, schliesst die vorliegende Einschätzung nicht die von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführten engen angepassten Paritätsklauseln ein. Die Verwendung enger Paritätsklauseln wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist.³⁰⁴

C.5 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

412. Die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln sind, wie vorstehend dargelegt, als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die Untersuchung wurde jedoch auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 KG eröffnet, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob die Verwendung dieser Vertragsklauseln auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu qualifizieren ist. Art. 5 und 7 KG können parallel auf ein und dasselbe Verhalten angewendet werden, die Analyse hat jedoch separat zu erfolgen.³⁰⁵

413. Untersucht wird diesbezüglich zunächst, ob eine klassische marktbeherrschende Stellung von Booking.com oder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung aller drei Parteien gemeinsam vorliegt. Weiter ist zu prüfen, ob die Verwendung der Klauseln in den Anschlussverträgen mit den Partner-Hotels oder die Durchsetzung der Klauseln gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Und abschliessend stellt sich die Frage, ob die Verwendung der Klauseln als Behinderungsmisbrauch gegenüber aktuellen und potenziellen Konkurrenten zu qualifizieren ist.

C.5.1 Marktbeherrschende Stellung

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

415. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.³⁰⁶ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern.³⁰⁷ Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits eine „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt.

416. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. An dieser Stelle kann auf die vorhergehende Abgrenzung des relevanten Marktes im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG verwiesen werden.³⁰⁸ Damit wird auch vorliegend ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen betrachtet.³⁰⁹

C.5.1.1 Einzelmarktbeherrschung durch Booking.com

417. Ob sich Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Booking.com kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

²⁹⁸ Vgl. Rz 345 ff.

²⁹⁹ Vgl. hierzu RPW 2011/3, 374 Rz 16 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰⁰ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek.

³⁰¹ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek.

³⁰² Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g VertBek.

³⁰³ [...]

³⁰⁴ Vgl. Rz 31 ff.

³⁰⁵ Vgl. EVELYNE CLERC, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet* (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 1 KG N 6.

³⁰⁶ BBI 2002 2045, 2.2.5.

³⁰⁷ Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 95 ff., *CoopForte*.

³⁰⁸ Vgl. oben, Rz 176 ff.

³⁰⁹ Vgl. Rz 264.

C.5.1.1.1 Aktueller Wettbewerb

418. Für die eingehende Beschreibung des aktuellen Wettbewerbs kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁰ Daraus geht insbesondere hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Ebenfalls ist die Anzahl Wettbewerber äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) über einen Marktanteil von mehr als [0-5 %] verfügten.³¹¹

419. Die schweizerische Praxis und Lehre schliesst aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.³¹² Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung („kritische Schwelle“).³¹³ Booking.com hat spätestens im Jahr 2008 einen Marktanteil von 50 % erreicht und damit diese kritische Schwelle überschritten. Der in der Zwischenzeit stetig weiter angestiegene Marktanteil von Booking.com spricht für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com in den darauf folgenden Jahren. Insbesondere der Marktanteil von [70-80 %] im Jahr 2013 spricht für eine gegenwärtig marktbeherrschende Stellung von Booking.com.

420. Hingegen ist es fraglich, ob bereits vor dem Jahr 2008 eine marktbeherrschende Stellung von Booking.com vorlag, da im Jahr 2007 der Marktanteil von Booking.com noch unter 50 % lag. Auch waren die damaligen Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten (Expedia mit [20-30 %] und HRS mit [20-30 %] im Vergleich zu heute deutlich höher. Zu diesem Zeitpunkt waren zudem mehr Konkurrenten aktiv als heute, zumal die Übernahmen von Tiscover und hotel.de durch HRS sowie von Venere durch Expedia erst nach 2008 erfolgten.³¹⁴ Schliesslich war auch die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen als Vertriebskanal für Hotels in der Schweiz im Jahr 2007 deutlich geringer als im Jahr 2013. So war beispielsweise der durch Booking.com generierte Buchungsumsatz im Jahr 2007 ungefähr [...] kleiner als im Jahr 2013.³¹⁵

C.5.1.1.2 Potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite

421. Auch bezüglich des potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite kann auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁶ So ist derzeit mit keiner nennenswerten disziplinierenden Wirkung aufgrund von potenziellen Markteintritten oder Nachfragemacht zu rechnen.

422. Insbesondere der SHV, wie auch einzelne Hotels haben wiederholt auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit insbesondere von Booking.com hingewiesen. Zumal allerdings vorliegend eine „klassische“ Marktbeherrschung von Booking.com im Vordergrund steht, erübrigt sich die Frage allfälliger individueller Abhängigkeiten der Partner-Hotels von Booking.com.³¹⁷

C.5.1.1.3 Zusammenfassung

423. Es bestehen starke Indizien, dass sich Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung

von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. So erscheint es unwahrscheinlich, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb ausreicht, um Booking.com zu disziplinieren.

C.5.1.2 Kollektive Marktbeherrschung

424. In der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) wird unter anderem die Möglichkeit einer kollusionsfördernden Wirkung derartiger Klauseln genannt.³¹⁸ Damit stellt sich die Frage, ob Booking.com, HRS und Expedia gemeinsam über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt verfügen. Um dies zu prüfen, wird auf folgende Beurteilungskriterien³¹⁹ abgestellt: Die Anzahl beteiligter Unternehmen, deren Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Markttransparenz, die Homogenität der Produkte, die Stellung der Marktgegenseite, die Stabilität der Marktverhältnisse sowie vorhandene Multi-Marktbeziehungen.

C.5.1.2.1 Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

425. Aus den Erläuterungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG bezüglich des aktuellen Wettbewerbs³²⁰ geht hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Die Anzahl Wettbewerber ist ebenfalls äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) einen Marktanteil von über mehr als [0-5 %] verfügten.³²¹ Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile sowie die Marktkonzentration würden die Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Parteien stark begünstigen.

C.5.1.2.2 Symmetrien

426. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.³²² Bezüglich der angebotenen Dienstleistung sowie deren Vermarktung ist zwischen Booking.com, Expedia und HRS von einer weitreichenden Homogenität auszugehen. Hingegen bestehen zwischen Booking.com, Expedia sowie HRS sehr starke Asymmetrien bezüglich der Marktanteile, was als deutliches Indiz gegen eine kollektive Marktbeherrschung zu werten ist.

³¹⁰ Vgl. Rz 316 ff.

³¹¹ Vgl. Tabelle 2.

³¹² BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³¹³ BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³¹⁴ Vgl. oben, Rz 2 f.

³¹⁵ Vgl. Tabelle 6.

³¹⁶ Vgl. Rz 333 ff. und Rz 345 ff.

³¹⁷ Ein entsprechendes Prüfungsschema zur Frage von individuellen Abhängigkeiten findet sich in RPW 2005/1, 160 ff. Rz 92 ff., *Coop/Forfe*.

³¹⁸ Vgl. Rz 135.

³¹⁹ Vgl. beispielsweise RPW 2008/4, 631 ff. Rz 258 ff., *Coop/Carrefour*, m.w.H.

³²⁰ Vgl. Rz 316 ff.

³²¹ Vgl. Tabelle 2.

³²² Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*, m.w.H.

C.5.1.2.3 Markttransparenz

427. Der vorliegend betrachtete Markt zeichnet sich durch eine sehr hohe Transparenz aus: So ist es für Booking.com, Expedia und HRS ein Leichtes, sich ein Bild über die Angebote der jeweiligen Partner-Hotels sowie die Preise auf den Konkurrenzplattformen zu machen. Gerade im Rahmen der Überwachung der Paritätsklauseln geschieht dies auch tatsächlich. Hinzu kommt, dass auch Dritte, wie Metasuchmaschinen sowie Endkunden (bei Meldungen im Zusammenhang mit Bestpreisgarantien), zur Markttransparenz beitragen. Auch sind aufgrund des medialen Interesses am Verhalten der Online-Buchungsplattformen allgemeine Angaben bezüglich der Höhe der Kommissionen und der Geschäftsbedingungen der jeweiligen Plattformen vielfach öffentlich zugänglich. Eine hohe Markttransparenz wird im Allgemeinen als förderlich für eine kollektive Marktbeherrschung betrachtet.

C.5.1.2.4 Stellung der Marktgegenseite

428. Diesbezüglich kann ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³²³ So ist nicht davon auszugehen, dass Partner-Hotels von Booking.com, Expedia sowie HRS, wie auch deren Endkunden, in der Lage wären, eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der Parteien zu destabilisieren.

C.5.1.2.5 Stabile Marktverhältnisse

429. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.³²⁴

430. Aufgrund der bestehenden hohen Markteintrittsschranken und des dadurch nicht vorhandenen potenziellen Wettbewerbs ist nicht davon auszugehen, dass die Marktposition von Booking.com, Expedia und HRS durch neu in den Markt eintretende Unternehmen unmittelbar gefährdet ist.

431. Hingegen unterliegt der relevante Markt nach wie vor einer starken Dynamik: So konnte Booking.com seine Marktanteile in den letzten Jahren gegenüber Expedia sowie HRS stark ausbauen. Gerade im Falle von HRS konnten, [...] beobachtet werden. Gegen stabile Marktverhältnisse spricht auch, dass es wahrscheinlich erscheint, dass der Markt für die Vermittlung von Hotelbuchungen über Online-Buchungsplattformen noch nicht gesättigt ist, d.h. es scheint noch ein gewisses nicht ausgeschöpftes Marktpotenzial zu geben. Hierfür spricht insbesondere, dass der Anteil an Buchungen über Online-Buchungsplattformen gemessen an allen Hotelbuchungen in der Schweiz derzeit noch unter dem europäischen Durchschnitt liegt, so insbesondere unter demjenigen in Deutschland, Frankreich und Italien.³²⁵ Auch ist die Anzahl an Partnerhotels der Parteien nach wie vor steigend. Insgesamt ist daher von instabilen Marktverhältnissen auszugehen, womit ein starkes Indiz gegen eine gegenwärtig kollektiv marktbeherrschende Stellung von Expedia und HRS mit Booking.com gemeinsam vorliegt. Bezüglich einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung in der Zeit bevor Booking.com im Jahr 2008 erstmals einen Marktanteil von über 50 % erlangt hat, ist darauf hinzuweisen, dass sich der betrachtete Markt

damals in einer sehr frühen Marktphase befand, neben den Parteien noch etliche andere Akteure im Markt tätig waren und die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen im Vergleich zu den anderen Vertriebskanälen deutlich geringer war.³²⁶

C.5.1.2.6 Multimarktbeziehungen

432. Multimarktbeziehungen zwischen Booking.com, Expedia und HRS bestehen auf der Produktebene nur in geringem Umfang. So ist HRS praktisch ausschliesslich in der Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden tätig, während Booking.com auch in grösserem Umfang weitere Unterkunftsarten im Bereich der Parahotellerie (wie Ferienwohnungen) vermittelt. Expedia (zumindest unter dem Brand Expedia) verfügt schliesslich über das umfassendste Sortiment, welches eine Vielzahl von Reisedienstleistungen (bis hin zu Kreuzfahrten und Autovermietungen) umfasst, die weder von Booking.com noch von HRS angeboten werden. Bezüglich geographischer Märkte bestehen hingegen durchaus Überschneidungen insofern, dass alle drei Unternehmen grundsätzlich weltweit tätig sind. Allerdings ist HRS schwerpunktmässig auf Deutschland ausgerichtet, während Expedia in Europa insbesondere in Italien (nicht zuletzt aufgrund der Übernahme von Venere) über eine starke Stellung verfügt. Gesamthaft gesehen könnte zumindest die Tatsache, dass die Parteien (neben ihrer Tätigkeit in der Schweiz) in verschiedensten geographischen Märkten als Konkurrentinnen auftreten, tendenziell zu einer Stärkung einer allfällig vorhandenen kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Booking.com, Expedia und HRS beitragen.

C.5.1.2.7 Zusammenfassung

433. Es existieren durchaus Faktoren im vorliegend betrachteten relevanten Markt, die für eine kollektive Marktbeherrschung durch Booking.com, Expedia und HRS sprechen: So herrscht eine sehr hohe Marktkonzentration, eine sehr hohe Markttransparenz und eine weitgehende Homogenität auf der Produkte-Ebene. Allerdings gibt es starke Hinweise darauf, dass diese grundsätzlich kollusionsfördernden Voraussetzungen vorliegend nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Dies zeigt sich insbesondere aufgrund der Tatsache, dass Booking.com seine Marktanteile gegenüber Expedia sowie HRS massiv ausgebaut hat. Neben dieser mangelnden Stabilität der Marktverhältnisse ist auch festzuhalten, dass die gegenwärtige Marktphase, in welcher der Gesamtmarkt nach wie vor im Wachstum begriffen ist, einer kollektiven Marktbeherrschung ebenfalls entgegensteht. Schliesslich ist auch auf die starke Asymmetrie der Marktanteile zwischen Booking.com und Expedia sowie HRS hinzuweisen. Insgesamt ist somit derzeit nicht von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG von Booking.com, HRS und Expedia auszugehen.

³²³ Vgl. Rz 345 ff.

³²⁴ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*, m.w.H.

³²⁵ Vgl. SCHEGG (Fn 180).

³²⁶ Vgl. Rz 420.

C.5.1.3 Wirtschaftliche Abhängigkeiten

434. HRS und Expedia verfügen weder je einzeln über eine klassische, noch mit Booking.com zusammen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. Daneben kann auch das Vorliegen von wirtschaftlichen Abhängigkeiten einzelner Hotels gegenüber HRS oder Expedia verneint werden. Um solche Abhängigkeitsverhältnisse bejahen zu können, müssten unter anderem für die Hotels zur Verwendung der Online-Buchungsplattformen spezifische Aktiva³²⁷ notwendig sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern diese Voraussetzung vorliegend erfüllt sein sollte.

C.5.1.4 Fazit

435. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, während eine kollektive Marktbeherrschung gemeinsam mit Expedia und HRS als eher unwahrscheinlich zu betrachten ist. So ist im Folgenden zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com gegenüber deren Partner-Hotels möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG darstellt.

C.5.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

436. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG kann ausschliesslich von einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ausgehen. Deshalb wird nachfolgend ausschliesslich auf die Frage eingegangen, ob die Verwendung der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln durch Booking.com eine solche Verhaltensweise darstellt.

C.5.2.1 Einleitung

437. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³²⁸

438. Bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* wird die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem ihr ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbraucher unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.³²⁹

439. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt demgegenüber vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.³³⁰

440. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht³³¹, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³³²

441. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.³³³ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.³³⁴

442. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“³³⁵ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen.

³²⁷ Gemäss RPW 2005/1, 161 f., Rz 98 ff., *CoopForte*, wären dies „Gebäude und Einrichtungen, gegebenenfalls Beschäftigte sowie die Forschung und Entwicklung des Lieferanten sind (teilweise) spezialisiert auf die Fabrikation der Güter oder Dienstleistungen des Händlers und können mit einem ökonomisch vertretbaren Kostenaufwand für die Produktion anderer Güter oder Dienstleistungen weder verwendet noch angepasst werden“.

³²⁸ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³²⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³³⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H; vgl. auch BBI 1995 468, 569.

³³¹ Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprengrer Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*.

³³² BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³³³ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; BBI 1995 468, 570.

³³⁴ Vgl. BBI 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktbündel „Talk & Surf“*.

³³⁵ BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

C.5.2.2 Benachteiligungstatbestand

443. Denkbar ist nun zunächst, dass die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Eine solche liegt vor, wenn folgende Elemente vorliegen: Das in Frage stehende Verhalten zielt erstens auf Geschäftsbedingungen (oder den Preis) ab, die zweitens erzwungen werden und sich drittens als unangemessen erweisen.³³⁶

444. Dass es sich bei den untersuchten Paritätsklauseln um Geschäftsbedingungen handelt, ist zweifelsohne gegeben. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Element der „Erzwingung“ vorliegt.

445. Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid zur Terminierungsgebühr von Swisscom³³⁷ eingehend mit dem Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auseinandergesetzt und dabei dem Element der „Erzwingung“ eine eigenständige Bedeutung zugesprochen. Das Bundesgericht verlangt dabei für einen Missbrauch, „dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.“³³⁸

446. Dieser Entscheid des Bundesgerichts wurde in der Lehre überwiegend kritisch aufgenommen. So wurde beanstandet, dem Erzwingungselement werde damit eine andere Bedeutung als im EU-Kartellrecht zugemessen. Dort werde, trotz weitgehender sprachlicher Übereinstimmung, der Missbrauch in der Durchsetzung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen auf der Grundlage der wirtschaftlichen Macht gesehen.³³⁹

447. Bei einer näheren Betrachtung ergibt sich allerdings, dass vorliegend bereits die Mindestanforderungen an dieses Tatbestandselement nicht erfüllt sind, so dass die Frage der Anforderungen bezüglich des Elements der Erzwingung offen gelassen werden kann.

448. So geht die Lehre im Zusammenhang mit Art. 7 KG im Allgemeinen davon aus, dass zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und dem in Frage stehenden missbräuchlichen Verhalten grundsätzlich kein kausaler Zusammenhang vorliegen muss. Die Kausalität wird zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen gefordert.³⁴⁰ Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG wird (und wurde bereits vor dem Bundesgerichtsentscheid in Sachen Terminierungsgebühr Swisscom) nun aber von diesem Grundsatz abgewichen. Das Element der „Erzwingung“ statuiere die Erforderlichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten, denn es sei gerade diese Position, die es dem Marktbeherrscher erlaube, Preise oder Geschäftsbedingungen durchzusetzen, die im freien Spiel des Wettbewerbs nicht zustande kommen würden. „Die Erzwingung, von welcher das Gesetz in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG spricht, ist die kausale Verknüpfung und die kausale Verknüpfung ist die Erzwingung.“³⁴¹ Damit tritt im Fall von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG neben dem allgemeinen Erfordernis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen

Wirkungen ein zusätzliches Element hinzu, jenes der Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch.³⁴²

449. Dass auch die WEKO dieses zusätzliche Kausalitätselement im Falle des Ausbeutungstatbestandes von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fordert, ergibt sich beispielsweise aus ihrer Stellungnahme im Zusammenhang mit der Terminierungsgebühr von Swisscom, welche das Bundesgericht wie folgt zitiert: „[Die WEKO] wendet dagegen ein, die Erzwingung der eigenen Bedingungen sei nicht erforderlich. Dieses Merkmal stelle kein eigenes Tatbestandselement dar, sondern verlangt einzig, dass zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Unangemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen ein Kausalzusammenhang bestehe. Die Swisscom habe denn auch die Höhe der Terminierungspreise nur schon deshalb bestimmen können, weil sie marktbeherrschend gewesen sei.“³⁴³ Dem stimmt das Bundesgericht zu indem es festhält, dass „immerhin“ zutrefte, „dass zwischen der Marktbeherrschung und der Unangemessenheit überhaupt eine Kausalität vorliegen müsse.“³⁴⁴

450. Booking.com verwendete die untersuchten Paritätsklauseln in den Anschlussverträgen bereits [...]. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung seitens Booking.com vor dem Jahr 2008 ist allerdings unwahrscheinlich:³⁴⁵ Im Zeitpunkt der Einführung der Klauseln war neben den drei Parteien noch eine Vielzahl anderer Unternehmen auf dem Markt tätig. Zudem handelte es sich bei den Online-Buchungsplattformen zu diesem Zeitpunkt eher um Nischenanbieter im Vergleich zu anderen Vertriebskanälen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass beispielsweise mit Expedia auch ein Unternehmen, welches zu keinem Zeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, gar noch weiterreichende Paritätsklauseln als Booking.com verlangen konnte. Insgesamt kann daher nicht angenommen werden, dass die Verwendung der Paritätsklauseln durch Booking.com kausal auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist.

451. Würde nun die aktuelle Durchsetzung der Klauseln durch Booking.com als möglicher Missbrauch betrachtet werden, d.h. die Überprüfung und Einforderung der Einhaltung sowie mögliche Sanktionen gegenüber Hotels

³³⁶ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 292.

³³⁷ Vgl. BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*.

³³⁸ BGE 137 II 199, E. 4.3.5., *Terminierungsgebühr Swisscom*; Vgl. auch die seither im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ergangenen Verfügungen der WEKO: RPW 2011/4, 525 f. Rz 30 ff., *Terminierung Mobilfunk* und RPW 2014/2, 403 Rz 81, *ETA Preiserhöhungen* sowie den Schlussbericht des Sekretariats: RPW 2012/4, 760 Rz 94, *Maestro Fallback Interchange-Fee und Master Card Interchange-Fee*.

³³⁹ Vgl. nur ANDREAS HEINEMANN, *Kartellrechtspraxis* 2013, 50 ff.

³⁴⁰ Eingehend zu dieser Thematik: BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 19 ff. m.w.H.

³⁴¹ OLIVER VAHRENHOLT, in: SZW 2011, *Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ in EDV/Swisscom* (Schweiz) AG, 497.

³⁴² Vgl. auch MARC AMSTUTZ, in: sic! 2011, 520, „Terminierungspreise im Mobilfunk“ Bundesgericht vom 11. April 2011 sowie BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 297 mit Hinweisen auf die europäische Lehre und Rechtsprechung.

³⁴³ BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*, E. 4.2.

³⁴⁴ BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*, E. 4.3.4.

³⁴⁵ Vgl. oben, Rz 423.

bei Verstössen, so müssten die Hintergründe für die Einhaltung der Paritätsklauseln durch die Partner-Hotels von Booking.com konkret, gegebenenfalls sogar im Einzelfall, überprüft werden. So geht beispielsweise aus der Hotelumfrage hervor, dass ein gewisser Anteil der Partner-Hotels von Booking.com auch in Abwesenheit der Paritätsklauseln keine kanalspezifische Unterscheidung beispielsweise bezüglich der Preissetzung vornehmen würde. Bei diesen Hotels erscheint eine Erzwingung der Paritätsklauseln durch Booking.com auch kaum plausibel zu sein, so dass deren Anteil konkret ermittelt werden müsste.

452. Eine solch gesonderte Prüfung eines möglichen Missbrauchs gegenüber den einzelnen Hotels wäre jedoch aufgrund der Anzahl der bei Booking.com angeschlossenen Hotels mit einem sehr hohen Aufwand verbunden und kann daher von vornherein nur in Betracht gezogen werden, wenn deutliche Hinweise darauf bestehen, dass mehrere Hotels von einer solchen potenziell missbräuchlichen Durchsetzung betroffen wären. [...]. Schliesslich ist festzuhalten, dass bisher keine Vertragskündigung seitens Booking.com gegenüber Partner-Hotels wegen einer Missachtung der Paritätsklauseln vorgenommen wurde.

C.5.2.3 Zwischenergebnis

453. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass kein kausaler Zusammenhang zwischen einer möglichen Marktbeherrschung von Booking.com und den gegenüber den Partner-Hotels verlangten Paritätsklauseln bewiesen werden kann. So wurden die entsprechenden Vertragsklauseln in einer Situation eingeführt, wo eine Marktbeherrschung durch Booking.com unwahrscheinlich war. Ebenso wurde aufgezeigt, dass gerade auch Unternehmen mit einer deutlich schwächeren Marktstellung ebenfalls solche (und teilweise sogar weiterreichende) Vertragsklauseln verlangt haben. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels stellt somit keine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar.

C.5.2.4 Behinderungstatbestand

454. Zu prüfen bleibt, ob Booking.com eine mögliche marktbeherrschende Stellung missbrauchte, um andere Marktteilnehmer in ihrer Tätigkeit zu behindern und vom Markt zu verdrängen. Diesbezüglich ist auch zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com zu Markteintrittsschranken führt, die potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abhalten. Dies, weil marktverschliessenden Wirkungen in der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) im Allgemeinen vermutet werden.³⁴⁶ Zur Diskussion steht dabei insbesondere Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, wonach als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung in Betracht fällt. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle möglichen Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und stellt damit insofern gegenüber den ande-

ren in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen einen Auffangtatbestand dar.³⁴⁷

455. Unter „Einschränkung des Absatzes“ im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzu- gang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre.³⁴⁸ Der Begriff der Einschränkung erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt.³⁴⁹

456. Die von Booking.com vorgesehenen Paritätsklauseln verlangen von den Hotels nicht, auf Booking.com günstigere Preise, bessere Verfügbarkeiten oder bessere Konditionen anzubieten als über andere Vertriebskanäle. Verlangt wird lediglich, dass die Preise, Verfügbarkeiten und Konditionen mindestens gleich vorteilhaft sind wie auf den übrigen Kanälen. Es lässt sich daher nicht zweifelsfrei feststellen, dass das Verhalten von Booking.com eine Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten darstellt, mithin lässt sich keine künstliche Verknappung des Angebots feststellen, wie sie der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG verlangt. Dies gilt insbesondere auch für die Verfügbarkeitsparität, da die entsprechenden Zimmer lediglich auf nicht-exklusiver Basis auf Booking.com zur Verfügung gestellt werden müssen und somit auch durch die Konkurrenten vermittelt werden können. Vielmehr kann das Verhalten von Booking.com dahingehend verstanden werden, dass Booking.com durch die Paritätsklauseln anstrebt, seine eigenen Dienstleistungen für die Endkunden attraktiver und besser verfügbar zu machen, ohne dass dies alleine zu einer Behinderung von (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten führt oder führen soll.

457. Darüber hinaus liegt beim vorliegend untersuchten Sachverhalt die besondere Situation vor, dass alle³⁵⁰ auf dem relevanten Markt tätigen Konkurrenten ebenfalls

³⁴⁶ Vgl. oben, Rz 134.

³⁴⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, Rz 397 f.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 234 f.

³⁴⁸ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 418 und 441; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 347), Art. 7 Abs. 2 KG N 235; Verfügung der WEKO in Sachen Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA vom 14. Juli 2014, noch nicht in RPW publiziert, Rz 130.

³⁴⁹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 399 und 436 m.w.H.

³⁵⁰ Auch STC verlangt seit Ende 2012 von seinen Partnerhotels die Einhaltung der Preisparität. STC begründet dies damit, dass dies unerlässlich sei, solange die wichtigsten Marktteilnehmer, d.h. die Parteien des vorliegenden Verfahrens, eine Preisparität verlangen. STC wird sein Verhalten nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens umgehend der neuen Situation anpassen.

Paritätsklauseln verlangen. Die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln gehen dabei gar teilweise weniger weit als entsprechende Klauseln von Konkurrenten. So verlangt insbesondere Expedia eine Last-Room-Availability, was bei Booking.com nicht der Fall ist.³⁵¹ Die sinkenden Marktanteile von HRS und Expedia können daher nicht auf die Verwendung von Paritätsklauseln von Booking.com – und damit auf eine erfolgreiche Verdrängungsstrategie von Booking.com – zurückgeführt werden, sondern es müssen andere Faktoren, wie beispielsweise höherwertige Leistungen (bessere Hotelbetreuung oder ähnliches), ausschlaggebend sein. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich keiner der befragten Konkurrenten über eine unmittelbare Behinderung durch die Tatsache, dass Booking.com Paritätsklauseln gegenüber seinen Partner-Hotels verlangt, beklagt hat.

C.5.2.5 Zwischenergebnis

458. Zusammenfassend liegen keine hinreichenden Beweise dafür vor, dass die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln zu einer konkreten Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten führen. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com stellt somit keine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar.

C.5.3 Ergebnis

459. Selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, wofür starke Indizien bestehen, stellt die Verwendung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c und e KG dar. Offen gelassen kann dabei jedoch, ob die von den Parteien verwendeten Vertragsklauseln unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen. Insgesamt sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln daher als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

D. Kosten

460. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG³⁵² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen.³⁵³ Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

461. Vorliegend konnte Booking.com, HRS und Expedia eine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nachgewiesen werden, womit die drei Parteien alle gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens gelten. Dem entsprechend kommt die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde, vorliegend zur Anwendung. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im

Vordergrund.³⁵⁴ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Die Gebühren werden daher vorliegend den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Allg-GebV³⁵⁵).

462. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.³⁵⁶ Dies betrifft vorliegend die Untersuchungstätigkeit hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG. Eine exakte Bemessung des Aufwands hinsichtlich jener Punkte und damit des Anteils der Kosten ist jedoch in der Praxis nicht möglich. Jedoch kann angenommen werden, dass die Erhebung des Sachverhalts sowie die spezifischen Abklärungen zu Art. 5 Abs. 1 KG insgesamt zwei Drittel der gesamten Verfahrenskosten verursacht haben. Das verbleibende Drittel entfällt damit auf die spezifischen Abklärungen hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 7 KG und ist zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

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

464. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1'862.90 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 78.50 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 10'205.–
- 1'782.20 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 356'440.–
- 26.20 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 7'598.–

465. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 374'243.–. Wie vorgängig ausgeführt, ist ein Drittel davon zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

466. Die Booking.com, HRS und Expedia zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF 83'165.10.

³⁵¹ Vgl. Rz 33 ff.

³⁵² Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³⁵³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

³⁵⁴ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁵⁵ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (Allg-GebV; SR 172.041.1).

³⁵⁶ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*.

E. Ergebnis

467. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

468. Die Verwendung der untersuchten Paritätsklauseln bezüglich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen zwischen Booking.com, HRS, Expedia und den ihnen jeweils angeschlossenen Partner-Hotels stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz 147 ff.). Die gesetzlich statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs von Art. 5 Abs. 4 KG greift vorliegend nicht (vgl. Rz 162 ff.). Die vertikale Abrede über Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität *beeinträchtigt* den Wettbewerb auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen aber *erheblich* im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 175 ff.). Gründe der *wirtschaftlichen Effizienz* nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 365 ff.). Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 409).

469. Aufgrund der vorliegenden Einschätzung wird den Parteien die Verwendung von weiten Paritätsklauseln untersagt. Die Verwendung enger Paritätsklauseln, wie sie von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführt wurden, wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist.³⁵⁷

470. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt (vgl. Rz 417 ff.). Ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung kann vorliegend jedoch nicht nachgewiesen werden (vgl. Rz 436 ff.). Es liegt zudem keine kollektiv marktbeherrschende Stellung der in Rz 468 genannten Unternehmen gemeinsam vor (vgl. Rz 424 ff.). Auch wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen können vorliegend keine festgestellt werden (vgl. Rz 434). Die Untersuchung wird daher hinsichtlich des Vorwurfs des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingestellt (vgl. Rz 459).

471. Den in Rz 468 genannten Unternehmen wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten zu verpflichten (vgl. Rz 409 f.).

472. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 468 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 460 ff.).

F. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (i.S.v. Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Es wird Booking.com B.V. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zumindest am 30. Juni 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
2. Es wird Expedia, Inc. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zumindest am 31. Juli 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
3. Es wird der HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren zum heutigen Zeitpunkt noch gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
4. HRS wird verpflichtet, ihre Partner-Hotels spätestens einen Monat nach Rechtskraft dieser Verfügung schriftlich über die Änderung gemäss Ziffer 3 des Dispositivs zu informieren.
5. Im Übrigen wird das Verfahren [...] gegen Booking.com, HRS und Expedia eingestellt.
6. Zwei Drittel der Verfahrenskosten von CHF 374'243. – werden den in Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 83'165.10, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - Booking.com B.V., in Amsterdam, Niederlande vertreten durch [...]
 - HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH, in Köln, Deutschland vertreten durch [...]
 - Expedia, Inc., in Bellevue, WA 98004, USA vertreten durch [...]
8. Die Verfügung geht in Kopie an:
 - Schweizer Hotelier-Verein, in Bern vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

³⁵⁷ Vgl. Rz 57 ff.

B 2.2	2. Swisscom WAN-Anbindung
--------------	----------------------------------

Diese Verfügung ist noch nicht in Rechtskraft erwachsen, da das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig ist.

Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Swisscom WAN-Anbindung wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen 1. Swisscom (Schweiz) AG, 2. Swisscom AG

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt	130		
A.1	Gegenstand der Untersuchung	130	
A.2	Verfahren	130	
A.2.1	Marktbeobachtung	130	
A.2.2	Vorabklärung	132	
A.2.3	Untersuchung	133	
A.3	Erhebungen	135	
A.3.1	Begriffsdefinitionen	135	
A.3.2	Anforderungen der Post im Rahmen der Ausschreibung	136	
A.3.2.1	Zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten	136	
A.3.2.2	Anforderungen an die technische Lösung	136	
A.3.3	Vorleistungsprodukte von Swisscom	138	
A.3.3.1	Teilnehmeranschluss (TAL)	138	
A.3.3.2	Bitstrom Zugang (BSA)	141	
A.3.3.3	Carrier Ethernet Services (CES)	144	
A.3.3.4	Broadband Connectivity Service (BBCS)	146	
A.3.3.5	Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz	149	
A.3.3.6	Fazit aus der Analyse der Vorleistungsprodukte von Swisscom	149	
A.3.4	Möglichkeiten der Erschliessung	150	
A.3.4.1	Bandbreite und Reichweite unterschiedlicher DSL-Technologien	151	
A.3.4.2	Distanz zwischen Anschlusszentralen und Poststandorten	153	
A.3.5	Erschliessungskosten	153	
A.3.5.1	Szenario TAL bis 2 Mbit/s	153	
A.3.5.2	Szenario Swisscom	153	
A.3.5.3	Szenario Sunrise	153	
A.3.5.4	Szenario BAKOM	154	
A.3.5.5	Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen	154	
A.3.5.6	Fazit	154	
A.3.6	Weitere bei der FDA anfallende Kosten	154	
A.3.7	Preise der Vorleistungsprodukte in zeitlicher Hinsicht	156	
A.3.8	Gebote im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens	156	
A.3.8.1	Angebot von [...]	157	
A.3.8.2	Angebot von Sunrise	158	
A.3.8.3	Angebot von Swisscom	159	
A.3.9	Kostenschätzung Swisscom für das Angebot gegenüber der Post	160	
A.4	Ermittlungsergebnis	163	
A.5	Stellungnahme BAKOM zu den Kostenberechnungen und Würdigung durch die WEKO	163	
A.5.1	Zur Vorgehensweise der WEKO im Allgemeinen	163	
A.5.2	Zu den berücksichtigten Kostenkomponenten	164	
A.5.3	Zum Szenario BAKOM	164	
A.5.4	Zu den weiteren Anmerkungen des BAKOM	164	
A.6	Stellungnahmen von Swisscom betreffend die Ermittlungsergebnisse und Würdigung durch die WEKO	165	
A.6.1	Stellungnahmen von Swisscom zur Vorabklärung	165	
A.6.2	Stellungnahmen von Swisscom zum Bieterverhalten	165	
A.6.3	Stellungnahmen von Swisscom zu den Vorleistungspreisen	166	
A.6.4	Stellungnahme Swisscom zum nachgefragten Vorleistungsmix von Sunrise	166	
A.6.5	Stellungnahme Swisscom zu den Szenario-Berechnungen	167	
A.6.6	Stellungnahme Swisscom zu den weiteren Kosten	168	
A.6.7	Stellungnahme Swisscom zum Ermittlungsergebnis	169	
A.6.8	Stellungnahme Swisscom zur Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015	170	
B	Erwägungen	171	
B.1	Geltungsbereich	171	
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	171	

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich	171	B.3.2.2.1. Rechtliche Grundlagen	195
B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich	171	B.3.2.2.2. Stellungnahme Swisscom zu den rechtlichen Grundlagen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern	195
B.2 Vorbehaltene Vorschriften	171	B.3.2.2.3. Diskriminierung von Handelspartnern durch Swisscom im Rahmen der Ausschreibung	196
B.2.1 Verhältnis zwischen Kartell- und Fernmelde-recht	172	B.3.2.2.4. Stellungnahme Swisscom zur Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen der Ausschreibung	198
B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	172	B.3.2.3 Kosten-Preis-Schere	200
B.3.1 Marktbeherrschende Stellung	172	B.3.2.3.1. Grundlagen	200
B.3.1.1 Relevanter Markt	173	B.3.2.3.2. Stellungnahme von Swisscom zu den Grundlagen einer Kosten-Preis-Schere	202
B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte	173	B.3.2.3.3. Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung	202
B.3.1.1.2. Räumlich relevanter Markt	176	B.3.2.3.4. Stellungnahme Swisscom zur Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung	202
B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung	176	B.3.2.4 Fazit	205
B.3.1.2.1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten	177	B.3.3 Ergebnis	205
B.3.1.2.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich	178	B.4 Massnahmen	205
B.3.1.2.3. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich	182	B.4.1 Sanktionierung	205
B.3.1.2.4. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung	184	B.4.1.1 Unternehmen	205
B.3.1.2.5. Ergebnis der Analyse der Marktstellung	185	B.4.1.2 Unzulässige Verhaltensweise	205
B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	185	B.4.1.3 Vorwerfbarkeit	206
B.3.2.1 Erzwingung unangemessener Preise	186	B.4.1.3.1. Unangemessene Preise	207
B.3.2.1.1. Rechtliche Grundlagen	186	B.4.1.3.2. Diskriminierung von Handelspartnern	208
B.3.2.1.2. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom im Rahmen der Angebotsgestaltung	187	B.4.1.3.3. Kosten-Preis-Schere	208
B.3.2.1.3. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise im Rahmen der Angebotsgestaltung	191	B.4.1.3.4. Stellungnahme von Swisscom zur Vorwerfbarkeit	209
B.3.2.1.4. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren	191	B.4.1.4 Verjährung	209
B.3.2.1.5. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren	193	B.4.1.5 Bemessung	211
B.3.2.1.6. Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post	193	B.4.1.5.1. Maximalsanktion	211
B.3.2.1.7. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post	194	B.4.1.5.2. Konkrete Sanktionsberechnung	212
B.3.2.1.8. Mögliche sachliche Gründe	194	B.4.1.5.3. Dauer des Verstosses	214
B.3.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern	195	B.4.1.5.4. Erschwerende und mildernde Umstände	214
		<i>Mutmasslicher Gewinn</i>	214
		<i>Erschwerende Umstände</i>	214
		<i>Mildernde Umstände</i>	215
		B.4.1.6 Verhältnismässigkeitsprüfung	215
		B.4.1.7 Ergebnis	215
		C Kosten	216
		D Ergebnis	217
		E Dispositiv	217

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die schweizerische Post (nachfolgend: Post) schrieb am 21. April 2008 die Errichtung eines Wide Area Network (nachfolgend: WAN) im Bereich Anlagentechnik / Informationstechnologie / Dienstleistungen IT mit dem Vermerk „WAN-Anbindung“ aus.¹ Bei einem WAN handelt es sich um ein Rechnernetzwerk, das sich über einen grossen geographischen Bereich erstreckt.² Über das WAN sollten die einzelnen Poststandorte in der Schweiz breitbandig miteinander verbunden werden. Der anschliessende Betrieb des Netzwerkes war für vier Jahre ab dem 1. Januar 2010 vorgesehen, mit der Option seitens der Post, die Laufzeit um ein Jahr zu verlängern. Die Post teilte den gesamten Beschaffungsumfang in zwei Lose auf.³ In Los 1 wurden 305 Standorte der Post (Agglomerationsstandorte) mit den grösseren Bandbreitenanforderungen bzw. erhöhten Service-Level-Anforderungen (SLA) zusammengefasst.⁴ Los 2 beinhaltete das übrige schweizweite Filialnetz der Post mit 2'067 Poststandorten. Die Anbieter hatten die Möglichkeit, sich entweder für ein Los oder aber für beide Lose zu bewerben.⁵

2. Für diesen Auftrag kamen nach Angaben der Post die Unternehmen [...], Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), in die engere Auswahl.⁶ Da für die Erbringung der Dienstleistung gegenüber der Post nur Swisscom über eine ausreichende Netzwerkinfrastruktur verfügte, mittels welcher eine entsprechende Anbindung realisiert werden konnte, waren andere FDA auf Vorleistungsprodukte angewiesen.⁷

3. Im nachfolgenden Bieterwettstreit erhielt Swisscom am 28. November 2008 den Zuschlag für die WAN-Anbindung von Poststandorten für beide Lose ab dem 1. Oktober 2009 für vier Jahre, nach einer dreimonatigen Migrationsphase.⁸

4. Mit Anzeige vom 30. April 2009 machte Sunrise das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) auf ein möglicherweise unzulässiges Verhalten von Swisscom im Rahmen des Bieterwettbewerbs aufmerksam, da Swisscom – nach Angaben von Sunrise – zu einem um 45 % niedrigeren Preis als Sunrise anbot.⁹ Dabei habe der von Swisscom gegenüber der Post gebotene Preis sogar unter dem Vorleistungspreis, den Sunrise an Swisscom zu entrichten gehabt hätte, gelegen.¹⁰ Es bestünde daher die Möglichkeit, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ausnutze, indem sie über eine sogenannte „Kosten-Preis-Schere“ ihre Handelspartner behindere.¹¹

5. Im Rahmen der Untersuchung wurde geprüft, ob Swisscom bei der Ausschreibung für die Errichtung eines Wide Area Networks für die Post ihre marktbeherrschende Stellung ausgenutzt hat, um Wettbewerber durch eine „Kosten-Preis-Schere“ zu behindern. Aufgrund der Untersuchung kommt die WEKO wie nachfolgend dargelegt zu dem Schluss, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Breitbandan-

bindungen im Geschäftskundenbereich gegenüber der Post und auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in kartellrechtlich unzulässiger Weise missbraucht hat. Swisscom hat in der Ausschreibung der Post für die Errichtung eines Wide Area Networks eine „Kosten-Preis-Schere“ angewendet und somit andere Marktteilnehmer in der Ausübung des Wettbewerbs behindert und gleichzeitig gegenüber der Post unangemessene Preise verlangt und somit die Marktgegenseite benachteiligt.

A.2 Verfahren

6. Am 30. April 2009 reichte Sunrise eine Anzeige gegen Swisscom ein, wonach Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese missbrauche, indem sie in der Ausschreibung „WAN-Anbindung von Poststandorten“ der Post vom 21. April 2008 Fernmeldedienstleistungen (nachfolgend: FDA) mittels Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit den zum Wiederverkauf angebotenen, drahtgebundenen Breitbandzugängen für Geschäftskunden diskriminiere.¹²

7. Das Sekretariat erbat mit Schreiben vom 7. Mai 2009 um eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Anzeige mit dem Hinweis, dass diese Swisscom zur Stellungnahme zugesandt werden würde.¹³ Sunrise reichte daraufhin am 26. Mai 2009 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version ihrer Anzeige ein.¹⁴

A.2.1 Marktbeobachtung

8. Nachdem das Sekretariat eine Marktbeobachtung eingeleitet hatte, wurde Swisscom mit Schreiben vom 28. Mai 2009 aufgefordert, zur Anzeige von Sunrise Stellung zu nehmen.¹⁵

9. Mit Schreiben vom 23. Juni 2009 reichte Swisscom ein Fristerstreckungsgesuch ein.¹⁶ Das Gesuch wurde vom Sekretariat am 25. Juni 2009 gutgeheissen, und eine Fristerstreckung wurde bis zum 17. August 2009 gewährt.¹⁷ Am 5. August 2009 reichte Swisscom ein zweites Fristerstreckungsgesuch ein.¹⁸ Mit Schreiben vom 6. August 2009 wurde die Frist bis am 31. August 2009 erstreckt.¹⁹

¹ SHAB 126/76, Öffentliches Beschaffungswesen, S. 9.

² Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Wide_Area_Network> (07.10.2013).

³ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 4.

⁴ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 13.

⁵ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 14.

⁶ Antwort der Post vom 1. Dezember 2010, S.1.

⁷ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 3, sowie Antwort der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage: Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN-Anbindung von Poststandorten“, S. 10.

⁸ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 3 und Rz 22.

⁹ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 22.

¹⁰ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 5.

¹¹ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 8.

¹² Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, S. 2.

¹³ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 7. Mai 2009.

¹⁴ Eingabe Sunrise vom 26. Mai 2009.

¹⁵ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 28. Mai 2009.

¹⁶ Schreiben Swisscom vom 23. Juni 2009.

¹⁷ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 25. Juni 2009.

¹⁸ Schreiben Swisscom vom 5. August 2009.

¹⁹ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 6. August 2009.

10. Am 28. August 2009 nahm Swisscom zu den Vorwürfen Stellung²⁰ und beantragte, dass auf die Anzeige nicht einzutreten sei.²¹

11. Sunrise wurde daraufhin am 9. Oktober 2009 durch das Sekretariat aufgefordert, zu den Ausführungen von Swisscom Stellung zu nehmen, insbesondere zu den vom Sekretariat aufgelisteten Punkten.²²

12. Mit Schreiben vom 5. November 2009 reichte Sunrise ein Gesuch um Fristerstreckung ein,²³ das am 6. November 2009 durch das Sekretariat gutgeheissen wurde. Die Frist wurde bis am 9. Dezember 2009 erstreckt.²⁴

13. Mit Schreiben vom 6. November 2009 teilte Sunrise dem Sekretariat mit, dass sie für die Beantwortung der Frage 8, gemäss welcher Swisscom anhand einer Kostenrechnung aufgezeigt habe, dass Sunrise in der Lage gewesen wäre, der Post ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, Einsicht in die von Swisscom als Geschäftsgeheimnis deklarierte Kostenrechnung (Beilage 24 der Swisscom-Eingabe) benötige.²⁵

14. Am 8. Dezember 2009 reichte Sunrise aufgrund von Arbeitsauslastung ein zweites Fristerstreckungsgesuch ein,²⁶ das mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 bis zum 8. Januar 2010 erstreckt wurde.²⁷ Ausserdem teilte das Sekretariat mit, dass Sunrise über das weitere Vorgehen betreffend das Gesuch vom 6. November 2009 sobald als möglich informiert werde.

15. Sunrise reichte in der Folge am 6. Januar 2010 aufgrund der anhaltenden Arbeitsauslastung ein drittes Fristerstreckungsgesuch ein,²⁸ das mit Schreiben vom 8. Januar 2010 bis zum 8. Februar 2010 gutgeheissen wurde.²⁹

16. Am 4. Februar 2010 erfolgte ein viertes Fristerstreckungsgesuch,³⁰ das gleichentags gutgeheissen wurde. Die Frist wurde bis zum 10. März 2010 erstreckt.³¹

17. Mit Schreiben vom 9. März 2010 gelangte Sunrise mit einem fünften Gesuch um Fristerstreckung an das Sekretariat mit der Begründung der Arbeitsauslastung sowie der Unmöglichkeit der Beantwortung der erwähnten Frage 8 aufgrund der als Geschäftsgeheimnis definierten Beilage 24 der Swisscom-Eingabe.³² Am 11. März 2010 erstreckte das Sekretariat die Frist zur Eingabe bis zum 9. April 2010 mit der Mitteilung, dass Swisscom zu einer erneuten Geschäftsgeheimnisbereinigung aufgefordert werde.³³

18. Am 7. April 2010 reichte Sunrise ein sechstes Fristerstreckungsgesuch ein mit der Begründung, dass sie für die Beantwortung der Frage 8 auf die Einsicht in die Beilage 24 der Swisscom-Eingabe angewiesen sei.³⁴ Die Frist wurde am 13. April 2010 bis am 10. Mai 2010 erstreckt.³⁵

19. Mit Schreiben vom 6. Mai 2010 wurde ein siebtes Fristerstreckungsgesuch seitens Sunrise eingereicht.³⁶ Dieses wurde am 7. Mai 2010 gutgeheissen und die Frist bis am 9. Juli 2010 erstreckt mit dem Hinweis, dass Sunrise gebeten werde, bis dahin zu den Ausführungen von Swisscom Stellung zu nehmen, soweit dies ohne Einsicht in die erwähnte Beilage 24 möglich sei.³⁷

20. Am 8. Juni 2010 erreichte das Sekretariat ein achttes Fristerstreckungsgesuch von Sunrise aufgrund Ferien-

abwesenheiten des Rechtsvertreters.³⁸ Mit Schreiben vom 10. Juni 2010 wurde die Frist bis am 9. Juli 2010 erstreckt mit der Bitte, die Fragen 1 bis 7 und 9 zu beantworten, da im Rahmen der weiteren Untersuchungen vorerst nicht auf die Kostenkalkulationsrechnung von Swisscom abgestellt werde und damit die Beantwortung der Frage 8 obsolet geworden sei.³⁹ Sunrise werde zu den Kostenstrukturen und einem möglichen alternativen Mix der Vorleistungsprodukte von Swisscom zu einem späteren Zeitpunkt befragt.

21. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 beantwortete Sunrise sodann den Fragekatalog des Sekretariats.⁴⁰ Sunrise machte im Wesentlichen geltend, dass die Vorbringen von Swisscom nicht der Realität entsprächen und Sunrise in keiner Weise in der Lage gewesen sei, ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten.

22. Sunrise wurde mit Schreiben vom 28. Juli 2010 durch das Sekretariat zum Ausbaustatus befragt.⁴¹ Insbesondere wurde Sunrise aufgefordert die Standorte zu nennen, an welchen Sunrise den entbündelten Teilnehmeranschluss als Vorleistungsprodukt einsetzen könne. Ausserdem wurde Sunrise gebeten, die zu den Vorleistungskosten hinzukommenden Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistung abzuschätzen.

23. Am 29. Juli 2010 sandte das Sekretariat Swisscom einen Fragebogen betreffend die Wholesale-Produkte von Swisscom im Bereich Breitbandanbindungen, die Ausschreibung der Post sowie das Angebot von Swisscom an die Post.⁴²

24. Am 2. August 2010 wurde sowohl Swisscom⁴³ wie auch Sunrise⁴⁴ auf Anfrage der Fragebogen in elektronischer Version zugesandt.

25. Am 13. August 2010 übersandte das Sekretariat per E-Mail zwei Excel-Tabellen in elektronischer Form an Swisscom mit dem Hinweis, dass die Frage der Akteneinsicht zu den von Sunrise eingereichten Antworten in den nächsten Tagen entschieden werde.⁴⁵ Am 17. August 2010 teilte das Sekretariat Swisscom per E-Mail

²⁰ Schreiben Swisscom vom 28. August 2009.

²¹ Schreiben Swisscom vom 28. August 2009, S. 21.

²² Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. Oktober 2009.

²³ Schreiben Sunrise vom 5. November 2009.

²⁴ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. November 2009.

²⁵ Schreiben Sunrise vom 6. November 2009.

²⁶ Schreiben Sunrise vom 8. Dezember 2009.

²⁷ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. Dezember 2009.

²⁸ Schreiben Sunrise vom 6. Januar 2010.

²⁹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 8. Januar 2010.

³⁰ Schreiben Sunrise vom 4. Februar 2010.

³¹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 4. Februar 2010.

³² Schreiben Sunrise vom 9. März 2010.

³³ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 11. März 2010.

³⁴ Schreiben Sunrise vom 7. April 2010.

³⁵ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 13. April 2010.

³⁶ Schreiben Sunrise vom 6. Mai 2010.

³⁷ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 7. Mai 2010.

³⁸ Schreiben Sunrise vom 8. Juni 2010.

³⁹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 10. August 2010.

⁴⁰ Schreiben Sunrise vom 8. Juli 2010.

⁴¹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 28. Juli 2010.

⁴² Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. Juli 2010.

⁴³ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. August 2010.

⁴⁴ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 2. August 2010.

⁴⁵ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 17. August 2010.

mit, dass im Rahmen der Marktbeobachtung keine Akteneinsicht in die von Sunrise eingereichten Antworten gegeben werden könne.

26. Mit Schreiben vom 20. August 2010 beantragte Swisscom die vorab per E-Mail angekündigte Fristerstreckung,⁴⁶ welche am 23. August 2010 bis zum 22. September 2010 erstreckt wurde.⁴⁷

27. Mit Schreiben vom 25. August 2010 beantwortete Sunrise die vom Sekretariat gestellten Fragen vom 28. Juli 2010 betreffend die Standorte von Sunrise.⁴⁸

28. Swisscom beantwortete am 22. September 2010 die an sie gestellten Fragen betreffend die Wholesale-Produkte von Swisscom im Bereich Breitbandanbindungen, zur Ausschreibung der Post sowie zum Angebot von Swisscom an die Post.⁴⁹

29. Am 4. November 2010 befragte das Sekretariat die Post betreffend die vorliegende Problematik der WAN-Ausschreibung.⁵⁰ Insbesondere wurde gefragt, welche Fernmeldedienstanbieter an der Ausschreibung teilgenommen hatten. Zudem wurden die eingereichten Angebote ediert. Letztlich wurde um die Begründung ersucht, warum sich die Post für das Angebot von Swisscom entschieden hatte.

30. Die Post antwortete mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 auf die am 4. November 2010 gestellten Fragen.⁵¹ Sie übermittelte insbesondere die Offerten von Swisscom, Sunrise und [...] sowie die Evaluationsberichte.

31. Am 21. November 2011 fragte Swisscom nach dem Verfahrensstand mehrerer beim Sekretariat hängiger Verfahren, unter anderem nach dem des vorliegenden Verfahrens.⁵² Das Sekretariat teilte daraufhin am 3. Januar 2012 mit, dass sich das Verfahren zu diesem Zeitpunkt noch im Status der Marktbeobachtung befinde und Swisscom zu gegebener Zeit über das weitere Vorgehen informiert werde.⁵³

32. Mit Schreiben vom 29. November 2011 ersuchte das Sekretariat Sunrise wie auch Swisscom um weitere Auskünfte im Verfahren.⁵⁴

33. Am 22. Dezember 2011 beantragte Swisscom eine Fristerstreckung bis zum 31. Januar 2012,⁵⁵ welche am 23. Dezember 2012 gutgeheissen wurde.⁵⁶ Zudem präzisierte das Sekretariat auf Antrag von Swisscom die Frage 3 des Fragebogens vom 29. November 2011 und verzichtete vorläufig auf die Angabe der Distanzen zwischen den Poststandorten und den jeweiligen Anschlusszentralen.

34. Am 27. Dezember 2011 beantragte Sunrise eine Fristerstreckung⁵⁷ welche bis zum 15. Februar 2012 bewilligt wurde.

35. Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 nahm Sunrise zu den vom Sekretariat gestellten Fragen vom 29. November 2011 Stellung.⁵⁸ Insbesondere führte Sunrise aus, dass sie zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Anzahl zukünftig entbündelter Anschlusszentralen nur in begrenztem Ausmass hatte abschätzen können.⁵⁹

A.2.2 Vorabklärung

36. Am 3. Juli 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und teilte dies gleichentags Swisscom⁶⁰ und nachfolgend Sunrise⁶¹ schriftlich mit. Zugleich wurde Swisscom zu den Anschlusszentralen sowie zur internen Projektabrechnung WAN-Anbindung befragt.

37. Am 25. Juli 2012 ersuchte das Sekretariat das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) um Auskunft im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeiten von Kupferleitungen.

38. Am 26. Juli 2012 antwortete Swisscom auf die am 3. Juli 2012 gestellten Fragen nur teilweise. Bezüglich der Fragen zu den Anschlusszentralen brachte Swisscom vor, dass der Aufwand, um die verlangten Angaben zu liefern, unverhältnismässig sei. Im Hinblick auf die interne Projektabrechnung WAN-Anbindung brachte Swisscom vor, dass diese Fragen nicht beantwortet werden könnten, da entsprechende interne Projektabrechnungen nicht erstellt würden.

39. Mit Schreiben vom 2. August 2012 ermahnte das Sekretariat Swisscom, die Fragen bezüglich der Anschlusszentralen zu beantworten. Das Sekretariat grenzte zudem die Fragen nochmals ein.⁶²

40. Mit Schreiben vom 14. August 2012 ersuchte das BAKOM um eine Fristerstreckung,⁶³ welche mit Schreiben vom 15. August 2012 gewährt wurde.⁶⁴

41. Mit Schreiben vom 28. August 2012 ersuchte Swisscom um eine Fristerstreckung bis zum 21. September 2012,⁶⁵ welche mit Schreiben vom 29. August 2012 gewährt wurde.⁶⁶

42. Am 30. August 2012 reichte das BAKOM seine Stellungnahme ein.⁶⁷

43. Mit Schreiben vom 21. September 2012 reichte Swisscom ihre Antworten auf den Fragebogen vom 2. August 2013 ein.⁶⁸

⁴⁶ Schreiben Swisscom vom 20. August 2010.

⁴⁷ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 23. August 2010.

⁴⁸ Schreiben Sunrise vom 25. August 2010.

⁴⁹ Schreiben Swisscom vom 22. September 2010.

⁵⁰ Schreiben Sekretariat an Post vom 4. November 2010.

⁵¹ Schreiben Post vom 1. Dezember 2010.

⁵² Schreiben Swisscom vom 22. November 2011.

⁵³ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 3. Januar 2012.

⁵⁴ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 29. November 2011; Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. November 2011.

⁵⁵ Schreiben Swisscom vom 22. Dezember 2011.

⁵⁶ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 23. Dezember 2011.

⁵⁷ Schreiben Sunrise vom 27. Dezember 2011.

⁵⁸ Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2012.

⁵⁹ Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2012, S. 2 ff.

⁶⁰ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 3. Juli 2012.

⁶¹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 5. Juli 2012.

⁶² Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. August 2012.

⁶³ Schreiben BAKOM vom 14. August 2012.

⁶⁴ Schreiben Sekretariat an BAKOM vom 15. August 2012.

⁶⁵ Schreiben Swisscom vom 28. August 2012.

⁶⁶ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. August 2012.

⁶⁷ Schreiben BAKOM vom 30. August 2012.

⁶⁸ Schreiben Swisscom vom 21. September 2012, Rz 3 und 4.

44. Am 10. Juli 2013 ersuchte das Sekretariat den Präsidenten der WEKO um Zustimmung für die Eröffnung einer Untersuchung gegen Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG.⁶⁹

A.2.3 Untersuchung

45. Am 18. Juli 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gegen Swisscom.⁷⁰

46. Am 19. Juli 2013 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mittels Pressemitteilung über die Eröffnung einer Untersuchung gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG. Der Schlussbericht wurde zudem Swisscom zugesandt mit der Aufforderung, zu diesem Stellung zu nehmen.⁷¹

47. Am 30. Juli 2013 veröffentlichte die WEKO die Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt.⁷²

48. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 meldete Sunrise ihre Teilnahme als Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG am Verfahren an.⁷³

49. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Swisscom, mittels welchem Swisscom insbesondere dazu aufgefordert wurde, zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen betreffend die Poststandorte und den daraus resultierenden Kosten Stellung zu nehmen und weitere Fragen zu beantworten.⁷⁴

50. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 stellte das Sekretariat Swisscom das Passwort zur Entschlüsselung des Datenträgers, auf welchem sich die Berechnungen befinden, zu.⁷⁵

51. Mit Schreiben vom 29. Juli 2013 bestätigte das Sekretariat gegenüber Sunrise die Teilnahme am Verfahren als Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG.⁷⁶

52. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Sunrise und forderte Sunrise auf, zu den Berechnungen des Sekretariats Stellung zu nehmen.⁷⁷ Per E-Mail vom 4. September 2013 verlangte Sunrise eine elektronische Version des Fragebogens⁷⁸, welchen das Sekretariat Sunrise am 5. September 2013 zustellte.⁷⁹

53. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 stellte das Sekretariat Sunrise das Passwort zur Entschlüsselung des Datenträgers, auf welchem sich die Berechnungen befinden, zu.⁸⁰

54. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsersuchen an das BAKOM, in welchem das BAKOM dazu aufgefordert wurde, mitzuteilen, ob ein Abstellen auf die TAL als Näherungswert für die internen Kosten von Swisscom zur Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post herangezogen werden könne.⁸¹ Mit Schreiben vom 5. September 2013 antwortete das BAKOM auf das Auskunftsbegehren.⁸²

55. Vorab per E-Mail vom 30. August 2013⁸³ sowie mit Schreiben vom 30. August 2013⁸⁴ und 2. September 2013⁸⁵ gab Swisscom dem Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Vertretungswechsel bekannt und verlangte Akteneinsicht.

56. Mit Schreiben vom 5. September 2013 forderte das Sekretariat Sunrise zur Geschäftsgeheimnisbereinigung der beigefügten Dokumente auf.⁸⁶ Gleichentags gewährte das Sekretariat Swisscom Akteneinsicht in diejenigen Akten, welche keine Geschäftsgeheimnisse beinhalten.⁸⁷

57. Am 12. September 2013 stellte Sunrise ein Gesuch um Fristerstreckung⁸⁸, welches mit Schreiben vom 13. September 2013 gewährt wurde.⁸⁹

58. Am 17. September 2013 reichte Swisscom eine Zusammenfassung des am 16. September 2013 mit dem Sekretariat geführten Telefongesprächs ein.⁹⁰

59. Mit Schreiben vom 19. September 2013 verlangte Swisscom erneut Akteneinsicht und beantragte eine Fristerstreckung.⁹¹ Mit Schreiben vom 20. September 2013 gewährte das Sekretariat die Fristerstreckung.⁹²

60. Per E-Mail vom 20. September 2013 bat Swisscom um einen Gesprächstermin betreffend die Beantwortung der vom Sekretariat gestellten Fragen.⁹³

61. Per E-Mail vom 24. September 2013 präziserte das Sekretariat die von Swisscom eingereichte Zusammenfassung vom 17. September 2013 betreffend das Telefongespräch mit dem Sekretariat vom 16. September 2013.⁹⁴

62. Mit Schreiben vom 24. September 2013 gewährte das Sekretariat Swisscom Akteneinsicht und überstellte Swisscom weitere Erläuterungen zu den vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen.⁹⁵

63. Mit Schreiben vom 26. September 2013 bestätigte Sunrise, dass in den ihr zugestellten Unterlagen keine Geschäftsgeheimnisse gegenüber Swisscom beinhaltet sind.⁹⁶ Am 17. September 2013 übersandte das Sekretariat Swisscom die entsprechenden Aktenstücke.⁹⁷

⁶⁹ Schreiben vom 10. Juli 2013 an den Präsidenten der WEKO.

⁷⁰ Schreiben vom 18. Juli 2013 an Swisscom.

⁷¹ Pressemitteilung vom 19. Juli 2013.

⁷² Meldung des Schweizerischen Handelsregisteramtsblatts Nr. 7223998 vom 30. Juli 2013; Bundesblatt Nr. 29 vom 30. Juli 2013 (Meldung BBl 2013 6191).

⁷³ Schreiben Sunrise vom 24. Juli 2013.

⁷⁴ Schreiben vom 24. Juli 2013 an Swisscom.

⁷⁵ E-Mail vom 24. Juli 2013 an Swisscom.

⁷⁶ Schreiben vom 29. Juli 2013 an Sunrise.

⁷⁷ Schreiben vom 31. Juli 2013 an Sunrise.

⁷⁸ E-Mail Sunrise vom 4. September 2013.

⁷⁹ E-Mail Sekretariat an Sunrise vom 5. September 2013.

⁸⁰ E-Mail vom 31. Juli 2013 an Sunrise.

⁸¹ Schreiben vom 31. Juli 2013 an das BAKOM.

⁸² Eingabe BAKOM vom 5. September 2013.

⁸³ E-Mail Swisscom vom 30. August 2013.

⁸⁴ Eingabe Swisscom vom 30. August 2013.

⁸⁵ Eingabe Swisscom vom 2. September 2013.

⁸⁶ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 5. September 2013.

⁸⁷ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 5. September 2013.

⁸⁸ Eingabe Sunrise vom 12. September 2013.

⁸⁹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 13. September 2013.

⁹⁰ Eingabe Swisscom vom 17. September 2013.

⁹¹ Eingabe Swisscom vom 19. September 2013.

⁹² Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 20. September 2013.

⁹³ E-Mail Swisscom vom 20. September 2013.

⁹⁴ E-Mail Sekretariat an Swisscom vom 24. September 2013.

⁹⁵ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 24. September 2013.

⁹⁶ Eingabe Sunrise vom 26. September 2013.

⁹⁷ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 27. September 2013.

64. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 bat Swisscom um Erläuterung für die vom Sekretariat angestellten Berechnungen.⁹⁸ Das Sekretariat der WEKO übersandte Swisscom daraufhin weitere Erklärungen zu den Kostenberechnungen.⁹⁹

65. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2013 verlangte Sunrise eine weitere Fristerstreckung.¹⁰⁰ Diese gewährte das Sekretariat mit Schreiben vom 14. Oktober 2013.¹⁰¹

66. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2013¹⁰² und E-Mail vom 21. Oktober 2013¹⁰³ stellte Sunrise dem Sekretariat die Fragebogenantworten zu. Hierzu stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 noch Rückfragen¹⁰⁴, auf welche Sunrise mit Schreiben vom 8. November 2013 antwortete.¹⁰⁵

67. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 nahm Swisscom zum Schlussbericht und den Berechnungen des Sekretariats Stellung.¹⁰⁶

68. Mit Schreiben vom 6. Januar 2014 befragte das Sekretariat die Post betreffend die Standortlisten.¹⁰⁷ Hierauf antwortete die Post am 14. Januar 2014.¹⁰⁸

69. Mit Schreiben vom 13. Januar 2014 stellte das Sekretariat weitere Ergänzungsfragen an Swisscom¹⁰⁹, welche Swisscom mit Schreiben vom 28. Januar 2014 teilweise beantwortete.¹¹⁰ Für die nicht beantworteten Fragen beantragte Swisscom Fristerstreckung¹¹¹, welche das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2014 gewährte.¹¹² Mit Schreiben vom 14. März 2014 antwortete Swisscom auf diese Zusatzfragen.¹¹³

70. Swisscom bat am 14. Januar 2014 um Akteneinsicht.¹¹⁴ Per E-Mail übersandte das Sekretariat Swisscom die Antworten der Post inklusive eines aktualisierten Aktenverzeichnisses.¹¹⁵ Per E-Mail fragte Swisscom am 15. Januar 2014 diverse Aktenstücke an¹¹⁶, welche vom Sekretariat in elektronischer Form und per Post an Swisscom gesendet wurden.¹¹⁷

71. Am 18. Februar 2014 stellte das Sekretariat Zusatzfragen an Swisscom zum Bonding¹¹⁸, welche Swisscom nach verlangter¹¹⁹ und gewährter Fristerstreckung¹²⁰ am 28. Februar 2014 beantwortete.¹²¹

72. Mit Fragebogen vom 30. April 2014 stellte das Sekretariat ergänzende Zusatzfragen zu Umsatzzahlen an Swisscom.¹²² Diese beantwortete Swisscom mit Eingabe vom 15. Mai 2014.¹²³

73. Per Auskunftersuchen vom 17. Juni 2014 verlangte das Sekretariat Auskunft zu weiteren Projekten von Swisscom.¹²⁴ Diese Frist wurde Swisscom auf Antrag¹²⁵ zwei Mal erstreckt.¹²⁶ Mit Schreiben vom 1. September 2014 wies Swisscom das Auskunftersuchen als unverhältnismässig und ihrer Meinung nach nicht vom Untersuchungsgegenstand gedeckt zurück, ohne die Fragen vom 17. Juni 2014 zu beantworten.¹²⁷ Swisscom lieferte im Schreiben vom 1. September 2014 stattdessen eine Schätzung des Aufwands, der für die Bereitstellung der angefragten Informationen anfallen würde. Hierauf verzichtete das Sekretariat vorläufig auf weitere Auskünfte.

74. Mit Schreiben vom 4. Juli 2014 stellte Swisscom ein Gesuch um Akteneinsicht¹²⁸, welches vom Sekretariat mit Schreiben vom 8. Juli 2014 beantwortet wurde.¹²⁹

75. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 stellte das Sekretariat Swisscom seinen Antrag an die Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG zur Stellungnahme zu.¹³⁰ Die Beilagen wurden Swisscom auf telefonische Anfrage zusätzlich in elektronischer Form am 22. Dezember 2014 per E-Mail zugestellt.¹³¹

76. Mit Schreiben vom 26. Januar 2015¹³² und 2. März 2015¹³³ wurde Swisscom die Frist zur Stellungnahme antragsgemäss¹³⁴ bis zum 17. April 2015 erstreckt.

77. Am 1. Juni 2015 fand eine Anhörung von Swisscom durch die WEKO statt.¹³⁵

78. Mit Schreiben vom 4. Juni 2015 stellte das Sekretariat im Namen der WEKO ein Amtshilfegesuch an das BAKOM¹³⁶ und informierte Swisscom gleichentags hierüber.¹³⁷ Das BAKOM beantwortet das Amtshilfegesuch mit Schreiben vom 10. Juli 2015.¹³⁸

79. Mit Schreiben vom 13. Juli 2015 stellte das Sekretariat die Amtshilfe des BAKOM Swisscom zur Stellungnahme zu.¹³⁹ Swisscom nahm hierzu am 28. August 2015 Stellung.¹⁴⁰

⁹⁸ Schreiben Swisscom vom 2. Oktober 2013.

⁹⁹ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 7. Oktober 2013.

¹⁰⁰ Schreiben Sunrise vom 9. Oktober 2013.

¹⁰¹ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 14. Oktober 2013.

¹⁰² Eingabe vom 17. Oktober 2013.

¹⁰³ E-Mail vom 21. Oktober 2013.

¹⁰⁴ Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 25. Oktober 2013.

¹⁰⁵ Eingabe Sunrise vom 8. November 2013.

¹⁰⁶ Stellungnahme Swisscom vom 25. Oktober 2013.

¹⁰⁷ Schreiben Sekretariat an Post vom 6. Januar 2014.

¹⁰⁸ Eingabe Post vom 14. Januar 2014.

¹⁰⁹ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 14. Januar 2014.

¹¹⁰ Schreiben Swisscom vom 28. Januar 2014.

¹¹¹ Schreiben Swisscom vom 28. Januar 2014.

¹¹² Schreiben Sekretariat vom 29. Januar 2014.

¹¹³ Schreiben Swisscom vom 14. März 2014.

¹¹⁴ Akteneinsichtsgesuch Swisscom vom 14. Januar 2014.

¹¹⁵ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 15. Januar 2014.

¹¹⁶ E-Mail Swisscom vom 15. Januar 2014.

¹¹⁷ Gewährung Akteneinsicht vom 17. Januar 2014.

¹¹⁸ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 18. Februar 2014.

¹¹⁹ Schreiben Swisscom vom 26. Februar 2014.

¹²⁰ Schreiben Sekretariat vom 27. Februar 2014.

¹²¹ Schreiben Swisscom vom 28. Februar 2014.

¹²² Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 30. April 2014.

¹²³ Eingabe Swisscom vom 15. Mai 2014.

¹²⁴ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 17. Juni 2014.

¹²⁵ Fristerstreckungsgesuche von Swisscom vom 17. Juli 2014 und vom 29. Juli 2014.

¹²⁶ Gewährung Fristerstreckung an Swisscom vom 18. Juli 2014 und vom 30. Juli 2014.

¹²⁷ Schreiben Swisscom vom 1. September 2014.

¹²⁸ Schreiben Swisscom vom 4. Juli 2014.

¹²⁹ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 8. Juli 2014.

¹³⁰ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 19. Dezember 2014.

¹³¹ E-Mail des Sekretariats vom 22. Dezember 2014.

¹³² Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 26. Januar 2015.

¹³³ Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. März 2015.

¹³⁴ Schreiben Swisscom vom 23. Januar 2015 und vom 27. Februar 2015.

¹³⁵ Protokoll der Anhörung vom 1. Juni 2015.

¹³⁶ Schreiben an BAKOM vom 4. Juni 2015.

¹³⁷ Schreiben an Swisscom vom 4. Juni 2015.

¹³⁸ Schreiben BAKOM vom 10. Juli 2015.

¹³⁹ Schreiben an Swisscom vom 13. Juli 2015.

¹⁴⁰ Schreiben Swisscom vom 28. August 2015.

A.3 Erhebungen

80. Für den relevanten Sachverhalt ist es im vorliegenden Verfahren von zentraler Bedeutung zu ermitteln, welche Vorleistungsprodukte von Swisscom für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post von FDA eingesetzt werden konnten. Aufgrund der mitunter recht grossen Preisunterschiede der einzelnen Vorleistungsprodukte von Swisscom kann daher eine unterschiedliche Zusammenstellung der Vorleistungsprodukte zu unterschiedlichen Vorleistungskosten führen.

81. Die Ausschreibung der Post ist ein typischer Geschäftsfall auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich und ist daher exemplarisch für verschiedene Ausschreibungen von unterschiedlicher Grösse.¹⁴¹ Daher stellen sich für sämtliche Ausschreibungen im Markt für FDA, welche auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind, dieselben Anforderungen an einen optimalen Mix an Vorleistungsprodukten, wie dies bei der Ausschreibung der Post der Fall war.

A.3.1 Begriffsdefinitionen

82. Nachfolgend werden die wichtigen Begriffsdefinitionen aufgeführt. Auf eine vollständige Liste an Begriffsdefinitionen wurde verzichtet, da einige der in diesem Dokument verwendeten Begriffe für die Beurteilung des relevanten Sachverhalts nur von untergeordneter Bedeutung sind.

83. **Anschlussnetz:** Das Anschlussnetz umfasst den Netzabschnitt zwischen Hauptverteiler und den Teilnehmeranschlüssen.

84. **Backbone-Netz:** Das Backbone-Netz umfasst den Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes, der sehr hohe Bandbreiten für die Datenübertragung zulässt und mit welchem die Hauptstandorte, über welche beispielsweise Internetdienste einer FDA bereitgestellt werden, miteinander verbinden werden.

85. **Bitstream Access (BSA):** Gemäss Art. 3 Bst. d^{ter} FMG wird unter dem schnellen Bitstrom-Zugang die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten verstanden.

86. **Broadband Connectivity Service (BBCS):** Als Broadband Connectivity Service (BBCS) bezeichnet Swisscom ihre Layer-3 Dienstleistung zur Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer.

87. **Carrier Ethernet Service (CES):** Als Carrier Ethernet Service (CES) bezeichnet Swisscom ihre Layer-2 Dienstleistung zur Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer bzw. zwischen den einzelnen Teilnehmern.

88. **Customer Premise Equipemente (CPE):** Mit CPE wird das meist von der FDA dem Endkunden zur Verfügung gestellte Netzabschlussgerät (z.B. DSL-Modem) bezeichnet, mittels welchem die Datenübertragung zum Endkunde stattfindet.

89. **Digital Subscriber Line (xDSL):** Unter Digital Subscriber Line (DSL) wird die digitale Datenübertragung nach bestimmten Übertragungsstandards für Breitbanddatenverkehr bezeichnet. Hier lassen sich grob die verschiedenen Varianten Asymmetric (ADSL), Symmetric (SDSL) und Very high Speed (VDSL) unterscheiden.

90. **Fernmeldedienstanbieterin (FDA):** Als Fernmeldedienstanbieterin wird eine Unternehmung bezeichnet, die fernmeldetechnische Übertragungsdienstleistungen von Informationen für Dritte anbietet.

91. **Interkonnektion:** Gemäss Art. 3 Bst. e FMG bezeichnet Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Die Interkonnektion umfasst daher die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinn und stellt eine notwendige Voraussetzung dafür dar, dass Informationen zwischen Kommunikationsnetzen ausgetauscht werden können.

92. **Internet Service Provider (ISP):** Ein Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) bezeichnet ganz allgemein einen Anbieter von Internetdiensten. Diese können den Zugang zum Internet, den Transit von Daten, Hosting von Internetseiten etc. beinhalten. Nicht jeder ISP bietet zwingend sämtliche dieser Dienste an.

93. **Kollokation (KOL):** Unter Kollokation wird die Miete von Raum innerhalb einer Anschlusszentrale eines Netzbetreibers bezeichnet.

94. **Long Run Incremental Costs (LRIC):** Als LRIC wird ein Berechnungsmodell bezeichnet, basierend auf welchem das BAKOM die regulierten Preise berechnet. Hierbei werden die langfristigen Wiederbeschaffungswerte einer modernen äquivalenten Netzwerkinfrastruktur zur Berechnung herangezogen.

95. **Modern Equivalent Asset (MEA):** Als MEA wird eine moderne äquivalente Infrastruktur bezeichnet, welche für die Berechnung der regulierten Preise herangezogen wird. Im Bereich Netzwerkanbindungen ist dies heute eine Glasfaserinfrastruktur.

96. **Service Access Point (SAP):** Unter dem Service Access Point wird ein Netzzugangspunkt verstanden, an welchem bestimmte Datenübertragungsdienstleistungen erbracht werden und bei welchem in der Regel die Übergabe des Dienstes von einer FDA zu einer anderen stattfindet.

97. **Service Level Agreement (SLA):** Mit dem Service Level Agreement wird eine Vereinbarung über den von der FDA gewährleisteten Supportservices bezeichnet. Hierin wird vereinbart, wie schnell und in welchem Umfang die FDA im Falle eines Ausfalls des Systems zu reagieren und die Funktionsfähigkeit des Systems wieder herzustellen hat.

¹⁴¹ Vgl. Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 S. 4.

98. **Vollständig entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschluss Leitung (TAL):** Der vollständig entbundelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Art. 3 Bst. d^{bis} FMG definiert und umfasst die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung.

99. **Virtual Private Network (VPN):** Unter VPN wird ein auf einer bestimmten Verschlüsselungstechnik basiertes virtuell erschaffenes Subnetzwerk von verschiedenen Rechnern verstanden. Über ein VPN ist es möglich ein eigenes Subnetzwerk auf einem physischen Netzwerk zu erschaffen und abzugrenzen.

100. **Wide Area Network (WAN):** Ein Wide Area Network (nachfolgend: WAN) ist ein Netzwerk zwischen räumlich weit auseinanderliegenden Rechnern bzw. lokalen Rechnernetzwerken. Über ein WAN werden in der Regel verschiedene Unternehmensstandorte miteinander verbunden. Demgegenüber spricht man von einem lokalen Rechnernetzwerk (LAN), wenn das Netzwerk an einem Standort (z.B. innerhalb eines Gebäudes) gemeint ist.

A.3.2 Anforderungen der Post im Rahmen der Ausschreibung

101. Die Post betreibt ein über die gesamte Schweiz verzweigtes Filialnetz für den Bereich Poststellen und Verkauf. Diese Poststellen sind über ein Netzwerk miteinander verbunden. Der Servicevertrag zur Vernetzung der Poststellen mit dem damaligen Provider lief per Ende 2009 aus.¹⁴² Die Post beabsichtigte, den bestehenden Vertrag abzulösen und die Beschaffung der WAN-Services neu zu regeln. Daher schrieb sie das vorliegend relevante Projekt aus. Da die Post ihre Standorte grob in zwei Klassen unterteilte, wurden insgesamt zwei Lose ausgeschrieben.¹⁴³

102. Das erste Los betraf in der ursprünglichen Ausschreibung 305 Standorte mit erhöhten Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen in eher gut erschlossenen Gebieten. Je nach Standort fragte die Post symmetrische Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 1 Gbit/s (zentral 10 Gbit/s), eine Service- und Supportzeit von 7x24 Stunden, eine maximale Ausfallzeit von 1-8 Stunden pro Monat sowie die Technologie Multi Protocol Label Switching (nachfolgend: MPLS/IP-VPN) mit Quality of Service (nachfolgend: QoS) nach.¹⁴⁴

103. Das zweite Los betraf ursprünglich 2'067 Standorte mit geringeren Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen in zum Teil abgelegenen Gebieten. Je nach Standort fragte die Post symmetrische Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 6 Mbit/s, eine Service- und Supportzeit von 7x24h, eine maximale Ausfallzeit von 4-8 Stunden pro Monat sowie die Technologie MPLS/IP-VPN mit QoS im Rahmen einer any-to-any Konnektivität¹⁴⁵ nach. Neben den Leistungen mit entsprechender Bandbreite mussten die WAN-Services auch die an den Standorten installierten Modems bzw. Router (nachfolgend: CPE) und deren Management und Maintenance beinhalten.¹⁴⁶

A.3.2.1 Zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten

104. Als zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten hat die Post Nachfolgendes definiert:¹⁴⁷

- Der Betrieb der WAN-Services an den Standorten des jeweiligen Loses muss vom Anbieter sichergestellt werden.
- Die von der Post eingesetzte WAN-Optimierungslösung muss durch den Anbieter unterstützt werden.
- Der Anbieter ist verpflichtet, das von der Post bereitgestellte Trasse für die Leitungsführung zu nutzen.
- Der Anbieter muss sicherstellen und bestätigen, dass weder zum Zwecke der Transition und Migration noch während der Betriebsphase eine IP-Readressierung bei der Post erforderlich ist.
- Die Service- und Supportzeiten der SLA Typen 1–4 müssen durch den Anbieter eingehalten werden können.
- Die je Los geforderten Bandbreiten gemäss Standortlisten müssen als Minimalanforderungen eingehalten werden.

105. Da grundsätzlich in der Schweiz nur Swisscom mittels eigener Infrastruktur zum Zeitpunkt der Ausschreibung sämtliche dieser Anforderungen erfüllen konnte, waren weitere FDA, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollten, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen.

A.3.2.2 Anforderungen an die technische Lösung

106. Zu den oben aufgeführten zwingenden Anforderungen an den Service wurden die nachfolgenden zusätzlichen technischen Anforderungen durch die Post definiert:

- **Netzwerktopologie:** Die offerierten Services müssen auf der Technologie MPLS basieren und alle Standorte müssen am MPLS Backbone des Anbieters angeschlossen werden, wobei jeder angeschlossene Standort mit allen anderen Standorten im gleichen Virtual Private Network (nachfolgend: VPN) kommunizieren können muss (any-to-any, fully meshed).¹⁴⁸

¹⁴² Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 5.

¹⁴³ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 6.

¹⁴⁴ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 9.

¹⁴⁵ Any-to-any Verbindungen zeichnen sich dadurch aus, dass den einzelnen Rechnern nicht nur eine Anbindung ans Internet offen steht, sondern dass sämtliche in dem jeweiligen Netzwerk verbundenen Rechner direkt untereinander kommunizieren können.

¹⁴⁶ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 10.

¹⁴⁷ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 11.

¹⁴⁸ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 11.

- Sicherheit: Der Service muss auf Basis MPLS/IP-VPN zur Verfügung gestellt werden und logisch von anderen Kunden des Anbieters getrennt sein. Eine Verschlüsselung der Verbindungen innerhalb des privaten Netzwerkes muss möglich sein.¹⁴⁹ Alle Übergabepunkte müssen im Hoheitsgebiet der Post liegen und die Routing-Protokolle müssen durch eine MD5 Authentication geschützt werden.
- Verbindungsarten: In ihrer Ausschreibung unterscheidet die Post drei verschiedene Standortklassen.¹⁵⁰ Die Standortklasse 1 muss vollredundant erschlossen werden, wobei auch im Failover-Fall (Ausfall einer der beiden Leitungen) 100 % der Bandbreite zur Verfügung stehen muss. Die Redundanz hat zwingend mit zwei CPE zu erfolgen. Bei Standortklasse 2 muss die Redundanz mit zwei gleichwertigen Leitungen realisiert werden, wobei auch im Failover-Fall 100 % der Bandbreite zur Verfügung stehen muss. Die Redundanz kann nach eigenem Ermessen mit einem oder zwei CPE realisiert werden. Die Standortklasse 3 beinhaltet eine einfache Leitung ohne Redundanz und Backup. Es handelt sich um eine einfache Anbindung.
- Modems (CPE): Die CPE-Ressourcen dürfen maximal zu 80 % dauerhaft belastet werden.¹⁵¹
- Ausfallsicherheit: Es muss gewährleistet werden, dass im Störfall der Hauptleitung für Standortklasse 1 und 2 100 % der Servicebandbreiten zur Verfügung stehen.¹⁵²
- Serviceklassen: Der Datenverkehr der Post wird mittels DSCP/IP Precedence klassifiziert.¹⁵³ Diese Werte sind vom Provider zu übernehmen und transparent durch das MPLS/IP-VPN Netzwerk zu transportieren. Die Post benötigt insgesamt vier Serviceklassen mit der Option, zusätzliche Serviceklassen zu aktivieren, wobei eine der vier Klassen als Priority Queue definiert wird, welche bis zu einer definierten Bandbreite direkt vor allen anderen Queues abgehandelt wird. Als Serviceklassen definiert die Post: a.) Strict prio (EF), b.) Multimedia (AF4x), c.) Best Effort (AF3x), d.) Low Prio (DF).
- Service-Levels: Die Post hat im Rahmen ihrer Ausschreibung insgesamt sechs Service-Level-Typen definiert.¹⁵⁴ Diese beinhalten eine Kombination aus der Servicezeit, der Supportzeit und der maximalen Ausfalldauer pro Standort. Die Servicezeit beschreibt die Zeit, während der die Leistungserbringerin alle zumutbaren Vorkehrungen nach neuesten Erkenntnissen und Best Practices der Telekom-Branche trifft, um die Verfügbarkeit des WAN-Services sicherzustellen. Für sämtliche Service-Levels verlangt die Post eine Servicezeit von 24 Stunden für jeden Tag eines Kalenderjahres. Die Supportzeit bezeichnet die Zeit, während der die maximale Service Down Time pro Monat (maximale Ausfallzeit der Netzwerkverbindung in Stunden pro Monat) und Standort innerhalb der Servicezeiten definiert ist und die durch den Leistungserbringer einzuhalten ist. Als Ausfall gewertet wird, wenn an einem

Standort die Services länger als 30 Sekunden nicht verfügbar sind.

In der nachfolgenden Tabelle werden die jeweiligen von der Post geforderten Service-Levels zusammengefasst:

¹⁴⁹ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 12.

¹⁵⁰ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 12 f.

¹⁵¹ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 14.

¹⁵² Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 14.

¹⁵³ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 3, S. 15.

¹⁵⁴ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 6, S. 5 ff.

Service-Level	Servicezeit	Supportzeit	Maximaler Ausfall p. M. überschritten, wenn ...
SLA-Typ 1	24h, täglich	24h, täglich	... ein einzelner Ausfall von ≥ 1 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von $\geq 1/2$ h ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle
SLA-Typ 2	24h, täglich	24h, täglich	... ein einzelner Ausfall von ≥ 4 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von $\geq 1/2$ h. ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle
SLA-Typ 3	24h, täglich	24h, täglich	... ein einzelner Ausfall von ≥ 8 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von ≥ 4 h. ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle
SLA-Typ 4	24h, täglich	Mo–Sa, 06:00–20:00 Uhr	... ein einzelner Ausfall von ≥ 8 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von ≥ 4 h. ... mehr als zehn (10) einzelne Ausfälle
SLA-Typ 5	24h, täglich	Mo–Fr, 07:00–18:00 Uhr	... ein einzelner Ausfall von ≥ 8 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von ≥ 4 h. ... mehr als zehn (10) einzelne Ausfälle
SLA-Typ 6	24h, täglich	Mo–Fr, 07:00–18:00 Uhr	... ein einzelner Ausfall von ≥ 24 h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfall-dauer von ≥ 11 h.

Tabelle 1: Definierte Service-Levels der Post

A.3.3 Vorleistungsprodukte von Swisscom

107. Neben den gesetzlich regulierten Vorleistungsprodukten des entbündelten Teilnehmeranschlusses (nachfolgend: TAL) und dem schnellen Bitstrom Zugang (nachfolgend: BSA) bietet Swisscom Carrier Ethernet Services (nachfolgend: CES) und Broadband Connectivity Services (BBCS) als Vorleistungsprodukte zur Realisierung von Breitbandanbindungen an. Für jedes dieser Produkte existiert von Swisscom eine Leistungsbeschreibung und ein Price Manual, aus welchen die Leistungen und Preise für den Bezug des Produktes ersichtlich sind. Nachfolgend werden diese Vorleistungsprodukte auf Basis der jeweiligen Leistungsbeschreibung und dem jeweiligen Price Manual von Swisscom beschrieben und es wird analysiert, ob und inwiefern diese zur Leistungserbringung für die Ausschreibung der Post geeignet sind.

A.3.3.1 Teilnehmeranschluss (TAL)

108. Bei der TAL wird der nachfragenden FDA der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss, also das zweidrahtige Kupferkabel zwischen der Anschlusszentrale und der Endkundensteckdose des Kunden, zur alleinigen Nutzung überlassen. Damit die FDA das zweidrahtige Kupferkabel zur Übertragung von Signalen nutzen kann, muss sie die Anschlusszentrale, von welcher die Kupferkabelleitungen ausgehen, erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren. Mit diesen Sende- und Empfangsgeräten kann die FDA jeden einzelnen Haushalt über das Kupferkabel ansteuern und Daten übertragen. Sie ist für die Aufteilung der gebündelten Signale, welche von ihrem Backbone-Netz kommen, auf die einzelnen Kupferdrähte, welche ihrerseits zu den einzelnen Haushalten führen, selbst verantwortlich. Hierzu muss die FDA entsprechende Räumlichkeiten innerhalb oder in der Nähe der Swisscom-

Anschlusszentrale mieten, um die entsprechenden Gerätschaften zu installieren. Diese Dienstleistungen werden als Kollokation (nachfolgend: KOL) bezeichnet. Zudem muss die FDA die Anschlusszentrale an ihr Backbone-Netz anschliessen. Hierfür benötigt die FDA eine Leitung bis zu ihrer eigenen Anschlusszentrale bzw. zu ihrem eigenen Backbone-Netz, welche sie meist in einer Kabelkanalisation von Swisscom verlegt. Daher kommen für die Nutzung der TAL die monatlichen Kosten für die Nutzung der Kabelkanalisation hinzu.

109. Der Preis des entbündelten Teilnehmeranschlusses ist reguliert und setzt sich aus einmaligen und wiederkehrenden Kosten zusammen. Die einmaligen Kosten fallen für die Neuschaltung und die Annullierung an. Die wiederkehrenden Kosten fallen für die Miete des Kupferkabels an. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird auf die zum Zeitpunkt der Ausschreibung geltenden Preise¹⁵⁵ abgestellt, da diese die Basis für die Angebote darstellten.

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Preis pro Monat
Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung	CHF 18.80

Tabelle 2: Monatliche Mietkosten für die TAL

Beschreibung einmalige Kosten	Preis einmalig
Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung	CHF 45.40
Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung	CHF 41.–
Annullierung einer TAL Bestellung nach Status „Accepted“	CHF 19.30

Tabelle 3: Einmalige Kosten für die TAL

110. Neben den Kosten für die Miete des Kupferkabels kommen zusätzliche Kosten für die Miete der Räumlichkeiten in den Anschlusszentralen von Swisscom hinzu, um die eigenen Geräte zu installieren. Hierfür benötigt die FDA einen Schaltkasten (nachfolgend: Rack), in welchem die von ihr nachgefragten TAL an ihr Backbone-Netz angeschlossen werden. Für die Erschliessung

der Anschlusszentrale an das Backbone-Netz ist die FDA selbst verantwortlich. Hierfür entstehen der FDA zusätzliche Kosten für den Ausbau und die Erschliessung der jeweiligen Anschlusszentrale (vgl. Rz 184). Auch für die KOL fallen sowohl einmalige als auch wiederkehrende Kosten an.

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Einheit	Preis pro Einheit
Energie 48 V DC	kW	CHF 253.70
Zuschlag Lüftungsausbauten	kW	CHF 12.40
Energie/Lüftung	kW	CHF 266.10
Miete der Fläche (Mindestbezug Raum 10m ² /Rack 2m ²)	2m ²	CHF 99.60

Tabelle 4: Monatliche Mietkosten für die KOL

Beschreibung einmalige Kosten	Einheit	Preis pro Monat
Machbarkeitsabklärung Kollokation FDV	Pauschal	CHF 308.40
Bereitstellung Kollokation FDV	Pauschal	CHF 2'440.–
Kupferkabelage 2-Draht zum Hauptverteiler	192 Aderpaare	CHF 4'205.–
Ausbau Kupferkabelage 2-Draht zum Hauptverteiler	192 Aderpaare	CHF 3'737.70

Tabelle 5: Einmalige Kosten für die TAL / die KOL

¹⁵⁵ Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008.

111. In ihrer Beispielsrechnung gibt Swisscom, umgerechnet auf die Anzahl Standorte, die monatlichen Kosten für die Kollokation mit CHF 0.94 pro Poststandort und die Einmalkosten mit CHF 24.59 an.¹⁵⁶ Zudem fallen gemäss der Beispielrechnung von Swisscom einmalig für die Endkundenmodems Kosten von CHF 150.– und Netzwerkkosten in Höhe von CHF 52.– an. Für die Zwecke der vorliegenden Erhebung wird zu Gunsten von Swisscom auf diese Kosten abgestellt, ohne diese einer nochmaligen Überprüfung unterzogen zu haben.

112. Damit die entbündelten Teilnehmeranschlüsse genutzt werden können, muss die FDA zusätzlich Send- und Empfangsgeräte in der Anschlusszentrale (meist in einem Rack) installieren und entsprechend warten. Für den Anschluss des Racks an ihr Backbone-Netz muss die FDA eine Glasfaserleitung zu ihrer Anschlusszentrale über die Kabelkanalisation von Swisscom legen. Die Kabelkanalisationen werden pro laufendem Meter berechnet. Hierzu werden von Swisscom in ihrer Beispielrechnung die nachfolgenden Kosten berechnet:¹⁵⁷

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Preis pro m und Monat
Überlassung der Kabelkanalisation	CHF 0.206

Tabelle 6: monatliche Mietkosten für Nutzung der Kabelkanalisation

113. Grundsätzlich hat die Nutzerin der physischen Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur die grösstmöglichen Freiheitsgrade und kann sämtliche nicht mit der physischen Infrastruktur festgelegten Nutzungsmöglichkeiten gemäss ihren Wünschen definieren. Von der physischen Infrastruktur vorgegeben sind lediglich die maximale Durchleitungskapazität und die Verfügbarkeit der Infrastruktur selbst.

114. Für die Störungsbehebung bei der TAL sieht Swisscom vor, dass ein Auftrag zur Störungsbehebung während 7x24 Stunden erteilt werden kann, die Supportzeiten für Störungsbehebungen bei der TAL laufen allerdings nur von Montag bis Freitag von 08:00 bis 17:00 Uhr.¹⁵⁸

115. Sämtliche Störungen, welche nicht unmittelbar mit der physischen Kupferleitung zu tun haben, kann die FDA, welche die TAL nutzt, selbst in der von ihr definierten Zeit beheben. Auch der Zutritt zur Anschlusszentrale, in welcher die TAL zur Verfügung gestellt wird, kann von Swisscom rund um die Uhr gewährt werden.

116. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit die TAL für die Leistungserbringung gegenüber der Post genutzt werden kann und inwieweit die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom (nachfolgend in den Tabellen: SCS) abhängig ist.

Anforderungskriterium	Erfüllbarkeit	Abhängig von SCS
Netzwerktopologie	Möglich, abhängig vom Backbone-Netz des Anbieters	Nein
Sicherheit	Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters	Nein
Verbindungsarten	Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters	Nein
Modems	Möglich, abhängig von der Wahl des Anbieters und der Zulassung durch den Netzbetreiber	Nein
Ausfallsicherheit	Abhängig von der Gewährleistung des physischen Netzes durch den Netzbetreiber, ansonsten möglich	Ja
Serviceklassen	Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters	Nein
Bandbreiten	Bis maximal 2 Mbit/s symmetrisch, abhängig von der Distanz zur Anschlusszentrale	Nein

Tabelle 7: Zusammenfassung Eignung TAL

¹⁵⁶ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S. 13.

¹⁵⁷ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, Beilage 24.

¹⁵⁸ Leistungsbeschreibung Teilnehmeranschluss, S. 22, <www.swisscom.com/dam/swisscom/de/ws/documents/D_FMG-Dokumente/TAL/D_TAL_Leistungsbeschreibung_V2-0.pdf> (04.10.2013).

117. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

	Beschreibung	Kosten
pro Monat	Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung ¹⁵⁹	CHF 18.80
	Kollokation ¹⁶⁰	CHF 0.94
einmalig	Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung ¹⁶¹	CHF 45.40
	Einmalkosten Kollokation ¹⁶²	CHF 24.59
	Endkundenmodem (CPE) ¹⁶³	CHF 150.–
	Netzwerkkosten ¹⁶⁴	CHF 52.–

Tabelle 8: Zusammenfassung Kosten für die TAL

118. Abhängig von den Service-Levels, welche Swisscom bei der Bereitstellung des physischen Kupferkabels garantiert, kann die TAL für die gegenüber der Post zu erbringenden Leistungen eingesetzt werden. Entsprechen die von Swisscom garantierten Supportzeiten zur Störungsbehebung (vgl. z. B. Rz 114) nicht den von einer FDA (welche das jeweilige Vorleistungsprodukt von Swisscom nutzt) gegenüber der Post zugesicherten Supportzeiten (vgl. z. B. Tabelle 8), so geht die FDA das Risiko ein, dass es zu einer Verletzung der Service-Level Agreements kommen kann. Ist die FDA bereit, dieses Risiko einzugehen, kann sie die TAL als Vorleistungsprodukt einsetzen.

A.3.3.2 Bitstrom Zugang (BSA)

119. Bei der Nutzung des BSA wird die Aufteilung des Signals aus dem Backbone-Netz der FDA auf die einzelnen Kupferdrähte, welche zum Endkundenhaushalt führen, von Swisscom erbracht.¹⁶⁵ Hierzu muss die FDA in der Anschlusszentrale von Swisscom eine Leitung zu ihrem Backbone-Netz bereitstellen, also eine Glasfaser von ihrem Backbone-Netz in die Anschlusszentrale von Swisscom ziehen.¹⁶⁶ Hierbei kann die FDA grundsätzlich zwischen zwei Varianten wählen.¹⁶⁷ Bei der ersten Variante mietet die FDA in der Anschlusszentrale ein Rack und stellt in diesem die Leitungsanbindung bereit. Diese Variante wird die FDA wählen, wenn sie bereits einige Teilnehmeranschlüsse in der Anschlusszentrale entbündelt und die Anschlusszentrale bereits an ihr Backbone-Netz angeschlossen hat bzw. plant, die Anschlusszentrale zu entbündeln. Bei der zweiten Variante kann die FDA lediglich eine Leitung in die Anschlusszentrale legen, welche dann von Swisscom entsprechend angebunden wird. Für die Zuführung der Leitung muss die FDA zusätzlich die Kabelkanalisation von ihrem Backbone-Netz bis zur Anschlusszentrale von Swisscom nutzen, um hier eine entsprechende Leitung (in der Regel Glasfaser) zu verlegen.

120. Swisscom bietet BSA damit in zwei Varianten an. In der Shared-Variante wird lediglich eine Durchleitungskapazität verkauft. Die Leitung kann daher parallel noch für weitere Dienstleistungen (TDM Voice) genutzt werden.

In der Naked-Variante wird ebenfalls eine Durchleitungskapazität verkauft, diese ist allerdings zur exklusiven Nutzung der FDA bestimmt, so dass durch Swisscom oder andere FDA keine weiteren Dienstleistungen genutzt werden können. Daher werden zusätzlich zu den Kosten für die Nutzung der BSA-Dienstleistung von Swisscom die Kosten für die exklusive Miete des Kupferkabels (TAL) berechnet.

121. BSA wird zudem in zwei Bandbreiten angeboten, welche auf unterschiedlichen Technologien basieren.¹⁶⁸ Dies sind Anbindungen über ADSL und VDSL. Hieraus ergeben sich folgende Kosten:

¹⁵⁹ Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008, S. 3.

¹⁶⁰ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S. 13.

¹⁶¹ Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008, S. 3.

¹⁶² Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S. 13.

¹⁶³ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S. 13.

¹⁶⁴ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S. 13.

¹⁶⁵ Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 3, <<http://www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/anschliesse/bsa.html>>(10.07.2013).

¹⁶⁶ Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 4, <<http://www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/anschliesse/bsa.html>> (10.07.2013).

¹⁶⁷ Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 5 f., <<http://www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/anschliesse/bsa.html>> (10.07.2013).

¹⁶⁸ Vgl. Handbuch Preise schneller Bitstrom-Zugang, S. 3 f., <<http://www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/anschliesse/bsa.html>> (10.07.2013).

Beschreibung	Bandbreiten	monatlicher Preis pro Einheit
BSA shared	max. 5000/500 kbps (ADSL)	CHF 10.90
	max. 20000/1000 kbps (VDSL)	CHF 13.40
BSA naked	max. 5000/500 kbps (ADSL)	CHF 29.30
	max. 20000/1000 kbps (VDSL)	CHF 31.80

Tabelle 9: Monatliche Mietkosten für den BSA

Zusätzlich werden die nachfolgenden einmaligen Kosten berechnet:

Beschreibung einmalige Kosten	Preis einmalig
Neuschaltung einer Leitung ohne manuelle Intervention in der Zentrale	CHF 46.–
Neuschaltung einer Leitung mit manueller Intervention in der Zentrale	CHF 88.–
Bereitstellung der BSA Anbindung	CHF 528.–
Profilwechsel von ADSL zu VDSL und zurück	CHF 52.–

Tabelle 10: Einmalige Kosten für den BSA

122. Neben den Kosten für die Nutzung der Dienstleistung BSA kommen zusätzliche Kosten für die Miete der Räumlichkeiten in den Anschlusszentralen von Swisscom hinzu, wenn die FDA ein Rack benutzt. Auch für die Kollokation fallen sowohl wiederkehrende als

auch einmalige Kosten an, wobei die variablen Kosten für die Miete der Fläche nur dann anfallen, wenn auch tatsächlich eine Fläche gemietet wird.¹⁶⁹ Die monatlichen Mietkosten fallen bei einem Direktanschluss nicht an.

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Einheit	monatlicher Preis pro Einheit
Miete der Fläche (Mindestbezug Raum 10 m ² /Rack 2 m ²)	2 m ²	CHF 99.60

Tabelle 11: monatliche Mietkosten für BSA/KOL

Beschreibung einmalige Kosten	Einheit	Preis einmalig
Glasfaserkabelage zum optischen Hauptverteiler Swisscom	Pro Faserpaar	CHF 822.–
Upgrade long-haul Laser	Pro Stück	CHF 1'967.–
Zuschlag nachträgliche Anpassung long-haul Laser	Pauschal	CHF 286.–

Tabelle 12: Einmalige Kosten für BSA/KOL

123. Für den Anschluss des Racks oder der Glasfaserleitung an ihr Backbone-Netz muss die FDA eine Glasfaserleitung zu ihrer Anschlusszentrale über die Kabelkanalisation von Swisscom legen. Die Kabelkanalisationen werden pro laufendem Meter berechnet. Hierzu werden die nachfolgenden Kosten berechnet:

¹⁶⁹ Vgl. Handbuch Preise Kollokation FDV, S. 3 f., <www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/infrastruktur/kol-fdv.html> (10.07.2013).

Beschreibung wiederkehrende Kosten	Preis pro m und Monat
Überlassung der Kabelkanalisation	CHF 0.206

Tabelle 13: Monatliche Mietkosten für Anbindung BSA

124. Weitere Kosten für den Unterhalt von Geräten in der Anschlusszentrale von Swisscom fallen nicht an, da solche nicht unterhalten werden müssen bzw. da diejenigen von Swisscom genutzt werden.

125. BSA wird nur in der Serviceklasse „Best effort“ angeboten. Es ist nicht möglich bei diesem Produkt Serviceklassen zu wählen oder diese zu verändern. Damit ist BSA für die Leistungserbringung im Hinblick auf die von der Post definierten Anforderungen nicht einsetzbar, wie zudem nachfolgend aufgezeigt wird:

126. Im Hinblick auf die Supportzeiten ist beim Bitstrom-Zugang eine Meldung an Swisscom während 24 Stunden an 7 Tagen der Woche über das gesamte Jahr mög-

lich.¹⁷⁰ Die Störungsbehebung durch Swisscom erfolgt im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten während Bürozeiten.¹⁷¹ Damit können grundsätzlich keine der von der Post vorgegebenen Service-Levels garantiert werden. Bietet eine FDA dennoch ein Angebot über den Bitstrom-Zugang an, so besteht hierbei das Risiko, dass sie die Service-Levels zwar anbietet, aber nicht garantieren kann.

127. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit BSA für die Leistungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist:

Anforderungskriterium	Erfüllbarkeit	Abhängig von SCS
Netzwerktopologie	Möglich, abhängig vom Backbone-Netz des Anbieters	Nein
Sicherheit	Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters	Nein
Verbindungsarten	Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters	Nein
Modems	Möglich, abhängig von der Wahl des Anbieters und der Zulassung durch den Netzbetreiber	Nein
Ausfallsicherheit	Abhängig von Swisscom und dem Anbieter. Swisscom bietet allerdings keine ausreichende Ausfallsicherheit, daher nicht möglich.	Ja
Serviceklassen	Es steht lediglich die Serviceklasse „Best effort“ zur Verfügung, daher ist die Erfüllung der Anforderung nicht möglich.	Ja
Bandbreiten	Die maximal garantierte Bandbreite beträgt Download 8 Mbit/s und Upload 1 Mbit/s.	Ja

Tabelle 14: Zusammenfassung Eignung BSA

128. Über den Bitstrom-Zugang können verschiedene für den Einsatz bei der Post zentrale Anforderungskriterien nicht erfüllt werden. Insbesondere sind hierbei die Ausfallsicherheit und die Serviceklassen zu nennen. Da die garantierte Bandbreite auf 1 Mbit/s beschränkt ist, könnte der Bitstrom-Zugang zudem nur bei den entsprechenden Poststellen eingesetzt werden.

129. Insgesamt muss daher gefolgert werden, dass das Vorleistungsprodukt Bitstrom-Zugang für die Leistungserbringung gegenüber der Post ungeeignet ist. Auch für den Einsatz bei anderen Projekten im Geschäftskundenbereich ist BSA aufgrund der geringen zur Verfügung stehenden garantierten Bandbreite sowie der fehlenden

Ausfallsicherheit und Serviceklassen in der Regel nicht geeignet.

¹⁷⁰ Vgl. Handbuch Betrieb Bitstrom-Zugang, S. 10, <www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/infrastruktur/kol-fdv.html> (10.07.2013).

¹⁷¹ Vgl. Handbuch Betrieb Bitstrom-Zugang, S. 9, <www.swisscom.com/de/wholesale/produkte/infrastruktur/kol-fdv.html> (10.07.2013).

A.3.3.3 Carrier Ethernet Services (CES)

130. CES ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher FDA zwischen verschiedenen Interkonnektionspunkten Daten auf dem Layer 2 übertragen können.¹⁷² Hierbei nutzen sie die Infrastruktur, welche von Swisscom bereitgestellt wird. Durch diese Dienstleistung wird auf der Netzwerkinfrastruktur von Swisscom ein virtuelles Netzwerk (nachfolgend: VLAN) zwischen den einzelnen Anschlüssen erstellt. Hierdurch wird quasi ein separates Netzwerk zwischen den einzelnen Anschlüssen simuliert, welches vom Kunden genutzt werden kann.

131. CES kann entweder als Punkt-zu-Punkt VLAN (EPL, EVPL) oder als Multipunkt VLAN (ELAN) bereitgestellt werden.¹⁷³ Die hierzu notwendige Infrastruktur (Leitungen sowie Sende- und Empfangsgeräte) betreibt und stellt Swisscom zur Verfügung. Die FDA erhält über einen speziellen Service Access Point (nachfolgend: SAP) Zugang zur Dienstleistung von Swisscom.

132. Das Angebot CES unterscheidet sich im Wesentlichen nach Regionen (Preiselement 1), nach der zur

Verfügung gestellten Bandbreite (Preiselement 2), nach der Verbindungsart (Punkt-zu-Punkt oder Multipunkt) (Preiselement 3) sowie nach den zur Verfügung gestellten Service-Levels (Preiselement 4). Hierbei unterscheidet Swisscom zwischen der sogenannten Core Usage, welche die Anbindung der Netzwerke zwischen zwei Metro-Regionen bezeichnet und den Angeboten für bestimmte Metro-Regionen, welche in die Zonen A, B und C unterteilt werden. Eine Core Usage müssen FDA lediglich dann in Anspruch nehmen, wenn sie über keine eigene Backbone-Infrastruktur verfügen.

133. Die Preise ergeben sich aus den Kundenanforderungen, welche sich im Wesentlichen anhand von vier Anforderungskategorien (Preiselemente 1–4) unterteilen lassen. Beispielsweise kostet eine Anbindung an ein Multipunkt VLAN über den Service ELAN (Preiselement 3) mit der Dienstqualität Basic (Preiselement 4), der Nutzung von CPE und einer Bandbreite von 2 Mbit/s (Preiselement 2) in der Zone A (Preiselement 1) pro Monat CHF 490.–.¹⁷⁴

134. Darüber hinaus fallen die nachfolgenden Einmalkosten für die Nutzung von CES an:¹⁷⁵

Beschreibung	Preis
Einrichtung des Zugangs	CHF 2'500.–
Hinzufügen eines EPL	CHF 1'000.–
Grosse Änderung des Zugangs	CHF 2'000.–
Kleine Änderung des Zugangs	CHF 500.–
Zweite Stromversorgung bei (M-CPE)	CHF 1'000.–
Hinzufügen eines VLAN	CHF 0.–
Erweitern eines VLAN	CHF 500.–
Reduktion eines VLAN	CHF 500.–
Änderung der Bandbreite	CHF 400.–
20 zusätzliche MAC-Adressen	CHF 400.–
Customer Window 1 (nachfolgend: CW1)	CHF 400.–
Customer Window 2 (nachfolgend: CW2)	CHF 1'000.–

Tabelle 15: Einmalkosten CES

135. Der von Swisscom offerierte Dienst wird mit unterschiedlichen Qualitätsgarantien bereitgestellt.¹⁷⁶ Hierzu stehen die Qualitätsparameter Basic, Premium Silver und Premium Platinum zur Verfügung. Die einzelnen Qualitätsparameter werden in der nachfolgenden Tabelle aufgezeigt.

¹⁷² Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 3.

¹⁷³ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 3.

¹⁷⁴ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, CES Handbuch Preise V 3–0, S. 4.

¹⁷⁵ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, CES Handbuch Preise V 3–0, S. 9.

¹⁷⁶ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 4.

Leistung		Basic	Silver	Platinum
Garantierte Verfügbarkeit	Direct Connect (DC)	≥ 99.90 %	≥ 99.93 %	≥ 99.97 %
	Customer Premise Equipment (CPE)		≥ 99.95 %	≥ 99.99 %
Redundanz		Keine	Keine	Doppelt
Dienstqualitätsberichte		Keine	Ja	Ja
Gewährleistungsansprüche		Keine	Ja	Ja
Dienstüberwachung	Direct Connect (DC)	Reaktiv	Reaktiv	Reaktiv
	Customer Premise Equipment (CPE)		Proaktiv	Proaktiv
Störungsannahme		365 x 24	365 x 24	365 x 24
Störungsbehebung		365 x 24	365 x 24	365 x 24
Widerherstellungszeit in 95 % der Fälle (nicht garantiert)		≤ 6 h	≤ 4 h	≤ 2 h

Tabelle 16: Service-Levels CES

136. Gemäss der Leistungsbeschreibung bietet Swisscom zudem einen Service Premium Platinum Light an, in welchem nicht die gesamte Bandbreite in jeder Glasfaser redundant zur Verfügung steht, sondern die gesamte Bandbreite über die beiden Fasern verteilt wird.¹⁷⁷ Beim Ausfall einer Glasfaser kann daher nicht mehr die volle Bandbreite wie beim vollen Dual Homing gewährleistet werden. Damit steht der FDA im Falle eines Ausfalls zwar die Verbindung weiterhin zur Verfügung, allerdings mit einer eingeschränkteren Bandbreite. Dieser Service wird von Swisscom auf Anfrage mit einem spezifischen Service-Level Agreement angeboten.

137. Mit CES werden drei Dienstarten unterstützt (vgl. Rz 131), wobei zwei Dienstarten Punkt-zu-Punkt Verbindungen betreffen und eine Dienstart die Multipunktverbindung betrifft. Bei den Punkt-zu-Punkt Verbindungen kann entweder eine Ethernet Private Line (nachfolgend: EPL) oder eine Ethernet Virtual Private Line (nachfolgend: EVPL) genutzt werden. Die Variante EPL ist nur mit CPE erhältlich. Die Multipunktverbindung wird unter dem Service Ethernet Local Area Network (nachfolgend: ELAN) geführt.

138. CES steht den FDA in folgenden Bandbreiten zur Verfügung: 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1000 Mbit/s und 10 Gbit/s. Damit können mittels CES sämtliche von der Post geforderten Bandbreiten erbracht werden.

139. FDA können zur Nutzung des Services CES wählen, ob sie eigene Sende- und Empfangsgeräte (Option Direct Connect, nachfolgend: DC) oder von Swisscom bereitgestellte CPE nutzen möchten.

140. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit CES für die Leistungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist.

¹⁷⁷ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 5.

Anforderungskriterium	Erfüllbarkeit	Abhängig von SCS
Netzwerktopologie	Möglich	Ja
Sicherheit	Möglich	Ja
Verbindungsarten	Möglich	Ja
Modems	Möglich	Ja
Ausfallsicherheit	Möglich	Ja
Serviceklassen	Möglich	Ja
Bandbreiten	Von 2 Mbit/s bis 10 Gbit/s	Ja

Tabelle 17: Zusammenfassung Eignung CES

141. Mittels CES können sämtliche Anforderungen der Post erfüllt werden. Daher wären die CES-Produkte von Swisscom für die vollständige Realisierung des Projektes geeignet.

142. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

	Beschreibung	Kosten
pro Monat	Entgelt für die Nutzung von CES	Abhängig von Bandbreite und Region: CHF 448.– bis 8'035.–
	Class of Service (Möglichkeit, die Serviceklassen zu wählen)	CHF 150.–
einmalig	Einrichtung Add Access	CHF 2'500.–
	Endkundenmodem (CPE)	CHF 1'160.–
	Eventuell Ausbaurkosten	CHF 2'000.–

Tabelle 18: Zusammenfassung Kosten für CES

A.3.3.4 Broadband Connectivity Service (BBCS)

143. BBCS ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher FDA als Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) einen Internetzugang von ihrer Anschlusszentrale aus bereitstellen können, ohne eine eigene Netzwerkinfrastruktur betreiben zu müssen.¹⁷⁸ ISP müssen zur Bereitstellung einer Internetverbindung zum Endkunden in ihrer Anschlusszentrale eine Internetanbindung sowie die Adressierung (meist über IP-Adressen) ihrer Kunden vornehmen. Sämtliche Dienstleistungen für die Übertragung der Daten von der Anschlusszentrale des ISP zum Endkunden übernimmt Swisscom.

144. BBCS steht sowohl in einer Shared- (also mit separater Telefonie) als auch in einer Naked-Variante (reiner Datentransfer) zur Verfügung. Unterschieden werden grundsätzlich ebenfalls geschäftliche (Business) und private (Private) Anwendungen. Für die Übertragungs-

geschwindigkeiten stehen mehrere Profile offen, wobei grundsätzlich zwischen ADSL, SDSL und VDSL unterschieden wird.

145. Je nach Profil fallen die nachfolgenden Kosten an:¹⁷⁹

¹⁷⁸ Internet Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 3 ff.

¹⁷⁹ Price Manual Broad Band Connectivity Service (BBCS), Beilage 28, S. 5.

Nr.	Profil	Shared	Naked	Private	Business	Technologie			Preis
						ADSL	SDSL	VDSL	
1	Max 300/100	X		X		X		X	CHF 5.–
2	Max 100/100	X		X		X		X	CHF 20.–
3	Max 5000/500	X		X		X		X	CHF 28.–
3N	Max 5000/500		X	X		X		X	CHF 46.–
4	Max 20000/1000	X		X				X	CHF 34.–
4N	Max 20000/1000		X	X				X	CHF 49.–
5	Max 6000/600	X			X	X		X	CHF 115.–
6.1	1200/1200	X			X			X	CHF 215.–
6.1N	1200/1200		X		X			X	CHF 215.–
6.2N	1200/1200 Zone 1		X		X		X		CHF 215.–
6.3N	1200/1200 Zone 2		X		X		X		CHF 245.–
6.4N	1200/1200 Zone 3		X		X		X		CHF 280.–
7.1	1800/1800	X			X			X	CHF 285.–
7.1N	1800/1800		X		X			X	CHF 285.–
7.2N	1800/1800 Zone 1		X		X		X		CHF 285.–
7.3N	1800/1800 Zone 2		X		X		X		CHF 340.–
7.4N	1800/1800 Zone 3		X		X		X		CHF 400.–
8	20000/3000	X			X			X	CHF 340.–
9	20000/5000	X			X			X	CHF 450.–
Other	Optional SLA +	X	X	X		X		X	CHF 120.–

Tabelle 19: Monatlich wiederkehrende Kosten BBCS

146. Hinzu kommen die nachfolgenden Einmalkosten, welche für die Anbindung des jeweiligen Standortes des ISP an das Swisscom-Netzwerk anfallen.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Price Manual Broad Band Connectivity Service (BBCS), Beilage 28, S. 5.

Beschreibung	Preis
Installation der ersten IP-Verbindung	CHF 100'000.–
Installation weiterer IP-Verbindungen	CHF 35'000.–
Implementierung eines weiteren Domain Name (pro Domain Name)	CHF 2'800.–
Neukonfiguration Domain Name oder LNS Routing, PPP@ISP	CHF 5'100.–
Neukonfiguration Domain Name oder LNS Routing, DHCP	CHF 8'000.–
Weiterer SAP auf existierendem STE	CHF 2'000.–

Tabelle 20: Einmalige Kosten für die Einrichtung von BBCS

147. Weitere Kosten, wie die für die Anbindung des ISP an das Internet, sind vom ISP jeweils selbst zu tragen und zu organisieren.

148. Grundsätzlich lassen sich über BBCS keine Serviceklassen definieren. Die einzige für den Internetverkehr angebotene Serviceklasse ist „Best effort“.¹⁸¹ Für Sprachübertragungen¹⁸² sowie für das Streaming¹⁸³ wird allerdings eine priorisierte Serviceklasse angeboten. Dennoch kann als Zusatzangebot QoS bezogen werden, welches insgesamt die vier Verkehrsklassen „Real Ti-

me“, „High Priority“, „Priority“ und „Best effort“ ermöglicht.¹⁸⁴

149. Als Dienstqualität bietet Swisscom grundsätzlich zwei Service-Levels an. Dies sind Service-Level Standard und Service-Level Plus.

150. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit BBCS für die Leistungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist.

Anforderungskriterium	Erfüllbarkeit	Abhängig von SCS
Netzwerktopologie	Möglich	Ja
Sicherheit	Möglich	Ja
Verbindungsarten	Einfache Verbindungen möglich, Redundanzen können nicht abgebildet werden.	Ja
Modems	Möglich	Ja
Ausfallsicherheit	Hängt von den Service-Levels ab, welche derzeit unbekannt sind. Da aber sowohl Sunrise als auch Swisscom davon ausgehen, dass BBCS eingesetzt werden könnte, erscheint es möglich.	Ja
Serviceklassen	Eingeschränkt möglich	Ja
Bandbreiten	Beschränkt bis 1.8 Mbit/s symmetrisch	Ja

Tabelle 21: Zusammenfassung Eignung BBCS

151. Grundsätzlich würde sich ein Teil der Anforderungen der Post mit einem BBCS-Produkt abdecken lassen. Dies ist insbesondere für die Bandbreitenprofile bis zu einer symmetrischen Datenverbindung von bis zu 1.8 Mbit/s der Fall.

152. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden daher in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

¹⁸¹ Internet Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 8.

¹⁸² Voice over Broadband (VoBB) Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 8.

¹⁸³ Streaming Service Description DHCP Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 6.

¹⁸⁴ Service Termination DHCP Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 21.

	Beschreibung	Kosten
pro Monat	Entgelt für Nutzung BBCS	Abhängig von Bandbreite und Region: CHF 215.– bis 400.–
einmalig	Installation BBCS	CHF 300.–
	Endkundenmodem (CPE)	CHF 449.–

Tabelle 22: Zusammenfassung Kosten für BBCS

A.3.3.5 Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz

153. Swisscom gibt in ihrer Beispielrechnung an, dass Nachfrager nach den verschiedenen Vorleistungspro-

dukten für die Anbindung der genutzten Dienstleistungen an das eigene Backbone-Netz die nachfolgenden Kosten zu tragen haben:¹⁸⁵

	Beschreibung	Kosten
Pro Monat	Backbonekosten pro Leitung	CHF [1-5]
	Plattformmanagement pro Leitung	CHF [0.50-1.00]

Tabelle 23: Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz

154. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird für die Evaluation der Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz auf die Angaben von Swisscom zurückgegriffen, ohne diese im Einzelnen überprüft zu haben.

A.3.3.6 Fazit aus der Analyse der Vorleistungsprodukte von Swisscom

155. FDA standen somit insgesamt drei Produkte von Swisscom, nämlich TAL, CES und BBCS, zur Verfügung, mit welchen die Anforderungen der Post erfüllt werden konnten. Aufgrund der Preisunterschiede zwischen den Vorleistungsprodukten und den bisher in die Entbündelung getätigten Investitionen würde jedoch ein für die jeweilige FDA typisches Portfolio nachgefragt werden. Gleiches gilt für weitere Dienstleistungen dieser Art im Geschäftskundenbereich. Zusammenfassend werden daher nochmals die Kosten der einzelnen Vorleistungsprodukte gegenübergestellt.

¹⁸⁵ Eingabe Swisscom vom 28. August 2012, Beilage 24.

	Bandbreite	Reguliert	Kommerziell	
		TAL	BBCS	CES
Monatliche Kosten	1 Mbit/s	19.74 CHF	215-280 CHF	490-784 CHF
	1.2 Mbit/s	19.74 CHF	215-280 CHF	490-784 CHF
	1.8 Mbit/s	19.74 CHF	285-400 CHF	490-784 CHF
	2 Mbit/s	19.74 CHF	n/a	490-784 CHF
	3.6 Mbit/s	n/a	n/a	605-967 CHF
	4 Mbit/s	n/a	n/a	605-967 CHF
	10 Mbit/s	n/a	n/a	775-1'240 CHF
	30 Mbit/s	n/a	n/a	1'127-1'804 CHF
	100 Mbit/s	n/a	n/a	1'920-3'071 CHF
	500 Mbit/s	n/a	n/a	3'016-4'826 CHF
Einmalige Kosten	Installation/Neuschaltung	45.40 CHF	200.— CHF	2'500.— CHF
	Modem	150.— CHF	449.— CHF	1'160.— CHF
	Evtl. Ausbaukosten	-	-	2'000.— CHF
	Kollokation	24.59 CHF	-	-
	Netzwerkkosten	52.— CHF	-	-
	Total einmalige Kosten	271.99 CHF	649.— CHF	5'660 CHF

Tabelle 24: Zusammenfassung der Kosten der einzelnen Vorleistungsprodukte

156. Aus der Gegenüberstellung zeigt sich, dass die Preise für die regulierten Vorleistungsprodukte deutlich tiefer sind, als die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte. Daher besteht für FDA ein erheblicher Anreiz für die Bereitstellung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich wo immer möglich die regulierten Vorleistungsprodukte einzusetzen.

A.3.4 Möglichkeiten der Erschliessung

157. Im Rahmen der Eingaben wurden von Sunrise und Swisscom unterschiedliche Angaben betreffend die Möglichkeiten, die einzelnen Standorte mit Vorleistungsprodukten von Swisscom zu erschliessen, gemacht.

158. In ihrer Eingabe vom 25. August 2012 hat Sunrise angegeben, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung insgesamt lediglich [...] Standorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL von Swisscom angebunden waren.¹⁸⁶ Hierbei ging Sunrise davon aus, dass diejenigen Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL hätte bedient werden können, welche zu der von Sunrise entbündelten Swisscom Anschlusszentrale eine über das Kupferkabel zurückzulegende Distanz von weniger als [...] km aufweisen. Betreffend das Angebot im Rahmen der Ausschreibung „WAN-Anbindung“ hat Sunrise angegeben,

dass sie von [...] Poststandorten ausgegangen seien, die mittels TAL hätten angebunden werden können.¹⁸⁷ Mit dieser Konfiguration hätte Sunrise gemäss eigenen Angaben Vorleistungsprodukte in Höhe von CHF [...] Mio. ohne jährliche Preisreduktionen bzw. Vorleistungsprodukte in Höhe von geschätzt CHF [...] Mio. mit jährlichen Preisreduktionen zwischen [...] % und [...] % von Swisscom beziehen müssen.¹⁸⁸

159. Sunrise verfolgte zu dieser Zeit die Strategie, [...]. In ihrer Eingabe vom 22. August 2012 hat Sunrise angegeben, ab welchem Zeitpunkt, in einer rückblickenden Betrachtung, ein Standort mit TAL hätte erschlossen werden können. Demnach hätten ab dem 1. Januar 2010 [...] Poststandorte, ab dem 1. Januar 2011 [...] Poststandorte und ab dem 1. Januar 2012 [...] Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL bedient werden können.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Eingabe Sunrise vom 25. August 2012, Beilage zu Frage 1.

¹⁸⁷ Eingabe Sunrise vom 25. August 2012, Beilage; Summe der Nennungen „ULL“ (TAL) in den Spalten „Los 2 Access“ und „Los 1 Access“.

¹⁸⁸ Eingabe Sunrise vom 25. August 2012, S. 20.

¹⁸⁹ Eingabe Sunrise vom 25. August 2012, Beilage; Anzahl Standorte, für welche die Spalten „Los 2 ULL available“ und „Los 1 ULL available“ kleiner als das jeweils aufgeführte Datum ist.

160. Swisscom geht hingegen in ihrer Eingabe vom 28. August 2009 davon aus, dass Sunrise insgesamt 1'518 Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL hätte bedienen können.¹⁹⁰ Sie geht hierbei in einer differenzierenden Betrachtung davon aus, dass Standorte bis 1 Mbps über eine Distanz von [...]m, bis 1.2 Mbps über eine Distanz von [...]m, bis 1.8 Mbps über eine Distanz von [...]m und bis 2 Mbps über eine Distanz von [...]m erschlossen werden können.¹⁹¹ Hierdurch hätte Sunrise gemäss Angaben von Swisscom gegenüber der Post eine kostendeckende Offerte zu einem Preis von CHF ca. [16-23 Mio.] anbieten können.¹⁹²

161. Vor dem Hintergrund dieser divergierenden Angaben wurden im Rahmen des Verfahrens, wie nachfolgend dargestellt, die technologischen Eigenschaften der unterschiedlichen Datenübertragungs-Technologien im Hinblick auf ihre Durchleitungskapazitäten und Reichweiten, welche sehr stark von der Distanz der Poststandorte zu den jeweiligen Anschlusszentralen abhängen, untersucht.

162. Gleichzeitig zeigt Swisscom mit ihrer Beispielrechnung auf, dass kommerzielle Produkte und die regulierte TAL im Rahmen ihres Einsatzes im Geschäftskundenbereich grundsätzlich austauschbar sind, wenn diese der jeweiligen FDA an einem bestimmten Standort zur Verfügung stehen.

A.3.4.1 Bandbreite und Reichweite unterschiedlicher DSL-Technologien

163. Die in der Schweiz derzeit am häufigsten eingesetzte Breitbandtechnologie ist die drahtgebundene Technologie Digital Subscriber Line (nachfolgend: DSL).¹⁹³ Die verschiedenen DSL-Technologien werden hierbei unter dem Begriff xDSL zusammengefasst. Swisscom unterscheidet in ihrem BBCCS-Angebot grundsätzlich zwischen ADSL (Asymmetric DSL), SDSL (Symmetric DSL) und VDSL (Very High Speed DSL).¹⁹⁴ Die verschiedenen DSL-Technologien unterscheiden sich im Wesentlichen im Hinblick auf die Durchleitungskapazitäten und ihre Reichweiten. Hierbei stellen die Entfernung, der Leitungsquerschnitt und die Anzahl der DSL-User im Leitungsbündel limitierende Faktoren dar.¹⁹⁵ Zudem können weitere Faktoren wie Resonanzeffekte, Verzerrungen und Fremdeinstrahlungen die benutzten Teile des Frequenzspektrums beeinträchtigen.¹⁹⁶ Grundsätzlich erhöht sich die Leitungsdämpfung sowohl mit steigender Frequenz als auch mit zunehmender Entfernung, was dazu führt, dass sich die Datenrate mit steigender Länge der Leitung reduziert. Der Zusammenhang zwischen Datenrate und erzielbarer Reichweite lässt sich wie folgt darstellen:

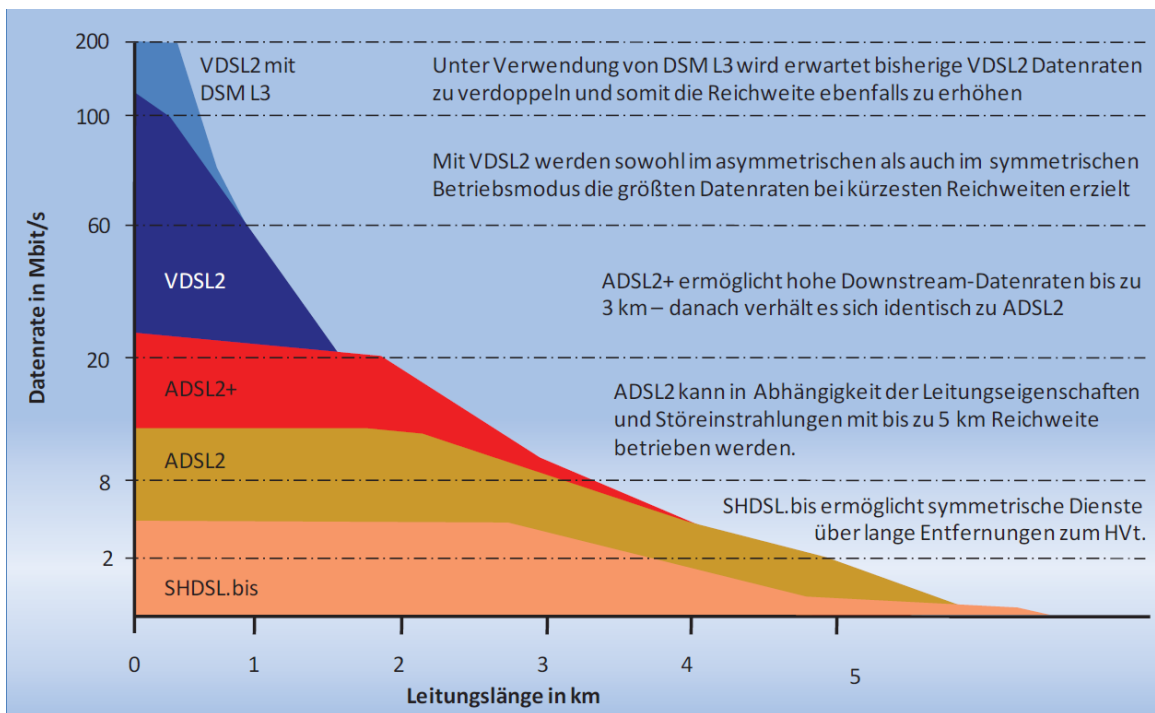


Abbildung 1: Schematische Darstellung der Downstream-Raten verschiedener DSL-Technologien¹⁹⁷

¹⁹⁰ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 25.

¹⁹¹ Eingabe Swisscom vom 21. September 2012, S. 2.

¹⁹² Summe aus den Angaben der Eingabe vom 28. August 2009, Rz. 30 und Angaben der Eingabe vom 21. September 2012, S. 4.

¹⁹³ Amtliche Fernmeldestatistik 2010, S. 36, <www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/index.html?lang=de> (18.07.2012).

¹⁹⁴ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 15, S. 3.

¹⁹⁵ Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien (LPR Hessen): Von der digitalen Landstrasse zur Datenautobahn, Schnelles Internet – Die Zugangstechnologien, S.

8, <www.nordig-nordhessendigital.de/files/studie_internet_zugangs-technologien.pdf> (18.07.2012).

¹⁹⁶ Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 6, <www.breitbandberatungsstellenachsen.de/breitbanddok/dok/gbWlaXfr76QB7yM4H3LQm74WjgG6AHCQTcBDOZTtL8wSMzcmnl/Bedarfs-%20und-%20Verf-%20FCgbarkeitsanalyse-%20Roenthal-%20aktualisiert-%20vom-%202025.09_g.pdf> (18.07.2012).

¹⁹⁷ Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 6, <www.breitbandberatungsstellenachsen.de/breitbanddok/dok/gbWlaXfr76QB7yM4H3LQm74WjgG6AHCQTcBDOZTtL8wSMzcmnl/Bedarfs-%20und-%20Verf-%20FCgbarkeitsanalyse-%20Roenthal-%20aktualisiert-%20vom-%202025.09_g.pdf> (18.07.2012).

164. Gemäss einer Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und Medien können mit den verschiedenen DSL-Technologien die nachfolgenden Bandbreiten erreicht werden:

Technologie	Maximale Datenrate Downstream in [Mbit/s]	Maximale Datenrate Upstream in [Mbit/s]	Ungefähre Reichweite [m] bei genannten Raten
ADSL	6	0.5	2'000
ADSL2+	20	1	1'500
VDSL	25	5	1'000
VDSL2	100	100	500

Tabelle 25: Übersicht xDSL-Technologien¹⁹⁸

165. Gemäss anderen Studien werden für DSL-Technologien folgende Datenraten angegeben:

Technologie	Maximale Datenrate Downstream in [Mbit/s]	Maximale Datenrate Upstream in [Mbit/s]	Ungefähre Reichweite [m] bei genannten Raten
ADSL	8	1	k.A.
ADSL2	12	1	k.A.
ADSL2+	24-25	1-4	k.A.

Tabelle 26: Leistungsübersicht xDSL-Technologien¹⁹⁹

166. Das BAKOM führt aus, dass eine symmetrische Bandbreite von 1 Mbit/s (Up- und Downstream) über eine theoretisch maximale Distanz von 3'000 m erbracht werden kann, solange die Leitung qualitativ hochstehend ist, das Frequenzspektrum genau eingehalten wird und keine Störungen (Crosstalk) vorhanden sind.²⁰⁰ Dennoch geht das BAKOM davon aus, dass die ADSL/ADSL2/ADSL2+ Technologie für die Erschliessung der Poststandorte nicht geeignet ist.

167. Mit der VDSL/VDSL2 Technologie könnte gemäss der Einschätzung des BAKOM eine symmetrische Bandbreite von bis zu 1.8 Mbit/s (Up- und Downstream) erreicht werden.²⁰¹ Allerdings schliesst Swisscom, gemäss Aussagen des BAKOM, die VDSL-Technologie im Rahmen der TAL aus und bietet stattdessen ein VDSL-Wholesale-Angebot an.²⁰²

168. Für die Bereitstellung von symmetrischen Bandbreiten ist gemäss BAKOM einzig die SDSL-Technologie vorgesehen, welche eine garantierte symmetrische Bandbreite von 1.8 Mbit/s bis zu einer Distanz von 1'800 m und eine garantierte symmetrische Bandbreite von bis zu 1.2 Mbit/s bis zu einer Distanz von etwas mehr als 2'000 m gewährleistet.²⁰³

169. Swisscom bot im Jahr 2008 die ADSL-Technologie in den Breitbandkonfigurationen 300/100 kbit/s, 1'000/100 kbit/s, 5'000/500 kbit/s und 6'000/600 kbit/s an.²⁰⁴ Die SDSL-Technologie wurde von Swisscom in den Konfigurationen 1'200/1'200 kbit/s und 1'800/1'800

kbit/s angeboten. Lediglich mit der VDSL-Technologie konnten höhere Bandbreiten realisiert werden. Hier bot Swisscom neben sämtlichen Bandbreiten der ADSL- und SDSL-Technologie unter anderen zusätzlich die Konfigurationen 16'000/2'000 kbit/s und 20'000/4'000 kbit/s an.

¹⁹⁸ Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien (LPR Hessen): Von der digitalen Landstrasse zur Datenautobahn, Schnelles Internet – Die Zugangstechnologien, S. 8, <www.nordig-nordhessendigital.de/files/studie_internet_zugangstechnologien.pdf> (18.07.2012).

¹⁹⁹ Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 5, <www.breitbandberatungsstellenachsen.de/breitbanddok/dok/gbWlaXfr76QB7yM4H3LQm74WjgG6AHCQTcBDOZTtL8wSMzcmnl/Bedarfs-%20und-%20Verf-%20FCgbarkeitsanalyse-%20Rothenthal-%20aktualisiert-%20vom-%2025.09_g.pdf> (18.07.2012); OECD-Studie vom 3. April 2008: Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, Developments in Fibre Technologies and Investment, S. 47, <www.oecd.org/dataoecd/49/8/40390735.pdf> (18.07.2012).

²⁰⁰ Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 2.

²⁰¹ Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 3.

²⁰² Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 5.

²⁰³ Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 4.

A.3.4.2 Distanz zwischen Anschlusszentralen und Poststandorten

170. Zur Beurteilung, ob ein bestimmter Poststandort durch Sunrise über die TAL zur Verfügung stehenden Kupferdoppeladerleitungen bedient werden kann, ist daher die Distanz des Poststandortes zur Anschlusszentrale von massgeblicher Bedeutung. Zur Plausibilisierung der divergierenden Antworten von Sunrise und Swisscom betreffend die Anzahl Standorte, die über die entbündelten Anschlusszentralen erschlossen werden können, wurden die Distanzen zwischen den Poststandorten und den jeweiligen Anschlusszentralen erfragt.

171. Daher wurde anhand von verschiedenen Szenarien analysiert, ob ein Poststandort mittels TAL an eine von Sunrise entbündelte Anschlusszentrale angeschlossen werden kann, ob die Distanz zwischen dem Poststandort und der Anschlusszentrale weniger als die von Swisscom (Tabelle 27), von Sunrise (Rz 40) bzw. vom BAKOM (Tabelle 28) aufgeführten Distanzen beträgt und ob der Poststandort an eine Anschlusszentrale angebunden ist, welche von Sunrise entbündelt wurde.

A.3.5 Erschliessungskosten

172. Ausgehend von den oben aufgeführten Anforderungen für die Erschliessung der einzelnen Poststandorte und den Vorleistungspreisen für die von Swisscom angebotenen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte lassen sich die Vorleistungskosten je nach Szenario für eine FDA wie folgt berechnen.

A.3.5.1 Szenario TAL bis 2 Mbit/s

173. In einem theoretischen Szenario kann angenommen werden, dass eine FDA sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat. Für eine solche FDA fallen für die Erschliessung der Standorte bis zu einer Bandbreite von

2 Mbit/s im günstigsten Fall lediglich die Kosten für die TAL an. Diejenigen Poststandorte, die mit einer höheren Bandbreite zu erschliessen sind, wurden mit dem jeweiligen Produkt CES berechnet. Hieraus ergaben sich insgesamt 2'196 theoretische Standorte, die mit dem Produkt TAL und 109 Standorte, die mit dem Produkt CES hätten erschlossen werden müssen. Aus diesen Berechnungen ergeben sich theoretisch insgesamt Vor- und direkte Eigenleistungskosten in Höhe von CHF [5-10 Mio.] (vgl. Anhang 1).

174. Da Swisscom mit einer FDA, die alle Anschlusszentralen entbündelt hat, gleichzusetzen ist, ergibt sich hieraus, dass die internen Kosten für die Leistungserbringung von Swisscom maximal so hoch sind, wie diejenigen des Szenarios TAL bis 2 Mbit/s. Gemäss Auskunft des BAKOM ist sogar davon auszugehen, dass die durchschnittlichen tatsächlichen historischen Kosten deutlich tiefer sind, als die kostenorientierten Preise, welche bei der regulierten TAL verwendet werden sowie auf Wiederbeschaffungskosten einer effizienten Anbieterin basieren und auch eine Rendite für das investierte Kapital beinhalten.²⁰⁵ Zudem geht das BAKOM davon aus, dass für eine VDSL-Anbindung die historischen Kosten von Swisscom im Durchschnitt nicht über den regulierten Entgelten liegen. Somit wäre es Swisscom durchaus möglich, auch höhere Bandbreiten zu den Kosten der regulierten TAL anzubieten.²⁰⁶

A.3.5.2 Szenario Swisscom

175. In ihrer Beispielrechnung ist Swisscom davon ausgegangen, dass die nachfolgenden Leitungslängen in Abhängigkeit zur Bandbreite mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL hätten erschlossen werden können:

Bandbreite	1 Mbit/s	1.2 Mbit/s	1.8 Mbit/s	2 Mbit/s
Distanz für TAL	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 27: Von Swisscom angenommene Bandbreiten und Leitungslängen für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch die TAL

176. Da zum Zeitpunkt der ersten Erbringung der Dienstleistung durch Sunrise noch nicht alle Anschlusszentralen durch Sunrise entbündelt worden waren, wurde eine monatsgenaue Berechnung durchgeführt. Diese ergab, dass von den 2'305 Poststandorten aufgrund der angegebenen Distanzen insgesamt 1'517 Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL über die gesamte oder einen Teil der Vertragsdauer hätten bedient werden können. Aus diesen Berechnungen ergeben sich direkte Vorleistungs- und Eigenleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] (vgl. Anhang 2). Swisscom kommt in ihrer Gegenrechnung auch auf Vorleistungskosten in Höhe von ca. CHF [16-23 Mio.] bei einer angenommenen Anzahl von 1'518 Poststandorten, die mit dem Vorleistungsprodukt TAL erschlossen hätten werden können. Allerdings geht Swisscom in ihrer Berechnung davon aus, dass sämtliche dieser 1'518 Poststandorte von

Beginn der Vertragsdauer an hätten erschlossen werden können.

A.3.5.3 Szenario Sunrise

177. Sunrise ging für die Berechnung der Anzahl Poststandorte, die erschlossen hätten werden können, von einer Leitungslänge von [...] m und unter Verwendung

²⁰⁴ Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 15, S. 5.

²⁰⁵ Eingabe BAKOM vom 6. September 2013, S. 4.

²⁰⁶ Eingabe BAKOM vom 6. September 2013, S. 6.

mehrerer Anschlussleitung einer maximalen Bandbreite von [...] Mbit/s aus. Hieraus ergaben die Berechnungen, dass Sunrise von den 2'305 Standorten insgesamt [...] Standorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL über die gesamte oder einen Teil der Vertragslaufzeit hätte erschliessen können. Aus diesen Berechnungen ergeben

sich Vorleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] (vgl. Anhang 3).

A.3.5.4 Szenario BAKOM

178. Das BAKOM ging für den Einsatz der TAL als Vorleistungsprodukt von den nachfolgenden Leitungslängen aus:

Bandbreitenkombination	Leitungslänge
1.8 Mbit/s / 1.8 Mbit/s	1'800 m
1.2 Mbit/s / 1.2 Mbit/s	2'500 m
1 Mbit/s / 1 Mbit/s	2'700 m

Tabelle 28: Bandbreite und Leitungslänge für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch TAL²⁰⁷

179. Ausgehend von diesen Leitungslängen hätten insgesamt 1'259 Standorte mit der TAL angeschlossen werden können. Aus diesen Berechnungen hätten sich direkte Vor- und Eigenleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] ergeben (vgl. Anhang 4).

A.3.5.5 Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen

180. In einem weiteren hypothetischen Szenario wurde von rein kommerziellen Produkten von Swisscom aus-

gegangen. Hierbei wurde eine FDA angenommen, die keine Anschlusszentrale von Swisscom entbündelt hat, so dass diese keinen einzigen Poststandort mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL hätte erschliessen können. Eine solche FDA hätte gegenüber Swisscom Vorleistungskosten in Höhe von CHF [32-38 Mio.] zu entrichten gehabt (vgl. Anhang 5).

A.3.5.6 Fazit

181. Zusammenfassend können die Vorleistungskosten für die einzelnen Szenarien wie folgt dargestellt werden:

Szenario					
	reguliert	teilweise reguliert			nicht reguliert
	TAL bis 2 Mbit/s	Swisscom	Sunrise	BAKOM	BBCS/CES
Kosten in CHF	[5-10 Mio.]	[16-23 Mio.]	[16-23 Mio.]	[16-23 Mio.]	[32-38 Mio.]
%-Anteil regulierte Preise (bis 2 Mbit/s)	100 %	69 %	[...] %	57%	0 %

Tabelle 29: direkte Vor- und Eigenleistungskosten für die einzelnen Szenarien

182. Auffällig ist hierbei, dass die direkten Vor- und Eigenleistungskosten lediglich in den Szenarien Swisscom, Sunrise und TAL bis 2 Mbit/s unter dem Preis liegen, den Swisscom gegenüber der Post geboten hat.

A.3.6 Weitere bei der FDA anfallende Kosten

183. Neben den Vorleistungskosten, die an Swisscom zu entrichten sind, fallen bei einer FDA weitere Kosten an, welche diese als Eigenleistungen aufzuwenden hat. Als erste, zusätzliche Kostenposition sind die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (nachfolgend: VVGK) zu nennen. Da gemäss Swisscom eine exakte Beziffe-

rung der VVGK nicht möglich ist, stellt sie auf einen von der ComCom verwendeten VVGK-Zuschlag von 6 % ab.²⁰⁸ Die Anwendung dieses Prozentsatzes auf die Kosten (CHF [16-23 Mio.]) ergibt nach Aussage von

²⁰⁷ Vgl. Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 5. Hierbei wird zu Gunsten von Swisscom der beste anzunehmende Fall angewendet. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht für alle in Frage kommenden Poststandorte die vom BAKOM als maximal mögliche angegebene Bandbreite erzielt werden kann.

²⁰⁸ Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013, S. 23.

Swisscom zusätzliche Kosten im Umfang von ca. CHF 1 Mio.²⁰⁹ Sunrise gibt als Kostenpositionen unter dem Titel *Zusatz- und Gemeinkosten* Aufwände für den Kundendienst, die Rechnungsstellung, Forderungsausfälle und restliche Gemeinkosten an.²¹⁰ Für den Kundendienst veranschlagt Sunrise für Fixnet Kunden (Telefonie und Internet zusammen) pauschal CHF [30-80] pro Kunde pro Jahr. Für die Rechnungsstellung und die Forderungsausfälle rechnet Sunrise für ihre Vertragskunden allgemein (Fix- und Mobilekunden sind nicht getrennt aufgeführt) CHF [10-20] pro Kunde pro Jahr. CHF [0-10] pro Kunde und Monat verwendet Sunrise unter den restlichen Gemeinkosten für Fixnet Produkte pauschal. Bei einer Anzahl von 2'305 Poststellen ergibt das Zusatz- und Gemeinkosten von CHF [10'000-20'000] pro Monat bzw. CHF [200'000-300'000] pro Jahr. Was zu Zusatz- und Gemeinkosten von insgesamt CHF [800'000-1'200'000] für die Laufzeit des Projekts in ähnlicher Grössenordnung führen würde.

184. Im Hinblick auf die Kosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale gibt Sunrise an, dass die Kosten für den Ausbau einer grossen Anschlusszentrale CHF [200'000-350'000] für die ersten [200-300] Kunden und CHF [25'000-45'000] für mehr als [200-300] Kunden betragen.²¹¹ Falls erwartet wird, dass weniger als 250 Kunden die Anschlusszentrale nutzen werden, werden die Erschliessungskosten mit CHF [100'000-200'000] für

die erstmalige Erschliessung und mit [150'000-250'000] für die Erweiterung auf über [200-300] Kunden angegeben. Gemäss der von Swisscom eingereichten Anzahl Teilnehmeranschlüsse können [200-300] „kleine Anschlusszentralen“ identifiziert werden, die Sunrise entbündelt hat. Hier beträgt die durchschnittliche Anzahl gemieteter Leitungen [100-200], so dass sich hieraus zusätzliche Kosten pro Leitung in Höhe von ca. CHF [500-1'500] für die Erschliessung ergeben. Zudem wurden [300-400] grosse Anschlusszentralen identifiziert, bei welchen die durchschnittliche Anzahl gemieteter Leitungen [500-800] beträgt. Dies entspricht zusätzlichen Kosten pro entbündelter Leitung in Höhe von ca. CHF [300-600]. Gewichtet man die Entbündelungskosten mit der durchschnittlichen Anzahl gemieteter Leitungen, so betragen die durchschnittlichen Entbündelungskosten CHF [500-1'000]. Bei 1'543 angenommenen entbündelten Anschlussleitungen (TAL) von Swisscom würden somit Zusatzkosten in Höhe von CHF [1'000'000-2'000'000] entstehen.

185. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Zusatzkosten (Investition und VVGK) in Höhe von CHF [2'000'000-3'000'000] hinzugerechnet werden müssen.

186. Hieraus ergeben sich für die oben beschriebenen Szenarien die nachfolgenden Kosten:

Gesamtkosten je nach Szenario						
Kosten je Szenario	TAL bis 2 Mbit/s	Swisscom	Sunrise	BAKOM SDSL	BAKOM VDSL	BBCS/CES
Vorleistung inkl. spez. Eigenleistung	[5-10 Mio.]	[16-23 Mio.]	[16-23 Mio.]	[16-23 Mio.]	[16-23 Mio.]	[32-38 Mio.]
Anzahl TAL	2'196	1'517	[...]	1'259	1'456	0
Kosten TAL (CHF [500-1'000])	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]	[500'000-1'500'000]	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]	0.–
VVGK (6 %)	[400'000-600'000]	[1'000'000-1'200'000]	[1'200'000-1'400'000]	[1'200'000-1'400'000]	[1'200'000-1'400'000]	[2.04-2.16 Mio.]
Zusätzliche Eigenleistung	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]	[1.92-2.28 Mio.]
Gesamt	[8'000'000-10'000'000]	[20'000'000-21'000'000]	[22'000'000-23'000'000]	[24'000'000-25'000'000]	[20'500'000-21'500'000]	[32-38 Mio.]

Tabelle 30: Szenarien für die Berechnung der Vorleistungskosten.

²⁰⁹ Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013, S. 23.

²¹⁰ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013.

²¹¹ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013.

187. Aus der obenstehenden Tabelle wird ersichtlich, dass die Vorleistungskosten zusammen mit den internen Kosten einer FDA in den Szenarien Swisscom, Sunrise, BAKOM und BCS/CES über dem Preis liegt, den Swisscom letztendlich gegenüber der Post geboten hat.

A.3.7 Preise der Vorleistungsprodukte in zeitlicher Hinsicht

188. Die grundsätzlichen Preisunterschiede zwischen den regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten haben sich auch über die Zeit hinweg nicht gross verändert. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Entwicklung der einzelnen Vorleistungsprodukte auf:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
TAL	23.50	18.80	16.60 ²¹²	15.50 ²³⁸	15.50 ²³⁸	15.50 ²³⁸
SDSL 1.2	215-280	215-280	215-280	215-280	n/a	n/a
SDSL 1.8	285-400	285-400	285-400	285-400	n/a	n/a
2/2 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	200	150	150
4/4 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	350	200	200
10/10 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	480	300	300
30/30 (Glasfaser)	n/a	n/a	n/a	600	400	400
100/100 (Glasfaser)	n/a	n/a	n/a	880	600	600
2/2 CES	490-784	490-784	300-1'000	300-1'000	300-1'000	220-595
4/4 CES	605-967	605-967	400-1'215	400-1'215	400-1'215	250-700
10/10 CES	775-1'240	775-1'240	600-1'700	600-1'700	600-1'700	450-1'015
30/30 CES	1'127-1'804	1'127-1'804	840-2'080	840-2'080	840-2'080	605-1'360
100/100 CES	1'920-3'071	1'920-3'071	1'160-2'520	1'160-2'520	1'160-2'520	840-1'870
500/500 CES	3'016-4'826	3'016-4'826	1'900-5'040	1'900-5'040	1'900-5'040	1'475-3'605

Tabelle 31: Vergleich der Wholesale-Preise in CHF im Geschäftskundenbereich über die Jahre

189. Die obige Aufstellung zeigt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte immer ein Vielfaches der Preise für die regulierten Vorleistungsprodukte betrug.

A.3.8 Gebote im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens

190. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens haben [...], Sunrise und Swisscom ein Gebot eingereicht.²¹³ Das Evaluationsverfahren von Seiten der Post wurde anhand der nachfolgenden Kriterien durchgeführt:²¹⁴

²¹² Vgl Medienmitteilung BAKOM vom 08.12.2011, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42583> [30.05.2014].

²¹³ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 5.

²¹⁴ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 4.

Zuschlagskriterien	Gewichtung
Erfüllung der Anforderungen	55 %
Wirtschaftlichkeit (Preis)	40 %
Transparenz und Qualität des Angebots	5 %
Total:	100 %

Tabelle 32: Gewichtung der Evaluationskriterien der Post betreffend Ausschreibung WAN-Anbindung

191. Gemäss Evaluationsbericht hat Sunrise beim ersten Zuschlagskriterium (Erfüllung der Anforderungen) mit einer Punktzahl von [...] gegenüber Swisscom (Punktzahl: 90.89) und [...] (Punktzahl: [...]) in beiden Losen das beste Evaluationsresultat erzielt.²¹⁵

192. Beim zweiten Zuschlagskriterium (Preis) hat das Angebot von Swisscom für beide Lose die beste Punktzahl von 100 erreicht.²¹⁶ Das Angebot von Sunrise für beide Lose erreichte lediglich eine Punktzahl von [...], dasjenige von [...] für beide Lose eine Punktzahl von [...]. Dies hängt damit zusammen, dass nach den Verhandlungsrunden Swisscom einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [16-23 Mio.], Sunrise einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [...] und [...] einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [...] anboten.

193. Beim dritten Zuschlagskriterium (Qualität und Transparenz des Angebots) hat [...] mit einer Punktzahl

von [...] in beiden Losen gegenüber Sunrise (Punktzahl: [...]) und Swisscom (Punktzahl: 33) das beste Evaluationsresultat erzielt.²¹⁷

194. Insgesamt erreichte das Angebot von Swisscom für beide Lose eine Punktzahl von 91.64 (Anforderungen: 49.98; Preis: 40; Transparenz: 1.66), das Angebot von Sunrise für beide Lose eine Punktzahl von [...] (Anforderungen: [...]; Preis [...]; Transparenz: [...]) und das Angebot von [...] eine Punktzahl von [...] (Anforderungen: [...]; Preis: [...]; Transparenz: [...]).²¹⁸

195. Entsprechend dem Evaluationsergebnis wurde in der Folge der Zuschlag an Swisscom erteilt.

A.3.8.1 Angebot von [...]

196. [...] legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am [...] ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor:²¹⁹

Posten	Preis:
Los 1	CHF [5'000'000-10'000'000]
Los 2	CHF [25'000'000-30'000'000]
./ Volumenrabatt	CHF [0-1'000'000]
./ Redundanzkosten	CHF [0-100'000]
Gesamttotal beide Lose	CHF [30'000'000-40'000'000]

Tabelle 33: Angebot von [...] vor Verhandlungsrunde

197. Im Rahmen der Preisverhandlungen hat [...] aufgrund einer differenzierteren Betrachtung der Standorte und den sich daraus ergebenden Änderungen im Hinblick auf die direkte Anbindung an das [...] bzw. die Anbindung über Drittanbieter die Preise nochmals wie folgt angepasst:

²¹⁵ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 9.

²¹⁶ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 11.

²¹⁷ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 11.

²¹⁸ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 12.

²¹⁹ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 10.

Posten	Preis:
Los 1	CHF [5'000'000-10'000'000]
Los 2	CHF [25'000'000-30'000'000]
./. Volumenrabatt	CHF [0-1'000'000]
./. Redundanzkosten	CHF [0-100'000]
Gesamttotal beide Lose	CHF [30'000'000-40'000'000]

Tabelle 34: Angebot von [...] nach Verhandlungsrunde

A.3.8.2 Angebot von Sunrise

198. Sunrise legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am [...] ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor:²²⁰

Posten	Preis:
Los 1	CHF [5'000'000-10'000'000]
Los 2	CHF [20'000'000-30'000'000]
./. Volumenrabatt	CHF [1'000'000-2'000'000]
./. Redundanzkosten	CHF [0-100'000]
Gesamttotal beide Lose	CHF [30'000'000-40'000'000]

Tabelle 35: Angebot von Sunrise vor Verhandlungsrunde

199. Gegenüber dem ursprünglichen Angebot [...]. Zudem [...]. Dies führte von Seiten Sunrise zu dem nachfolgenden Angebot:

²²⁰ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 10.

Posten	Preis:
Los 1	CHF [5'000'000-10'000'000]
Los 2	CHF [20'000'000-30'000'000]
./ . Volumenrabatt	CHF [1'000'000-2'000'000]
./ . Redundanzkosten	CHF [0-100'000]
Gesamttotal beide Lose	CHF [20'000'000-30'000'000]

Tabelle 36: Angebot von Sunrise nach Verhandlungsrunde

A.3.8.3 Angebot von Swisscom

200. Swisscom legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am 25. August 2008 ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor:²²¹

Posten	Preis:
Los 1	CHF [...]
Los 2	CHF [...]
./ . Volumenrabatt	CHF [...]
./ . Redundanzkosten	CHF [...]
Gesamttotal beide Lose	CHF [...]

Tabelle 37: Angebot von Swisscom vor Verhandlungsrunde

201. Im Rahmen der Nachverhandlungen mit der Post führte Swisscom aus, dass die vorliegende Ausschreibung vor einer wohl zwischen der Post und Swisscom bestehenden Bonusvereinbarung erfolgte. Im Hinblick

auf diese Bonusvereinbarung habe Swisscom alle Preise nochmals gesenkt und die Volumenrabatte erhöht, was zum nachfolgenden Angebot führte:

Posten	Preis:
Los 1	CHF [...]
Los 2	CHF [...]
./ . Volumenrabatt	CHF [...]
./ . Redundanzkosten	CHF [...]
Gesamttotal beide Lose	CHF [20-22 Mio.]

Tabelle 38: Angebot von Swisscom nach Verhandlungsrunde

²²¹ Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010, Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 11.

A.3.9 Kostenschätzung Swisscom für das Angebot gegenüber der Post

202. In ihren Eingaben machte Swisscom geltend, dass intern zu einzelnen Projekten regelmässig keine Projektabrechnungen gemacht werden.²²² Swisscom führte aus, dass deshalb auch im vorliegenden Fall keine Projektabrechnung vorliege.²²³ Aus diesem Grund sei es Swisscom nicht möglich, die dem Angebot zugrundeliegenden effektiven direkten und indirekten Kosten zuzuordnen.

203. Seit dem 1. August 2007 sei die interne Konzernstruktur von Swisscom reorganisiert worden, was zu einer geänderten Finanzberichterstattung geführt habe.²²⁴ Swisscom sei neu in die Geschäftsbereiche „Privatkunden“, „Kleine und Mittlere Unternehmen“, „Grossunternehmen“ und „Netz & IT“ gegliedert worden. Die Finanzberichterstattung sei ebenfalls an die neue Organisation angepasst worden und die Geschäftsbereiche von Swisscom würden in der Segmentberichterstattung als einzelne Segmente dargestellt. Daher würden für die finanzielle Führung der Kundensegmente keine Kosten für die Nutzung des Mobilfunk- und Festnetzes verrechnet.

204. Aufgrund dieser Ausführungen muss daher davon ausgegangen werden, dass Swisscom intern über kein Controlling verfügt, welches erlaubt, die innerhalb von Swisscom anfallenden Kosten auf die einzelnen Projekte umzulegen. Daher wird zur näherungsweise Ermittlung der internen Kosten von Swisscom im Projekt WAN-Anbindung auf die Segmentberichterstattung des Jahresberichts abgestellt, wobei davon ausgegangen wird, dass der Bereich „Netz & IT“ als Cost Center geführt wird.²²⁵

205. Zur Ermittlung der durchschnittlichen in den einzelnen Geschäftsbereichen von Swisscom erzielten Margen wird aus der Erfolgsrechnung bei den drei Geschäftsbereichen „Privatkunden“, „Kleine und Mittlere Unternehmen“ und „Grosskunden“ vom jeweiligen Segmentergebnis ausgegangen. Auf die einzelnen Segmente werden dann jeweils die Kosten des Cost Center „Netz & IT“ sowie der dem Umsatz entsprechende Anteil am Finanzaufwand und Ertragssteueraufwand gemäss dem in dem jeweiligen Segment erzielten Umsatz umgelegt.

206. Die Umlage nach dem Umsatz ist diejenige Variante, die für Swisscom am günstigsten ist. Eigentlich müssten die Kosten für das Kupferkabelnetzwerk pro einzelne Leitung berechnet und entsprechend umgelegt werden. Da im Privatkundenbereich die grösste Anzahl Kupferkabelleitungen nachgefragt wird und die gegenüber dem Endkunden verrechneten Kosten i.d.R. weniger als CHF 100.– betragen, die Kosten für ein Wholesale-Angebot allerdings erst bei Kosten von CHF 215.– beginnen, werden aufgrund der umsatzbasierten Umlage tendenziell mehr Kosten auf den Bereich GBU umgelegt, als effektiv entstehen. Zudem sind im Bereich Netz und IT auch die Kosten für das Mobilfunknetzwerk von Swisscom und gegebenenfalls Kosten für den Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur enthalten. Es ist davon auszugehen, dass diese einen höheren Anteil ausmachen als die Unterhaltskosten für das beschriebene Kupferkabelnetzwerk, so dass auch aus diesem Grund

davon auszugehen ist, dass mehr Kosten umgelegt werden als effektiv entstehen. Dies hat zur Folge, dass die so errechnete Marge im Bereich GBU wohl bedeutend tiefer ist, als sie tatsächlich wäre und somit zu Gunsten von Swisscom ausfällt.

²²² Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012, S. 4.

²²³ Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012, S. 4.

²²⁴ Eingabe Swisscom vom 23. September 2010, S. 11 f.

²²⁵ Vgl. Eingabe Swisscom vom 23. September 2010, S. 12.

Geschäftsbericht 2011	PK	KMU	GBU	WH	Netz&IT	EI.²²⁶	Total
Nettoumsatz mit externen Kunden	4'906	1'127	1'754	609	-	-	8'369
Nettoumsatz mit anderen Segmenten	241	48	111	388	-	- 723	65
Nettoumsatz	5'147	1'175	1'865	997	-	- 723	8'461
Segmentergebnis	2'863	869	915	380	-2'242	1	2'786
						Kosten Netz&IT	-2'242
Umlage Kosten Netz&IT	-1'310.06	-300.94	-468.37	-162.62			
						Finanzaufwand	-227.71
Umlage Finanzaufwand	-133.06	-30.57	-47.57	-16.52			
						Ertragssteuer	-110.56
Umlage Ertragssteuer	-64.60	-14.84	-23.40	-8.02			
Konsolidiertes Ergebnis	1'355.28	522.65	375.96	192.84			
Margen Sparte	27.62 %	46.38 %	21.43 %	31.67 %			

Tabelle 39: Berechnung Marge pro Sparte 2011

Geschäftsbericht 2010	PK	KMU	GBU	WH	Netz&IT	EI.	Total
Nettoumsatz mit externen Kunden	4'897	1'123	1'732	748	-	-	8'500
Nettoumsatz mit anderen Segmenten	293	52	126	505	-	-910	66
Nettoumsatz	5'190	1'175	1'858	1'253	-	-910	8'566
Segmentergebnis	2'906	864	935	439	-2'372	1	2'773

²²⁶ Mit EI. wird im Geschäftsbericht von Swisscom der Posten Elimination abgekürzt.

					Kosten Netz&IT	-2'372
Umlage Kosten Netz&IT	-1'366	-313.38	-483.33	-208.74		
					Finanzaufwand	-258.80
Umlage Finanzaufwand	-149.10	-34.19	-52.73	-22.77		
					Ertragssteuer	-355.94
Umlage Ertragssteuer	-205.06	-47.03	-72.53	-31.32		
Konsolidiertes Ergebnis	1'185.29	469.40	326.41	176.17		
Margen Sparte	24.20 %	41.80 %	18.85 %	23.55 %		

Tabelle 40: Berechnung Marge pro Sparte 2010

Geschäftsbericht 2009	PK	KMU	GBU	WH	Netz&IT	EI.	Total
Nettoumsatz mit externen Kunden	4'725	1'090	1'686	877	-	-	8'378
Nettoumsatz mit anderen Segmenten	292	55	146	568	-	-986	75
Nettoumsatz	5'017	1'145	1'832	1'445	-	-986	8'453
Segmentergebnis	2'832	832	907	471	-2'321	1	2'713

					Kosten Netz&IT	-2'321
Umlage Kosten Netz&IT	-1'308.99	-301.97	-467.08	-242.96		
					Finanzaufwand	-243.64
Umlage Finanzaufwand	-137.41	-31.70	-49.03	-25.50		
					Ertragssteuer	-321.13
Umlage Ertragssteuer	-181.11	-41.78	-64.62	-33.62		
Konsolidiertes Ergebnis	1'195.49	456.55	326.26	168.92		
Margen Sparte	25.30 %	41.89 %	19.35 %	19.26 %		

Tabelle 41: Berechnung Marge pro Sparte 2009

207. Für den Geschäftsbereich GBU ergibt sich daher gemäss Geschäftsbericht aus den Jahren 2009 bis 2011 eine durchschnittliche Marge in Höhe von 19.88 %.

	2009	2010	2011	Ø
Durchschnittliche Marge GBU	19.35 %	18.85 %	21.43 %	19.88 %

Tabelle 42: Durchschnittliche Marge Grossunternehmen

208. Ausgehend von dieser durchschnittlichen Gewinnmarge würden daher für Swisscom bei einer Rückrechnung im Projekt WAN-Anbindung der Post ein errechneter durchschnittlicher Reingewinn in Höhe von CHF [3-5 Mio.] (19.88 % von CHF [16-23 Mio.]) und errechnete interne Kosten in Höhe von CHF [10-20 Mio.] anfallen.

209. Swisscom geht von einer Gewinnmarge von durchschnittlich [...] % aus.²²⁷ Hieraus würden sich ein errechneter durchschnittlicher Reingewinn in Höhe von CHF [...] ([...] % von CHF [16-23 Mio.]) und errechnete interne Kosten in Höhe von CHF [10-20 Mio.] ergeben.

A.4 Ermittlungsergebnis

210. Die Sachverhaltsabklärung hat aufgezeigt, dass bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s die Vorleistungsprodukte TAL, BBCS und CES für die Bereitstellung von Breitbandanbindungen, wie sie die Post nachgefragt hat und wie sie im Markt üblicherweise nachgefragt werden, austauschbar sind. Damit eine FDA auf die TAL zurückgreifen kann, muss sie allerdings die entsprechende Anschlusszentrale entbündelt haben.

211. Der Preis für die regulierte TAL liegt mit monatlich wiederkehrenden Kosten von CHF [18-20] und Einmalkosten von CHF [260-290] deutlich unter denjenigen Kosten der kommerziellen Vorleistungsprodukte, die monatlich wiederkehrende Kosten zwischen CHF 215.— und 784.— sowie Fixkosten zwischen CHF 649.— und CHF 5'660.— aufweisen (vgl. Rz 155). Gemäss Aussagen des BAKOM erreichen die internen Kosten von Swisscom im Durchschnitt für die Leistungserbringung maximal die Kosten für die regulierte TAL.²²⁸

212. Aufgrund des oben Aufgeführten, entsprechen die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung der Dienste gegenüber der Post maximal den Kosten für eine FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat und betragen damit maximal dem Szenario „reguliert“, also CHF [8'000'000-10'000'000] (vgl. Rz 186). Der von Swisscom gegenüber der Post angebotene Preis vom CHF [20-22 Mio.] liegt daher deutlich über den internen Kosten von Swisscom. Auch die von Swisscom errechneten Vor- und Eigenleistungskosten, die Sunrise gemäss ihrer Beispielsrechnung hätte entrichten müssen, liegen mit ca. CHF [16-23 Mio.] noch deutlich über den internen Kosten von Swisscom.

A.5 Stellungnahme BAKOM zu den Kostenberechnungen und Würdigung durch die WEKO

213. Per Amtshilfe hat die WEKO das BAKOM gebeten, zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen Stellung zu nehmen, wobei dem BAKOM lediglich das Berechnungsmodell sowie die Erläuterungen zum Berechnungsmodell zugestellt wurden.

A.5.1 Zur Vorgehensweise der WEKO im Allgemeinen

214. Das BAKOM erachtet die Vorgehensweise des Sekretariats bei der Auswahl der Vorleistungsprodukte als vertretbar.²²⁹ Zudem merkt das BAKOM an, dass das Berechnungsmodell auf einer rückblickenden Betrachtung angestellt wurde²³⁰, so dass die zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestehenden Unsicherheiten betreffend den Umfang des zukünftigen Netzausbaus sowie die Netzausbaukosten (Erschliessung von Swisscom Anschlusszentralen) seitens Sunrise in dem dem BAKOM unterbreiteten Berechnungsmodell keine Berücksichtigung gefunden hätten. Insbesondere das Abstellen auf die Angaben der beiden Unternehmen Swisscom und Sunrise zur Erschliessung der einzelnen Poststandorte, erlaube allfällige einzelfallspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen und allfällige Informationsasymmetrien auszugleichen. Zudem könne auf diese Weise die unterschiedliche Auffassung über die technologische Performance abgebildet werden.

215. Das BAKOM schlägt zudem eine alternative Vorgehensweise vor, welche losgelöst von den Angaben von Swisscom und Sunrise hätte angewendet werden können, indem deren Angaben zur Erschliessungsart ignoriert worden wären und einzig aufgrund der geforderten Bandbreiten und der Leitungslängen der theoretisch optimale Leistungsmix errechnet worden wäre.²³¹ Das BAKOM wendet aber selbst ein, dass eine solche Betrachtung allfällige einzelfallspezifische Besonderheiten und firmeninternes Wissen nicht berücksichtigen würde.

216. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist auf den Einzelfall abzustellen, weshalb die WEKO an der Berechnungsmethode des Sekretariats, welche die einzelfallspezifischen Besonderheiten berücksichtigt, festhält. Hierbei geht es insbesondere auch um den im Berechnungsmodell vorgesehenen CES-Abgleich. Dieser wurde vom Sekretariat in das Berechnungsmodell eingeführt, da in ihrer Beispielrechnung angab, dass für einige Poststandorte das teurere Vorleistungsprodukt CES anstatt BBCS eingesetzt werden müsste, während Sunrise in ihrer Berechnung davon ausging, dass das günstigere Vorleistungsprodukt BBCS hätte eingesetzt werden können. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Angaben von Swisscom eher den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen und daher auf diese Angaben abzustellen ist.

²²⁷ Eingabe Swisscom vom 14. März 2014, S. 4.

²²⁸ Eingabe BAKOM vom 6. September 2013, S. 4.

²²⁹ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 4 f.

²³⁰ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 6 f.

²³¹ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 5.

A.5.2 Zu den berücksichtigten Kostenkomponenten

217. Das BAKOM merkt weiter an, dass neben den reinen Vorleistungskosten, welche Sunrise an Swisscom hätte entrichten müssen, weitere Kostenkomponenten in das Berechnungsmodell eingeflossen sind.²³² Das BAKOM scheint aber implizit davon auszugehen, dass nicht sämtliche Kosten, welche Sunrise entstehen würden, wenn sie die von der Post geforderten Leistungen erbringen möchte, im Kostenmodell enthalten sind, da es auf der einen Seite angibt, nicht abschliessend beurteilen zu können, ob das Modell auf die Herleitung dieser Kosten abzielt.²³³ Auf der anderen Seite führt das BAKOM eine Beispielrechnung betreffend die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung CES an und schliesst daraus, dass der Unterschied in den Kosten für TAL und CES ein Anhaltspunkt darstellen dürfte, welche Eigenleistungen Sunrise zu erbringen hätte, wenn sie TAL von Swisscom bezieht.²³⁴ Der Vollständigkeit halber merkt das BAKOM allerdings an, dass die Kosteninformationen aus dem Kostenmodell von Swisscom stammen, welche bisher nicht behördlich überprüft wurden. Zudem wurden im Modell von Swisscom Vollkosten gemäss FMG und nicht Grenzkosten berechnet.

218. Swisscom macht geltend, dass das von ihr eingereichte Kostenmodell die vollständigen Kosten abbildet, welche Sunrise entstanden wären, wenn sie den Zuschlag für die Anbindung der Poststandorte erhalten hätte und schliesst daraus, dass Sunrise ein kostendeckendes Angebot hätte unterbreiten können.²³⁵ Allerdings sind in diesem Modell die VVGK, sowie die Kosten

für den Ausbau einer Anschlusszentrale von Swisscom nicht enthalten (vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel A.3.6). Sunrise hat die Höhe der von Swisscom angegebenen Kosten in etwa bestätigt,²³⁶ weshalb im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bei der Verwendung der TAL nicht von höheren Zusatzkosten auszugehen ist, wie dies das BAKOM mit Blick auf die ihr von Swisscom im Rahmen Regulierung von CES bereitgestellten Kosten, vermutet.²³⁷

219. Vor dem Hintergrund dieser substantiellen Kostenunterschiede (das BAKOM geht beispielsweise in seiner Betrachtung basierend auf den behaupteten kostenorientierten Preisen zu CES von Backbone-Kosten in Höhe von CHF [80-130] und CHF [80-130] aus, während Swisscom in ihrer Beispielrechnung von Backbone-Kosten in Höhe von CHF [1-5] ausgeht) ist die Aussage des BAKOM, dass ein direkter Vergleich der beiden Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“ unter Umständen als problematisch angesehen werden kann, zu relativieren. Da auch Sunrise die von Swisscom angegebenen Kosten in etwa bestätigt hat,²³⁸ ist wie vom Sekretariat untersucht auf die Kostenangaben von Swisscom abzustellen.

A.5.3 Zum Szenario BAKOM

220. Betreffend die Szenarien zur Erschliessung der Poststellen hat das BAKOM neu auch die asymmetrische VDSL bzw. VDSL 2 Technologie als Alternative herangezogen und ein weiteres Szenario mit den nachfolgenden Leitungslängen berechnet:

Bandbreitenkombination	Leitungslänge
4 Mbit/s	800 m
3.6 Mbit/s	800 m
2 Mbit/s	1'800 m
1.8 Mbit/s	3'500 m
1.2 Mbit/s	3'500 m
1 Mbit/s	3'500 m

Tabelle 43: Bandbreite und Leitungslänge für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch TAL²³⁹

221. Basierend hierauf hat das BAKOM anhand des Modells Kosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] (ohne CES-Abgleich) errechnet. Diese Kosten liegen etwas höher als die für das Szenario Swisscom errechneten Kosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.].

A.5.4 Zu den weiteren Anmerkungen des BAKOM

222. Das BAKOM führt in seiner Eingabe weiter die Kostenänderungen betreffend CES seit dem Zugangsverfahren 2012 an.²⁴⁰ Mit der Unterstellung von CES unter das Regulierungsregime hat Swisscom die Preise für CES substantiell gesenkt.²⁴¹ So sind nach Angaben des BAKOM die Kosten für CES zwischen 2010 und 2012 im Durchschnitt um 40% bis 53% gesunken, ohne dass sich

²³² Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 5 f. (insb. Kap. 2.2.1.1).

²³³ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 6.

²³⁴ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 11 (insb. Kap. 3.2.4).

²³⁵ Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 8.

²³⁶ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013, insb. S. 5 f.

²³⁷ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 11 (insb. Kap. 3.2.4).

²³⁸ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013, insb. S. 5 f.

²³⁹ Vgl. Schreiben BAKOM vom 30. August 2012, S. 5. Hierbei wird zu Gunsten von Swisscom der beste anzunehmende Fall angewendet. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht für alle in Frage kommenden Poststandorte die vom BAKOM als maximal mögliche angegebene Bandbreite erzielt werden kann.

²⁴⁰ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 9 f.

²⁴¹ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 10 f.

²⁴² Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 9.

an der zugrundeliegenden Netzwerktechnik etwas geändert hätte.²⁴² Das BAKOM merkt in diesem Zusammenhang an, dass die Veränderung der CES-Preise beim Übergang von kommerziellen zu kostenorientierten Preisen interessante Hinweise zur Höhe der kommerziellen CES-Preise bis 2011 sowie zur Einordnung der beiden Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“, haben könne.²²³ Die Preissenkungen im Bereich CES sind nicht direkt Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb hierauf nachfolgend nicht weiter eingegangen wird.

A.6 Stellungnahmen von Swisscom betreffend die Ermittlungsergebnisse und Würdigung durch die WEKO

A.6.1 Stellungnahmen von Swisscom zur Vorabklärung

224. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass sowohl die Marktbeobachtung als auch die Vorabklärung ein intransparentes Geheimverfahren der Wettbewerbsbehörden darstellen würden.²⁴³ Swisscom habe dabei keine Möglichkeit gehabt korrigierend auf die behördlichen Abklärungen und die Sachverhaltsermittlung einzuwirken.

225. Im Rahmen der dem Verfahren vorangegangenen Marktbeobachtung wurde Swisscom mehrfach die Möglichkeit gegeben zu den von Sunrise in ihrer Anzeige vorgebrachten Vorwürfe Stellung zu nehmen. Swisscom war daher über den Umfang und den Inhalt der Anzeige sowie die Abklärungen des Sekretariats der WEKO vollständig im Bilde. Gemäss Art. 26 Abs. 1 KG kann das Sekretariat Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Das Vorabklärungsverfahren wurde in Einklang mit den kartellgesetzlichen Bestimmungen durchgeführt und mündete in eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG, in welcher Swisscom die vollen Parteirechte zustanden. Sowohl die Vorabklärung als auch die Marktbeobachtung wurden im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt, weshalb der Vorwurf eines „intransparenten Geheimverfahrens“ zurückzuweisen ist.

226. Swisscom macht zudem geltend, der Schlussbericht der Vorabklärung hätte keine Anhaltspunkte für die Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post aufgezeigt.²⁴⁴

227. Die Wettbewerbsbehörden sind bezüglich der Abklärungen, die im Rahmen einer Vorabklärung vorgenommen werden, nicht verpflichtet den Sachverhalt vollumfänglich abzuklären. Für Beweise im Rahmen einer Vorabklärung gilt ein tieferes Beweismass als bei einer Untersuchung.²⁴⁵ Nur wenn die Vorabklärung zu Anhaltspunkten für eine Kartellrechtsverletzung führt, wird eine Untersuchung eröffnet. Dass sich der Gegenstand der Untersuchung im Laufe der Ermittlungen ausdehnen kann, ist in der Natur der Sache begründet. Swisscom kann hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

228. Swisscom macht geltend, dass die Marktbeobachtung und insbesondere die Vorabklärung, in deren Rahmen die ersten Berechnungen stattfanden, tatsachen- und aktenwidrig auf falsche Standortlisten abstellen würden.²⁴⁶

229. Hierzu ist festzuhalten, dass die Standortlisten seitens der Post während des Vergabeverfahrens angepasst wurden. Die für die Berechnungen herangezogenen Standortlisten entsprechen den letzten von der Post im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens angewendeten Standortlisten. Swisscom kann daher aus den im Rahmen der Vorabklärung verwendeten Standortlisten nichts zu ihren Gunsten ableiten.

A.6.2 Stellungnahmen von Swisscom zum Bieterverhalten

230. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass im Antrag die erste Stufe der Präqualifikation und die darin geforderten Eignungskriterien nicht behandelt worden seien. Bei der Ausschreibung der Post habe es sich um ein selektives Verfahren gehandelt, welches in zwei Stufen durchgeführt worden sei.²⁴⁷ Da diese erste Stufe in der Sachverhaltsermittlung fehle, ergebe sich ein Mangel, der zu falschen Schlussfolgerungen führe. Als weiteren Mangel beschreibt Swisscom sodann eine falsche Standortliste²⁴⁸ sowie die Tatsache, dass eine Szenario-Berechnung durchgeführt wurde, welche eine Fernmeldedienstanbieterin beinhaltet, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügen würde.²⁴⁹

231. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde die Preissetzungspolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post betrachtet. Für die Beurteilung des Verhaltens von Swisscom in diesem Bereich ist die von der Post durchgeführte Präqualifikation nicht sachverhaltsrelevant, weshalb nicht näher hierauf eingegangen wurde. Im Rahmen der Vorabklärung hat das Sekretariat noch auf die ursprüngliche Standortliste abgestellt, was aber für die Beurteilung der Preispolitik von Swisscom keinen Einfluss hat, da sich die Preise der einzelnen Vorleistungsprodukte nicht aufgrund der Standortliste verändert haben. Die Berechnung der verschiedenen Szenarien dient der Sachverhaltsabklärung betreffend die Wirkungsweise der von Swisscom gelebten Preispolitik und zeigt, wie nachfolgend dargelegt, die kartellrechtlichen Probleme dieser Preispolitik anhand der Vergabe der WAN-Anbindung der Poststellen auf. Für diese Zwecke wurde auch ein Szenario berechnet, welches eine Fernmeldedienstanbieterin beinhaltet, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügt. Swisscom hat auch keine Gründe vorgebracht, welches die falschen Schlussfolgerungen sein sollten, die aus der Tatsache entstehen sollten, dass die Präqualifikation für die relevante Sachverhaltsermittlung nicht berücksichtigt wurde.

232. Swisscom macht geltend, dass es von Anfang an vorgesehen gewesen sei, dass die Post über die erreichten Offerten insbesondere auch bezüglich des Preises Verhandlungen führen würde und spätere, erhebliche Nachlässe schliesslich den eigentlichen Endpreis

²⁴³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 3.

²⁴⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 5.

²⁴⁵ Basler Kommentar, Kartellgesetz 26, N 91 f.

²⁴⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 32.

²⁴⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 9-15.

²⁴⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 32.

²⁴⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 35 ff.

bestimmen würden. Dabei habe Swisscom die Offertpreise der übrigen Mitbieter nicht gekannt und sei, um den Zuschlag zu erhalten, zu einem preislichen Entgegenkommen gezwungen gewesen. Swisscom hebt hervor, dass alle diese Anpassungen die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt berücksichtigt hätten und folglich marktkonform gewesen seien.²⁵⁰

233. Zwar ist anzunehmen, dass Swisscom die genauen Offertpreise der übrigen Mitbieter nicht im Detail gekannt habe, dennoch hat Swisscom zumindest die ungefähre Grössenordnung der Preise derjenigen Wettbewerber gekannt, die bei ihr Vorleistungsprodukte nachfragt haben. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Protokollausagen von Swisscom, wonach Swisscom nicht unter die Preise gehe, die sich aus den Berechnungsregeln aus der Compliance Richtlinie ergebe.²⁵¹

234. Hierzu muss erläutert werden, dass die Preise für sämtliche Vorleistungsprodukte von Swisscom standardisiert und in entsprechenden Price Manuals festgelegt sind. Damit wird im Vorleistungsbereich mit den einzelnen FDA aufgrund der Diskriminierungsproblematik nicht über die Vorleistungspreise der einzelnen Anschlüsse sondern lediglich über den Vorleistungsmix verhandelt, aus welchem sich letztendlich der für alternative FDA zu entrichtende Preis berechnet. Ähnliche Berechnungen nutzt wohl die Compliance von Swisscom, um dafür zu sorgen, dass die von Swisscom gegenüber Endkunden gebotenen Preise nicht zu tief sind, so dass gegebenenfalls eine unzulässige Unterbietung von Preisen stattfindet. Damit kennt Swisscom im Rahmen des Bieterwettbewerbs die Preise der Wettbewerber recht gut.

A.6.3 Stellungnahmen von Swisscom zu den Vorleistungspreisen

235. Swisscom macht geltend, dass die Preise gemäss dem Handbuch Preise 2008 (vgl. Rz 109), welche die Basis für die Endkundenangebote für die nächsten vier Jahre bilden, während der letzten Jahre stetig sanken.²⁵² Dieser Preiszerfall sei für die Berechnung der Vorleistungskosten von Sunrise im Antrag jedoch nicht berücksichtigt worden.

236. Es ist zwar korrekt, dass der Preis für die regulierte TAL in den Jahren 2008 bis 2013 stetig gesunken ist.²⁵³ Dennoch haben sich die Preise für die Produkte BCS und CES so gut wie nicht verändert (vgl. Tabelle 31). Zudem waren die Preissenkungen für die FDA zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht vorhersehbar. Vielmehr wurde in den Berechnungen des Sekretariats die ab 2009 geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 18.80 und nicht die zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 23.50 verwendet und damit die voraussehbare Kostensenkung für die regulierten Vorleistungsprodukte bereits mitberücksichtigt.²⁵⁴ Ebenso war zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht klar, ob und wenn ja, welche alternativen Vorleistungsprodukte (BCS-F, ALO)²⁵⁵ Swisscom im Markt lancieren würde. Daher wäre die Berücksichtigung möglicher Preisreduktionen bei den Vorleistungskosten ein für die FDA nicht kalkulierbares Risiko gewesen. Solche Preissenkungen sind daher nicht zu berücksichtigen.

237. Swisscom bekräftigte im Rahmen der Anhörung, dass der TAL-Preis, wo immer er angewendet werde, ein regulierter und politischer Preis sei, wobei alles vorgegeben sei. Insbesondere dass die TAL bereitzustellen sei und wie die Preise zu machen seien. Zum TAL-Preis könne nicht pauschal gesagt werden, ob er überall kostendeckend sei. Wenn die hypothetischen, aus dem Modell berechneten Preise angeschaut würden, dann wäre es ein Verlustgeschäft. Dabei sei anzufügen, dass das gesamte Festnetzgeschäft ein Verlustgeschäft sei.²⁵⁶

238. Hierzu kann auf die Ausführungen des BAKOM zur TAL verwiesen werden. Gemäss BAKOM wird die TAL gemäss einem LRIC-Modell auf Basis der Wiederbeschaffungswerte berechnet.²⁵⁷ Das bedeutet, die Kosten für die TAL werden auf einer Basis berechnet, die den Kosten entspricht, die eine neu in den Markt eintretende FDA für eine flächendeckende Netzwerkinfrastruktur investieren würde. Da es sich bei der einzelnen TAL daher um einen Durchschnittspreis handelt, kann natürlich nicht im Voraus gesagt werden, ob jede einzelne TAL kostendeckend ist. Da allerdings in der Modellberechnung ebenfalls eine angemessene Gewinnmarge enthalten ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Preis für die TAL im Durchschnitt mindestens kostendeckend ist.

A.6.4 Stellungnahme Swisscom zum nachgefragten Vorleistungsmix von Sunrise

239. Swisscom macht geltend, dass Sunrise bei der Erstellung ihrer Offerte klar suboptimal vorgegangen und viel zu spät betreffend Vorleistungsprodukte auf Swisscom zugekommen sei und somit bei der Erstellung der Offerte an die Post suboptimal auf ein fehlerbehaftetes Angebot, bei dem kein sachgerechter Vorleistungsmix vorlag, abgestellt habe.²⁵⁸ Sunrise habe die Swisscom Wholesale-Abteilung erst beinahe zwei Monate nachdem sie der Post ihre Offerte bereits eingereicht hatte, um eine Vorleistungs-offerte angefragt. Auch hätte diese Anfrage nur punktuell stattgefunden, der Zusammenhang zur WAN-Ausschreibung sei nicht immer offengelegt worden und die Offerte wäre danach nie besprochen worden, deshalb sei es Swisscom auch nicht möglich gewesen, mittels eines konsistenten Gesamtbildes die Situation von Sunrise bestmöglich zu erfassen.²⁵⁹ Daher hätte sich Sunrise selbst zuzuschreiben, dass ihre Offerte ungenügend gewesen sei.²⁶⁰

²⁵⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 16 ff.

²⁵¹ Protokoll der Anhörung vom 1. Juni 2015, S. 4 f.

²⁵² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 133 ff.

²⁵³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 133.

²⁵⁴ Vgl. auch Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 6f.

²⁵⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 136 ff.

²⁵⁶ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 6.

²⁵⁷ Eingabe BAKOM vom 5. September 2013, S. 2 ff.

²⁵⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 25 ff.

²⁵⁹ Siehe auch Eingabe Swisscom vom 28. August 2009, S.7-15.

²⁶⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 26.

240. Hierzu ist einzuwenden, dass im Rahmen der Untersuchung nicht auf die tatsächlichen Berechnungen von Sunrise abgestellt wurden. Sunrise macht geltend, dass sie CES als Vorleistungsprodukt aufgrund ihrer Netzwerktopologie nicht einsetzen könne.²⁶¹ Daher fallen die im Rahmen der Untersuchung vorgenommenen Berechnungen bereits zu Gunsten von Swisscom aus. Zudem bestanden zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch erhebliche Unsicherheiten betreffend die Anzahl Anschlusszentralen, die Sunrise entbündeln würde. Auch hier wurde zugunsten von Swisscom auf eine rückblickende Betrachtung abgestellt. Daher kann Swisscom aus dem möglicherweise ungenügenden Verhalten bei der Zusammenstellung des bestmöglichen Vorleistungsmixes nichts zu ihren Gunsten ableiten.

241. Zudem wendet Swisscom für die Produkte BBCS, CES und TAL Standardpreise und entsprechende Volumenrabatte an, die für sämtliche FDA in gleicher Weise gelten. Daher wurde für die Abklärung des Sachverhalts auch nicht der von Sunrise tatsächlich nachgefragte Mix an Vorleistungsprodukten herangezogen, sondern es wurde basierend auf der Infrastruktur von Sunrise unter Berücksichtigung der tatsächlichen Bedingungen der günstigste mögliche Mix an Vorleistungsprodukten herangezogen. Die Verhandlungen zwischen Swisscom und Sunrise im Rahmen der Ausschreibung sind daher für die Beurteilung des vorliegenden Preissetzungsverhaltens von Swisscom nicht relevant.

A.6.5 Stellungnahme Swisscom zu den Szenario-Berechnungen

242. Swisscom macht geltend, dass die Behauptung des Sekretariats, wonach die internen Kosten von Swisscom maximal dem oben genannten Betrag von ca. [5-10 Mio.] entsprächen, falsch sei.²⁶² Für die tatsächlichen, internen Kosten von Swisscom könne nicht auf die LRIC Kosten der TAL abgestellt werden. Swisscom produziere ihre Endkundenleistungen auf Basis ihrer Vorleistungen IPSS/CIS und dem Endkundendienst LAN-I. Der Vergleich der vom Sekretariat zugrunde gelegten Kosten (ca. CHF [5-10 Mio.]) mit der Endkundenofferte von Swisscom (ca. CHF [16-23 Mio.]) lasse keine Schlüsse auf eine angebliche Erzwingung unangemessener Preise von der Post zu.²⁶³

243. Entgegen den Ausführungen von Swisscom wurden neben den Vorleistungskosten, die eine hypothetische FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat, ebenfalls die Eigenleistungen im Szenario „TAL bis 2 Mbit/s“ einberechnet (Tabelle 30), so dass auf maximale interne Kosten von Swisscom in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] geschlossen wird. Aufgrund der Berechnungsmethoden des BAKOM, welche auf Wiederbeschaffungswerten beruhen, kann durchaus gefolgert werden, dass der Preis der TAL im Durchschnitt mindestens kostendeckend ist. Das wurde auch von Swisscom bis zur Anhörung nie in Abrede gestellt, weshalb diesbezüglich auf die Angaben des BAKOM zurückzugreifen ist. Swisscom macht zwar geltend, dass die internen Kosten „IPSS/CIS“ und des Endkundendienstes „LAN Interconnect Service“ (LAN-I) und nicht die Preise der TAL für die Bereitstellung von Diensten herangezogen werden.²⁶⁴ Swisscom zeigt aber die entstehenden internen Kosten für „IPSS/CIS“ nicht auf und

begründet dies damit, dass der Unternehmensbereich Netzinfrastruktur von Swisscom als Cost-Center geführt werde und deshalb keine gesicherten Aussagen über die internen Kosten gemacht werden könnten.²⁶⁵

244. Zudem wurden im Berechnungsszenario „TAL bis 2 Mbit/s“ nur für diejenigen Anschlüsse bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s die Kosten für die TAL eingesetzt. Für alle anderen Bandbreiten, wurden die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom verwendet. Damit fällt die Berechnung „TAL bis 2 Mbit/s“, deutlich zu Gunsten von Swisscom aus, so dass ohne weiteres darauf geschlossen werden kann, dass die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post unter CHF [8'000'000-10'000'000] liegen. Das BAKOM kommt indes in seinem Gutachten zum Schluss, dass Swisscom weitere Kostenvorteile auf dem Endkundenmarkt besitzt, da die kostenorientierten Vorleistungspreise der regulierten TAL höher seien, als die tatsächlichen (historischen) Kosten.²⁶⁶ Zudem führt das BAKOM aus, dass auch für VDSL-Anbindungen, in welchen das Kupferkabel teilweise durch Glasfaserteilabschnitte ersetzt worden sind und damit bedeutend höhere Bandbreiten als 2 Mbit/s realisiert werden können, die historischen Kosten von Swisscom im Durchschnitt nicht über den regulierten Entgelten der TAL liegen.²⁶⁷ Aufgrund der bereits abbeschriebenen Anlagen geniesse Swisscom zudem im Bereich der Kabelkanalisationen einen unverhältnismässigen Vorteil gegenüber anderen FDA.²⁶⁸ Somit ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen internen Kosten von Swisscom unterhalb der für das Szenario „TAL bis 2 Mbit/s“ oder CHF [8'000'000-10'000'000] liegen.

245. Swisscom macht geltend, dass selbst wenn die tatsächlichen historischen Kosten tiefer liegen als die regulierten Vorleistungspreise der TAL sich der Gesetzgeber vor dem 1. Juli 2014 bewusst für die damals geltende Bewertung der Kanalisationsanlagen entschieden habe und Swisscom sich an die gesetzeskonforme Berechnung der kostenorientierten Preise gehalten habe. Es könne daher nicht auf überhöhte Vorleistungs- und Endkundenpreise geschlossen werden.²⁶⁹

²⁶¹ Eingabe Sunrise vom 8. Juli 2010, S. 14 f.

²⁶² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 47 sowie 50 ff.

²⁶³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 51.

²⁶⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 211.

²⁶⁵ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, Antwort auf Frage 9; Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012, S. 4 f.

²⁶⁶ Eingabe des BAKOM vom 5. September 2014, S. 4.

²⁶⁷ Eingabe des BAKOM vom 5. September 2014, S. 6.

²⁶⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 85 ff.

²⁶⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 88.

246. Hierzu ist anzumerken, dass selbst wenn Swisscom für die TAL und die Kabelkanalisationsanlagen die gesetzlich regulierten Höchstpreise verlangt, ein Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Preismissbrauch) nicht per se ausgeschlossen werden kann. Das Vorbringen von Swisscom, wonach die regulierten Preise überhöhte Vorleistungspreise ausschliessen würden, stösst daher ins Leere. Im Rahmen der Untersuchung wurden die von Swisscom verlangten Preise für die TAL aber nicht auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft. So wurde beispielsweise nicht geprüft, ob das Verlangen der auf Wiederbeschaffungskosten berechneten Maximalpreise für die TAL gegenüber Wettbewerbern als kartellgesetzwidrige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren wäre. Dies wäre allenfalls Gegenstand einer anderen Untersuchung. Vielmehr wurde, wie nachfolgend gezeigt, im Rahmen der Ausschreibung der Post ausgehend von der Tatsache, dass die internen Kosten von Swisscom in keinem Fall über diejenigen der TAL liegen, geprüft, ob das Verlangen der kommerziellen Vorleistungspreise durch Swisscom eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise darstellt.

247. Swisscom macht geltend, dass die von ihr eingereichte Gegenrechnung grundsätzlich im Sinne einer Obergrenze der Vor- und Eigenleistungskosten einer alternativen FDA verwendet würden, auch wenn diese Spielraum für Anpassungen nach unten enthalten würde.²⁷⁰

248. Hierzu ist festzuhalten, dass Swisscom selbst zwar angibt, bei manchen CES-Angeboten nicht geprüft zu haben, ob für diese Standorte gegebenenfalls günstigere Vorleistungsprodukte eingesetzt werden könnten, dennoch hat Swisscom diese in ihrer Gegenrechnung so nie geltend gemacht bzw. weitergehend substantiiert.²⁷¹ Daher sind diese allgemeinen und pauschalen Vorbringen wie nachfolgend aufgezeigt wird, für die kartellrechtliche Beurteilung des relevanten Sachverhalts nicht massgeblich und daher vorliegend nicht beachtlich.

249. Swisscom macht geltend, dass Sunrise im Vergleich zur Gegenrechnung von Swisscom nur für 877 der insgesamt 2'305 anzubindenden Poststandorte bestritt, dass die TAL hätte eingesetzt werden können.²⁷² In der Eingabe vom 21. September 2012 hätte Swisscom daraufhin auf der Basis einer Überprüfung aller dieser Standorte dargetan, dass die TAL an 859 dieser Standorte hätte eingesetzt werden können und dies nur an 18 dieser Standorte nicht möglich gewesen wäre. Die sich hieraus ergebenden Mehrkosten würden bei CHF [200'000-300'000] liegen, so dass sich die gesamten direkten Vor- und Eigenleistungskosten von Sunrise auf CHF [16-23 Mio.] belaufen würden. Diese Kosten würden ebenfalls klar unter der Endkundenofferte von Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] liegen.

250. Die von Swisscom im Rahmen der Überprüfung des Sachverhalts geltend gemachten Anpassungen wurden entsprechend übernommen, weshalb Swisscom hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der Endkundenofferte von Swisscom und den geltend gemachten Vor- und Eigenleistungskosten kann auf die Ausführungen in Tabelle 30 verwiesen werden.

251. Swisscom macht geltend, dass das Szenario „nicht reguliert“ bloss hypothetischer Natur sei. FDA, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügen würden und nicht in die Entbündelung investiert hätten, seien bei der Ausschreibung der Post nicht angesprochen gewesen. Sie wären folglich nämlich vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte der Wholesale-Abteilung von Swisscom angewiesen gewesen. Solche hypothetische FDA gehörten aber nicht zu den von der Post zur Offertenstellung zugelassenen Anbietern.²⁷³

252. Hierzu ist anzumerken, dass die Preissetzungspolitik von Swisscom aus ihren Preismanuals zu den einzelnen Vorleistungsprodukten entnommen werden kann. Diese Preise kommen nach Angaben von Swisscom für jeden Nachfrager in gleicher Weise diskriminierungsfrei zur Anwendung. Sie stellen daher reale und keine hypothetischen Preise dar. Auf die in ihren Preismanuals festgesetzten Preise stellt die WEKO im Rahmen ihrer Sachverhaltsermittlung aber gerade ab. Wie später in Rz. 513 dargelegt, dienen die einzelnen Berechnungen dazu, die Preissetzungspolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte im Hinblick auf ihre Wettbewerbswirkung zu veranschaulichen. Die Vorbringen, dass sich die Sachverhaltsabklärung auf hypothetische FDA abstützen würde, die nicht von der Post zur Offertenstellung zugelassen worden seien, sind daher falsch und für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass die Beispielrechnungen ermöglichen, die Auswirkungen der Preispolitik von Swisscom sichtbar zu machen.

253. Swisscom macht geltend, dass andere FDA als Sunrise und upc cablecom als potenziell behinderte Konkurrenten in der Ausschreibung der Post nicht existierten. Dieser Hinweis sei bereits in der ersten Stellungnahme vom 25. Oktober 2013 auf S. 26 f. erwähnt und ausgeführt worden, in der Folge sei er vom Sekretariat jedoch ausser Acht gelassen worden. Eine FDA, die auf Vorleistungen abstellen müsste, welche in keinem vernünftigen Verhältnis zur nachgefragten Bandbreite stünden und entsprechend nicht kosteneffizient seien, sei von vornherein nicht im Rahmen einer Kosten-Preis-Schere-Kontrolle seitens Swisscom als gegenüberzustellende „gleichermassen effiziente Konkurrentin“ anzusehen.²⁷⁴

254. Hierzu ist auf Rz 252 zu verweisen.

A.6.6 Stellungnahme Swisscom zu den weiteren Kosten

255. Swisscom merkt an, dass die von Sunrise aufgeführten Kosten bereits teilweise in den VVGK enthalten seien. Zudem dürften Kosten für Forderungsausfälle bei einem Auftrag der Post ohnehin irrelevant sein.²⁷⁵

²⁷⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 63.

²⁷¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 27 und 30.

²⁷² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 29.

²⁷³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 35 ff.

²⁷⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 43.

²⁷⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 65, 125.

256. Hierzu ist anzumerken, dass die von Sunrise erfragten zusätzlichen Kosten dazu herangezogen wurden, um den von Swisscom verwendeten Pauschalzuschlag von 6 % VVGK zu plausibilisieren. Da beide Kosten eine ähnliche Höhe aufweisen, ist davon auszugehen, dass die 6 % VVGK zu den gegenüber Swisscom aufzubringenden Kosten und Eigenleistungen hinzuzurechnen sind. Die zusätzlich berücksichtigten Kosten von Sunrise betreffen die durchschnittlichen Ausbaurkosten für eine Anschlusszentrale, welche unter dem Punkt zusätzliche Eigenleistungen eingerechnet wurden. Damit liegt keine doppelte Berücksichtigung der Kosten vor.

257. Swisscom macht geltend, dass sie in ihrer Beispielrechnung die weiteren bei Sunrise entstehenden Kosten geschätzt habe. Hierbei seien Aufwände, wie Erschliessung von Zentralen, die Nutzung des eigenen Backbone sowie die Kundenmodems geschätzt worden. Indem zusätzlich die Kosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale berücksichtigt wurden, sei es gemäss Swisscom zu einer doppelten Veranschlagung von Kosten gekommen.²⁷⁶

258. In ihrer Beispielsrechnung hat Swisscom neben den Kosten für die Vorleistungsprodukte (monatlich wiederkehrende sowie einmalige Kosten) und den Kosten für die Endkundenmodems Kosten für das Plattformmanagement und die Nutzung des Backbone angegeben.²⁷⁷ Die geschätzte Höhe dieser Kosten wurde von Sunrise bestätigt.²⁷⁸ Zudem wurden die allgemeinen Verwaltungs- und Vertriebskosten (VVK in Höhe von 6 %) sowie die von Sunrise getätigten Investitionskosten in die Erschliessung von Swisscom Anschlusszentralen mit einberechnet. Es ist nicht ersichtlich inwiefern durch diese Berechnung Kosten doppelt veranschlagt worden sind. Swisscom hat dies denn auch nicht weiter substantiiert.

259. Swisscom bemängelt, dass die Berechnungen des Sekretariats zu den Zusatzkosten von Sunrise abgedeckt wären bzw. der Kostenrahmen zu weit sei. Sie würden den wesentlichen Inhalt im Sinne von Art. 28 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) inhaltlich nicht wiedergeben.²⁷⁹ Daher dürften die Sunrise angeblich erwachsenden weiteren Kosten nicht herangezogen werden, um eine angebliche missbräuchliche Verhaltensweise zu begründen.

260. Die entsprechenden Angaben wurden von Sunrise als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG klassifiziert. Aus diesem Grund hat das Sekretariat gegenüber Swisscom Spannbreiten angegeben. Selbst wenn aufgrund der angegebenen Spannbreiten jeweils das für Swisscom günstigere untere Ende der Spannbreite angenommen würde, ergibt sich in der Preispolitik gegenüber Sunrise eine Kosten-Preisschere. Daher kann Swisscom aus der Angabe der Spannbreiten anstatt der tatsächlichen Zahlen der Vorwurf an Swisscom vollständig nachvollzogen werden. Somit konnte sich Swisscom sehr wohl fundiert zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen äussern. Eine Verletzung von Art. 28 VwVG ist daher nicht gegeben.

A.6.7 Stellungnahme Swisscom zum Ermittlungsergebnis

261. Gemäss Swisscom ist es unzutreffend, dass Swisscom wie oben in Rz 211 angedeutet bei der Berechnung ihrer Endkundenofferten Kosten einfließen lasse, die im Intervall zwischen historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen liegen.²⁸⁰

262. Welche Kosten Swisscom in ihre Endkundenofferten einfließen lässt, wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht ermittelt. Swisscom gibt selbst an, dass die Vorleistungskosten intern nicht ermittelt würden und daher unbekannt seien. Vielmehr wurde die Preissetzung auf Vorleistungsebene und auf Endkundenebene basierend auf den einzelnen zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukte erhoben. Daher stösst das Vorbringen von Swisscom ins Leere.

263. Auch seien gemäss Swisscom die Ausführungen des BAKOM in der Eingabe vom 6. September 2013 falsch, wo behauptet werde Swisscom genieße im Bereich der Kabelkanalisationen aufgrund der bereits abgeschriebenen Anlagen einen unverhältnismässigen Vorteil gegenüber anderen FDA. Die Bewertung der Kabelkanalisationen vor dem 1. Juli 2014 hatte sich bewusst auf die LRIC-Methode, welche das BAKOM mit „Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen“ bezeichnete, abgestellt. Andere regulatorische Kostenmassstäbe wurden bewusst verworfen.²⁸¹

264. Hierzu ist anzumerken, dass der Gesetzgeber für die regulatorischen Kostenmassstäbe auf Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen abstellt. Das bedeutet aber, dass die internen Kosten aufgrund einer bestehenden Infrastruktur, die eben nicht neu aufgebaut werden muss und bereits abgeschrieben ist, tiefer sind, als die vom Gesetzgeber angesetzten Kostenmassstäbe. Vielmehr kann damit davon ausgegangen werden, dass die regulierten LRIC-Preise auch für die internen Kosten von Swisscom zumindest im Durchschnitt Maximalkosten darstellen dürften, wobei vermutlich die tatsächlichen internen Kosten tiefer sind. Allerdings wird zu Gunsten von Swisscom im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf die regulierten Preise als rechnerische interne Kosten von Swisscom abgestellt. Im Rahmen der Untersuchung stand es Swisscom zudem frei, die eigenen gegebenenfalls höheren internen Kosten darzulegen. An der Anhörung von Swisscom vom 1. Juni 2015 wurde die Frage gestellt, wie die Preisunterschiede von BBCS und CES gegenüber der TAL durch Eigenleistungen gerechtfertigt würden. Swisscom antwortete darauf, dass es sich bei BBCS und CES um kommerzielle Produkte handle, bei denen Kosten zur Bereitstellung (Unterhalt und Service) anfallen würden.²⁸² Die Vertreter von Swisscom konnten auf mehrfache Nachfrage denn auch die Kostenunterschiede, welche die kommerziellen Vorleistungspreise begründen sollten, nicht beziffern.

265. In ihrer Beispielrechnung gibt Swisscom allerdings diejenigen Kosten an, die bei der TAL gegenüber den kommerziellen Vorleistungsprodukten BBCS und CES anfallen, um die gewünschte Leistung gegenüber der Post zu erfüllen. Dies sind einmalige Netzwerkkosten in Höhe von CHF [40-60], was bei einer Laufzeit von 48 Monaten Zusatzkosten von CHF [0.83-1.25] gegenüber

den kommerziellen Vorleistungsprodukten ausmacht. Rechnet man die Investitionskosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale in Höhe von CHF [500-1'000] pro Leitung oder umgelegt auf die 48 Monate in Höhe von CHF [10-20] hinzu, so kann man die tatsächlichen Zusatzkosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit weniger als CHF [10-20] beziffern. Die kommerziellen Produkte von Swisscom werden allerdings gegenüber der TAL mit einem Aufschlag von mehr als CHF [150-200] verkauft (vgl. Tabelle 24 sowie Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13).

266. Auf die Frage, ob Swisscom die höheren Kosten für veredelte Produkte wie BBCS mit Zahlen belegen könne bzw. welche Kosten Swisscom bei der Bereitstellung von BBCS im Unterschied zu TAL denn entstehen würden, antwortete Swisscom ebenfalls ungenau und verwies erneut auf die Kommerzialität dieser Produkte.²⁸³ Wobei auf Nachhaken hin ausgeführt wurde, dass für die CES Linientechnik ungefähr um den Faktor 8-10 im Vergleich zur Kupferader erhöht werden müsste. Dies habe damit zu tun, dass das Regional- und Fernnetz in Anspruch genommen würden.²⁸⁴ Hierzu muss festgehalten werden, dass das Regional- und Fernnetz zum Backbone gehören, für welche Swisscom Kosten in Höhe von CHF [1-5] pro Monat ausgewiesen hat. Selbst wenn diese Kosten für CES 8-10 Mal so hoch sein sollten, würde dies den Preisunterschied von CHF 470.- zwischen dem Preis für TAL und dem vergleichbaren CES-Angebot (vgl. Tabelle 24) nicht erklären können.

267. Ebenso wurde im Rahmen der Anhörung gefragt, ob das Bereitstellen der TAL für Swisscom ein Verlustgeschäft sei. Darauf wurde seitens Swisscom ausweichend geantwortet. Es wurde auf die Pflicht zur Bereitstellung und auf die regulierten, politischen Kosten, die als Modellkosten zu verstehen seien, verwiesen.²⁸⁵

A.6.8 Stellungnahme Swisscom zur Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015

268. Swisscom macht geltend, dass die Berechnungen der Wettbewerbsbehörden gemäss Stellungnahme des BAKOM den optimalen Vorleistungsmix noch nicht berücksichtigen würden und die erforderlichen Anpassungen (Berücksichtigung der VDSL-Technologie, Vornahme des CES-Abgleichs) zu aussagekräftigen Szenarien „Swisscom“, „Sunrise“ und „BAKOM“ zu relevanten Kosten unterhalb des Zuschlagspreises führen würden. Hieraus schliesst Swisscom, sich nicht unzulässig verhalten zu haben.²⁸⁶

269. Hierzu kann auf die Ausführungen in Kapitel A.5 verwiesen werden. Das Sekretariat hat eine Sachverhaltsabklärung im Einzelfall vorgenommen und daher nicht auf einen theoretisch optimalen Vorleistungsmix abgestellt, wie dies im Rahmen von Regulierungsent-scheiden häufig getan wird. Hierbei hat das Sekretariat vorwiegend die von Swisscom gelieferten Daten für ihre Sachverhaltsabklärung zugrunde gelegt. In der Eingabe von Swisscom ist bereits die VDSL-Technologie berücksichtigt. Auch bei der Erschliessung mit CES wurde auf die Angaben von Swisscom abgestellt, weshalb die Option CES-Abgleich im Rahmen der Sachverhaltsabklärung nicht zur Anwendung kommt. Würde hingegen die Option CES-Abgleich angewendet, so würde dies bedeuten, dass an den entsprechenden Standorten das

tatsächlich nicht bestehende und günstigere BBCS-Produkt anstatt CES zur Anwendung kommen würde. Dies entspricht allerdings nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, wie sie von Swisscom vorgebracht wurden. An der Sachverhaltsabklärung des Sekretariats ist daher festzuhalten.

270. Swisscom macht geltend, dass die Aktenführung mangelhaft sei und zwischen dem BAKOM und den Wettbewerbsbehörden intransparente Behördenkontakte stattgefunden hätten.²⁸⁷

271. Die Kontakte zwischen den Wettbewerbsbehörden und dem BAKOM im Hinblick auf das Amtshilfegesuch vom 4. Juni 2015 beschränkten sich auf Abklärungen betreffend den für die Amtshilfe benötigten zeitlichen Horizont, zur Planung der weiteren Schritte. Diesbezüglich wurden mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren keine Telefonnotizen geführt.

272. Swisscom macht geltend, dass die vom BAKOM über das Amtshilfegesuch hinausgehenden Äusserungen im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen seien.²⁸⁸ Zudem macht Swisscom geltend, dass sowohl Swisscom als auch Sunrise zu den Kosten, welche beim Auftrag der Post zusätzlich zu den Vorleistungskosten anfallen, befragt worden seien.²⁸⁹ Swisscom habe darge-tan, dass sie ihr Grosskundengeschäft mit Breitbandan-bindungen kostendeckend betreibe und die in Unkennt-nis der Einzelheiten erfolgten Mutmassungen des BAKOM zur Höhe der Sunrise anfallenden Eigenleis-tungskosten bei Verwendung der TAL nicht geeignet seien, die Angaben von Swisscom zu widerlegen oder in einem KG-Sanktionsverfahren als Basis für eine Verur-teilung zu dienen.²⁹⁰ Nicht einmal Sunrise selber habe dermassen hohe Eigenleistungskosten geltend ge-macht.²⁹¹

273. Die vom BAKOM (basierend auf den angeblich kostenorientierten Preisen) vermuteten Eigenleistungskosten, welche Sunrise angeblich zu tragen hätte, erscheinen im Lichte der Eingaben von Swisscom und Sunrise tatsächlich sehr hoch. In Anbetracht der Tatsache, dass Swisscom gegenüber der Post einen Preis von ca. CHF [16-23 Mio.] geboten hat und dieser Preis gemäss Sachverhaltsabklärung nicht unter den internen Kosten von Swisscom lag sowie der Tatsache, dass Sunrise die Zusatzkosten in Höhe der von Swisscom

²⁷⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 31.

²⁷⁷ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 4 ff.

²⁷⁸ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013, S. 2 f.

²⁷⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 64 f.

²⁸⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 85.

²⁸¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 87. f.

²⁸² Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 3-4.

²⁸³ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 7.

²⁸⁴ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 8.

²⁸⁵ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 6.

²⁸⁶ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 1 und 4.

²⁸⁷ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 2 f.

²⁸⁸ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 5.

²⁸⁹ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 8.

²⁹⁰ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 8.

²⁹¹ Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 8 f.

geltend gemachten Grössenordnung bestätigt hat, erachtet die WEKO die von Swisscom eingereichten Zusatzkosten als korrekt (vgl. hierzu auch Rz 217 ff.). Vor diesem Hintergrund sind allerdings die Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“ ohne weiteres miteinander vergleichbar. Allerdings sind die von Swisscom gegenüber dem BAKOM angegebenen kostenorientierten Preise für CES durchaus in Frage zu stellen.

274. Schliesslich macht Swisscom geltend, die WEKO hätte den Preiszerfall bei der TAL in einer rückblickenden Betrachtung mitberücksichtigen sollen.²⁹²

275. Das BAKOM bestätigt im Rahmen seiner Amtshilfe, dass zu Gunsten von Swisscom bereits eine rückblickende Betrachtung eingenommen wurde und der für Sunrise zu erwartende und dann auch tatsächlich eingeführte neue regulierte Preis in Höhe von CHF 18.80 bereits berücksichtigt wurde. Das BAKOM führt vielmehr aus, dass bei einer vorsichtigen Betrachtung durchaus mit dem zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden regulierten Preis in Höhe von CHF 23.50 hätte gerechnet werden können und bezeichnet die Berechnung auf Basis des ab 2009 geltenden Preises in Höhe von CHF 18.80 als gerechtfertigt.²⁹³

276. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung konnte Sunrise die weiteren Preissenkungen bei der TAL nicht kennen. Bereits die Preissenkung im Jahr 2009 wurde vorweggenommen und war Sunrise zum Zeitpunkt der Offerteingabe nicht bekannt. Vielmehr geht die WEKO davon aus, dass Sunrise mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einem Preis in der Grössenordnung von CHF 18.80 ausgehen durfte. Vor diesem Hintergrund sieht die WEKO keine Notwendigkeit von den vom Sekretariat bisher angestellten Berechnungen abzuweichen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

277. Das KG²⁹⁴ gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

278. Der persönliche Geltungsbereich des KG ergibt sich aus dem Begriff des Unternehmens.²⁹⁵ 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 damit von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Daher stellt sich die Frage ob bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren sind. Gemäss Literatur gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes als Unternehmen.²⁹⁶

279. Somit sind entweder Swisscom als Konzerntochtergesellschaft oder Swisscom AG als Obergesellschaft oder beide als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren, da ihnen eine gewisse wirt-

schaftliche Selbstständigkeit zukommt. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

280. In den sachlichen Geltungsbereich fallen namentlich alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.²⁹⁷ Dazu gehören auch unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, wenn diese ihre Stellung auf dem Markt missbrauchen, um andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

281. Die Prüfung der Marktbeherrschung eines Unternehmens erfolgt nachfolgend unter Art. 7 KG (vgl. Kapitel B.3.1). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht gemäss Art. 2 Abs. 1 KG dar.²⁹⁸ Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, ist ebenfalls die Verhaltensweise der marktbeherrschenden Unternehmung zu untersuchen. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Verhaltensweise obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt ein Verstoss gegen Art. 7 KG vor, weshalb das KG in sachlicher Hinsicht anwendbar ist.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

282. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Swisscom betreibt als Grundversorgungskonzessionärin in der Schweiz ein kupferkabelbasiertes Festnetz, über welches auch Datenübertragungsdienstleistungen erbracht und nachgefragt werden können. Daher wirkt sich die wirtschaftliche Tätigkeit von Swisscom in der Schweiz aus. Das Kartellgesetz ist folglich auch in räumlicher Hinsicht anwendbar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

²⁹² Eingabe Swisscom vom 28. August 2015, S. 9 f.

²⁹³ Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 7.

²⁹⁴ Siehe Rz 4.

²⁹⁵ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 Rz 7.

²⁹⁶ JENS LEHNE (Fn 295), 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*.

²⁹⁷ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 534.

²⁹⁸ RPW 2001/2, S. 268, Rz 79; *Watt/Migros – EFF*.

B.2.1 Verhältnis zwischen Kartell- und Fernmelde-recht

284. Für den Telekommunikationsmarkt gelten die besonderen Regelungen des Fernmelderechts. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) bezweckt, dass der Bevölkerung und Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 Abs. 1 FMG), und es soll unter anderem auch einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG).

285. Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem Zugang zur TAL gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Kommunikationskommission auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (vgl. Art. 11a Abs. 1 FMG). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert das Bundesamt die WEKO (Art. 11a Abs. 2 KG). Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung von Art. 11 FMG im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt.²⁹⁹

286. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelangen die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung. Der Zugang zur TAL bildet wie auch die Interkonnektion in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse.³⁰⁰ Fernmelderecht und Kartellrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe.³⁰¹ Die parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts erlaube es, den Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten.³⁰²

287. Der Zugang zur TAL im Rahmen des Fernmelde-rechts stellt folglich keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar.³⁰³ Dieses soll den Wettbewerb im Bereich der Fernmeldedienste stärken und nicht ausschliessen. Anzuführen bleibt, dass gemäss Bundesgericht bei der Anwendung des Kartellrechts die besondere sektorielle Regelung des FMG nicht unbeachtet bleiben darf. Die beiden Rechtsordnungen würden in einem Konnex zueinander stehen und sich gegenseitig beeinflussen. Sinn mache daher nur eine Auslegung, die zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führe.³⁰⁴ Aus dem gleichen Grund, d.h. um eine Koordination von Wettbewerbs- und Fernmelderecht sicherzustellen, sieht Art. 11a Abs. 2 KG denn auch die Konsultation der WEKO für die Beurteilung der Marktbeherrschung vor (vgl. Rz 285).³⁰⁵

288. Liegen sodann – wie vorliegend der TAL (vgl. Rz 108 ff.) – regulierte Preise vor, kann das Kartellgesetz uneingeschränkt Anwendung finden, wenn einem marktbeherrschenden Unternehmen trotz Preisregulierung ein gewisser Spielraum zur Preisfestlegung bleibt, sodass unangemessene Preise faktisch möglich sind.³⁰⁶

In einer solchen Situation soll verhindert werden, dass eine marktmächtige Anbieterin ihre Rente maximiert.³⁰⁷

289. Wie nachfolgend aufgezeigt, wird der Spielraum von Swisscom zur Preisfestlegung Swisscom bei den kommerziellen Produkte BBS und CES nicht durch die Regulierung eingeschränkt, weshalb das Kartellgesetz vollständig zur Anwendung gelangen kann.

290. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt weist schliesslich auch keinen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf. Aus diesem Grund ist ebenfalls keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG ersichtlich.

291. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für die vorliegend zur Anzeige gebrachten Wettbewerbsbeschränkungen einschränken würden.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

292. 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

293. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Unternehmen kann sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, wenn es auf einem Markt zentrale Wettbewerbsparameter beeinflussen kann, ohne hierbei entscheidend von anderen Marktteilnehmern, der Marktgegenseite oder sonstigen Einflussfaktoren eingeschränkt zu werden.

²⁹⁹ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBI 1996 III 1405 ff., 1427.

³⁰⁰ Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 3.4, *Terminierungspreise im Mobilfunk*; Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.1 f., *Bitstrom*; Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 05.09.2003, E.4.1.3; Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 03.10.2001, E. 6c.

³⁰¹ Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.2, *Bitstrom*.

³⁰² Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.1, *Bitstrom*.

³⁰³ Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.2, *Bitstrom*.

³⁰⁴ Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.1, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

³⁰⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.1, *Terminierungspreise im Mobilfunk*; Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBI 1996 III 1405 ff., 1427.

³⁰⁶ BSK KG-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON (Fn 295), Art. 7 KG N 311; Siehe auch Urteil des EuGH vom 10.04.2008 T-271/03, *Deutsche Telekom/Kommission*, Slg. 2008 II-477 Rz 76.

³⁰⁷ BLAISE CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée, Diss. 2004, N 565.

294. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.³⁰⁸ Um daher beurteilen zu können, ob sich ein Unternehmen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, muss insbesondere untersucht werden, ob dieses sich ausreichender aktueller und/oder potentieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

295. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.³⁰⁹

296. 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).

B.3.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

297. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens wurde eine Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom als unzulässige Verhaltensweise durch Sunrise zu Anzeige gebracht. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorleistungsprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorleistungsprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorleistungsprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses zu bleiben.³¹⁰ Daher werden im vorliegenden Fall, im Einklang mit dem Vorgehen im Fall „Preispolitik Swisscom ADSL“, sowohl der entsprechende Vorleistungsmarkt/die entsprechenden Vorleistungsmärkte³¹¹ (vgl. nachfolgend Rz 303 ff. und Rz 311 ff.) als auch der entsprechende Endkundenmarkt³¹² (vgl. nachfolgend Rz 315 ff.) abgegrenzt und die dazugehörigen Marktverhältnisse untersucht.

298. Für die Erbringung von Breitbandanbindung im Allgemeinen und der von der Post verlangten Anforderungen im Speziellen stehen den FDA die folgenden Vorleistungsprodukte von Swisscom zur Verfügung: TAL (vgl. Rz 108 ff.), BBS (vgl. Rz 143 ff.) und CES (vgl. Rz 130 ff.). In diesem Zusammenhang werden im Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO³¹³ für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens die nachfolgenden Märkte abgegrenzt und untersucht:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten,
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich,
- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.

Vorbemerkung

299. Beim Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1-Angebote wie der entbündelte Teilnehmeranschluss, TAL) erhält die jeweilige FDA ein Übertragungsmedium (z. B. Kupferkabel) bis zum Endkunden zur Nutzung überlassen, über welches sie Kommunikationsdienstleistungen erbringen kann.³¹⁴ Hierzu muss sie die relevanten Schichten des ISO/OSI-Modells³¹⁵ durch geeignete Geräte implementieren und hat damit auch die grösstmöglichen Freiheitsgrade in der Ausgestaltung ihrer Datenübertragungsdienstleistungen. Sie wird letztendlich nur über die physischen Kapazitätsgrenzen des jeweiligen Übertragungsmediums eingeschränkt. Mit dem Zugang zur physischen Infrastruktur erhält die jeweilige FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden, welche sie exklusiv nutzen kann. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bot Swisscom für infrastrukturbasierte Anbieterinnen, die einen Layer 1-Zugang (Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur) nachfragten, nur die regulierten TAL (vgl. Rz 108 ff.) an.

300. Das Layer 2-Angebot ist eine Dienstleistung, bei welcher eine netzbetreibende FDA Datenübertragungsdienstleistungen an die Nachfragerinnen erbringt.³¹⁶ Beim sogenannten Layer 2-Angebot erhält die Nachfragerin die Möglichkeit, gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 2 und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. In der Regel behalten sich die Anbieterinnen von Layer 2-Angeboten mindestens die Bestimmung der Flussgeschwindigkeit (und damit auch die zur Verfügung gestellte Bandbreite) vor. Dies hat zur Folge, dass die Anbieterinnen von Layer 2-Produkten verschiedene Bandbreitenprofile anbieten, in deren Rahmen die Nachfrager die für sie wichtigen Einstellungen auf Layer 2 und den darüberliegenden Layern ändern können. Das von Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung angebotene Layer 2-Angebot war der CES (vgl. Rz 130 ff.), der die Bandbreitenprofile 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1 Gbit/s und 10 Gbit/s umfasste.³¹⁷

301. Beim sogenannten Layer 3-Angebot erhält die nachfragende FDA die Möglichkeit, gewisse durch das

³⁰⁸ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 (Fn 308), 2045.

³⁰⁹ Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4), der hier analog zur Anwendung kommt; Urteil des BVGer, A-109/2008 vom 12. Februar 2009, E. 8.4.1, *Swisscom/Sunrise, ComCom (nachfolgend: Bitstrom-Urteil)*.

³¹⁰ RPW 2010/1, 146 Rz 206, *Preispolitik ADSL*, Urteil des Gerichts in erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03.

³¹¹ RPW 2010/1, 129 Rz 92 ff., *Preispolitik ADSL*.

³¹² RPW 2010/1, 134 Rz 124 ff., *Preispolitik ADSL*.

³¹³ RPW 2012/2, 238 Rz 319, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³¹⁴ RPW 2012/2, 223 Rz 268, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³¹⁵ Zu weiteren Ausführungen zum ISO/OSI-Modell siehe RPW 2012/2, 227 f. Rz 232 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³¹⁶ RPW 2012/2, 223 Rz 269, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³¹⁷ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Beilage 12.

Angebot bestimmte Modifikationen auf Layer 3-Ebene (z.B. Adressierung mit IP-Adressen etc.) und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. Auf Layer 3 sind die Flussgeschwindigkeiten (und damit auch die zur Verfügung gestellte Bandbreite) bereits fix vorgegeben. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bot Swisscom BBCS (vgl. Rz 143 ff.) als Layer 3-Angebot an.

302. Da für Breitbandanbindungen wie diejenige der Post in technischer Hinsicht die oben beschriebenen verschiedenen Vorleistungsprodukte eingesetzt werden können, rechtfertigt es sich diese im Rahmen der Markt- abgrenzung näher zu betrachten. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen ob und inwieweit die einzelnen Produkte für eine FDA in technischer und preislicher Hinsicht austauschbar sind und sie daher demselben oder einem anderen sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind.

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

303. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (Layer 1) war im Jahr 2008 Swisscom die einzige schweizweite Betreiberin, die diese Infrastruktur im Anschlussbereich als Vorleistungsprodukt anbot.³¹⁸ Auf der Nachfrageseite standen infrastruktur- basierte FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich, welche für ihre Leistungserbringung lediglich die Netzwerkinfrastruktur von der Swisscom Anschlusszentrale bis zum Endkunden als Vorleistungs- produkt nutzen wollten.

304. Die TAL wird in Art. 3 Bst. d^{bis} FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppeler-Metalleitung definiert.

305. Im Hinblick auf die Abgrenzung der TAL gegenüber den weiteren Vorleistungsprodukten im Bereich der elektronischen Datenübertragung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 geäußert.³¹⁹ Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (insbesondere dem schnellen Bitstrom, also dem Layer 2) beim Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen hat. Wenn die TAL für die Nachfrager nach Vorleistungsprodukten ein Substitut zum schnellen Bitstrom darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und die TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstelle, welche es alternativen Anbieterinnen ermögliche, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf die TAL zu wechseln.³²⁰ Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher zu dem Schluss, dass für den Nachfrager der Layer 1-Zugang und die anderen

Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind.

306. Die Nutzung des Kupferkabelnetzes im Anschlussbereich erfolgt für die FDA in der Regel ab einer Anschlusszentrale von Swisscom. Zur Nutzung einer solchen Leitung wird für die FDA am Zugangspunkt vorausgesetzt, dass die komplette für die Übertragung notwendige Infrastruktur selbst aufgebaut wird. Hierzu muss sie die entsprechenden Sende- und Empfangsgeräte (Hardware) am Zugangspunkt installieren und betreiben. Sie mietet sich in der Regel in der Anschlusszentrale von Swisscom ein und gewährleistet eine Anbindung an ihr Backbone-Netz, so dass sie verschiedene Dienstleistungen über die TAL bereitstellen kann. Die Nutzung der TAL erfordert signifikante Investitionen, die amortisiert werden müssen, bietet aber der FDA die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie in der Gestaltung der Endkundenangebote, die über das Kupferkabelnetz erbracht werden. Die Erschliessung von Anschlusszentralen bietet sich daher lediglich für FDA an, welche aufgrund ihres Marktanteils eine gewisse Anzahl Endkunden von einer Anschlusszentrale aus bedienen können und für die sich daher Investitionen in eine solche Infrastruktur lohnt.

307. Infrastrukturbasierte Anbieterinnen, die bis zu den Anschlusszentralen eine eigene Netzwerkinfrastruktur aufbauen bzw. aufgebaut haben und diese bis zum Endkunden dahingehend nutzen wollen, dass sie einzelne Kupferkabelleitungen von der Anschlusszentrale bis zum Endkunden zumieten, haben in der Regel kein Interesse daran, Layer 2 oder Layer 3 Angebote zu nutzen, da sie hierbei ihre in den Anschlusszentralen bestehende Infrastruktur nur eingeschränkt einsetzen könnten. Damit würden sie einen Teil ihres Wertschöpfungspotenzials nicht nutzen. Ein Wechsel auf ein entsprechendes Alternativprodukt (z.B. Layer 2- oder Layer 3-Produkt) wäre lediglich sinnvoll, wenn der Einkauf des Alternativprodukts günstiger wäre, als die eigene Infrastruktur zu nutzen oder wenn die vom Endkunden nachgefragte Leistung durch die eigene Infrastruktur nicht bereitgestellt werden kann.

308. Das Vorleistungsprodukt TAL ist reguliert. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post betrug der Preis (rückwirkend) ab dem 1. Januar 2009 für eine TAL CHF 18.80 pro Monat. Die Preise für ein Layer 3-Angebot (BBCS) für Geschäftskunden liegen bei über CHF 215.- pro Monat. Selbst wenn beide Produkte im Hinblick auf die Erbringung der nachgefragten Leistungen gegenüber dem Endkunden technisch austauschbar sind, so stellt BBCS in preislicher Hinsicht keine Alternative zur TAL dar, wenn eine FDA die betreffende Anschlusszentrale bereits erschlossen hat. Umgekehrt lohnen sich die Investitionskosten in Höhe von CHF [100'000-200'000] und CHF [150'000-250'000] für die Entbündelungen einer Anschlusszentrale nur³²¹ wenn ab der Anschlusszentrale eine ausreichende Menge an Anschlüssen angeboten werden kann.

³¹⁸ BVGE 2009/35, *Zugang zum schnellen Bitstrom*, E. 9.4.2.

³¹⁹ BVGE 2009/35, *Zugang zum schnellen Bitstrom*, E. 8.4.5.

³²⁰ MATTHIAS AMGWERD, *Netzzugang in der Telekommunikation*, Zürich 2008, Rz 254 ff.

³²¹ Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013, S. 2.

309. Folglich fragen FDA, die keine eigene Infrastruktur bis zu den Anschlusszentralen aufgebaut haben bzw. aufbauen wollen, keine Layer 1-Angebote nach, da sie diese aufgrund der bei ihnen nicht vorhandenen Infrastruktur nicht nutzen können. Da sich auf der einen Seite die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Kostenstrukturen für die Nutzung eines Layer-2 oder Layer-3 Angebots im Vergleich zu einem Layer-1 Angebot stark unterscheiden, stellen die Layer-2 und Layer-3 Angebote grundsätzlich keine Substitute zum physischen Zugang dar. Daher rechtfertigt es sich, einen eigenständigen Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur abzugrenzen.

310. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur treffen daher auf der Anbieterseite Swisscom und auf der Nachfrageseite diejenigen FDA, welche über die TAL Fernmeldedienstleistungen erbringen wollen, aufeinander.

Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

311. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber Endkunden erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur oder ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungsdienstleistungen von FDA, die über solch eine Infrastruktur bzw. über einen Zugang zu einer solchen Infrastruktur verfügen, angewiesen. Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf der Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Dienstleistungen, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.³²²

312. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer-2 und Layer-3 Produkten unterschieden werden (vgl. Rz 299 ff.). Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer-2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer-3 Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer-2 als auch Layer-3 Produkte an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden, da sowohl CES (Layer-2 Angebot) als auch BBS (Layer-3 Angebot) zur Erbringung solcher Dienstleistungen sowohl im Allgemeinen als auch gegenüber der Post geeignet sind (vgl. Rz 140 und Rz 150) und eine weitere Unterteilung des Wholesale-Markts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine zusätzlichen Erkenntnisse im Hinblick auf den zu untersuchenden Sachverhalt liefern würde.

313. Da Geschäftskunden grundsätzlich im Hinblick auf Symmetrie der Down- und Upload-geschwindigkeiten, den Service-Levels etc. andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienstleistungen stellen als Privatpersonen, werden grundsätzlich unterschiedliche Vorleistungsprodukte angeboten. So fragt ein Privatkunde in der Regel lediglich einen Zugang zum Internet nach. Demgegenüber fragen Geschäftskunden einen Zugang zum Internet nach und wollen oft zudem die Vernetzung ihrer einzelnen Standorte realisieren. Für Letzteres fragen Unternehmen daher für gewöhnlich symmetrische Bandbreiten nach. Zudem verlangen Geschäftskunden grundsätzlich eine Ausfallsicherheit und SLA, da sich bei ihnen Systemausfälle in der Regel direkt auf die Geschäftstätigkeit auswirken. Auch preislich unterscheiden sich die Angebote von Swisscom im Privatkundenbereich stark von denen im Geschäftskundenbereich. Daher sind die Angebote im Privatkundenbereich nicht mit denen im Geschäftskundenbereich austauschbar. Aus diesen Gründen kann zwischen einem Geschäftskunden- und einem Privatkundenbereich unterschieden werden. Da auch die Post im Rahmen ihrer Ausschreibung spezifische Eigenschaften eines Geschäftskundenanschlusses (höhere Ausfallsicherheit, entsprechende SLA, symmetrische Bandbreiten etc.) nachgefragt hat, rechtfertigt sich für die Zwecke des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts eine separate Abgrenzung eines Wholesale-Markts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.

314. Der sachlich relevante Markt umfasst daher sämtliche Angebote von leitungsgebundenen Datenübertragungsdienstleistungen, welche basierend auf einer physischen Netzwerkinfrastruktur (oder basierend auf einem Zugang zu einer solchen) als Vorleistung im Geschäftskundenbereich erbracht werden.

Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

315. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung meist symmetrische Datenübertragungsdienstleistungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere die garantierte Bandbreite und Service-Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandverbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche Fernmeldedienstleister, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen und sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.³²³

316. Auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich treffen daher Anbieter von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche

³²² Vgl. RPW 2012/2, 240 Rz 339 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

³²³ Vgl. RPW 2012/2, 242 Rz 353 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

die Anforderungen von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche deren Angebote nachfragen, aufeinander.

Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

317. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat die Post die Errichtung eines Wide Area Networks ausgeschrieben. Sie ist daher Nachfragerin nach den entsprechenden Dienstleistungen der FDA, mittels welchen die einzelnen Poststandorte entsprechend ihren Spezifikationen angebunden werden können. Als Anbieterinnen kommen sämtliche FDA in Frage, welche die Anforderungen der Post erfüllen können. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post treffen Anbieterinnen von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Anforderungen der Post erfüllen, sowie die Post als Nachfragerin dieser Angebote, aufeinander.

B.3.1.1.2. Räumlich relevanter Markt

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

318. Swisscom stellt als einzige Anbieterin den Zugang zur kupferkabelbasierten Netzwerkinfrastruktur zu schweizweit einheitlichen Bedingungen bereit. FDA, welche die TAL als Vorleistungsprodukt nachfragen, sind entweder schweizweit oder regional tätig. Es ist ebenso denkbar, dass ausländische Unternehmen Vorleistungsprodukte von Swisscom nachfragen, um über die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom der Post Angebote zu offerieren. Dennoch werden sie für die Angebotsbereitstellung auf die in der Schweiz liegende Infrastruktur von Swisscom zurückgreifen bzw. eine eigene Infrastruktur in der Schweiz aufbauen müssen. Daher werden ausländische Unternehmen kaum ohne eigene Präsenz in der Schweiz ein Angebot lancieren können, weshalb lediglich von einem schweizweiten und nicht internationalen Angebot auszugehen ist. Im Falle der Post umfasst die WAN-Anbindung eine schweizweite Vernetzung der Standorte. Daher kann auf eine schweizweite Nachfrage geschlossen werden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird in räumlicher Hinsicht ein schweizweiter Markt abgegrenzt.³²⁴

Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

319. FDA, welche gegenüber Endkunden entsprechende Dienstleistungen anbieten, fragen Vorleistungsprodukte zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten grundsätzlich schweizweit nach. Zwar existieren auch kleinere FDA, die nur bestimmte Regionen mit ihrem Service abdecken wollen. In der Schweiz könnte auch Sunrise in denjenigen räumlich begrenzten Gebieten entsprechende Vorleistungsprodukte anbieten, welche über eine von ihr erschlossene Anschlusszentrale erreicht werden können. Für das schweizweite Anbieten von Breitbandangeboten im Geschäftskundenbereich gegenüber Endkunden stellen die regionalen Angebote von Sunrise allerdings keine Alternative dar. Im vorliegend zu beurteilenden Fall umfassen die Anforderungen der Post

eine schweizweite Vernetzung der Poststandorte. Daher besteht eine schweizweite Nachfrage. Zudem unterscheiden sich die Wettbewerbsverhältnisse in räumlicher Hinsicht nicht in einem solchen Ausmass, dass sich eine weitere räumliche Unterteilung des Marktes rechtfertigen würde.

320. Aus den oben genannten Gründen ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.³²⁵

Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

321. Die Nachfrager nach Breitbanddiensten im Geschäftskundenbereich sind Unternehmen der ganzen Schweiz. Zudem können aufgrund der in der Schweiz liegenden Netzinfrastruktur nur Breitbandanbindungen in der Schweiz nachgefragt werden. Daher ist vorliegend von einer schweizweiten Nachfrage auszugehen. In räumlicher Hinsicht kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ein schweizweiter Markt abgegrenzt werden.³²⁶

Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

322. Die Post fragt im Rahmen der WAN-Anbindung für sämtliche Poststandorte die entsprechenden Breitbanddienste nach. Daher ist für die Ausschreibung der Post von einer schweizweiten Nachfrage auszugehen. In räumlicher Hinsicht kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ein schweizweiter Markt abgegrenzt werden.³²⁷

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

323. Ein Unternehmen gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 KG als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbieter oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In diesem Zusammenhang stellt das Kartellrecht auf die den Unternehmen zur Verfügung stehenden Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab.³²⁸ Werden hingegen Unternehmen aufgrund der der Marktgegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen diszipliniert, bestehen solche Spielräume nicht. Je umgehender die Marktgegenseite auf Verhaltensänderung bzw. Preisänderungen reagiert, desto stärker werden die Handlungsspielräume eingeengt und das betroffene Unternehmen diszipliniert. Fehlt hingegen eine solche Disziplinierung, verbleiben dem Unternehmen mitunter grosse Verhaltens- und Preissetzungsspielräume.

324. Um die Marktstellung eines Unternehmens zu untersuchen, sind die jeweils relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen, wobei neben Marktstrukturdaten und deren Entwicklung auch Eigenschaften des betreffenden Unternehmens

³²⁴ Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, *Preispolitik ADSL*.

³²⁵ Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, *Preispolitik ADSL*.

³²⁶ Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, *Preispolitik ADSL*.

³²⁷ Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, *Preispolitik ADSL*.

³²⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 297 E. 10.1, *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

sowie andere marktspezifische Eigenschaften zu berücksichtigen sind.³²⁹ Hierbei ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht „nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die [WEKO] im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid genügend zu begründen. An die Begründungspflicht und – dichte sind hohe Anforderungen zu stellen.“³³⁰

325. Ob sich Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich wie bereits erwähnt dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potentieller Konkurrenz gegenüber sieht.

B.3.1.2.1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

Aktueller Wettbewerb

326. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung verfügte in der Schweiz lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und konnte daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren. Somit hat Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten einen Marktanteil von annähernd 100 %. So bot neben Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung keine andere Netzbetreiberin nachfragenden FDA einen schweizweiten Zugang zu ihrem leitungsgebundenen Datenübertragungsnetz an.

327. Dies hatte zur Folge, dass sämtliche FDA, die einen Zugang zu einem physischen leitungsgebundenen Datenübertragungsnetzwerk nachfragten, diesen lediglich bei Swisscom erhalten konnten. Eine Disziplinierung von Swisscom als einzige Anbieterin eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur war daher auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht zu erwarten.

328. Swisscom war zum Zeitpunkt der Ausschreibung allerdings gesetzlich dazu verpflichtet, die TAL in nicht-diskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen Dritten bereitzustellen (Preisregulierung gemäss Art. 11 FMG). Die ComCom legte den für das Jahr 2009 massgeblichen monatlichen Preis für die Miete eines entbündelten Anschlusses auf CHF 18.80 fest.³³¹ Daher war Swisscom in ihren Verhaltens- und Preissetzungsspielräumen grundsätzlich preislich nach oben hin eingeschränkt, was dazu führte, dass aufgrund der gesetzlichen Regulierung der TAL Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung nur noch im Rahmen der regulierten Bedingungen zur Preis- und Angebotsgestaltung nutzen kann.

Potentieller Wettbewerb

329. Derzeit werden in der Schweiz flächendeckend von Swisscom in Kooperation mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen Glasfasernetzwerke aufgebaut. Basierend auf diesen neu entstandenen bzw. entstehenden Infrastrukturen werden seit dem Jahr 2012 Vorleistungsprodukte verkauft. Dies hat zur Folge, dass mit den Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf Infrastrukturebene ein neuer Marktakteur in den Markt eingetreten ist.

330. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist dies allerdings unerheblich, da während der Untersuchungsdauer noch keine entsprechenden schweizweiten Angebote im Markt vorhanden waren. Zudem war zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post noch nicht ersichtlich, wie schnell und in welchem Ausmass der Glasfaseraufbau im Anschlussbereich vonstattengehen würde.

331. Weitere potentielle Wettbewerber waren zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht ersichtlich, weshalb kein potentieller Wettbewerb vorlag.

Zwischenergebnis

332. Als einzige kupferkabelbasierte Netzbetreiberin in der Schweiz konnte sich Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung grundsätzlich auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unabhängig verhalten.

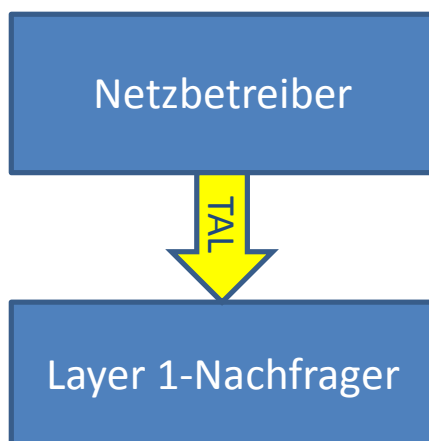


Abbildung 2: Abhängigkeiten auf dem Layer 1-Markt

³²⁹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 297 E. 10.1, *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

³³⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

³³¹ Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008.

333. Im Bereich der Preissetzung war der Handlungsspielraum von Swisscom allerdings auf die regulierten Preise beschränkt. Zudem war Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung (und ist es auch heute noch) gesetzlich verpflichtet, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen und zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Abgesehen von diesen Einschränkungen konnte und kann sich Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als einzige Anbieterin unabhängig verhalten. Aus diesem Grund ist Swisscom auf diesem Markt als marktbeherrschend einzustufen.

B.3.1.2.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

Aktueller Wettbewerb

334. In der Schweiz verfügt Swisscom über das am besten ausgebaute Netzwerk zur leitungsgebundenen elektronischen Datenübertragung im Anschlussbereich. Insbesondere im Hinblick auf die Bereitstellung von symmetrischen Breitbandanbindungen, wie sie regelmässig im Geschäftskundenbereich nachgefragt werden, verfügt einzig Swisscom über eine entsprechende Infrastruktur. Aus diesem Grund war einzig Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in der Lage, anderen FDA Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz flächendeckend anzubieten.³³² Heute bestehen durch die Wholesale-Angebote der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zumindest regional Alternativangebote über die bereits bestehenden bzw. im Aufbau befindlichen Glasfasernetze.

335. Zwar verfügten auch Kabelnetzwerkbetreiberinnen über eine gewisse Anzahl an Anschlüssen zum Endkunden. Diese sind allerdings für den Einsatz im Geschäftskundenbereich aufgrund ihrer technologischen Eigenschaften kaum einsetzbar. Da Koaxialkabelanschlüsse über Hubs an einer Kopfstation zusammenlaufen und die Kabelnetz-Architektur auf eine Punkt-zu-Mehrpunkt-Kommunikation ausgerichtet ist, müssen sich alle Teilnehmer an einem Hub die vorhandene Bandbreite teilen.³³³ Dies hat zur Folge, dass sich sowohl symmetrische als auch garantierte Bandbreiten über die Koaxialkabelinfrastruktur kaum realisieren liessen. Symmetrische und garantierte Bandbreiten sind jedoch im Geschäftskundenbereich meistens Voraussetzung für ein entsprechendes Angebot und waren dies auch im Rahmen der Ausschreibung der Post. Zudem boten die einzelnen Kabelnetzbetreiberinnen der Schweiz ohnehin keine Wholesale-Angebote an. Dies unterstreicht die Feststellungen des BAKOM, dass es sich bei den genannten Kabelnetzverbänden nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter handle.³³⁴

336. Denkbar ist, dass Sunrise als FDA auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen von denjenigen Anschlusszentralen aus, welche sie erschlossen hat, anderen FDA ebenfalls Vorleistungsprodukte anbietet. In diesem Rahmen könnte Sunrise basierend auf der TAL regional zu Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in Wettbewerb treten. Allerdings kann Sunrise kein flächendeckendes Netz zur Verfügung stellen, so dass

diesen zudem einige Dienstleistungen bei Swisscom nachfragen müsste, was für den Nachfrager zu höheren Transaktionskosten führt. Da Sunrise zudem auf dem Endkundenmarkt tätig ist, dürfte zudem die Bereitschaft durch günstige Vorleistungsprodukte für mehr Wettbewerb im Endkundenmarkt seitens anderer FDA äusserst gering sein.

337. Im Rahmen des Projektes „WAN-Anbindung Poststandorte“ war auch Sunrise in erheblichem Masse auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, so dass zumindest für dieses Projekt keine disziplinierende Wirkung seitens einer anderen FDA vorlag.

338. Swisscom ist somit die einzige Anbieterin, die auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein schweizweites Angebot unterbreiten kann. Der Wettbewerbsdruck von Sunrise als mögliche alternative Anbieterin solcher Vorleistungsprodukte ab denjenigen Anschlusszentralen, welche sie entbündelt hat, ist quasi inexistent, da alternative FDA lediglich in speziellen Einzelfällen auf mögliche Vorleistungsprodukte von Sunrise zurückgreifen können. Somit besteht auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich nur eine geringe aktuelle Konkurrenz.

Potentieller Wettbewerb

339. Theoretisch wäre es denkbar, dass FDA, die sämtliche Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hätten, über die TAL anderen FDA elektronische Datenübertragungsdienstleistungen als Vorleistungsprodukt zur Verfügung stellen und auf diese Weise mit Swisscom in Wettbewerb treten könnten. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung wurden allerdings solche Dienstleistungen von anderen FDA als Swisscom nicht schweizweit angeboten. Vielmehr war Sunrise als einzige FDA, die eine grössere Anzahl Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hatte, zur Angebotsunterbreitung im Hinblick auf die Ausschreibung der Post auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom zwingend angewiesen. Dies galt für andere FDA, die weniger oder keine Anschlusszentralen entbündelt hatten, in noch stärkerem Ausmass. Es war zum Zeitpunkt der Ausschreibung auch nicht zu erwarten, dass eine alternative FDA eine grössere Anzahl an Anschlusszentralen entbündeln würde.

340. Auch bei den Kabelnetzbetreiberinnen gab es keine Hinweise auf die Lancierung von Wholesale-Angeboten im Geschäftskundenbereich. Das BAKOM kam in seiner Analyse zum Schluss, dass die Kabelnetzbetreiberinnen ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohen Koordinationsaufwand kaum in der Lage wären, ein dem der Swisscom auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzuziehen.³³⁵ Die vom BAKOM gemachte und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Analyse gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die technischen Anforderungen an Datenübertragungsdienstleistungen im Hinblick auf symmetrische Bandbreiten und Service Levels im Geschäftskundenbereich höher sind als im Privatkundenbereich.

³³² Vgl. Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3.

³³³ Kabelnetz-Architektur, <www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/1510061.htm> (03.08.2012).

³³⁴ Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3.

³³⁵ Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3.

341. Auch die aufkommenden Angebote der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) über Glasfasernetzwerke bieten nur eingeschränkt und lokal eine Alternative zu den Wholesale-Angeboten von Swisscom. Die Gründe dafür liegen insbesondere in den höheren Transaktionskosten und der regionalen Verankerung der meisten EVU. So kann nicht mit einer einzelnen FDA ein Vertrag abgeschlossen werden, sondern es müssen eine ganze Reihe an verschiedenen Verträgen abgeschlossen werden, um eine entsprechende räumliche Abdeckung zu erreichen. Es ist zudem fraglich, ob in einem solchen Setting überhaupt ganz auf Swisscom verzichtet werden kann. Allerdings waren zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Überlegungen im Bereich Glasfaserausbau Schweiz noch nicht soweit gediehen, dass diese eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom hätten ausüben können. Sie sind daher für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich.

342. Eine Disziplinierung durch aktuelle oder potentielle alternative Anbieterinnen von Datenübertragungsdienstleistungen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist aufgrund des im Rahmen dieses Verfahrens erhobenen Sachverhalts nicht gegeben. Zudem zeigt die zeitliche Analyse der Preisentwicklung der BBCS und CES Angebote von Swisscom im Vergleich zu den regulierten Angeboten, dass im Zeitraum zwischen 2008 und 2013 keine Disziplinierung stattgefunden hat (vgl. Tabelle 31).

343. Ein weiterer disziplinierender Faktor könnten indirekte Effekte vom Endkundenmarkt auf die Vorleistungsmärkte sein. Solche indirekten Effekte könnten beispielsweise entstehen, wenn eine alternative FDA Endkundenangebote, welche auf der TAL basieren, offeriert und so andere FDA im Preis erheblich unterbietet. Da hierdurch die Gefahr besteht, dass andere FDA aus dem Markt gedrängt werden, könnten diese mit Swisscom in Verhandlung treten, um günstigere Vorleistungspreise auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen auszuhandeln, so dass diese mit derjenigen FDA in Wettbewerb treten können, welche ihr Angebot auf die TAL stützt. Derzeit bestehen erhebliche Preisdifferenzen zwischen dem regulierten Produkt TAL und den kommerziellen Produkten BBCS und CES. Da selbst Sunrise für Angebote im Geschäftskundenbereich in erheblichem Ausmass auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen ist, ist grundsätzlich von einem unerheblichen Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt und den damit verbundenen möglichen indirekten Effekte auszugehen.

344. Alleine schon die Tatsache, dass Swisscom den Preis für BBCS für eine symmetrische Bandbreite von 1.2 Mbit/s auf CHF 215 festgelegt und über Jahre nicht verändert hat, obwohl der Preis für die TAL von CHF 18.80 auf CHF 15.50 gesunken ist, zeigt, dass hier keine Disziplinierung stattgefunden hat (vgl. Tabelle 31), obwohl die Vorleistungsprodukte austauschbar sind, wenn eine entsprechende Anschlusszentrale entbündelt wurde.³³⁶ Dies hat, wie der Fall der Post zeigt, zur Folge, dass Sunrise bei solchen Ausschreibungen, aufgrund der Mischrechnung zwischen der TAL und den kommerziellen Produkten in der Regel tiefere Durchschnittspreise als andere FDA (ausser Swisscom) anbieten kann. Trotz dieses Phänomens hat Swisscom bisher keine

Preisanpassung bei den kommerziellen Produkten vorgenommen, was ebenfalls darauf hindeutet, dass hier keine Disziplinierung stattfindet.

Stellungnahme von Swisscom zu den Wettbewerbsverhältnissen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

345. Swisscom macht geltend, dass die Infrastruktur von Cablecom aufgrund ihrer technologischen Eigenschaften für Breitbandanbindungen an Geschäftskunden einsetzbar sei.³³⁷ Im Rahmen der Ausschreibung der Post habe Cablecom bei Swisscom keine Vorleistungsprodukte nachgefragt.³³⁸ Ausserdem sei Cablecom von der Post zur Offertstellung aufgefordert worden und habe folglich die Anforderungen der Post im Präqualifikationsverfahren erfüllt.³³⁹ Ob der höhere Offertpreis von Cablecom kausal auf Vorleistungspreise von Swisscom zurückzuführen ist, sei von der Wettbewerbsbehörde soweit ersichtlich nicht geprüft worden.³⁴⁰

346. Hierzu ist anzumerken, dass Cablecom über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügt, über welche sie möglicherweise einen Teil oder die Gesamtheit der Poststandorte abdecken kann. Die von Cablecom eingereichte Offerte fiel aber sowohl in technischer als auch in preislicher Hinsicht weit hinter die Offerten von Sunrise und Swisscom zurück, weshalb vorliegend kein Wettbewerbsdruck seitens Cablecom ausgeübt wurde.

347. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 festgestellt, dass Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die WEKO hat die marktbeherrschende Stellung von Swisscom in diesem Verfahren untersucht. Sie ist in ihrem damaligen Gutachten zum Schluss gekommen, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste einzig Swisscom in der Lage ist, anderen Fernmeldediensteanbietern Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und zum diesem Zeitpunkt anderen Fernmeldediensteanbietern insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS anbot. Damit war sie auf diesem Markt konkurrenzlos die alleinige Anbieterin. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom angesichts des vorgewiesenen Jahresumsatzes, des Betriebsgewinns und des Personalbestands das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Die neusten Entwicklungen haben damals zudem gezeigt, dass die Beschwerdeführerin ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt hat. Aufgrund der staatlichen Mehrheitsbeteiligung hat Swisscom gegenüber ihrer Konkurrenz Vorteile, unter anderem kommt ihr ein Schutz vor Übernahmen zu. Hinsichtlich der Infrastruktur verfügt sie über ein flächendeckendes Anschlussnetz. Auch in absoluten Zahlen weist die Beschwerdeführerin die höchste Anzahl

³³⁶ Vgl. auch Ausführungen von Swisscom in der Eingabe vom 22. September 2010, S. 13.

³³⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 68.

³³⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 70.

³³⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 69.

³⁴⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 70.

Anschlüsse und damit die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge auf. Mit Bezug auf die Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber, die gesamthaft weniger als die Hälfte der verfügbaren Breitbandanschlüsse der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Gutachtens besaßen, faktisch die einzigen Konkurrenten. Die Analyse des potentiellen Wettbewerbs hat damals ergeben, dass die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage waren, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot der Beschwerdeführerin zu treten und anderen Fernmeldediensteanbietern zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu eröffnen. Als mögliche Anbieter kamen insbesondere Kabelnetzbetreiber oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel in Frage. Da aber Kabelnetzbetreiber mit wenigen Ausnahmen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldediensteanbieter vorsahen und Cablecom als weitaus grösste Kabelnetzbetreiberin auch aus damaliger Sicht in naher Zukunft keine solchen unterbreiten würde, war die Konkurrenz zum Anschlussnetz der Beschwerdeführerin in einem Horizont von zwei Jahren als niedrig einzustufen. Glasfaseranschlüsse waren damals zahlenmässig noch sehr gering vertreten, so dass auch lokal und insbesondere in Ballungszentren entstehende Zugangsmöglichkeiten noch keine disziplinierende Wirkung zeigen würden. Die WEKO schloss somit in ihrem Gutachten, dass damals weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb herrschte, der einen genügend disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausgeübt habe (E.9.4.2).

348. Das BVGer hielt fest, dass nach Ansicht der WEKO nicht zu bestreiten sei, dass die Beschwerdeführerin (Swisscom) als Einzige ein flächendeckendes Angebot bereit halte und auch bei Ausschöpfung aller verfügbaren drahtgebundenen Angebote keine lückenlose, alternative Abdeckung zu erreichen wäre. Mithin existiere aktuell kein alternatives Wholesale-Angebot, das demjenigen der Beschwerdeführerin ebenbürtig wäre. Dass diese ihr Angebot zudem zu national homogenen Preisen machen könne, zeige, dass von allfälligen alternativen Angeboten kein hinreichend disziplinierender Einfluss ausgehe, der ein unabhängiges Verhalten verhindern würde. Die damalige Behauptung von Swisscom, eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände könne gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten, entspreche schliesslich nicht der Realität. Bei den genannten Kabelnetzverbänden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter. Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote beständen ebenfalls nicht. Ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohen Koordinationsaufwand wären sie daher kaum in der Lage, ein demjenigen von Swisscom auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzuziehen. Auch würden weitere ökonomische Gründe - notwendige Investitionen, hohe Kundenwerbekosten aufgrund eines unterschiedlich hohen Versorgungsgrades der Bevölkerung, hohe Wechselkosten sowohl auf Wholesale- als auch Endkundenebene - es als wenig wahrscheinlich erscheinen lassen, dass Kabelnetzbetreiber ein theoretisch mögliches, annähernd nationales Wholesale-Angebot lancierten. (E.9.4.3). Das BVGer hielt somit fest, dass weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb bestand,

der das Verhalten der Beschwerdeführerin diszipliniert hätte (E.9.4.4).

349. Schliesslich machte Swisscom noch geltend, der potentielle Wettbewerb im Retail-Markt habe eine starke disziplinierende Wirkung gehabt und verhinderte ein unabhängiges Verhalten ihrerseits (E.10.1). Unter dem Einfluss des nachgelagerten Marktes wäre zu überprüfen gewesen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt, das heisst dem Retail-Markt für Breitbanddienste, disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Wholesale-Markt ausüben vermögen (E.10.4).

350. Die WEKO gelangte damals in ihrem Gutachten zum Schluss, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Unter diesem Blickwinkel überprüfte sie, inwiefern von Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, Wettbewerbsdruck ausging. Zunächst hielt die WEKO fest, dass Swisscom im Bereich der geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie über eine starke Stellung verfügte, die auch im Endkundenmarkt gegen eine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt sprach. Von anderen Internet Service Providern, die das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkauft haben, könne keine disziplinierende Wirkung ausgehen. Übrig geblieben sind die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung sprach. Selbst Cablecom, die über die stärkste Stellung unter den Kabelnetzbetreibern verfügte, entwickelte angesichts ihres im Vergleich zu Swisscom geringen Marktanteils lediglich begrenzten Wettbewerbsdruck. Aussagekräftig war etwa ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Cablecom und Swisscom: Während sich der Marktanteil Ersterer in den vorangegangenen Jahren trotz erheblicher Marketinganstrengungen verringert hatte, hat Letztere ihren Marktanteil kontinuierlich steigern können. Im Ergebnis schloss die WEKO im damaligen Verfahren, dass von den Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck ausging. Dieser war indessen nur begrenzt zu berücksichtigen und vor allem nur beschränkt vorhanden (E.10.4.1).³⁴¹

351. Auch zum Zeitpunkt der Ausschreibung hatten sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich geändert, so dass diese Ausführungen der WEKO auch im vorliegenden Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen. Demnach ist nicht von einem Wettbewerbsdruck auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich auszugehen.

352. Swisscom macht geltend, dass an keiner Stelle im Antrag der *equally efficient competitor Test* erwähnt und angewendet werde.³⁴² Zudem merkt Swisscom an, dass die Anzahl entbündelter TAL darauf hinweisen könnte, dass Sunrise (oder evtl. upc cablecom) weniger effizient als Swisscom seien.

³⁴¹ Urteil des BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, *Swisscom/ComCom*.

³⁴² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 94.

353. Auf die Frage, ob Swisscom Sunrise als effiziente Konkurrentin betrachte, antwortete Swisscom im Rahmen der Anhörung, dass es schwierig sei, dies zu beurteilen. Die Investitionen in die Entbündelung der TAL seien vor vielen Jahren gemacht worden und das Angebot werde heute von Sunrise nicht mehr gepusht. Ohne Detailkenntnisse der Kostenstrukturen sei dies also schwierig zu beantworten. Aber Sunrise mache offenbar einen guten Job, da sie Swisscom Kunden abwerbe.³⁴³

354. Die Logik des *equally efficient competitor Test* besagt, dass eine Verhaltensweise, die gegen ein vergleichsweise ineffizientes Unternehmen gerichtet ist, aus der Perspektive der Verbraucherwohlfahrt unschädlich ist. Mit Bezug auf ökonomische Funktionen von Wettbewerbern des Marktbeherrschers wird das missbräuchliche Verhalten dahingehend geprüft, ob mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Konkurrent durch das Verhalten vom relevanten Markt ausgeschlossen wird, obwohl dieser gleich effizient oder effizienter ist als der Marktbeherrschende.³⁴⁴

355. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde auf die Berechnungen von Swisscom abgestellt. Die

weiteren Kosten (neben den von Swisscom geltend gemachten Kosten) sind die Kosten für den Grundausbau einer Anschlusszentrale, welche aus den von Sunrise angegebenen Kosten berechnet wurden, und die allgemeinen VVGK, welche branchenüblich und pauschal mit 6 % veranschlagt wurden (vgl. hierzu auch nachfolgend: Rz 517). Es ist daher nicht ersichtlich in welchem Bereich auf Angaben eines ineffizienten Anbieters abgestellt wurde.³⁴⁵

Zwischenergebnis

356. Grundsätzlich könnte von einem Layer 1-Nachfrager auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehen. In der Schweiz käme hierbei allenfalls Sunrise in Frage. Da dies aber ihren eigenen kommerziellen Interessen entgegenlaufen würde, ist nicht zu erwarten, dass Sunrise als alternative Layer 2 bzw. Layer 3-Anbieterin die kommerziellen Produkte von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in erheblichem Masse unterbieten würde und sich so neue Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich schafft.

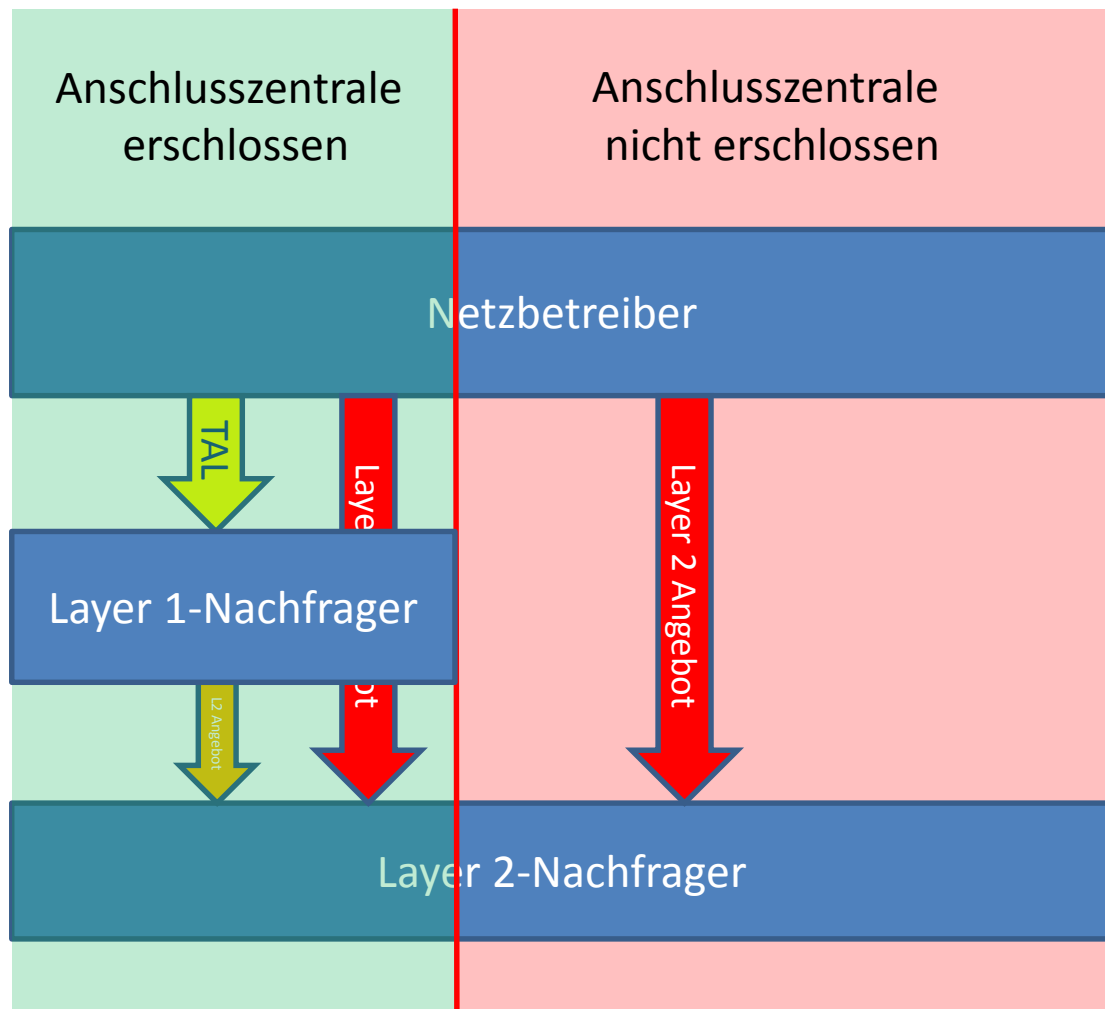


Abbildung 3: Abhängigkeiten auf dem Layer 2-Markt

³⁴³ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 2-3.

³⁴⁴ Vgl. zum Ganzen Basler Kommentar, Art. 7, N 60.

³⁴⁵ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz 517.

357. Es kann somit festgehalten werden, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestand, der das Verhalten von Swisscom diszipliniert hätte. Swisscom war daher in der Lage, sich auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch an den Vorleistungspreisen für Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 1.8 Mbit/s, die ein Vielfaches der entsprechenden regulierten Preise ausmachen. Daher ist Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich als marktbeherrschend einzustufen.

B.3.1.2.3. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

Aktueller Wettbewerb

358. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich sind verschiedene FDA tätig. Wie allerdings bereits in der Analyse zur Marktstellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich dargelegt, sind so gut wie sämtliche FDA auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Daher sind ihre Möglichkeiten, mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb zu treten, grundsätzlich beschränkt.

359. Bei Endkundenaufträgen im Bereich der elektronischen Datenübertragung kann insbesondere zwischen zwei verschiedenen Arten von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen unterschieden werden. Auf der einen Seite fragen Endkunden an einem oder mehreren Standorten einen Zugang zum Internet nach. Auf der anderen Seite fragen Unternehmen eine Vernetzung ihrer jeweiligen Standorte nach, so dass zwischen den Standorten im Rahmen eines geschlossenen Netzwerks Daten ausgetauscht und verteilt bearbeitet werden können. Hierzu ist es notwendig, entsprechende Datenübertragungsdienstleistungen an den einzelnen Standorten zur Verfügung zu stellen.

360. In der Schweiz war zum Zeitpunkt der Ausschreibung ausschliesslich Swisscom technisch in der Lage, schweizweit flächendeckend die Bedürfnisse der Geschäftskunden abzudecken, da für die Leistungserbringung im Geschäftskundenbereich die über das Kupferkabel verfügbare Bandbreite oft nicht ausreichte, um die Anforderungen der Geschäftskunden zu erfüllen. Swisscom hatte jedoch insbesondere bereits verschiedene Geschäftskundenanschlüssen mit Glasfaser erschlossen, um genau solche Bedürfnisse abzudecken.

361. Zwar haben alternative FDA, die eine gewisse Anzahl Anschlusszentralen entbündelt oder eigene Leitungen verlegt haben, ebenfalls die Möglichkeit, im Rahmen der technischen Kapazitäten der Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur auf Basis der TAL bzw. auf ihren eigenen Netzwerken eigene Endkundenangebote zu erstellen und damit für einzelne Standorte einen gewissen Wettbewerbsdruck aufzubauen. Ein solcher ist allerdings auf diejenigen Endkundenstandorte beschränkt, zu welchen sie einen Zugang über die TAL oder über ihr eigenes Netzwerk haben. Für die Erschliessung aller anderen

Standorte sind sie wiederum auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, da zu diesen keine Alternativen bestehen. Je nach Standort des Kunden können sie daher besser oder weniger gut mit Swisscom in Wettbewerb treten. Dies hat zur Folge, dass die Wettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen zwar partiell (und zwar für einzelne Standorte) recht hoch sein kann. Insgesamt ist allerdings schweizweit auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich nur von einer geringen Wettbewerbsintensität auszugehen.

362. Im Rahmen der Ausschreibung der Post zeigen sich die Effekte der regulierten TAL bei Sunrise deutlich, da Sunrise aufgrund der Mischrechnung mit der TAL und den kommerziellen Produkten einen bedeutend tieferen Preis anbieten kann, als diejenigen FDA die ausschliesslich die kommerziellen Produkte von Swisscom nachfragen müssen. Dennoch ist der Wettbewerbsdruck auf die kommerziellen Wholesalepreise von Swisscom, der aufgrund der Möglichkeit dieser Mischrechnung ausgeht, äusserst gering, wie die Tabelle 30 und Tabelle 31 zeigen. So würde eine FDA, welche über eine ausreichende Anzahl entbündelter Teilnehmeranschlussleitungen verfügt, um sämtliche Poststandorte bis 2 Mbit/s damit zu erschliessen, bedeutend stärkeren Wettbewerbsdruck ausüben können. Die Tatsache, dass Swisscom dennoch keine Notwendigkeit für Preisanpassungen sah, zeigt ebenfalls den fehlenden Wettbewerbsdruck im Geschäftskundenbereich.

363. Im Hinblick auf die Ausschreibung konnte Sunrise nur einen Teil der Poststandorte mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL anbinden. Für alle anderen Standorte war Sunrise auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Der hierbei durch Sunrise entstehende Wettbewerbsdruck auf Swisscom war daher stark eingeschränkt. Zumindest im vorliegend zu beurteilenden Fall kann nicht von wirksamem aktuellem Wettbewerb gesprochen werden. Gleiches gilt für [...], da auch [...] auf die Vorleistungsprodukte anderer FDA (vermutungsweise Swisscom) angewiesen war.

Potentieller Wettbewerb

364. Zwar sind neue Markteintritte auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich durch die Möglichkeiten, von Swisscom Vorleistungsprodukte zu beziehen, durchaus möglich. Dennoch geht von solchen neuen Marktzutritten nur soviel Wettbewerb aus, wie Swisscom als einziger Anbieter von kommerziellen Vorleistungsprodukten zulässt bzw. über den Bezug der regulierten Vorleistungsprodukte (meist für eine beschränkte Anzahl von Anschlüssen) möglich ist.

365. Wettbewerbsdruck könnte zum Beispiel durch einen neuen Infrastrukturanbieter entstehen. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post war allerdings ein Marktzutritt eines neuen Infrastrukturanbieters, der bereits auf die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zum Zeitpunkt der Ausschreibung einen Einfluss gehabt haben könnte, nicht ersichtlich.

366. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich kein potentieller Wettbewerb vorhanden war.

Stellungnahme Swisscom zu den Wettbewerbsverhältnissen im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich

367. Swisscom macht geltend, dass es nicht zutrefte, dass auf dem die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung betreffenden Endkundenmarkt kein aktueller Wettbewerb existiere.³⁴⁶ An der Ausschreibung der Post hätten drei Wettbewerber ein Angebot unterbreitet. Diese seien somit gegenseitig in Wettbewerb getreten. Zudem habe Swisscom ihr Endkundenangebot so berechnet, dass auch Sunrise in der Lage gewesen wäre eine konkurrenzfähige Offerte zu erstellen.

368. Am Bieterwettstreit haben Swisscom, Sunrise und [...] teilgenommen, wobei Sunrise auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom zur Leistungserbringung angewiesen war und daher nicht als eigenständiges und unabhängiges Marktangebot angesehen werden kann. Insbesondere in dem Masse, wie Sunrise von den kommerziellen Vorleistungsangeboten von Swisscom abhängig war, konnte Sunrise keinen über den von Swisscom damit festgelegten Preis Wettbewerbsdruck ausüben.

369. Bereits im Urteil zum schnellen Bitstrom hat das Bundesverwaltungsgericht anerkannt, dass durch die Kabelnetzbetreiber weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb bestehe, der auf Swisscom einen disziplinierenden Einfluss auf den Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ausüben würde.³⁴⁷ Hierbei wurde auch dem Argument von Swisscom, dass die Kabelnetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt Wettbewerbsdruck ausüben würden, der auch disziplinierend auf den Vorleistungsmarkt wirken würde, Rechnung getragen.³⁴⁸ Auch vorliegend zeigen die Angebote von [...], dass [...] zu keiner Zeit willens oder in der Lage war, in preislicher Hinsicht wettbewerbsfähige Angebote zu unterbreiten, weshalb auch vorliegend nicht von einer disziplinierenden Wirkung ausgegangen werden kann. Somit ist festzuhalten, dass im Rahmen der Ausschreibung der Post kein wirksamer Wettbewerb bestand, der einen disziplinierenden Einfluss auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom hätte ausüben können.

Zwischenergebnis

370. Es kann somit festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestand, der das Verhalten von Swisscom diszipliniert hätte.

371. Die nachfolgende Abbildung (Abbildung 4) zeigt nochmals zusammenfassend auf, welche Akteure auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich anbieten können und welche Vorleistungsprodukte sie hierzu einsetzen können. Grundsätzlich kann zwischen denjenigen Anschlüssen, die für eine vom Netzbetreiber verschiedene FDA über eine entbündelte Anschlusszentrale erschlossen werden können (grün dargestellt), und solchen die nicht über

eine entbündelte Anschlusszentrale erschlossen werden können unterschieden werden (rot dargestellt).

372. Wurde eine Anschlusszentrale entbündelt (grün dargestellt), so kann grundsätzlich zwischen drei Arten von Anbietern auf dem Endkundenmarkt unterschieden werden. Netzbetreiber können als integrierte Anbieter direkt an den Endkunden gelangen. Layer 1-Nachfrager können basierend auf dem beim Netzbetreiber nachgefragten (regulierten) Layer 1-Angebot auf dem Endkundenmarkt anbieten. Layer 2/3-Nachfrager haben zumindest theoretisch die Möglichkeit beim Layer 1-Nachfrager ein Layer 2/3-Vorleistungsprodukt zu beziehen (vgl. Rz 336) oder sie können direkt beim Netzbetreiber ein Layer 2/3-Vorleistungsprodukt beziehen, um basierend hierauf ein Endkundenangebot zu lancieren.

373. Falls keine Anschlusszentrale erschlossen wurde (rot dargestellt), so kann der Endkunde nur auf zwei Arten von Anbietern auf dem Endkundenmarkt zurückgreifen. Diese sind der Netzbetreiber sowie die Nachfrager nach Layer 2/3-Angeboten.

³⁴⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 55.

³⁴⁷ BVGE 2009/35, E. 9.4.2.

³⁴⁸ BVGE 2009/35, E. 8.2.

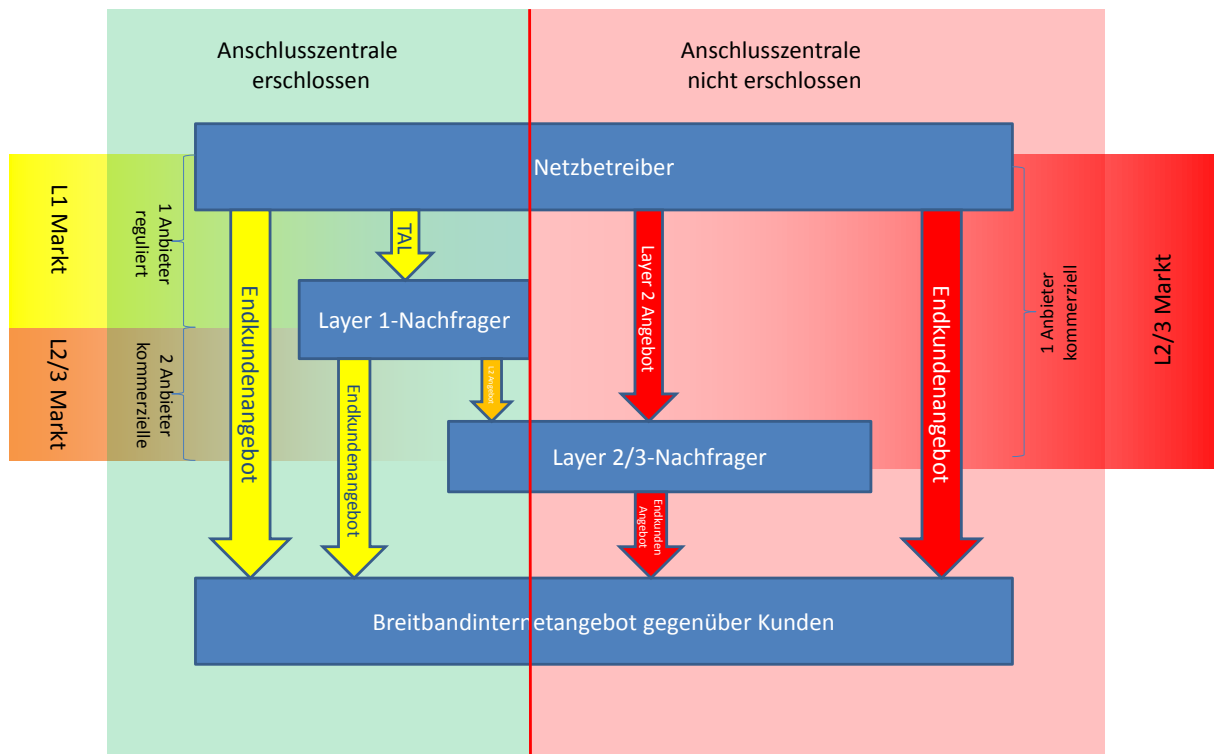


Abbildung 4: Anbieter von Dienstleistungen auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich.

374. Wie bereits oben dargelegt, ist Swisscom als schweizweiter Netzbetreiber als einzige FDA in der Lage ein schweizweites infrastrukturbasiertes Angebot auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zu unterbreiten. Sunrise hat nur einen Teil der Anschlusszentralen entbündelt und kann daher nicht schweizweit Wettbewerbsdruck ausüben.

375. Swisscom war daher in der Lage, sich auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten und ist deshalb auf diesem Markt als marktbeherrschend einzustufen.

B.3.1.2.4. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung

Aktueller Wettbewerb

376. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung steht die Post als einziger Nachfrager verschiedenen FDA gegenüber. Betreffend die Marktverhältnisse kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in Kapitel B.3.1.2.3 verwiesen werden. Dennoch weist dieser Endkundenmarkt Besonderheiten auf.

377. Als Nachfrager nach elektronischen Kommunikationsdienstleistungen ist die Post für ihren laufenden Geschäftsbetrieb und die Anbindung der einzelnen Poststandorte auf die entsprechenden Dienstleistungen der FDA zwingend angewiesen. Für die FDA hingegen stellt die Post mit einem Umsatzvolumen von über CHF [16-23 Mio.] für vier Jahre zwar einen wichtigen Kunden dar.

FDA sind aber nicht zwingend auf den Zuschlag seitens der Post angewiesen. Daher besteht zwischen den FDA und der Post ein Machtgefälle. Der disziplinierende Einfluss, den die Post ausüben kann, beschränkt sich daher im Wesentlichen auf das Ausspielen der bietenden FDA im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens.

378. Wie bereits die Analysen zur Marktstellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet und dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich gezeigt haben, sind sämtliche FDA (ausser Swisscom) in mehr oder minder starkem Ausmass auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Daher sind ihre Möglichkeiten, gegenüber der Post mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb zu treten, beschränkt.

379. Die Möglichkeiten, mit Swisscom im Geschäftskundenbereich in Wettbewerb zu treten, werden vornehmlich durch die Möglichkeiten bestimmt, anstatt der kommerziellen Produkte von Swisscom die regulierte TAL für die Bereitstellung der WAN-Anbindung gegenüber der Post einzusetzen. Ohne eine Anschlusszentrale entbündelt zu haben, hätte eine FDA von Swisscom Vorleistungsprodukte und Eigenleistungen in Höhe von CHF [32-38 Mio.] für die Anbindung der Poststellen nachfragen müssen (vgl. Rz 181). Damit sind die Möglichkeiten solcher FDA Wettbewerbsdruck in preislicher Hinsicht auf Swisscom auszuüben auf dieses hohe Preisniveau der kommerziellen Vorleistungspreise beschränkt. Sunrise verfügt in der Schweiz über die grösste Anzahl entbundelter Anschlusszentralen. Dennoch musste Sunrise für die Anbindung der Poststandorte mit Vor- und Eigenleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von min-

destens CHF [16-23 Mio.] (vgl. Rz 181 sowie Rz 175 f., 177 und 178 f.) tragen. Zusammen mit den zusätzlich von Sunrise zu erbringenden Eigenleistungen (vgl. Rz 183 ff.) hätte sie unter günstigsten Annahmen kostendeckend zu einem Preis von CHF [20'000'000-21'000'000] anbieten können. Der von den anderen FDA im Rahmen der Ausschreibung der Post in Sachen WAN-Anbindung ausgehende Wettbewerbsdruck war also aufgrund der von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbandinternet verlangten Vorleistungspreise auf maximal CHF [20'000'000-21'000'000] begrenzt.

380. Vergleicht man diesen von den FDA und der Post auf Swisscom ausgehenden beschränkten Wettbewerbsdruck mit den anhand der TAL errechneten internen Kosten von Swisscom in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] (vgl. Rz 180 f. 183 ff. und insbesondere 186 f.)³⁴⁹, so ergibt sich für Swisscom ein sehr grosser Preissetzungsspielraum, den sie zu ihren Gunsten ausnutzen kann und in dessen Rahmen sie sich von den Wettbewerbern unabhängig verhalten kann.

381. Aufgrund der Tatsache, dass Swisscom über die Wholesale-Preise für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich die Endkundenpreise ihrer Konkurrenten beeinflussen kann, dass die Post keine über das Auspielen der einzelnen Bieter hinausgehende Verhandlungsmacht hat und dass keine alternativen FDA zur Verfügung stehen, die für das Gebot gegenüber der Post nicht auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen sind, existiert auf dem die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung betreffenden Endkundenmarkts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung kein aktueller Wettbewerb.

Potentieller Wettbewerb

382. Betreffend den potentiellen Wettbewerb kann auf die Ausführungen zum Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verwiesen werden. Zudem würde sich ausschliesslich für die Teilnahme an der Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung für eine FDA ein Markteintritt nicht lohnen.

383. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestand daher kein potentieller Wettbewerb.

Zwischenergebnis

384. Zusammenfassend kann daher für den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die WAN-Anbindung der Post festgehalten werden, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestand, der das Verhalten von Swisscom in entscheidendem Masse diszipliniert hätte. Zudem war auch die Verhandlungsmacht der Post als Nachfrager nicht ausreichend gross, um Swisscom in ihren Möglichkeiten, sich unabhängig zu verhalten, entscheidend zu disziplinieren.

B.3.1.2.5. Ergebnis der Analyse der Marktstellung

385. Aufgrund der obigen Ausführungen kann festgehalten werden, dass Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich sowie auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich über eine marktbeherr-

schende Stellung verfügt. Wie die Analysen zur Ausschreibung gegenüber der Post gezeigt haben, verfügt Swisscom ebenfalls über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten verfügt zwar lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und damit über einen Marktanteil von 100 % und kann daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren. Damit kann sie sich grundsätzlich unabhängig verhalten. Jedoch ist sie aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung, die TAL in nichtdiskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen Dritten zur Verfügung zu stellen, in ihren Handlungsalternativen eingeschränkt, weshalb sie ihre marktbeherrschende Stellung nur teilweise (Preissetzungsspielraum bis zum regulierten Preis und Einschränkung durch die Nichtdiskriminierungspflicht) ausnutzen kann. Ihr Handlungsspielraum ist demnach nach wie vor als wesentlich zu qualifizieren. Daher verfügte Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung auch im Markt für den Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur über eine marktbeherrschende Stellung.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

386. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³⁵⁰

387. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich

³⁴⁹ Wobei die auf diese Weise errechneten internen Kosten von Swisscom bedeutend zu hoch sein müssten, da die kostenorientierten Preise für die TAL nur für Anbindungen bis 2 Mbit/s angewendet wurden. Für die Standorte mit höheren Anforderungen an die Bandbreite wurden zu Gunsten von Swisscom ihre kommerziellen Preise angewendet, obwohl die Bereitstellungskosten gemäss Auskunft des BAKOM vom 9. September 2013, S. 6 auch für VDSL-Anbindungen, also für weit über 2 Mbit/s hinausgehende Anbindungen, denjenigen der TAL entsprechen.

³⁵⁰ RPW 2010/1, S. 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.³⁵¹

388. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmisbrauch* die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmisbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmisbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.³⁵²

389. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» festgehalten hat, ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³⁵³

390. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und damit die Marktgegenseite benachteiligt und andere Unternehmen in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert.

B.3.2.1 Erzwingung unangemessener Preise

391. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fällt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bei einer Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht.

B.3.2.1.1. Rechtliche Grundlagen

392. Im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird unter Bst. c die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen als Beispiel für einen Ausbeutungsmisbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG aufgeführt.³⁵⁴ Marktbeherrschende Unternehmen versuchen hierdurch in der Regel ihren Profit zu maximieren, indem sie den fehlenden Wettbewerb ausnutzen, um Kunden in den vor- oder nachgelagerten Märkten auszubeuten.

393. Praxis und Lehre sehen bei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG als Tatbestandselemente den Preis und sonstige Geschäftsbedingungen, die Erzwingung sowie die Unangemessenheit vor. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c

KG zielt auf den Preis bzw. auf sonstige Geschäftsbedingungen ab, wobei die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen nicht scharf ist.³⁵⁵

394. Im Hinblick auf den Einzeltatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung und zu den unangemessenen Preisen hinzutritt. Folglich kommt gemäss Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.³⁵⁶ Daher muss für das Vorliegen eines Marktmissbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.³⁵⁷

395. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit des Preises oder der sonstigen Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist ein nicht näher umschriebener Begriff. Die Lehre geht daher davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG äusserste Zurückhaltung geboten ist.³⁵⁸ Der Gesetzgeber spricht im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.³⁵⁹ Hierbei geht der Gesetzgeber von einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung und dem hierfür verlangten Preis aus.

396. Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist.³⁶⁰ Für eine solche Überprüfung schlägt die WEKO das „Vergleichsmarktkonzept“ („relative Methode“ oder „Benchmark-Methode“), die „Kostenmethode“ („absolute Methode“) oder die „Als-ob“ Methode vor. Bei der letztgenannten werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt.³⁶¹

³⁵¹ BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

³⁵² BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³⁵³ BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³⁵⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 247.

³⁵⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 293.

³⁵⁶ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.4.

³⁵⁷ Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.5.

³⁵⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 312.

³⁵⁹ BBl 1995 I 468, 572 f. (Fn 297), Ziff. 2.3.2.

³⁶⁰ RPW 2008/4, 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁶¹ RPW 2008/4 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2006/3, 433 Rz 55, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

B.3.2.1.2. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom im Rahmen der Angebotsgestaltung

397. Im vorliegend zu beurteilenden Fall steht insbesondere die Preisgestaltung der regulierten im Verhältnis zur Preisgestaltung der kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom im Geschäftskundenbereich im Vordergrund. Auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist Swisscom die einzige FDA, die entsprechende Vorleistungsprodukte schweizweit anbieten kann. Zwar ist es theoretisch denkbar, dass FDA, die eine Anschlusszentrale entbündelt haben, ihrerseits Layer 2- und Layer 3-Produkte über die ab der Anschlusszentrale verfügbaren TAL anbieten. Hierzu muss allerdings die Interkonnektion mit diesen FDA gewährleistet werden. Zudem sind die von der FDA angebotenen Dienstleistungen regional auf die von ihr entbündelten Anschlusszentralen beschränkt, so dass in denjenigen Regionen, in denen keine Anschlusszentrale entbündelt worden ist, auf die Dienstleistungen von Swisscom zurückgegriffen werden muss. Zumindest in diesen Regionen gibt es für alternative FDA keinerlei Ausweichmöglichkeiten, was dazu führt, dass Swisscom sich in ihrer Preisgestaltung weitgehend unabhängig von möglichen Wettbewerbern verhalten und somit gegenüber ihren Nachfragern ihre Preise sowie sonstigen Geschäftsbedingungen durchsetzen und damit erzwingen kann.

398. Aber selbst in denjenigen Regionen, in denen eine FDA eine Swisscom-Anschlusszentrale entbündelt hat, ist es äusserst unwahrscheinlich, dass eine solche FDA gegenüber konkurrierenden FDA ein Layer 2- oder Layer 3-Produkt anbietet. Daher ist davon auszugehen, dass Swisscom quasi die einzige FDA ist, welche auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfassende Dienstleistungen anbietet. Da für Konkurrenten in der Regel keine Alternativen zu Swisscom bestehen, ist auch im gesamten Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein hohes Erzwingungspotenzial seitens Swisscom gegeben.

399. Im Hinblick auf die Unangemessenheit von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen können, wie bereits oben aufgeführt, aus der bisherigen Praxis der WEKO das „Vergleichsmarktkonzept“, die „Kostenmethode“ sowie die „Als-ob“ Methode abgeleitet werden (vgl. Rz 396).

400. Beim sogenannten „Vergleichsmarktkonzept“ wird die Unangemessenheit eines Preises aus dem Vergleich mit Preisen auf ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten hergeleitet.³⁶² Dabei kann die Vergleichsmarktmethode nur dann verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, wenn die Vergleichsmärkte rechtlich und tatsächlich vergleichbar sind. Damit ein Vergleich mit anderen Unternehmen, welche untereinander konkurrieren, offen steht, muss grundsätzlich ein Vergleichsmarkt ersichtlich sein. Da allerdings Swisscom im Bereich der Erbringung von Breitbanddienstleistungen im Geschäftskundenbereich aufgrund ihrer in der Schweiz einzigartigen Infrastruktur über ein weitreichendes Monopol verfügt, erscheint ein solcher Preisvergleich im vorliegenden Fall wenig sinnvoll. Aus diesem Grund bietet sich die Verwendung des „Vergleichs-

marktkonzepts“ für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht an.

401. Als zweite Methode kann die sogenannte „Kostenmethode“ angewendet werden. Bei dieser Methode wird der verlangte Preis mit dem Preis verglichen, welcher durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund der Gesteuerungskosten unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge errechnet wird. Diese Methode wird teilweise auch „absolute Methode“ genannt.³⁶³

402. Nach eigenen Angaben hat Swisscom als integriertes Unternehmen ihre Buchhaltung dahingehend abgeändert, dass sie den Bereich Infrastruktur als reines Cost-Center betreibt. Gemäss Aussagen von Swisscom ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen, mittels welcher die einzelnen internen Kosten für die zur Realisierung des jeweiligen Projektes bezogenen Vorleistungen bestimmt werden können.³⁶⁴ Aus diesem Grund können gemäss Swisscom keine verlässlichen Angaben zu den internen Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post gemacht werden. Infolgedessen kann eine direkte und detaillierte Analyse der durchschnittlichen Kosten, die bei Swisscom für die in Frage stehenden Dienste in dem relevanten Zeitraum angefallen sind, nicht durchgeführt werden. Daher muss für die Überprüfung der Angemessenheit der von Swisscom verlangten Preise ein anderer Eckwert verwendet werden.

403. Ein guter Anhaltspunkt hierfür liefert die Preisbestimmung für die regulierte TAL. Die Regulierung der TAL wurde mit der Revision vom 1. April 2007 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) eingeführt, mit dem Ziel, den damals weitgehend fehlenden Wettbewerb zu beleben.³⁶⁵ Die TAL muss von marktbeherrschenden FDA zu kostenorientierten Preisen angeboten werden, wobei sich das BAKOM hierbei auf die Wiederbeschaffungswerte eines „Modern Equivalent Assets“ (nachfolgend: MEA) abstützt. Die so regulierten Preise können also als Korrektiv zum fehlenden Wettbewerb in diesem Marktsegment angesehen werden. Im Preis für eine regulierte TAL sind bereits die Kapitalkosten und damit auch die branchenüblichen Gewinne mitberücksichtigt.³⁶⁶ Gemäss Angaben des BAKOM resultieren die Preise für die regulierte TAL aus einer modellhaften Berechnung der Wiederbeschaffungswerte der schweizweiten Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur. Da Swisscom allerdings über eine weitgehend abgeschriebene Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur verfügt, ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen historischen Kosten von Swisscom deutlich tiefer liegen als die kostenorientierten Preise, welche auf Wiederbeschaffungskosten einer effizienten Anbieterin basieren und auch eine Rendite für das investierte Kapital beinhalten.³⁶⁷ Damit ist davon auszugehen, dass die Kosten von Swisscom für

³⁶² RPW 2008/4, 579 Rz 177, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁶³ RPW 2008/4, 579 Rz 177, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

³⁶⁴ Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012, S. 4 f.

³⁶⁵ Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, 7959 Ziff. 1.1.2.1.

³⁶⁶ Eingabe BAKOM vom 5. September 2013, S. 2.

³⁶⁷ Eingabe BAKOM vom 9. September 2013, S. 4.

den Betrieb einer Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur deutlich unter dem gegenüber Sunrise verrechneten Preis für eine TAL von insgesamt CHF 22.83 liegen.³⁶⁸ Die kostenorientierten Preise für die TAL sind daher eine gute Annäherung an eine Situation, in welcher auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten Wettbewerb herrschen würde. Neben diesen Kosten für die Kabelnetzinfrastruktur im Anschlussbereich kommen auch für Swisscom Kosten für den Betrieb von Anschlusszentralen sowie die Kosten für den Unterhalt eines Backbone-Netzes und VVGK dazu. Da Swisscom die Kosten für den Betrieb ihrer Anschlusszentralen auf eine viel grössere Anzahl Kunden umlegen kann, ist davon auszugehen, dass ihre tatsächlichen internen Kosten weit unter denen von Sunrise für die Entbündelung einer Anschlusszentrale liegen. Mangels detaillierter Kostenaufstellung seitens Swisscom wird zu Gunsten von Swisscom von denselben Kosten wie für Sunrise ausgegangen, so dass zusätzlich CHF [10-20] pro Anschlussleitung an Kosten für den Infrastrukturausbau einer Anschlusszentrale, CHF [5-6] für allgemeine Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten, CHF [1-5] für die Backbone-Anbindung und CHF [0.50-1.00] für das Plattformmanagement hinzugerechnet werden. Somit können maximale Kosten für Swisscom in Höhe von CHF [40-52] pro Teilnehmeranschluss berechnet werden, um gegenüber einem Endkunden wie der Post entsprechende Breitbanddienstleistungen erbringen zu können.

404. Gemäss Angaben des BAKOM ist ebenfalls nicht davon auszugehen, dass die tatsächlichen historischen Kosten für eine VDSL-Anbindung, sei es mit oder ohne Glasfaserteilabschnitt, im Durchschnitt über den regulierten Entgelten liegen.³⁶⁹ Somit sind diese Kosten (im Sinne von internen Maximalkosten) für Swisscom auch für diejenigen Anschlüsse anzuwenden, die mit einer VDSL-Anbindung erschlossen werden können, also für Anschlüsse mit einer maximalen symmetrischen Bandbreite von über 2 Mbit/s.

405. Im Rahmen ihrer kommerziellen Produkte bietet Swisscom im Geschäftskundenbereich für symmetrische Anbindungen mit BBCS Dienstleistungen mit einer Bandbreite von 1.2 und 1.8 Mbit/s zwischen CHF 215.– (für 1.2 Mbit/s Zone 1) und CHF 400.– (für 1.8 Mbit/s Zone 3) an. Damit betragen die Preise für die kommerziellen Produkte von Swisscom mindestens das [4-6]- bis [8-10]-fache der internen Kosten von Swisscom und denjenigen Kosten, die bei einer vergleichenden Betrachtung der Vorleistungen durch eine FDA zu erbringen wären (vgl. Rz. 404) und einem Konkurrenzniveau entsprechen. Für das Produkt CES liegen die Kosten für eine Anbindung von bis zu 2 Mbit/s zwischen CHF 490.– (Zone A) und CHF 784.– (Zone C). Damit betragen diese Kosten das [10-12]- bis [16-18]-fache der internen Kosten für die Leistungserbringung seitens Swisscom. Dass die kommerziellen Erlöse weit über den regulierten bzw. internen Kosten stehen, stellt Swisscom in ihrer Eingabe vom 22. September 2010 dar, indem sie aufzeigt, dass sich der monatliche Nettoerlös für die Bereitstellung einer 1 Mbit/s-Anbindung eines Poststandortes bei Vorleistungskosten von CHF 22.83 auf CHF 192.17 belaufen kann. Gleiches gilt auch für die von Swisscom

angebotenen kommerziellen Layer 2- und Layer 3-Produkte.³⁷⁰

406. Um zu beurteilen, ob Preise unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sind, stellt der Gesetzgeber auf den Rechtsgrundsatz der Billigkeit der Preise ab. Gemäss Art. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) hat ein Richter bei Billigkeitsentscheiden die objektiven Umstände des Einzelfalls zu würdigen und basierend hierauf einen Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen.³⁷¹

407. Dies wird in der Literatur kritisiert.³⁷² AMSTUTZ/CARRON schlagen beispielsweise vor, stattdessen auf die Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners und auf allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten von Unternehmen, die auf den relevanten Märkten aktiv sind, abzustellen.³⁷³ So gehen die Autoren davon aus, dass gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nur offensichtliche Ausbeutungssituationen untersagt sind und vom marktbeherrschenden Unternehmen nicht die Festlegung eines gerechten Preises verlangt werden darf.³⁷⁴

408. Da, wie bereits oben ausgeführt (vgl. Rz 133), die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom mit der regulierten TAL in technischer Hinsicht für die Erbringung der Breitbanddienstleistungen gegenüber den Endkunden austauschbar sind, rechtfertigt sich für die Betrachtung der Angemessenheit der Preise der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES der Vergleich mit der TAL zuzüglich Eigenleistungen (vgl. Rz. 155 f.). Wie oben dargelegt, betragen die von Swisscom angebotenen kommerziellen Vorleistungspreise das [4-6]- bis [16-18]-fache der internen Kosten, wenn die Leistung über das regulierte Vorleistungsprodukt TAL erbracht werden kann, wobei dieses Kostenniveau einem Wettbewerbsniveau in etwa entsprechen dürfte.

409. Damit stehen die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom in keinem vernünftigen Verhältnis zu den internen Kosten bzw. zu einem Preisniveau unter Wettbewerbsbedingungen. Sie sind daher als unangemessen zu qualifizieren. Wie nachfolgend anhand der Angebotsgestaltung für die Erschliessung der Poststandorte aufgezeigt wird, zeigt auch Swisscom konkludent auf, dass sie die kommerziellen Preise für überhöht ansieht, indem sie Sunrise gegenüber auf dem Preisniveau der von Sunrise vorgenommenen Mischrechnung zwischen der regulierten TAL und den kommerziellen Vorleistungsangeboten in Wettbewerb tritt, anstatt ein Preisniveau gegenüber der Post anzubieten, welches dem Preisniveau der kommerziellen Vorleistungsangebote von Swisscom entsprechen würde (vgl. Kap B.3.2.1.4).

³⁶⁸ Vgl. Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

³⁶⁹ Eingabe BAKOM vom 9. September 2013, S. 6.

³⁷⁰ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

³⁷¹ IVO SCHWANDER in: NAV-Kommentar zum ZGB, Kren Kostkiewicz, Schwander, Wolf (Hrsg.), 2006, Art. 4 N 1 ff.

³⁷² Z. B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 300.

³⁷³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 300.

³⁷⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 299.

410. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt dem Tatbestandselement des Erzwingens eine selbständige Bedeutung zu.³⁷⁵ Das Bundesgericht kommt allerdings zum Schluss, dass aufgrund des Gesetzeszwecks der Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen nicht eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung erforderlich sei.³⁷⁶ Zu verlangen ist für einen Missbrauch zumindest, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.

411. Im vorliegend zu beurteilenden Fall stellen sich daher die Fragen, auf welche Vorleistungsprodukte eine FDA ohne eigene Infrastruktur ausweichen kann, wenn sie die von Swisscom verlangten Preise für BBCS und CES nicht akzeptieren möchte und welche möglichen Rechtsmittel einer betroffenen FDA zur Verfügung stehen, um sich gegen eine solche Erzwingung effektiv zu wehren.

412. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann bei der Anwendung des Kartellrechts die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben.³⁷⁷ Die beiden Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Kontext und beeinflussen sich gegenseitig. Daher macht nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen und in sich geschlossenen Gesamtsystem führt Sinn.

413. Die marktbeherrschende Stellung von Swisscom auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternet, der sowohl den Geschäftskundenbereich als auch den Privatkundenbereich umfasst, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits rechtskräftig festgestellt.³⁷⁸ Hierdurch wurde es für alternative FDA erst möglich, die gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b FMG regulierten Vorleistungsprodukte vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss und Zugang zum schnellen Bitstrom (BSA) zu nutzen.

414. Bei der Frage, ob Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich missbraucht hat, ist daher die Möglichkeit der Nutzung der TAL durch alternative FDA gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG zu berücksichtigen, da die TAL grundsätzlich eine Ausweichmöglichkeit zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom darstellt.

415. Um die TAL nutzen zu können, müssen alternative FDA die entsprechenden Anschlusszentralen von Swisscom, ab denen sie die TAL nutzen wollen, an ihr Backbone-Netz anschliessen und die hierfür notwendigen Investitionen in den Ausbau und Anschluss der Anschlusszentrale tätigen. Für die Frage ob und inwiefern die TAL daher eine Alternative zu den kommerziellen Produkten von Swisscom darstellt und damit für FDA eine tatsächliche Ausweichmöglichkeit besteht, um sich der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom zu entziehen, muss zwischen der Situation unterschieden werden, in welcher eine alternative FDA eine Anschlusszentrale bereits entbündelt hat und in welcher eine solche Entbündelung nicht stattgefunden hat.

416. Wie bereits das Verhalten von Sunrise bei der Angebotsgestaltung zeigt, plante Sunrise das erheblich günstigere regulierte Vorleistungsprodukt TAL für die Leistungserbringung gegenüber der Post einzusetzen, wenn sie eine entsprechende Anschlusszentrale entbündelt hatte bzw. geplant hatte, eine solche Anschlusszentrale zu entbündeln. Damit besteht für diejenigen Standorte, die Sunrise aufgrund einer eigenen Entbündelung der Anschlusszentrale mit der TAL erschliessen kann, mit der Nutzung TAL eine Alternative zu den kommerziellen Produkten von Swisscom. Damit sind in diesem Bereich die Möglichkeiten von Swisscom ihre kommerziellen Preise gegenüber Sunrise durchzusetzen eingeschränkt. Swisscom ist daher nicht in der Lage den vom Bundesgericht geforderten ökonomischen Druck, dem Sunrise nicht ausweichen kann, aufzubauen. Für diese Poststandorte ist daher nicht von einer Erzwingung unangemessener Preise seitens Swisscom gegenüber Sunrise auszugehen.

417. Anders präsentiert sich die Sachlage für diejenigen Anschlüsse, für welche Sunrise keine regulierten Vorleistungsprodukte einsetzen kann. Dies sind insbesondere diejenigen Poststandorte, die an einer Anschlusszentrale angeschlossen sind, die nicht von Sunrise entbündelt wurde oder die eine höhere Anforderung an die Bandbreite haben, als diejenige die mit der TAL erreicht werden kann (Poststandorte mit einer Breitbandanforderung von mehr als 2 Mbit/s). Zwar bestünde für Sunrise für diejenigen Anschlüsse bis 2 Mbit/s die Möglichkeit die noch nicht erschlossene Anschlusszentrale zu erschliessen und damit auf die regulierten Vorleistungsprodukte von Swisscom auszuweichen. Es ist aber meist aufgrund der zu geringen Anzahl Endkunden, die Sunrise über eine nicht von ihr entbündelte Anschlusszentrale mit der TAL erreichen kann, in der Regel nicht wirtschaftlich, die hierfür notwendigen Investitionskosten in Höhe von CHF [100'000-200'000] bis CHF [150'000-250'000] zu leisten. Daher besteht für Sunrise für diese Poststandorte keine wirtschaftlich sinnvolle Ausweichmöglichkeit zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom. Für diejenigen Poststandorte, die aufgrund ihrer Anforderungen an die zur Verfügung zu stellende Bandbreite nicht mit den regulierten Vorleistungsprodukten bedient werden können, bestehen für Sunrise keine zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom alternativen Vorleistungsprodukte. Hier könnte Sunrise als Alternative höchstens selbst eine zu Swisscom parallele Infrastruktur aufbauen, was allerdings von den aufzuwendenden Kosten in keinem Verhältnis zu den erzielbaren Erträgen stehen würde, zu parallelen Infrastrukturen und zu noch höheren Kosten als die Entbündelung einer Anschlusszentrale führen. Beide Varianten sind ökonomisch nicht rational. Möglichkeiten, dem ökonomischen Druck, den Swisscom durch überhöhte kommerzielle Vorleistungspreise (vgl.

³⁷⁵ BGE 137 II 199, S. 211, E. 4.3.4.

³⁷⁶ BGE 137 II 199, S. 211, E. 4.3.5.

³⁷⁷ BGE 137 II 199, S. 211, E. 5.1.

³⁷⁸ BVGE 2009/35, E.7.

Rz. 404 ff.) auf ihren Wettbewerber Sunrise ausübt, auszuweichen, bestehen also in diesem Bereich für Sunrise nicht. Vielmehr sind Wettbewerber wie Sunrise in diesem Bereich dem durch die Preissetzung von Swisscom ausgesetzten wirtschaftlichen Druck ausgeliefert und können dem nicht ausweichen.

418. Im Hinblick auf mögliche zur Verfügung stehende Rechtsmittel kann für die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom nicht auf Art. 11a FMG zurückgegriffen werden, da diese nicht in das regulierte Zugangsregime fallen. Möglich wäre allenfalls auch ein Verfahren gemäss Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20), um gegen die Durchsetzung missbräuchlicher Preise seitens Swisscom vorgehen zu können.

419. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PüG kann allerdings die WEKO gegen Wettbewerbsabreden oder marktmächtige Unternehmen Untersuchungen einleiten, auch wenn der Preisüberwacher den Preis herabgesetzt oder das Verfahren eingestellt hat. Zudem gehen gemäss Art. 3 Abs. 3 KG Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach KG den Verfahren nach dem PüG vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung. Da die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher betreffend den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt keine Vereinbarung getroffen haben geht grundsätzlich das Verfahren gemäss KG vor. Basierend auf diesen Kollisionsnormen kann daher ein mögliches Verfahren gemäss PüG nicht dazu herangezogen werden, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes in Frage zu stellen.

420. Zudem unterscheiden sich die Verfahren nach PüG und KG gemäss Bundesverwaltungsgericht in beträchtlicher Weise.³⁷⁹ Bei Preisausbeutungssachverhalten genügt für eine Intervention des Preisüberwachers schon die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb, um im Sinne einer Preissenkung gemäss Art. 10 PüG eingreifen zu können. Demgegenüber hat der Preisüberwacher keinerlei Sanktionskompetenzen, um „Preisausbeutungen“ als solche nachträglich zu bestrafen. Vor diesem Hintergrund können PüG und KG parallel zur Anwendung kommen und schliessen sich bei der Beurteilung eines Sachverhalts nicht gegenseitig aus. Lediglich die Überprüfung der Missbräuchlichkeit von Preisen von marktmächtigen Unternehmen bleibt dem Preisüberwacher vorbehalten.

421. Der kartellrechtliche Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG geht in seiner Wirkungsweise weiter als die reine Preissenkungs-kompetenz des Preisüberwachers, da neben der Unangemessenheit des Preises auch dessen Wirkung auf den Wettbewerb zu beurteilen ist. Hierbei stellt sich allerdings die Frage, ob im Lichte der Eingriffsmöglichkeiten des Preisüberwachers im Markt überhaupt unangemessene Preise gegenüber der Marktgegenseite erzwungen werden können und diese dadurch benachteiligt werden kann.

422. Gemäss Art. 7 PüG kann, wer vermutet, dass die Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises missbräuchlich sei, dies dem Preisüberwacher schriftlich melden.

Der Preisüberwacher klärt danach gemäss Art. 8 PüG ab, ob Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Preiserhöhung oder –beibehaltung bestehen. Falls dieser einen Missbrauch feststellt, strebt er eine einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PüG) oder er kann eine Preissenkung verfügen (Art. 10 PüG).

423. Das Verfahren gemäss PüG ist ein Verwaltungsverfahren für welches die *Officialmaxime* gilt. Eine Person, welche eine Meldung gemäss Art. 7 PüG beim Preisüberwacher macht, kann hierdurch keine Rechte für sich geltend machen, sondern lediglich den Preisüberwacher anstossen eine Preissenkung für die Gesamtheit der von missbräuchlichen Preisen Betroffenen durchzusetzen. Daher kann durch eine Meldung an den Preisüberwacher höchstens indirekt eine Preissenkung erwirkt werden. Damit stellt die Meldung beim Preisüberwacher für eine von einer Erzwingung unangemessener Preise betroffene Person kein Rechtsmittel dar. Hierin unterscheidet sich die Möglichkeit der Meldung bei der Preisüberwachung vom Rechtsmittel gemäss Art. 11a FMG, welches einer FDA zur Verfügung steht, wenn eine andere FDA die Bedingungen von Art. 11 FMG verweigert. Vor diesem Hintergrund reicht die Möglichkeiten der Meldung bei der Preisüberwachung nicht aus, um eine mögliche Erzwingung unangemessener Preise durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu verneinen.

424. So muss ein Marktteilnehmer, der mit unangemessenen Preisen konfrontiert ist, diese erst einmal in Kauf nehmen, da er sie durch eine blosser Meldung gestützt auf das PüG gegenüber sich selbst nicht verhindern kann. Daher kann sich der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auch im Lichte der Möglichkeiten gemäss PüG manifestieren. Das PüG schliesst daher eine mögliche Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht von vorne herein aus.

425. Im konkreten vorliegenden Fall wurde, soweit der WEKO bekannt, auch kein Verfahren gemäss PüG eingeleitet und die von Swisscom verlangten unangemessenen Preise durch den Preisüberwacher gesenkt. Daher hatten die betroffenen Marktteilnehmer, insbesondere Sunrise, auch keine rechtlichen Möglichkeiten, die Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom zu verhindern.

426. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die von Swisscom angewendete Preispolitik im Bereich der kommerziellen Vorleistungspreise aufgrund der Ausweichmöglichkeiten von Sunrise auf die regulierten Vorleistungspreise nicht zu einer vollständigen wirtschaftlichen Unterjochung führt. Dennoch kann Sunrise für diejenigen Poststandorte, für welche sie keine regulierten Vorleistungsprodukte einsetzen kann, dem durch die überhöhten Preise der kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom ausgeübten wirtschaftlichen Druck, nicht ausweichen. Sunrise hat dem also nichts entgegenzusetzen, weshalb auch das für die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vom Bundesgericht geforderte Kriterium der Erzwingung vorliegend erfüllt ist.

³⁷⁹ BVGE 2011/32, E. 11.3.3.4.

B.3.2.1.3. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise im Rahmen der Angebotsgestaltung

427. Swisscom macht geltend, dass Alternativenanbieter zur Zeit der Ausschreibung bestanden. Die Kabelnetzbetreiber mit ihren flächendeckenden Netzen stellten Ausweichmöglichkeiten zu BBCS und CES dar. Durch Partnerschaften könnten diese Netze genutzt werden, was z.B. mit Quickline durchaus auch realistisch wäre. Allerdings könnte es sein, dass die Managementkosten für die Post dadurch gestiegen wären. Auch für die TAL würden bei Elektrizitätswerken Alternativen bestehen. Die Kupferkabelinfrastruktur könnte dort gemietet werden, wie das auch in den Jahren 1997 und folgende möglich gewesen sei.³⁸⁰

428. Auf das Vorbringen, wonach Kabelnetzbetreiber im Markt für Wettbewerbsdruck sorgen würden und eine entsprechende disziplinierende Wirkung entfalten würden sei auf die Ausführungen in Rz 367 ff. verwiesen.

429. Swisscom erachtet die Preisbestimmung für die regulierte TAL im Rahmen der Kostenmethode nicht als einen guten Anhaltspunkt zur Beurteilung der BBCS- und CES-Preise. Der Ansatz sei schon deshalb falsch, weil die Kosten, die zum Preis der TAL führten mit den Kosten von CES und BBCS nichts zu tun hätten. Die Leistungen und Gestehungskosten von Swisscom bei der TAL auf der einen Seite und BBCS und CES auf der anderen Seite würden in wesentlichen Elementen voneinander abweichen.³⁸¹ Zudem sei es keineswegs zu Gunsten von Swisscom, wenn auf die Kosten der TAL abgestellt würde. Swisscom führt aus, dass sie ihre Endkundenleistungen nicht mittels TAL erbringen würde, sondern praktisch durchgehend auf Basis der Vorleistungsprodukte IPSS und CIS. Die Frage, ob Swisscom die Kosten für den Betrieb der Anschlusszentrale, den Unterhalt, den Backbone sowie für die VVGK auf eine grössere Anzahl Kunden umlegen könne, sei deshalb irrelevant.³⁸²

430. Hierzu ist festzuhalten, dass die Produkte BBCS und CES in den entsprechenden Bandbreiten technisch als Substitute zur TAL angesehen werden können. Daher rechtfertigt sich ein Preisvergleich zwischen diesen in jedem Fall. Zudem ist es unerheblich auf welcher Basis Swisscom ihre Endkundenleistungen erbringt, da das Berechnungsmodell für die TAL bereits auf einen effizienten Anbieter zu Wiederbeschaffungswerten abstellt. Wären die internen Kosten von Swisscom höher als die vom Sekretariat auf Basis der TAL berechneten Kosten, so müsste grundsätzlich von einem ineffizienten Anbieter ausgegangen werden. Swisscom stand es allerdings offen, darzulegen ob und inwiefern die internen Kosten höher sind als die vom Sekretariat berechneten. Hierauf hat Swisscom bisher verzichtet. Daher ist gegen die Verwendung der Kostenschätzung basierend auf der TAL, unter Berücksichtigung der Zusatzkosten für zusätzliche Leistungen, nichts einzuwenden.

431. Betreffend das Verhältnis zwischen der Sektorregulierung durch das Fernmeldegesetz und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, macht Swisscom geltend, dass es einer Ausweitung der Sektorregulierung auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte gleichkäme, wenn verlangt würde, dass die Preise der kommerziellen Vorleis-

tungsprodukte auf dem Niveau des TAL-Preises liegen müssten.³⁸³ Dies würde der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Office Connex zuwiderlaufen, gemäss welcher Swisscom andere Vorleistungen als die regulierten nicht bereitstellen müsse.³⁸⁴ Hieraus schliesst Swisscom, dass auch wegen der sektorspezifischen Zugangsregulierung eine Kosten-Preis-Schere zum Nachteil anderer FDA ausgeschlossen sei.³⁸⁵

432. Mit der sektorspezifischen Zugangsregulierung hat der Gesetzgeber ein Berechnungsmodell eingeführt, um die aus seiner Sicht marktüblichen Preise festzusetzen. Gemäss Praxis des Bundesgerichts gilt die besondere Regelung des Fernmelderechts neben dem Kartellgesetz.³⁸⁶ Insbesondere bildet das Interkonnektionsregime in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst. Im Rahmen der Regulierung der Interkonnektion wurde vom Gesetzgeber bewusst ein Berechnungsmodell gewählt, bei welchem die marktbeherrschende Anbieterin nicht dem Wettbewerb geopfert werden sollte.³⁸⁷ Ihr Aufwand werde durch die Deckung ihrer Kosten und die Entschädigung ihres Investitionskapitals zu branchenüblichen Bedingungen abgegolten. Mit der Regulierung des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und dem Zugang zum schnellen Bitstrom hat der Gesetzgeber für diese beiden Technologien eine Berechnungsmethode gewählt, welche den langfristigen Wiederbeschaffungswerten (LRIC) zuzüglich einen angemessenen Gewinn berücksichtigt und damit demjenigen Preisniveau entspricht, welches auf lange Frist bei wirksamen Wettbewerb resultieren sollte. Wie bereits vorher dargelegt verfügt Swisscom auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich über eine marktbeherrschende Stellung. Die von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte verlangten Preise sind nicht das Resultat wirksamen Wettbewerbs und entsprechend in keiner Weise dem Preisniveau, welches bei wirksamen Wettbewerb resultieren sollte. Das Preisniveau ist vielmehr [4-6] bis [8-10] Mal so hoch. Aufgrund dieser Preissetzungspolitik seitens Swisscom kann es trotz sektorspezifischen Zugangsregulierung sehr wohl zu überhöhten Preisen kommen.

B.3.2.1.4. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren

433. Wie bereits oben dargelegt, sind FDA, die über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, über welche sie im Geschäftskundenbereich symmetrische Breitbandanbindungen anbieten können, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen und haben keine

³⁸⁰ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 7.

³⁸¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 205.

³⁸² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 206.

³⁸³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 104.

³⁸⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 103.

³⁸⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 106.

³⁸⁶ BGE 137 II 199, 207 E. 3.4.

³⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBL 2008 I 7951, S. 7970, Kap. 2.1.2.1.

Ausweichmöglichkeiten auf Vorleistungsprodukte anderer Anbieter (vgl. Rz 397 f.). Dies gilt insbesondere für Anbieter, die im Rahmen der Ausschreibung der Post betreffend „WAN-Anbindung“ ein Angebot unterbreiten wollten. Sämtliche FDA mussten für die Bereitstellung ihrer Dienstleistungen auf ein Vorleistungsprodukt von Swisscom zurückgreifen. Als einziger Anbieter von Vorleistungsprodukten, auf welche andere FDA zwingend angewiesen waren, besteht für Swisscom damit ein erhebliches Erzwingungspotenzial. Dieses Erzwingungspotenzial wird allerdings durch die Verfügbarkeit der TAL dahingehend beschränkt, dass kein über dem regulierten Preis liegendes Entgelt für die Nutzung der TAL erzwungen werden kann. Da alternative FDA in grösserem oder weniger grossem Ausmass auf die kommerziellen Produkte von Swisscom zur Erschliessung der einzelnen Poststandorte angewiesen waren, konnte Swisscom die von ihr gesetzten Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES von der Marktgegenseite trotz Bestehens des regulierten TAL-Angebots erzwingen.

434. Im Rahmen der Ausschreibung der Post betreffend „WAN-Anbindung“ hat Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber einer FDA ihre Standardpreise inklusive den entsprechenden Rabatten verlangt. Von den alternativen FDA war einzig Sunrise in der Lage, potentiell auf eine grössere Anzahl regulierter TAL (gemäss Beispielrechnung Szenario Swisscom für 1'518 Standorte) zurückzugreifen. Da der Preis für eine regulierte TAL bedeutend tiefer ist, als die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom, war Sunrise in der Lage, geringere Durchschnittspreise gegenüber der Post anzubieten, als die anderen FDA, welche vollständig auf die kommerziellen Vorleistungspreise angewiesen sind. So konnte Sunrise gegenüber der Post ein Angebot unterbreiten, das bedeutend unter den Vorleistungskosten einer FDA lag, die vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom hätte zurückgreifen müssen.

435. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass Sunrise gemäss Beispielrechnung (Szenario Swisscom) für die restlichen [...] Standorte die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom beziehen musste, um die Anforderungen der Post erfüllen zu können. Eben für diese kommerziellen Vorleistungsprodukte bestanden auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine alternativen Anbieter (vgl. 312 ff.). Zudem bestanden keine rechtlichen Möglichkeiten gegen die überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise vorzugehen, da diese nicht der Regulierung durch das FMG (insb. Art. 11a FMG) unterliegen und die Meldung gemäss Preisüberwachungsgesetz kein Verfahren darstellt, mittels welchem sich eine betroffene Person direkt gegen unangemessene Preise wehren kann (vgl. Rz 422 ff.). Damit konnte sich Sunrise weder durch die Wahl eines alternativen Anbieters noch mit rechtlichen Mitteln gegen die von Swisscom verlangten Preise zur Wehr zu setzen.

436. Da es aber zumindest für Sunrise möglich war, eine Mischrechnung durchzuführen, bietet es sich für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts an, als Vergleichswert für die Vorleistungspreise im Bereich BBCS und CES die Preise des regulierten Teilnehmeran-

schlusses heranzuziehen. So bringt auch Swisscom in ihrer Beispielrechnung vor, dass Sunrise insgesamt 1'518 Poststandorte hätte anschliessen können (vgl. Rz 160). Daraus schliesst Swisscom, dass Sunrise kostendeckend für ca. CHF [16-23 Mio.] gegenüber der Post hätte anbieten können. Damit zeigt Swisscom auf, dass für gewisse Poststellen der entbündelte Teilnehmeranschluss durch infrastrukturbasierte Anbieter als Alternative zu Layer 2- oder Layer 3-Angeboten für die Erbringung der fraglichen Dienstleistung herangezogen werden kann. Zudem werden die tieferen regulierten Preise nicht unter Kosten angeboten, da im Preis der TAL bereits sämtliche relevanten Wiederbeschaffungskosten sowie eine angemessene Kapitalverzinsung berücksichtigt sind.³⁸⁸

437. Aber auch Swisscom ging im Rahmen des Bieterwettstreits von einer Mischrechnung seitens Sunrise und dem damit verbundenen beschränkten Preisdruck durch den Wettbewerber Sunrise aus. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] geboten und für diesen Preis den Zuschlag erhalten. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dieser Preis unter den internen Kosten von Swisscom lag (vgl. Berechnungen in Rz 202 ff.). Dies gilt umso mehr, als Swisscom selbst argumentiert, dass Sunrise für CHF [16-23 Mio.] ein kostendeckendes Angebot hätte offerieren können. Eine FDA, die keine Anschlusszentrale entbündelt hatte, hätte allerdings von Swisscom Vorleistungsprodukte zu einem Preis von CHF [32-38 Mio.] (vgl. Rz 180) einkaufen müssen, um dieselbe Dienstleistung gegenüber der Post zu erbringen, wie Swisscom dies zu einem Endkundenpreis gegenüber der Post in Höhe von CHF [16-23 Mio.] getan hat. Damit ergibt sich eine Preisdifferenz zwischen den Vorleistungskosten für Dritte und den Kosten, die Swisscom gegenüber der Post in Rechnung gestellt hat von mindestens CHF [10-20 Mio.]. Dass Swisscom der Post einen leicht über dem von ihr berechneten Vorleistungspreis in Höhe von ca. [16-23 Mio.] liegenden Preis angeboten hat, liegt an der Tatsache, dass sie bei der Festsetzung ihres Preisniveaus vom partiellen Wettbewerbsdruck des durch Sunrise induzierten Preisniveaus ausgegangen ist. Sunrise war es nur deshalb möglich tiefere Preise anzubieten, weil sie für einen Teil der anzubindenden Poststellen auf das regulierte Vorleistungsprodukt TAL zurückgreifen konnte.

438. Für die erhebliche Preisdifferenz zwischen dem Gebot von Swisscom und den zu entrichtenden Vorleistungspreisen für die kommerziellen Angebote BBCS und CES sind vorliegend keine sachlichen Gründe ersichtlich, da beide Male die Bedürfnisse der Post in gleicher Weise abgedeckt werden. Ausgehend von der Tatsache, dass gemäss Aussagen von Swisscom sowie aufgrund der Berechnungen der WEKO der von Swisscom gegenüber der Post verlangte Preis von CHF [16-23 Mio.] nicht unter den eigenen Kosten liegt, sind die Vorleistungspreise für BBCS und CES im Geschäftskundenbereich unangemessen, da aufgrund dieser Preise Kosten für den Vorleistungsanbieter für dieselben Dienstleistungen entstehen, die um ca. [60-80] % höher liegen als der von Swisscom verlangte Endverkaufspreis.

³⁸⁸ Vgl. Eingabe BAKOM vom 5. September 2013, BAKOM-Antwort zum Auskunftsbegehren der WEKO, S. 2 ff.

439. Die für die Wettbewerber von Swisscom geltenden überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise führten im Rahmen der Ausschreibung der Post dazu, dass sie der Post in preislicher Hinsicht keine wettbewerbsfähigen Angebote unterbreiten konnten und somit in der Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behindert wurden. Da wie bereits oben ausgeführt alternative FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen waren und in jedem Fall die Infrastruktur von Swisscom zur Angebotsunterbreitung nutzen mussten, waren von dieser Praxis im Rahmen der Ausschreibung der Post sämtliche Wettbewerber von Swisscom ohne eigene Infrastruktur betroffen.

440. Dies betraf vorliegend insbesondere Sunrise, welche für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöhte Preise bezahlen musste und nur dank der regulierten Vorleistungspreise für die TAL auf eine Mischrechnung zurückgreifen konnte. Aufgrund dieser Mischrechnung konnte sie einen Preis bieten, der zwar unterhalb der CHF [32-38 Mio.] für BBCS/CES lag. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass damit auch der von Sunrise für die Realisierung des Projekts WAN-Anbindung der Post zu bezahlende Vorleistungspreis für das Gesamtpaket, aufgrund der Preispolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöht war. Da Sunrise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung standen und keine effektiven Rechtsmittel bestanden, um sich dagegen zu wehren, war Sunrise der Preissetzungspolitik von Swisscom sowohl für die nachgefragten kommerziellen Vorleistungsprodukte als auch für das Gesamtpaket im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post ausgeliefert und konnte dem damit von Swisscom aufgebauten Druck nichts entgegensetzen.

441. Damit sind Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post erfüllt. Swisscom hat im Rahmen der Ausschreibung ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG missbraucht, indem sie überhöhte Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte verlangt hat.

B.3.2.1.5. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren

442. Swisscom hält dem entgegen dass die gemäss Antrag massgeblichen Kriterien für die Unangemessenheit von Preisen auch hier nicht geprüft würden. In Rz 397 f. würde die Prämisse, dass die Preise für BBCS und CES überhöht seien mit der Tatsache bestätigt, dass keine sachlichen Gründe vorliegen würden, welche die im Vergleich zur TAL erheblich höheren Preise rechtfertigen würden. Diese Argumentation käme einem Zirkelschluss gleich und sei falsch, weil dem Sekretariat die Beschreibungen von TAL, CES und BBCS vorgelegen hätten und so durchaus Gründe für die unterschiedlichen Preise hätten gefunden werden können.³⁸⁹

443. Weiter bringt Swisscom vor, dass die Unangemessenheit der BBCS- und CES-Preise nicht mit dem Argument begründet werden könne, dass die „Bedürfnisse der Post“ mit allen drei Vorleistungsprodukten hätten abgedeckt werden können. Bei der Unangemessenheit müsse das Verhältnis von Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung beachtet werden. Da BBCS und CES andere Vorleistungsprodukte als die TAL seien, sei eine offensichtliche Unangemessenheit im Sinne eines Missverhältnisses zwischen Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung nicht ersichtlich.³⁹⁰

444. Wie bereits in Rz 410 ausgeführt, sind die unangemessenen Preise das Ergebnis eines missbräuchlichen Verhaltens von Swisscom. Insbesondere auch das klare Missverhältnis zwischen dem Preis für die TAL plus Eigenleistung im Vergleich zum Preis für BBCS und CES plus Eigenleistung zeigt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte deutlich überhöht sind.

B.3.2.1.6. Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post

445. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] verlangt und damit der Post das preislich günstigste Angebot unterbreitet, wobei das Konkurrenzangebot von Sunrise betreffend die Qualität der bereitgestellten Leistung besser als das von Swisscom abgeschnitten hat.³⁹¹

446. Wie bereits oben aufgeführt, standen der Post neben denjenigen FDA, die eine Offerte eingereicht haben, keine Alternativen zur Verfügung. Vielmehr hätte sie entweder ein noch teureres Angebot akzeptieren müssen oder auf eine WAN-Anbindung ihrer Standorte verzichten müssen. Die Post hatte daher keine Ausweichmöglichkeiten, um den Preisforderungen von Swisscom zu entgehen. Somit ist das Tatbestandselement des Erzwingens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt.

447. Wie bereits oben ausgeführt, stellt die Möglichkeit der Meldung eines möglicherweise unangemessenen Preises beim Preisüberwacher keine Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit eines betroffenen Unternehmens dar, um sich gegen die Erzwingung unangemessener Preise im Einzelfall effektiv zu wehren (vgl. 419 ff.). Es kann somit festgehalten werden, dass die Möglichkeiten nach PÜG der Anwendung von Art. 7 KG bzw. der Erfüllung des Tatbestandselements des „Erzwingens“ gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht entgegenstehen kann (vgl. auch vorstehend, Rz 424 ff.).

448. Wie bereits oben dargelegt, ist für die Bereitstellung der WAN-Anbindung für die Post von internen Kosten von Swisscom von maximal CHF [8'000'000-10'000'000] auszugehen (vgl. Rz 186). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in dem Vorleistungspreis für die TAL, welcher für das Angebot der Post von Swisscom eingesetzt wird, ein angemessener Gewinn bereits enthalten ist.³⁹² Zudem basieren die zugrunde gelegten Vorleistungspreise für die TAL auf Wiederbeschaffungskosten und nicht auf

³⁸⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 214.

³⁹⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 215.

³⁹¹ Vgl. Eingabe Post vom 4. November 2010, Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren, S. 5.

³⁹² Vgl. Eingabe BAKOM vom 5. September 2014, S. 2.

den historischen Kosten, weshalb die tatsächlichen Kosten nochmals um einiges tiefer als die in Rz 173 ff. und Rz 186 berechneten Kosten einzustufen sind. Rechnet man ausgehend von diesen für Swisscom anfallenden internen Vorleistungskosten in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] noch die von Swisscom angegebene Gewinnmarge von [...] % dazu³⁹³ so kommt man auf einen rechnerischen Preis für die Dienstleistungen von Swisscom gegenüber der Post von CHF [9'000'000-12'000'000]. Gegenüber der Post hat Swisscom allerdings einen Preis in Höhe von CHF [16-23 Mio.] verlangt. Der von Swisscom von der Post verlangte Preis ist damit ca. doppelt so viel oder CHF [8'500'000-11'500'000] höher als der basierend auf den von Swisscom angegebenen Gewinnmargen errechnete Preis. Damit ist auch das Kriterium der Unangemessenheit des Preises gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt.

449. Die Post hat für die WAN-Anbindung ihrer Poststandorte das Angebot von Swisscom gewählt und ist daher vertraglich verpflichtet, den überhöhten Preis zu bezahlen. Hierdurch wird die Post, als von der unzulässigen Verhaltensweise seitens Swisscom betroffenes Unternehmen, im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG benachteiligt.

450. Damit sind die Tatbestandselemente im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gegenüber der Post erfüllt. Swisscom hat gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen.

B.3.2.1.7. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post

451. Swisscom macht geltend, die Folgerungen des Sekretariats, wonach das Kriterium des Erzwingens erfüllt sei, weil der Post nur die Offerten von Swisscom, Sunrise und Cablecom vorgelegen hätten und die Post keine Ausweichmöglichkeit gehabt habe, seien unrichtig.³⁹⁴ Die Post selbst habe sich für ein selektives Vergabeverfahren entschieden und dabei die Kriterien für die Präqualifikation festgelegt.³⁹⁵ Dabei liege es in der Natur der Sache, dass nur unter den verlangten und eingereichten Offerten ausgewählt werden könne. Das Kriterium „Wirtschaftlichkeit/Preis“ war dabei zudem nur zu 40 % gewichtet, wobei die Post bezüglich des Preises in den Nachverhandlungen mittels nachdrücklicher Forderung weitere Preissenkungen erreichte.³⁹⁶ Von einer Ausübung ökonomischen Drucks auf die Post könne keine Rede sein. Der Nachweis eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe nicht und sei auch im Antrag nicht erstellt worden. Eine offensichtliche Unbilligkeit sei ebenso wenig ersichtlich.³⁹⁷ Swisscom bringt des Weiteren vor, dass das Sekretariat mit dem Argument, die Post habe keine Ausweichmöglichkeiten gehabt, insbesondere auch die eigene Aussage in Rz 381 bestreitet, wonach die Post die einzelnen Bieter gegeneinander ausspielen und dabei den Angebotspreis drücken konnte. Die Post habe im Gegenteil sogar über erhebliche Verhandlungsmacht verfügt.³⁹⁸

452. Zwar haben andere FDA am Bieterwettstreit teilgenommen. Wie aber bereits oben ausgeführt waren diese Marktteilnehmer aufgrund ihrer Kostenstruktur nicht in der Lage, Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben, welcher über den individuellen Preismix zwischen regu-

lierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom hinausgeht, auszuüben. Damit konnten sie dem Preissetzungsverhalten von Swisscom grundsätzlich nichts entgegensetzen. Da die internen Kosten von Swisscom bei maximal knapp [9-11 Mio.] CHF lagen und der Verkaufspreis an die Post mehr als [...] so hoch ist, liegen auch klar überhöhte Preise vor, die Swisscom damit als marktbeherrschendes Unternehmen in kartellrechtlich unzulässiger Weise erzwungen hat.

453. Swisscom gibt an, dass die Preisverhandlungen von grossem Druck, einen solchen prestigeträchtigen Grosskunden nicht an einen anderen Bieter zu verlieren, geprägt waren. In den Verhandlungen werde sehr genau geschaut, wie tief man den Preis noch drücken könne ohne die Compliance Richtlinien zu verletzen. Swisscom konnte nicht genau abschätzen, wer vorne lag, hat aber kalkulieren können, welchen Preis Sunrise bei einem optimalen Mix bieten könnte. Aus diesen Gründen kam Swisscom dazu, den Offertpreis gegenüber der Post von CHF [20-28 Mio.] auf CHF [16-23 Mio.] massiv um ca. [15-25] % zu senken.³⁹⁹

454. Selbst nach dieser massiven Preissenkung von ca. [15-25] %, war der Preis, den Swisscom gegenüber der Post geboten hat, immer noch [...] so hoch, wie die internen Kosten. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 452 verwiesen werden.

455. Auch wenn die Post durch geschickte Verhandlungstaktik Swisscom dazu bringen konnte, die Preise zu senken und somit über einen gewissen Verhandlungsspielraum bezüglich der Endpreise verfügte und die Unwissenheit der Bieter untereinander über die gebotenen Offerten und Preise zu ihrem Vorteil war, so war es doch Swisscom, die betreffend ihre Preissetzung eine untere Schranke setzen konnte, wobei auch deren untere Schranke weit über den Kosten lag.

B.3.2.1.8. Mögliche sachliche Gründe

456. Auch im Hinblick auf die Erzwingung unangemessener Preise ist gemäss Praxis der WEKO zu prüfen, ob diese Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sachlich gerechtfertigt werden kann.

457. Theoretisch könnte eine hohe Differenz zwischen Kosten und Verkaufspreisen im unternehmerischen Risiko oder in anstehenden Investitionen begründet sein. Da allerdings die regulierten kostenorientierten Preise bereits auf den Wiederbeschaffungswerten der Infrastruktur berechnet werden und eine angemessene Kapitalverzinsung beinhalten⁴⁰⁰, kommen mögliche anstehende Investitionen in die Infrastruktur als Rechtfertigungsgrund nicht in Frage. Ebenfalls besteht beim Verkauf der Vorleistungsprodukte an andere FDA oder der Erbringung der Dienstleistung gegenüber der Post kein überdurchschnittliches unternehmerisches Risiko, welches

³⁹³ Vgl. Eingabe Swisscom vom 14. März 2014, S. 4.

³⁹⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 223.

³⁹⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 224.

³⁹⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 225.

³⁹⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 226.

³⁹⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 54.

³⁹⁹ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 7-8.

⁴⁰⁰ Eingabe BAKOM vom 5. September 2013, S. 4.

entsprechende Preisaufschläge rechtfertigen würde. Andere sachliche Gründe, welche die kartellrechtlich relevante Verhaltensweise von Swisscom im Hinblick auf die Erzwingung unangemessener Preise rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.

B.3.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern

458. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bei einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht.

B.3.2.2.1. Rechtliche Grundlagen

459. Die Literatur und Praxis unterscheidet zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet⁴⁰¹ und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden⁴⁰². Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.⁴⁰³ So braucht der Vergleich nicht ausschliesslich auf die involvierten Produkte abzustellen. Vielmehr müssen die Transaktionen in ihrer Gesamtheit betrachtet und sämtliche relevanten Begleitumstände einbezogen werden. Es sind also die Eigenarten und Besonderheiten der jeweiligen Produkte bzw. des jeweiligen Marktes gebührend zu berücksichtigen.⁴⁰⁴ Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit von Geschäften wurde auf Äquivalenz geschlossen, wenn Handelspartner miteinander in Wettbewerb stehen, die gleichen oder ähnliche Erzeugnisse fabrizieren oder zumindest die gleiche Funktion im Vertrieb ausüben, die Geschäfte gleiche oder gleichartige Erzeugnisse zum Gegenstand haben und sich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.⁴⁰⁵

460. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.⁴⁰⁶ Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Diskriminierung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht.

461. Zumindest von einem Teil der Literatur wird zudem gefordert, dass sich eine Diskriminierung im Markt auswirkt und zu einem Wettbewerbsnachteil bei den betroffenen Handelspartnern führt.⁴⁰⁷ Die Notwendigkeit eines solchen Nachteils kann aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleitet werden, wonach gefordert wird, dass durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Diese Haltung entspricht auch der bisherigen Praxis der WEKO und der REKO/WEF.⁴⁰⁸

462. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Hierbei ist die Frage zu beantworten, ob der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit Dritten in

unbilliger, das heisst in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, benachteiligt wird.⁴⁰⁹ Dabei ist den Unterschieden in der Sache beim Vergleich der Leistungen Rechnung zu tragen. So können unterschiedliche Preiskonditionen beispielsweise durch Skalenerträge sachlich gerechtfertigt werden, solange diese nicht in unbilliger Weise angewendet werden. In diesem Sinne hat die Beurteilung eines Diskriminierungssachverhalts dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, wenn vergleichbare Leistungen zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden.

B.3.2.2.2. Stellungnahme Swisscom zu den rechtlichen Grundlagen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern

463. Betreffend des Vorwurfs der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG bringt Swisscom vor, dass sich diese nur auf die *secondary line discrimination* bezieht.⁴¹⁰ Der Antrag des Sekretariats beziehe sich aber auf eine *primary line discrimination*, was der ratio legis von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht gerecht werde und eine unrichtige Anwendung von Bundesrecht darstelle.⁴¹¹ Bei der *primary line discrimination* gehe es nämlich um eine Diskriminierung von Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens. Die Stossrichtung sei dabei die Verdrängung von aktuellen Konkurrenten oder die Behinderung potentieller Konkurrenten beim Marktzutritt. Sowohl das Verdrängungsverhalten, wie auch dessen Wirkung könnten auf dem beherrschten oder einem ihm vor-, oder nachgelagerten Markt auftreten. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG beziehe sich jedoch gemäss dem verwendeten Terminus „Handelspartner“ ausschliesslich auf Unternehmen, die nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zum beherrschenden Unternehmen stehen. Es gehe also um eine *secondary line discrimination* nämlich die Benachteiligung eines Unternehmens der Marktgegenseite im Vergleich zu seinen Konkurrenten.⁴¹²

464. Es muss vorliegend zwischen dem Endkundenmarkt und dem Vorleistungsmarkt differenziert werden. Im Rahmen der Ausschreibung der Post waren andere FDA wie z.B. Sunrise und Cablecom gleichzeitig Konkurrenten für eine Offerte, aber auch Nachfrager nach Vorleistungen von Swisscom um die Anbindungen betreffend die Poststandorte zu realisieren. Für den Vorleistungsmarkt waren Sunrise und Cablecom folglich Handelspartner.

⁴⁰¹ vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁴⁰² vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁴⁰³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 206.

⁴⁰⁴ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen BBI 1995 468, 571 f. Ziff. 2.3.2.

⁴⁰⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 206.

⁴⁰⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 215.

⁴⁰⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 216.

⁴⁰⁸ Vgl. RPW 2005/3, 505 E. 5.4.1, *Swisscom AG Swisscom Fixnet AG/WEKO*; RPW 2008/3, 385 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/3 166 f. Rz 322 ff., *Preispolitik ADSL*.

⁴⁰⁹ BBI 1995 468 (Fn 387), 572.

⁴¹⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 151.

⁴¹¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 159.

⁴¹² Vgl. Basler Kommentar Art. 7, N. 202ff.

465. Im Hinblick auf die *secondary line discrimination* führt Swisscom aus, dass eine direkte Diskriminierung vorliege, wenn das beherrschende Unternehmen im Verhältnis zu den Handelspartnern ungleiche Geschäftsbedingungen anwendet, obwohl sich die Handelspartner in gleichen oder gleichartigen Situationen befinden und ihre Leistungen für deren Kunden physisch oder funktionell ähnlich sind.⁴¹³ Ein Indiz für einen Missbrauch liege dann vor, wenn die Diskrepanz nicht mithilfe rechtlicher und ökonomischer Faktoren erklärt werden könne.⁴¹⁴ Im Zusammenhang mit den Vorleistungen TAL, BBCS und CES würden nicht ungleiche Bedingungen auf Unternehmen der Marktgegenseite in gleichartigen Lagen angewendet.⁴¹⁵ Hierbei merkt Swisscom an, dass sich die Endkundenleistungen auf der Basis von TAL, BBCS und CES in kommerzieller Hinsicht unterscheiden würden und auch die Kostenstrukturen von TAL, BBCS und CES auf Seiten Swisscom unterschiedlich seien.⁴¹⁶ Aus dem Antrag liesse sich denn auch nicht entnehmen, ob und inwiefern die unterschiedlichen Preise für die unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES als direkte oder indirekte Diskriminierung zu qualifizieren wären.⁴¹⁷ Zudem würde der Antrag auf der unzutreffenden Prämisse basieren, dass das Diskriminierungsverbot im Wesentlichen gleiche Preise für unterschiedliche Vorleistungen verlange.⁴¹⁸

466. Es ist zwar korrekt, dass den unterschiedlichen Vorleistungsprodukten TAL, BBCS und CES unterschiedliche Eigenleistungen zugrunde liegen. Diese Kosten für diese zusätzlichen Eigenleistungen unterscheiden sich allerdings nicht in einem Mass wie sich dies in der Preissetzung von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES im Vergleich zur TAL widerspiegelt. Daher kann, wie nachfolgend aufgeführt, auf eine Diskriminierung von Handelspartnern gegenüber dem (hypothetischen) internen Nachfrager von Swisscom geschlossen werden.

B.3.2.2.3. Diskriminierung von Handelspartnern durch Swisscom im Rahmen der Ausschreibung

467. In der Untersuchung Preispolitik ADSL hat die WEKO auf eine Diskriminierung von Handelspartnern geschlossen, wenn sich die Abnehmer von Vorleistungsprodukten für Breitbandanbindungen zu den gleichen Bedingungen beim marktbeherrschenden Unternehmen eindecken können, jedoch der Weiterverkauf an die Endkunden aufgrund der Endkundenpreise des vertikal integrierten Anbieters wegen zu knappen Margen nur mit Verlusten erfolgen kann.⁴¹⁹

468. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt sind die einzelnen Vorleistungsprodukte von Swisscom im Markt miteinander zu vergleichen. Neben den regulierten Vorleistungsprodukten wie TAL und BSA bietet Swisscom die kommerziellen Produkte BBCS und CES an. Insbesondere im Geschäftskundenbereich sind im Rahmen der Leistungserbringung gegenüber Endkunden die Vorleistungsprodukte TAL, BBCS und CES aus technischer Sicht austauschbar, wenn eine FDA die für eine Entbündelung notwendigen Investitionen geleistet hat. Innerhalb der den jeweiligen Technologien zugrundeliegenden Leistungsmerkmale (Anbindung bis 1.8 Mbit/s) sind diese drei Technologien daher als äquivalent anzuse-

hen. Dennoch verlangt Swisscom für die kommerziellen Produkte BBCS und CES einen Preis, der um ein Vielfaches höher ist als derjenige der TAL. Swisscom zeigt diesen Preisunterschied in der Beispielrechnung ihrer Eingabe vom 22. September 2010 auf. So hat sie den monatlichen Erlös für eine 1 Mbit/s-Anbindung eines Poststandortes von bis zu CHF 215.– pro Monat angegeben.⁴²⁰ Dieser Preis entspricht dem Vorleistungspreis BBCS vom 1. November 2008 für die kleinste zur Verfügung stehende Anbindung von 1.2 Mbit/s in der Zone 1.⁴²¹ Das entsprechende kommerzielle Alternativprodukt CES in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung von bis zu 2 Mbit/s für die Region A kostet CHF 490.– pro Monat.⁴²²

469. In ihrer Beispielrechnung macht Swisscom geltend, dass einem Anbieter, der eine bestimmte Anschlusszentrale erschlossen hat, regulierte Vorleistungskosten in Höhe von CHF [20-24] pro Monat gegenüber Swisscom entstehen, so dass dieser aufgrund der TAL einen monatlichen Nettoerlös von CHF [180-200] erzielen kann. Weiter führt Swisscom aus, dass in einer solchen Konstellation eine FDA die gegenüber Swisscom entstehenden Einmalkosten in Höhe von CHF [260-290] innerhalb von [1-2] Monaten amortisieren kann.

470. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt steht Sunrise als Nachfrager nach Vorleistungsprodukten mit Swisscom auf dem Endkundenmarkt in direktem Wettbewerb. Die Möglichkeiten der Nutzung der TAL sind allerdings auf diejenigen Standorte beschränkt, die entbündelt wurden.

471. Da die Entbündelung Investitionen in den Ausbau einer Anschlusszentrale nach sich ziehen, lohnt sich eine solche nur für FDA, die ab einer bestimmten Anschlusszentrale eine ausreichend grosse Kundenbasis haben. Umgerechnet auf die durchschnittliche Anzahl Kunden an den Anschlusszentralen von Sunrise können die durchschnittlichen Entbündelungskosten pro Kunde mit ca. CHF [500-1'000] angegeben werden, was für die Ausschreibungsdauer von vier Jahren ca. CHF [10-20] pro Monat ausmacht. Rechnet man zusätzlich noch die von Swisscom aufgeführten 6 Prozent Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (CHF [4-6])⁴²³ sowie die Kosten für das Plattformmanagement (CHF [0.50-1.00]) und die Backbone-Kosten (CHF [1-5]) hinzu, kommen monatlich weitere CHF [7-9] hinzu. Somit würden für entbündelte Anschlusszentralen monatliche Vorleistungskosten von ca. CHF [40-52] pro Anschluss anfallen. Zu diesen internen Vorleistungskosten ist eine FDA wie Sunrise in der

⁴¹³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 161.

⁴¹⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 161.

⁴¹⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 162.

⁴¹⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 162.

⁴¹⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 165.

⁴¹⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 169.

⁴¹⁹ RPW 2010/1 146 Rz 202, *Preispolitik ADSL*.

⁴²⁰ Eingabe von Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

⁴²¹ Vgl. Price Manual Broadband Connectivity Service (BBCS), Beilage 28, S. 5.

⁴²² Vgl. Price Manual Carrier Ethernet Service (CES), Beilage 30, S. 4.

⁴²³ Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013, S. 22.

Regel in der Lage, ein Breitbandangebot im Geschäftskundenbereich gegenüber einem Endkunden anzubieten, wenn sie eine entsprechende Anzahl an Kunden hat, die sie über eine Anschlusszentrale anbinden kann, so dass sich eine Entbündelung lohnt. Da Swisscom eine bedeutend grössere Anzahl Kunden pro Anschlusszentrale bedient, verteilen sich die Fixkosten pro Anschlusszentrale auf eine viel grössere Anzahl Kunden. Damit sind die entsprechenden Kosten für Swisscom bedeutend tiefer. Die tatsächlichen internen Kosten von Swisscom sind unbekannt, da Swisscom selbst angibt, die entstehenden Netzkosten intern nicht zu verrechnen.⁴²⁴

472. Indem Swisscom im Geschäftskundenbereich für das Vorleistungsprodukt BBCS im vorliegenden Fall einen Preis von CHF 215.– pro Monat verlangt hat und Sunrise diese Produkte nachfragen musste, da sie die entsprechende Anschlusszentrale nicht entbündelt hatte, bestand für sie keinerlei Möglichkeit, im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich mit Swisscom in Wettbewerb zu treten. Vielmehr sah sich Sunrise gezwungen, für ein gleichwertiges Vorleistungsprodukt einen ca. fünfmal so hohen Preis zu bezahlen, wie für das äquivalente regulierte Vorleistungsprodukt zuzüglich Eigenleistungen.

473. Wie in den oben aufgezeigten Szenarien (vgl. Tabelle 30) dargestellt, war bei der Ausschreibung WAN-Anbindung der Post Sunrise nicht in der Lage, ein gegenüber Swisscom konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, obwohl in den Szenarien mit einer grossen Anzahl TAL gerechnet wurde und Sunrise so im Durchschnitt ihre Vorleistungskosten gegenüber einer FDA, die nur die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom nachfragt, deutlich senken konnte.

474. Im vorliegend zu beurteilenden Fall handelt es sich bei Swisscom um ein vertikal integriertes Unternehmen, welches den Bereich Infrastruktur als reines Cost-Center betreibt. Gemäss Aussagen von Swisscom ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen, mittels welcher die einzelnen internen Kosten für die zur Realisierung des Projektes bezogenen Vorleistungen bestimmt werden können.⁴²⁵ Aus diesem Grund kann für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht unterschieden werden, ob eine direkte (unterschiedliche Preise für äquivalente Vorleistungsprodukte) oder indirekte (dieselben Preise, wobei die rechnerisch entstehenden Verluste durch interne Quersubventionierungen gedeckt werden) Diskriminierung vorliegt. Der von Swisscom mit CHF [16-23 Mio.] gegenüber der Post angebotene Endkundenpreis liegt allerdings unterhalb der errechneten Kosten von Sunrise (vgl. Tabelle 30).

475. Die Preisgestaltung von Swisscom muss in einer solchen Konstellation als unbillige Diskriminierung für äquivalente Dienstleistungen angesehen werden. Hierbei war Sunrise gegenüber dem internen Nachfrager von Swisscom diskriminiert. Damit ist das erste Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.

476. Als zweites Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG die Betroffenheit von Handelspartnern vor. Hierbei muss sich die Diskriminierung gegen Handelspartner richten, die auf vor- oder

nachgelagerten Märkten tätig sind.⁴²⁶ Im vorliegend zu beurteilenden Fall waren grundsätzlich sämtliche auf dem nachgelagerten Markt tätigen Nachfrager (nach den für die elektronische Datenübertragung notwendigen Vorleistungsprodukten zur Erbringung der von der Post nachgefragten Dienstleistung) gegenüber dem (hypothetischen) internen Nachfrager beim integrierten Unternehmen Swisscom von der Diskriminierung betroffen. Vorliegend war Sunrise von der im Rahmen der Ausschreibung von Swisscom praktizierten Diskriminierung betroffen.

477. Damit sind die Tatbestandselemente der Diskriminierung und der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt.

478. Als drittes Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG einen Wettbewerbsnachteil vor. Ob ein Wettbewerbsnachteil als eigenständiges Tatbestandsmerkmal erfüllt sein muss, ist in der Lehre umstritten.⁴²⁷ Da allerdings im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt die Konkurrenten von Swisscom lediglich ein konkurrenzfähiges Angebot hätten unterbreiten können, wenn sie Verluste in Kauf genommen hätten, ist auch das dritte Tatbestandselement erfüllt. Durch die hohen Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte war Sunrise nicht in der Lage, mit Swisscom in Wettbewerb zu treten. Damit wurde Sunrise, die teilweise auf kommerzielle Vorleistungsprodukte angewiesen war, in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert. Damit ist auch das Tatbestandselement des Wettbewerbsnachteils gemäss Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.

479. Allerdings stellt nicht jede Ungleichbehandlung eine kartellrechtlich unzulässige Diskriminierung dar. So sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG als viertes Tatbestandselement die Abwesenheit von objektiven Rechtfertigungsgründen vor. Hierbei muss zwischen objektiven Notwendigkeiten und kommerziellen Interessen unterschieden werden.⁴²⁸ Es gilt der Grundsatz, dass gleiches seiner Massgabe nach gleich und ungleiches seiner Massgabe nach ungleich zu behandeln ist. Demnach kann es nicht angehen, dass ein Layer 1-Angebot, bei welchem vom Nachfrager noch eine ganze Reihe weiterer Eigenleistungen erbracht werden müssen, zum gleichen Preis angeboten werden muss, wie ein Layer 2- oder Layer 3-Angebot, bei welchem geringere Eigenleistungen zu erbringen sind. In dieser Hinsicht kann sich eine entsprechende Preisdifferenzierung rechtfertigen. Wenn allerdings der Preisunterschied zwischen den aus technischer Sicht grundsätzlich austauschbaren Layer 1-Produkten und Layer 2- bzw. Layer 3-Produkten so weit auseinandergeht, dass die Nachfrager nach Layer 2- und Layer 3-Produkten keinerlei Möglichkeit haben, im Wettbewerb bestehen zu können und daher in preislicher Hinsicht nicht mehr austauschbar sind, geht die Preisdifferenz über das durch die unterschiedlichen Eigenleistungen begründete Mass hinaus.

⁴²⁴ Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010, S. 11 f.

⁴²⁵ Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012, S. 4 f.

⁴²⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 215.

⁴²⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 216.

⁴²⁸ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 223.

480. Wie bereits ausgeführt können Fernmeldedienstanbieter, die eine Anschlusszentrale entbündelt haben, gegenüber der Post die Breitbandanbindung bis 2 Mbit/s zu Gesamtkosten von CHF [40-52] pro Monat anbieten (vgl. Rz 471), während sie für das günstigste kommerzielle Vorleistungsprodukt von Swisscom für eine Breitbandanbindung von 1.2 Mbit/s CHF 215 bezahlen müssen. Daher können unterschiedliche Eigenleistung nur insoweit als legitime Rechtfertigungsgründe herangezogen werden, als die Preisdifferenzen zwischen Layer 2- bzw. Layer 3-Produkten und Layer 1-Angeboten nur so gross sind, dass diese von nachfragenden FDA für ein Endkundenangebot in preislicher Hinsicht noch alternativ eingesetzt werden können. Dies wäre bei einem regulierten Preis für die TAL in Höhe von CHF 18.80 und zusätzlichen Eigenleistungen von CHF [22-34], also gerechtfertigten Gesamtkosten in Höhe von CHF [40-52] der Fall. Die nicht mit Eigenleistungen begründbare Preisdifferenz liegt vorliegend also bei mindestens CHF [163-175] pro Anschluss und Monat. Wenn die Preise damit wie vorliegend so weit auseinanderklaffen, dass Nachfrager nach Layer 2- und Layer 3-Produkten auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich aus dem Markt gedrängt werden, kann eine solche Preisdiskriminierung nicht mehr mit den unterschiedlichen Eigenleistungen gerechtfertigt werden.

481. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind die Preisdifferenzen so gross, dass FDA, welche nicht die TAL nutzen können, gegenüber Swisscom und gegenüber FDA, die die TAL nutzen können, nicht wettbewerbsfähig sind. Damit kann die von Swisscom vorgenommene Preisdiskriminierung aufgrund unterschiedlicher Eigenleistungen nicht objektiv gerechtfertigt werden. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

482. Indem Swisscom die Preise für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte im Vergleich zu den Preisen der regulierten Vorleistungsprodukte so hoch ansetzt, dass die Nachfrager nach den kommerziellen Vorleistungsprodukten nicht mit Swisscom oder einer FDA, welche dieselbe Leistung über die TAL anbieten kann, in Wettbewerb treten kann, diskriminiert Swisscom ihre Handelspartner und hindert sie so in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs, ohne dass sachliche Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen.

B.3.2.2.4. Stellungnahme Swisscom zur Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen der Ausschreibung

483. Swisscom macht geltend, dass dem Antrag nicht zu entnehmen sei, ob und inwiefern die unterschiedlichen Preise für die unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES als direkte oder indirekte Diskriminierung zu qualifizieren wären.⁴²⁹

484. Swisscom hat selbst ausgeführt, dass die Vorleistungsangebote für Kundenprojekte im Geschäftskundenbereich jeweils aufgrund der spezifischen Anforderungen an den Standort und die Infrastruktur der die Vorleistungsprodukte nachfragenden FDA angepasst werden. Am Ende resultiert für die FDA ein Vorleistungspreis für die Realisierung des jeweiligen Endkundenprojektes. Obwohl die Leistungen TAL, BBCS und CES für Bandbreiten bis 2 Mbit/s grundsätzlich aus-

tauschbar sind und selbst unter Berücksichtigung der zu leistenden Eigenleistungen resultieren beispielsweise im Falle der WAN-Anbindung Post vollkommen unterschiedliche Gesamtkosten für die Realisierung dieses Projektes, verlangt Swisscom für diese Produkte ohne sachliche Gründe massiv unterschiedliche Preise. Während eine FDA, welche vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen ist, mit Kosten von ca. CHF [32-38 Mio.] zu rechnen hat, hätte eine FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hätte mit Vorleistungskosten von ca. [8'000'000-10'000'000] Mio. zu rechnen. Diese Ungleichbehandlung ist auf die überhöhten Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom zurückzuführen und führt damit zu einer Diskriminierung derjenigen FDA, welche nicht wie Swisscom in sämtlichen Anschlusszentralen präsent sind (vgl. Rz 480).

485. Swisscom bringt vor, dass soweit im Antrag losgelöst von der konkreten Ausschreibung der Post eine Diskriminierung durch die Preisgestaltung bei BBCS und CES diagnostiziert werden sollte, wäre dies eine klare Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes und der damit gegebenen Zuständigkeit der WEKO.⁴³⁰ Weiter macht Swisscom geltend, dass es bei der in Rz 302 ff. (hier: Rz 467 ff.) des Antrags erwähnten Untersuchung Preispolitik ADSL ausschliesslich um die Bedingungen des Vorleistungsproduktes BBCS gegangen sei. Die diesbezügliche (nicht rechtskräftige) Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2009 sei daher nicht einschlägig für den vorliegenden Fall, in welchem die unterschiedlichen Preise der unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES im Lichte des Diskriminierungsverbots verglichen würden.⁴³¹

486. Im Rahmen der Ausschreibung der Post wurde die Preissetzungspolitik von Swisscom eingehend untersucht. Hierbei hat sich herausgestellt, dass die sich im Rahmen dieser Untersuchung ergebenden kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen ihren Ursprung in der Preisgestaltung bei BBCS und CES haben. Wenn Swisscom vorbringt, dass die konkrete Abklärung des Sachverhalts eine Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes darstelle, macht Swisscom implizit eine unvollständige und unrichtige Abklärung des Sachverhalts geltend. Dass die aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse nicht auf andere Verhaltensweisen von Swisscom in anderen Ausschreibungen angewendet wurden und die sich hieraus für Swisscom ergebenden Rechtsfolgen auf die Ausschreibung der Post beschränken, ist wiederum das Ergebnis des bei der Eröffnung der Untersuchung festgelegten und in der Folge nicht erweiterten Untersuchungsgegenstandes. Das Vorbringen von Swisscom, dass vorliegend eine klare Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes und der damit gegebenen Zuständigkeit der WEKO vorliegen würde, ist daher unbegründet.

⁴²⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 165.

⁴³⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 171.

⁴³¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 175.

487. Swisscom bringt weiter vor, eine FDA, die in die Entbündelung investiert habe, könne gemäss Antrag für die Leistungen für die Post sowohl TAL als auch BBCS oder CES einsetzen. Der Antrag müsste dementsprechend schliessen, dass die Preise für BBCS und CES höher sein müssten als der TAL-Preis. Aus einer beschränkten Substituierbarkeit könne nicht abgeleitet werden, dass die Preise im Wesentlichen gleich sein müssten. Die möglichen Erlöse, die in einem konkreten Fall bei einer 1 Mbit/s-Anbindung über die TAL realisiert werden könnten, seien für die Beurteilung des BBCS-Preises für eine 1.2 Mbit/s-Anbindung in Zone 1 und des Preises für eine CES-Anbindung bis 2 Mbit/s in Region A nicht relevant.⁴³²

488. Die WEKO stellt nicht in Abrede, dass sich die Preise für BBCS und CES von denjenigen der TAL unterscheiden dürfen. Vielmehr stellt sich allerdings die Frage, ob die Preise für BBCS und CES im Vergleich zu den Preisen, die Swisscom sich selbst als interner Nachfrager verrechnet hat, in einem Masse überhöht sind, dass dies im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post zu einer Diskriminierung von Sunrise im Vergleich zum internen Nachfrager von Swisscom geführt haben. Um dies zu beurteilen bietet die TAL eine gute Annäherung, da bei funktionierendem Wettbewerb aufgrund der Substituierbarkeit von TAL, BBCS und in beschränktem Masse CES diese drei Produkte bei denselben Anforderungen an die Bandbreite unter Berücksichtigung der Eigenleistungen ein im Wesentlichen ähnliches Preisniveau aufweisen würden. Vorliegend weisen die kommerziellen Vorleistungsprodukte Preise auf, die mit denen der regulierten TAL in keiner Weise vergleichbar sind, weshalb auch auf eine Diskriminierung der Handelspartner zu schliessen ist.

489. Swisscom führt aus, dass vorliegend nur das Verhalten von Swisscom in der Ausschreibung der Post Untersuchungsgegenstand sei. FDA ohne TAL würden in dieser Ausschreibung keine Rolle spielen. FDA, die Endkundenleistungen nur auf Basis von BBCS und CES anbieten würden, existierten auf dem sachlichen Markt gar nicht. Dementsprechend hätten sie durch das Verhalten von Swisscom nicht diskriminiert werden können.⁴³³

490. Wie bereits oben aufgeführt, führt die Preissetzung von Swisscom für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte im Geschäftskundenbereich zu einer Diskriminierung von Sunrise gegenüber dem internen Nachfrager bei Swisscom (vgl. 474).

491. Swisscom macht geltend, dass aus dem in Rz 479 beschriebenen Gleichheitsgrundsatz nicht folge, dass unterschiedlich strukturierte Produkte mit unterschiedlichen relevanten Kosten unter dem Strich vergleichbare Preise haben müssten. Vielmehr führe die Forderung des Antrags, wonach Ungleiches im Wesentlichen gleich behandelt werden müsste, zu einer Umkehrung des Gehalts des Gleichheitsgrundsatzes. Im Übrigen bezwecke das Kartellgesetz nicht, die Anforderungen der Sektorregulierung auf kommerzielle Preise auszudehnen und so zu bewirken, dass regulierte und kommerzielle Angebote „in preislicher Hinsicht (...) austauschbar“ gemacht würden.⁴³⁴

492. Die Sektorregulierung simuliert für die regulierten Vorleistungsprodukte Preise, die einem wirksamen Wettbewerb entsprechen. Es spricht daher aus kartellrechtlicher Sicht nichts dagegen, gegen überhöhte Preise vorzugehen, die aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zustande kommen und die im Zusammenspiel mit den regulierten Preisen zu einer Diskriminierung der Marktgegenseite gegenüber dem internen Nachfrager führen.

493. Swisscom führt aus, dass es sich bei den Produkten TAL, BBCS und CES um vollkommen unterschiedliche Produkte handle.⁴³⁵ Dies mache sich auch in der Kostenstruktur von Swisscom bemerkbar.⁴³⁶ Als entscheidendes Kriterium seien die Eigenleistungen für die Produkte zu nennen. Diese seien unterschiedlich. TAL sei ein Layer 1 Angebot bei welchem die Wertschöpfung gering sei. BBCS und CES hingegen seien veredelte Breitbandangebote. TAL ist nur die Bereitstellung der Linie. Bei BBCS und CES fielen zusätzliche Kosten für das IP Netz und den Transport ins Gewicht. Um einen Dienst über die IP Technologie bereitzustellen, brauche es ein IP Netz, Verschlüsselung, Transport und Router Einrichtungen. Es brauche im Unterschied zur TAL diese zusätzlichen Netzinfrastrukturen.⁴³⁷ Die unterschiedlichen Vorleistungspreise beruhten auf sachlichen Gründen und die Tatsache, dass sich die Preise für TAL, BBCS und CES unterscheiden würden, könne nicht als unzulässige Diskriminierung qualifiziert werden.⁴³⁸ Die Kosten für diese kommerziellen, gemanagten Produkte seien nebst den freien, wirtschaftlichen Aspekten deshalb gerechtfertigt, weil der Unterhalt und Service von Swisscom erbracht werde.⁴³⁹ Zudem sei der TAL-Preis ein regulierter, kostenorientierter Preis, während die Preise für BBCS und CES kommerziell seien, für welche gemäss Swisscom der Grundsatz der Kostenorientierung nicht gelte.⁴⁴⁰ Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot verlangten nicht, dass unterschiedliche Leistungen wie TAL, BBCS und CES im Wesentlichen gleiche Preise haben müssten.⁴⁴¹ Der Auffassung die Preise für BBCS und CES seien nur dann „diskriminierungsfrei“, wenn sie den Kosten TAL und Eigenleistung einer FDA entsprechen würden, könne nicht gefolgt werden.⁴⁴² Zudem bestehe kein Raum gestützt auf das KG faktisch kostenorientierte Preise herbeizuführen.

⁴³² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 177.

⁴³³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 178.

⁴³⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 180.

⁴³⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 142 f.

⁴³⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 144 f.

⁴³⁷ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 3.

⁴³⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 146.

⁴³⁹ Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 4.

⁴⁴⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 147.

⁴⁴¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 148.

⁴⁴² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 149 f.

494. Hierzu ist anzumerken, dass es grundsätzlich kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn für unterschiedliche Vorleistungsprodukte grundsätzlich unterschiedliche Preise verlangt werden, solange die Preisunterschiede nicht unangemessen sind, dass diese aus sachlichen Gründen nicht mehr zu rechtfertigen sind. Vorliegend sind die von Swisscom verlangten Preisunterschiede sachlich nicht zu rechtfertigen. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Rz 466, 484 und 492 verwiesen werden.

495. Swisscom hält in ihrer Stellungnahme fest, dass die Ausführungen zu den Definitionen von Gleichbehandlung und sachlich nicht gerechtfertigter bzw. diskriminierender Ungleichbehandlung (Rz 140 ff.), die Nichtanwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf die *primary line discrimination* bzw. die Behinderung von Konkurrenten (Rz 151 ff.) und die Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen und zum Untersuchungsgegenstand (Rz 168 ff.) auch für die angebliche Diskriminierung von Handelspartnern in der Ausschreibung der Post gelten würden.⁴⁴³ Der im Antrag in Rz 313 aufgeführte Verweis der WEKO auf die bisherige Praxis zur Kosten-Preis-Schere sei insofern verfehlt, als es vorliegend anders als im Fall „Preispolitik Swisscom ADSL“ nicht um gleiche Preise für „dieselben Vorleistungsprodukte“ gehe, sondern um unterschiedliche Preise für unterschiedliche Vorleistungen. Soweit in Rz 313 des Antrags der WEKO angetönt werden sollte, dass die Konkurrenten vorliegend aufgrund hoher Vorleistungspreise auf dem Endkundenmarkt rechnerische Verluste erleiden würden, welche sich im Falle von Swisscom durch hohe Gewinne des Wholesale-Bereichs kompensieren liessen, weist Swisscom dies zurück. Swisscom erläutert weiter, dass sie ihr Endkundengeschäft mit Breitbandanbindungen nachgewiesenermassen profitabel betreibe. Von einer Quersubventionierung könne keine Rede sein.⁴⁴⁴

496. Hierzu ist anzumerken, dass Swisscom selbst vorbringt, die internen Vorleistungskosten nicht zu kennen und solche auch nicht intern zu verrechnen.⁴⁴⁵ Demnach müssten für Swisscom grundsätzlich auch keine Aussagen darüber gemacht werden können, ob sie ihr Endkundengeschäft profitabel betreiben kann. Dies ist aber für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich, da aufgrund der Anwendung der unterschiedlichen Vorleistungspreise für die unterschiedlichen Produkte TAL, BCS und CES Situationen entstehen, bei welchen Unternehmen mit identischen Nachfragestrukturen im Bereich Breitbandanbindung letztendlich lediglich aufgrund der an einer Ausschreibung mitbietenden FDA unterschiedliche Preise gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen zu bezahlen haben. Damit betreibt Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen konsequente Preisdiskriminierung.

497. Swisscom führt aus, dass der Diskriminierungsvorwurf unzutreffend sei. Letztlich stütze sich die Prämisse, nach welcher BCS- und CES-Preise überhöht seien, nur auf das Argument, dass der Endkundenpreis von Swisscom unter den angeblichen internen Kosten von Sunrise liege. Dies vermöge eine angebliche Diskriminierung eines Konkurrenten niemals zu begründen.⁴⁴⁶

498. Die Schlussfolgerung von Swisscom in diesem Rahmen greift zu kurz. Nicht nur aus der Tatsache, dass

Swisscom einen tieferen Preis als Sunrise geboten hat, wird auf eine Diskriminierung geschlossen, sondern auch aus der Tatsache, dass der von Swisscom gebotene Preis unter den Kosten von Sunrise liegt und Sunrise als Nachfrager nach Vorleistungsprodukten gegenüber dem internen Nachfrager von Swisscom höhere Preise bezahlen musste (vgl. Rz 474).

499. Aber auch aufgrund der starken Preisunterschiede zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten entsteht eine Situation, in welcher grundsätzlich in Wettbewerb zueinander stehende FDA für die Erbringung einer identischen Endkundenleistung ohne sachliche Rechtfertigungsgründe (die unterschiedlichen Eigenleistungen vermögen den massiven Preisunterschied zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten nicht zu erklären) unterschiedliche Vorleistungspreise zu bezahlen haben.

B.3.2.3 Kosten-Preis-Schere

B.3.2.3.1. Grundlagen

500. In der Schweiz existiert zur Kosten-Preis-Schere noch keine reiche Fallpraxis, weshalb die (auf der EU-Rechtsprechung basierenden) Erwägungen der EU nicht ohne weiteres übernommen werden können. Nach Praxis der WEKO kann eine Kosten-Preis-Schere vorliegen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinne zu erwirtschaften, um im Markt verbleiben zu können.⁴⁴⁷

501. Art. 7 KG orientiert sich konzeptionell, hinsichtlich des Wortlautes und aufgrund dessen Entstehungsgeschichte an Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: AEUV).⁴⁴⁸ Zwar hat Art. 7 KG keinen EU-politischen Hintergrund, dennoch kann sich die Praxis in der Schweiz an die in der EU gelebte Praxis anlehnen. Art. 102 AEUV befasst sich mit der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt, wie bereits unter Rz 297 ausgeführt, eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorleistungsprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorleistungsprodukt auf dem Markt verkauft und die Preise, zu denen es das Vorleistungsprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses zu bleiben.⁴⁴⁹ In der EU bildet der Tatbestand der Kosten-

⁴⁴³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 186.

⁴⁴⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 187.

⁴⁴⁵ Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010, S. 11 f.

⁴⁴⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 196.

⁴⁴⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 196.

⁴⁴⁸ Konsolidierte Fassung: ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 89; früher Art. 82 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; EGV (Konsolidierte Fassung: ABl. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33).

⁴⁴⁹ RPW 2010/1, 146 Rz 206, *Preispolitik Swisscom ADSL*; Urteil des Gerichts in erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03.

Preis-Schere eine eigenständige Form einer missbräuchlichen Verhaltensweise unter Art. 102 AEUV ausserhalb des darin aufgeführten Beispielkatalogs.⁴⁵⁰ Demnach braucht es in der EU beim Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere keinen separaten Nachweis, dass entweder die Vorleistungspreise oder die Endkundenpreise missbräuchlich sind.

502. In der juristischen Literatur wird erwähnt, dass eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen seine Konkurrenten auf der unteren Marktstufe zu Grosshandelspreisen (Vorleistungsentgelt) beliefert, die dermassen nahe bei den vom vertikal integrierten Unternehmen verwendeten Retail-Preisen (Endkundenentgelt) liegen, dass den Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu treten.⁴⁵¹

503. Aus ökonomischer Sicht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein marktbeherrschendes, vertikal integriertes Unternehmen auf dem Vorleistungsmarkt ein für die Nachfrager unverzichtbares Vorleistungsprodukt anbietet und auf dem Endkundenmarkt ebenfalls tätig ist, wobei die Preissetzung für das Vorleistungs- und Endkundenprodukt derart gestaltet ist, dass ein effizienter Nachfrager nach dem Vorleistungsprodukt keine ausreichende Marge erzielen kann, um im Endkundenmarkt bestehen zu können.⁴⁵²

504. In der ökonomischen Literatur gelten Kosten-Preis-Scheren als Spezialfall sogenannter „vertical foreclosure“.⁴⁵³ Sie werden als Situationen beschrieben, in welchen ein vertikal integriertes Unternehmen hohe Preise für seine vorgelagerten Dienstleistungen gegenüber Wettbewerbern im nachgelagerten Markt verlangt, während die Endkundenpreise des vertikal integrierten Unternehmens derart niedrig angesetzt werden, dass der Wettbewerb im nachgelagerten Markt ausgeschaltet oder erheblich geschwächt wird (chill downstream competition).⁴⁵⁴ Eine weitergehende Definition geht von einer Kosten-Preis-Schere aus, falls ein vertikal integriertes Unternehmen – mit Marktmacht in der Bereitstellung einer wesentlichen Vorleistung – die Preissetzung bei den vorgelagerten oder ihren nachgelagerten Dienstleistungen in einer Weise und für eine genügend lange Zeit vornimmt, um einem mindestens ebenso effizienten Wettbewerber im nachgelagerten Markt einen genügenden Ertrag zu verunmöglichen, um im Markt zu verbleiben.⁴⁵⁵

505. Es werden in der Literatur grundsätzlich zwei verschiedene Arten von Kosten-Preis-Scheren unterschieden:⁴⁵⁶

506. In einer ersten Variante verrechnet das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern höhere Vorleistungspreise als sich selbst bzw. seiner Tochterunternehmung, die im nachgelagerten Markt tätig ist. In diesem Zusammenhang wird oft von einer diskriminierenden Kosten-Preis-Schere gesprochen. Durch die Ungleichbehandlung der auf das Vorleistungsprodukt angewiesenen Wettbewerber im Vergleich zu sich selbst bzw. zur Tochterunternehmung werden diese Wettbewerber diskriminiert und damit in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert.⁴⁵⁷ In einem solchen Fall könnte Art. 7 Abs. 1 KG auch den Beispielstat-

bestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) erfüllen.⁴⁵⁸

507. In einer zweiten Variante verrechnet das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern dieselben Vorleistungspreise wie sich selbst bzw. seiner Tochterunternehmung, die im nachgelagerten Markt tätig ist. Dennoch reicht die Differenz zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis nicht aus, damit die Wettbewerber im Markt überleben können. Das integrierte Unternehmen kann im Unterschied zu seinen Wettbewerbern seine Endkundensparte bzw. seine Tochterunternehmung querfinanzieren. Die unzureichende Preisdifferenz kann einerseits daraus resultieren, dass das integrierte Unternehmen überhöhte und damit unangemessene Vorleistungspreise gegenüber seinen Wettbewerbern verrechnet.⁴⁵⁹ Damit könnte dasselbe Verhalten in der zweiten Variante einen Ausbeutungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise) darstellen.⁴⁶⁰ Das Bundesgericht hält im Publigroupeurteil ausdrücklich fest, dass die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen einen typischen Ausbeutungsmissbrauch darstellt.⁴⁶¹ In einem solchen Fall käme Art. 7 Abs. 1 KG durch die Erfüllung des Beispieldatbestandes von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zur Anwendung. Andererseits kann die unzureichende Preisdifferenz daraus resultieren, dass das integrierte Unternehmen seine Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt gezielt bei Preisen unterbietet.⁴⁶² In einem solchen Fall wäre Art. 7 Abs. 1 KG durch den Beispieldatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG (gegen Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen) erfüllt.⁴⁶³

⁴⁵⁰ WORKING PARTY NO. 2 ON COMPETITION AND REGULATION, Margin Squeeze vom 19. Oktober 2009 (DAF/COMP/WP2/WD(2009)32, Rz 4; Tomasz Koziel, Margin Squeeze as a Stand-Alone Abuse of Dominant Position – Remarks to the Judgment of the European Court of Justice in TeliaSonera, The Columbia Journal of European Law, 2011, <www.cjel.net/online/18_1-koziel> (15.08.2012).

⁴⁵¹ MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 145.

⁴⁵² Statt vieler: CROCIONI PIETRO/VELJANOVSKI CENTO, Price Squeezes, Foreclosure and competition law – principles and guidelines, S. 30, <www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf> (11.10.2011).

⁴⁵³ RPW 2010/1, 146 Rz 212, *Preispolitik ADSL*. Für eine Übersicht über „vertical foreclosure“ siehe PATRICK REY/JEAN TIROLE, A Primer on Foreclosure, Handbook of Industrial Organisation II, 2007.

⁴⁵⁴ RPW 2010/1, 146 Rz 212, *Preispolitik ADSL*; Paul A Grout, Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, CMPO Working Paper Series No. 00/23, August 2000 überarbeitet im März 2001.

⁴⁵⁵ PIETRO CROCIONI/CENTO VELJANOVSKI, Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, Principles and Guidelines, Journal of Network Industries, 2003 (vol. 4), S. 28ff.

⁴⁵⁶ CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32 ff.

⁴⁵⁷ CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32.

⁴⁵⁸ EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 135 ff.

⁴⁵⁹ CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32.

⁴⁶⁰ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 458), Art. 7 Abs. 2 KG N 137.

⁴⁶¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.06.2012 (nachfolgend: Publigroupeurteil), E. 10.1.1.

⁴⁶² CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32.

⁴⁶³ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 458), Art. 7 Abs. 2 KG N 137.

508. Eine Kosten-Preis-Schere, die das Tatbestandselement der Behinderung von Wettbewerbern in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt kann daher auch gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), der Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder der gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG) erfüllen.⁴⁶⁴

B.3.2.3.2. Stellungnahme von Swisscom zu den Grundlagen einer Kosten-Preis-Schere

509. Swisscom ist der Meinung, dass es problematisch sei, den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu subsumieren. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis müsse die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 KG nahe beim Wortlaut der jeweiligen Tatbestände bleiben. Dem Bestimmtheitsgebot und der Berechenbarkeit der Rechtsanwendung werden sonst nicht genügt. Das „Erzwingen“ in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sei nicht gleichbedeutend mit „verlangen“. Weder Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG noch Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG seien ausreichend bestimmt formuliert, um in rechtsstaatlich vertretbarer Weise auf eine Kosten-Preis-Schere angewendet zu werden. Nach Meinung von Swisscom lasse sich eine Kosten-Preis-Schere nur unter die Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG erfassen. Eine Sanktionierung bloss gestützt auf die Generalklausel werde vom Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf Art. 7 EMRK jedoch abgelehnt.⁴⁶⁵

510. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Publigroupe ausdrücklich offen gelassen, ob eine Sanktionierung aufgrund von Art. 7 Abs. 1 KG möglich sei.⁴⁶⁶ Damit ist eine Sanktionierung aufgrund der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG in keiner Weise ausgeschlossen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der nicht im Beispielkatalog aufgeführte Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere auch gleichzeitig den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise oder der Diskriminierung erfüllen kann, was vorliegend, wie bereits gezeigt wurde, der Fall ist. Sobald ein Sachverhalt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder c KG erfüllt, stellt sich daher die Frage, ob ein Sachverhalt alleine aufgrund der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG sanktionierbar ist, nicht.

511. Swisscom macht generell geltend, dass eine Verurteilung wegen unzulässiger Verhaltensweisen nicht auf der Basis von hypothetischen Sachverhalten erfolgen könne. Soweit sich der Antrag daher auf Szenarien abstütze, die nicht den tatsächlichen Sachverhalt abbilden würden, würde sich ein Schluss auf missbräuchliches Verhalten verbieten.

512. Hierzu ist festzuhalten, dass die einzelnen, vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen die Problematik der Preissetzung von Swisscom verdeutlichen und daher einen Teil der Sachverhaltsabklärung darstellen. Insbesondere kann hierdurch das Zusammenspiel der regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte im Hinblick auf eine grössere Ausschreibung, wie vorliegend die Ausschreibung der Post, aufgezeigt werden. Der massgebliche Sachverhalt stellt daher die Preissetzung von Swisscom betreffend die kommerziellen und

regulierten Vorleistungsprodukte dar, welche auf den tatsächlich von Swisscom in Rechnung gestellten Preisen beruht. Der von Swisscom geltend gemachte Vorhalt, die Sanktionierung würde auf einen hypothetischen Sachverhalt abstellen, stösst daher ins Leere.

B.3.2.3.3. Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung

513. Im Rahmen der Ausschreibung zur WAN-Anbindung der Poststandorte hat Swisscom den Zuschlag für die Erschliessung zu einem Preis von CHF [16-23 Mio.] erhalten (vgl. Rz 201). Demgegenüber hätte eine FDA, die bisher keine Anschlusszentrale entbündelt hat, von Swisscom Vorleistungsprodukte in Höhe von CHF [32-38 Mio.] (vgl. Rz 180) nachfragen müssen. In einer Beispielrechnung hat Swisscom vorgebracht, dass Sunrise als FDA, die einen Teil der Anschlusszentralen entbündelt hätte, Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] zu tragen gehabt hätte (vgl. Rz 10). Basierend auf den Grundannahmen von Swisscom und einer monatsgenauen Berechnung sind im Kostenszenario von Swisscom allerdings Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] zu veranschlagen (Rz 176). Sunrise selbst ging in ihrer ersten Eingabe von Vorleistungskosten in Höhe von ca. CHF [...] aus.

514. Da bereits die kommerziellen Vorleistungskosten alternativer Fernmeldedienstanbieter in Höhe von CHF [32-38 Mio.] – den Endkundenpreis für die Erschliessung der Poststandorte in Höhe von CHF [16-23 Mio.] übertreffen, muss vorliegend von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werden. Selbst für Sunrise als einzige FDA, die auf eine grössere Anzahl an entbündelten Anschlusszentralen voraussichtlich hätte zurückgreifen können, ergeben sich im theoretisch günstigsten Fall Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.]. Rechnet man die zu erbringenden Eigenleistungen in Höhe von CHF [2'000'000-3'000'000] (vgl. Rz. 185) hinzu, so liegen die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit CHF [20'500'000-21'500'000] über dem von Swisscom gegenüber der Post offerierten Preis. Auch in diesem Fall liegt eine Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom vor.

515. Im konkreten Fall muss allerdings berücksichtigt werden, dass für Sunrise diese Berechnungen grundsätzlich zu tief sind, da [...]. Zudem war zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht klar, wie viele Anschlusszentralen Sunrise überhaupt entbündeln würde, weshalb Sunrise noch einen Sicherheitsabschlag mit habe einrechnen müssen.

B.3.2.3.4. Stellungnahme Swisscom zur Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung

516. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass die Bejahung einer Kosten-Preis-Schere voraussetzen würde, dass die angeblich behinderten Konkurrenten gleich effizient seien wie das Unternehmen, dem

⁴⁶⁴ Publigroupeurteil (Fn 461), E. 8.2.2.

⁴⁶⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 232.

⁴⁶⁶ Publigroupeurteil (Fn 461), E. 8.2.2.

die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere vorgeworfen werde. In der Rechtsprechung der EU werde daher der *equally efficient competitor Test* angewendet. Er basiere auf einer Kostendeckungsanalyse des marktbeherrschenden Unternehmens und beschränkt dessen „Marktstrukturverantwortung“ auf Konkurrenten, die ebenso effizient seien.⁴⁶⁷ Eine Kosten-Preis-Schere liege nach diesem Test nur vor, wenn die Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt negativ oder zu gering sei, um die produktspezifischen Kosten des beherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner eigenen Leistung auf dem nachgelagerten Markt zu decken.⁴⁶⁸ Dieser Test sei insbesondere bei dynamischen Wachstumsmärkten, wie bei Telekommunikationsmärkten, wichtig, da sonst ineffiziente Wettbewerber geschützt würden. Der Test sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, weil ein beherrschendes Unternehmen die Kosten der Konkurrenten nicht kenne.⁴⁶⁹ Dies habe insbesondere auch in der Schweiz zu gelten, da die Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 EMRK seien und deshalb wegen Art. 7 EMRK verstärkte Anforderungen an die Bestimmtheit und Auslegung der materiellen Kartellrechtsnorm zu stellen seien, wenn eine Sanktion drohe. Dies bedeute, dass für andere Tests, welche auf die Kosten der Konkurrenten von Swisscom abstellen würden, aus rechtsstaatlichen Gründen kein Raum bestehen würde. Angebliche interne Kosten von Sunrise seien daher zum Nachweis einer Kosten-Preis-Schere irrelevant.⁴⁷⁰ Der Antrag befasse sich an keiner Stelle mit dem *equally efficient competitor Test* und äussere sich nicht zur Frage, ob und inwiefern andere FDA als vergleichbar effizient wie Swisscom zu qualifizieren seien. Es werde beispielsweise nirgends erwogen, die Anzahl entbundelter TAL könnte darauf hinweisen, dass Sunrise (oder evtl. Upc Cablecom) weniger effizient seien als Swisscom.⁴⁷¹ Den Missbrauchsvorwurf begründe der Antrag denn auch nicht in erster Linie mit angeblichen Nachteilen für Sunrise, sondern mit den Nachteilen hypothetischer FDA, die nicht in die Entbündelung investiert hätten und zu 100% CES oder BCS einsetzen müssten. Soweit der Antrag mit angeblichen internen Zusatzkosten von Sunrise argumentiere, vermöge dies einen Kosten-Preis-Scheren-Vorwurf nicht zu begründen.⁴⁷²

517. Im Rahmen der Berechnungen wurde grundsätzlich auf die Vorleistungskosten von Swisscom abgestellt. Lediglich bei den Kosten für den Grundausbau einer Anschlusszentrale, wurde auf die Kosten von Sunrise abgestellt. Hieraus kann Swisscom allerdings nichts zu ihren Gunsten ableiten. Falls Sunrise betreffend den Grundausbau von Anschlusszentralen tatsächlich ineffizient gewesen sein sollte, so würden die von Swisscom für die Produkte BCS und CES ermittelten Eigenleistungskosten noch niedriger ausfallen und das kommerzielle Preisniveau dieser beiden Produkte müsste in noch stärkerem Masse als unangemessen qualifiziert werden. Somit stösst der Vorwurf auf ineffiziente Anbieterinnen abgestellt zu haben in dieser Hinsicht ins Leere. Bei der von Swisscom aufgeworfenen Frage, ob Sunrise oder evtl. Cablecom weniger effizient seien als Swisscom, da sie eine geringere Anzahl TAL entbündelt hätten, sei auf die den Telekommunikationsmärkten spezifischen Eigenschaften von Netzwerkmarkten hin-

gewiesen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sich die Infrastrukturkosten auf eine grössere Anzahl von Kunden verteilt, was zu steigenden Skalenerträgen führt. Alleine schon aufgrund der geringeren Marktanteile von Sunrise lassen sich Infrastrukturinvestitionen, wie der Ausbau einer Anschlusszentrale, auf weniger Endkunden verteilen, weshalb es für Sunrise wirtschaftlich nicht effizient ist, sämtliche Anschlusszentralen in der Schweiz zu entbündeln. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Sunrise im Markt ein ineffizienter Anbieter sei. Die Anzahl entbundelter Anschlusszentralen ist daher wesentlich vom Marktanteil der FDA abhängig und lässt daher keine Rückschlüsse auf die Effizienz der jeweiligen FDA zu.

518. Swisscom macht geltend, dass sie in ihrer Eingabe vom 14. März 2014 nachgewiesen habe, dass sie ihr LAN-I basiertes Endkundengeschäft profitabel betreiben würde. Da dieses Endkundengeschäft von Swisscom profitabel betrieben werde, könne keine praktizierte Kosten-Preis-Schere zum Nachteil anderer FDA vorliegen. Das dazu eingereichte Beweismittel werde von den Wettbewerbsbehörden jedoch nicht gewürdigt.⁴⁷³

519. Das Vorbringen von Swisscom, wonach ihr LAN-I basiertes Endkundengeschäft profitabel betrieben werde, ist für die kartellrechtliche Beurteilung der von Swisscom praktizierten Verhaltensweise unerheblich. Konkret wird Swisscom vorgeworfen, überhöhte kommerzielle Vorleistungsprodukte im Markt zu verlangen und gleichzeitig die Endverkaufspreise auf einem nur geringfügig höheren Niveau zu halten, so dass für die kommerzielle Vorleistungsprodukte nachfragenden FDA keine ausreichende Marge mehr resultiert. Zudem gibt Swisscom selbst an, dass interne Kosten nicht intern verrechnet werden, weshalb das Endkundengeschäft grundsätzlich immer profitabel ist bzw. Swisscom gemäss ihren oben gemachten Ausführungen nicht beurteilen kann, ob das Endkundengeschäft profitabel ist (vgl. Rz 496). Swisscom kann daher aus ihrem Vorbringen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

520. Laut Swisscom kann eine Kosten-Preis-Schere in der Ausschreibung der Post nicht vorliegen, weil der Antrag in Rz 513 ausdrücklich festhält, dass keine Anhaltspunkte für ein Endkundenangebot von Swisscom unter den eigenen internen Kosten bestehen.⁴⁷⁴

521. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 519 verwiesen werden. Eine Kosten-Preis-Schere kann auch dann realisiert werden, wenn Swisscom wie vorliegend ihr Endkundengeschäft profitabel betreibt, und zwar dann, wenn den externen Nachfragern nicht dieselben Vorleistungspreise verrechnet werden, wie dem internen Nachfrager. Gemäss Swisscom werden intern keine Vorleistungskosten verrechnet. Daher kann Swisscom aus dem Argument, sie würde ihr Endkundengeschäft profitabel betreiben, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

⁴⁶⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 90.

⁴⁶⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 91.

⁴⁶⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 92.

⁴⁷⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 93.

⁴⁷¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 94.

⁴⁷² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 95.

⁴⁷³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 107 ff.

⁴⁷⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 96.

522. Swisscom macht geltend, dass der Vorwurf einer Kosten-Preis-Schere für FDA, die bisher keine Anschlusszentralen erschlossen haben, nicht tauglich sei. Eine FDA, die nur auf diese Vorleistungen angewiesen gewesen sei, existiere bei der Ausschreibung der Post nicht.⁴⁷⁵ Die Argumentationslinie, die dem Sekretariat möglicherweise vorschwebt und folgendermassen aufgebaut würde lautet gemäss Swisscom wie folgt: die BBCS- und CES-Preise seien allgemein als Marktzutrittsschranke zu werten, weil FDA, die Endkundenleistungen ausschliesslich auf Basis von BBCS und CES erbringen wollten, den Wettbewerb auf dem Markt für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden nur bei tieferen Preisen aufnehmen und ausüben könnten. Dass solche FDA daher auch in der Ausschreibung der Post als Bieter hätten auftreten können, sei sehr hypothetisch.⁴⁷⁶ Eine Kosten-Preis-Schere sei insofern a priori ausgeschlossen, denn in einem KG Sanktionsverfahren könne nur auf die Beurteilung tatsächlichen Verhaltens und nicht auf hypothetische Szenarien abgestellt werden.⁴⁷⁷

523. Hierzu ist anzumerken, dass die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom in keiner Weise hypothetisch sind. Die vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen illustrieren lediglich die wettbewerbsrechtlichen Probleme, welche sich bei der Anwendung der überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise ergeben. Daher wurde in keiner Weise auf hypothetische Szenarien, sondern auf real von Swisscom verlangte Vorleistungs- und Endkundenpreise abgestellt.

524. Swisscom macht geltend, dass eine Kosten-Preis-Schere nicht durch eine einzige Ausschreibung bewirkt werden könne.⁴⁷⁸ Insbesondere mit Referenzkunden, wie vorliegend der Post, könne mit einem einzelnen Auftrag keine Kostendeckung erreicht werden. Es sei daher ausreichend, dass Swisscom ihr Geschäft mit WAN-Anbindungen insgesamt profitabel betreibe.⁴⁷⁹ Ein Ausscheiden der Mitbewerber aus dem Markt falle in casu ausser Betracht, da diese zum heutigen Zeitpunkt weiterhin tätig und nicht von einer Existenzgefährdung betroffen seien. Sowohl Sunrise als auch Cablecom seien auf dem Markt für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden aktiv und erfolgreich.⁴⁸⁰ So sieht Swisscom den Tatbeweis für die fehlende Existenzgefährdung als gegeben an.⁴⁸¹

525. Swisscom bringt vor, dass der Zuschlagspreis in Höhe von CHF [16-23 Mio.] kein Festpreis sei, sondern lediglich eine „Momentaufnahme“ des bei den Preisverhandlungen nachgefragten „Leistungsmixes“ darstelle.⁴⁸² Hieraus liesse aber nicht auf eine Kosten-Preis-Schere schliessen.⁴⁸³ Der Offertpreis sei kein Festpreis und entspreche daher nicht dem Entgelt für die zu erbringenden Leistungen. Die Differenz zwischen dem Offertpreis (mögliche konkurrenzfähige Offerte von Sunrise) und dem Entgelt für die zu erbringenden Leistungen liesse sich nur aufgrund einer ex post Berechnung beziffern.⁴⁸⁴ Sunrise habe für die nächsten Jahre mit einer massiven Senkung der Preise für die TAL rechnen können. Zudem seien von Swisscom neue attraktive Vorleistungsprodukte wie BBCS auf Glasfaser (nachfolgend: BBCS-F) und Access Line Optical (nachfolgend: ALO) ins Portfolio aufgenommen worden.⁴⁸⁵ Daher würde bei

einer ex post Betrachtung nichts auf eine Kosten-Preis-Schere hindeuten.

526. Hierzu ist anzumerken, dass vorliegend unter dem Gesichtspunkt einer Kosten-Preis-Schere das Verhältnis zwischen Vorleistungskosten und Endkundenangebot zu untersuchen ist. Die Differenz zwischen den von Swisscom verlangten Vorleistungskosten und dem von Swisscom unterbreiteten Endkundenangebot wurde im Rahmen der Ausschreibung der Post als zu gering eingestuft, als dass Konkurrenten kostendeckend offerieren können. Daher hat das Sekretariat auf eine Kosten-Preis-Schere geschlossen, mittels welcher Sunrise in der Ausübung von Wettbewerb behindert wurde, da sie preislich nie eine Chance auf den Zuschlag hatte, obwohl sie inhaltlich das bessere Evaluationsergebnis erzielt hat. Vorgeworfen wird Swisscom die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), die Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere. Daher kann Swisscom aus der Argumentation einer fehlenden Existenzgefährdung, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

527. Zudem ist für die Beurteilung der Differenz zwischen regulierten, kommerziellen Vorleistungspreisen und Endkundenpreisen die Anzahl der letztendlich erschlossenen Standorte unerheblich, da die massiven Preisunterschiede zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten unabhängig von der Anzahl Standorte bestehen. Insbesondere, was die kommerziellen Vorleistungsprodukte anbelangt, konnten Dritte noch nicht abschätzen, welche neuen Produkte Swisscom lancieren würde. Zudem sind die Preise für die im Rahmen der Ausschreibung verwendeten kommerziellen Vorleistungsprodukte über die Laufzeit weitgehend unverändert geblieben. Einzig die TAL ist im Rahmen der Regulierung angepasst worden. Allerdings konnte zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht damit gerechnet werden, dass und in welchem Masse der Preis für die TAL weiter sinken würde.

528. Swisscom bringt weiter vor, dass es weder zutreffend noch bewiesen sei, dass nicht einmal Sunrise in der Lage gewesen sei, der Post eine konkurrenzfähige Offerte zu unterbreiten. Sunrise wäre dazu klar im Stande gewesen, wenn sie ihr Angebot professionell vorbereitet hätte. Die Behauptung, dass Sunrise für ein gleichartiges Vorleistungsprodukt einen höheren Preis hätte bezahlen müssen als ein Swisscom-interner Vorleistungsbezüger, sei aus der Luft gegriffen. Die Angebotskalkulation stelle auf einen wirtschaftlichen Vorleistungsmix ab

⁴⁷⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 111.

⁴⁷⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 113.

⁴⁷⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 114-115.

⁴⁷⁸ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 116.

⁴⁷⁹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 117 f.

⁴⁸⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 122.

⁴⁸¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 119.

⁴⁸² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 128.

⁴⁸³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 130.

⁴⁸⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 131 f.

⁴⁸⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 133 ff.

und bezwecke die Ermöglichung konkurrenzfähiger Angebote anderer FDA. Dass Swisscom die von ihr eingesetzten Vorleistungen IPSS/CIS nicht verrechnet würden, habe auf den Endkundenmarkt keine Auswirkungen und könne aufgrund der Berechnungsweise der Endkundenofferten von Swisscom weder als „direkte Verrechnung eines höheren Preises“ noch als „indirekte preisliche Schlechterstellung zufolge einer Quersubventionierung“ qualifiziert werden.⁴⁸⁶

529. Zu den von Swisscom gemachten Ausführungen kann auf die Berechnungen in Tabelle 30 verwiesen werden. Hieraus ergibt sich, dass Sunrise kein kostendeckendes Angebot hätte abgeben können. Im Hinblick auf die fehlende Verrechnung des von Swisscom eingesetzten Vorleistungsprodukts IPSS/CES ist festzuhalten, dass dies auf die von Swisscom an den Tag gelegte Preissetzungspolitik keinen Einfluss hat und daher für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich ist.

B.3.2.4 Fazit

530. Die obige Analyse zeigt, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern, der Erzwingung unangemessener Preise sowie den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere erfüllt hat. Da keine sachlichen Gründe ersichtlich sind, welche eine solche Verhaltensweise rechtfertigen könnten, sind diese Verhaltensweisen als missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.3.3 Ergebnis

531. Aufgrund der Sachverhaltsabklärung⁴⁸⁷ und der rechtlichen Subsumtion⁴⁸⁸ ist erstellt, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich missbraucht hat, um von Nachfragern nach Vorleistungsprodukten unangemessene Preise zu erzwingen und Handelspartner zu diskriminieren sowie eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden. Hierdurch hat Swisscom ihre Wettbewerber im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in unzulässiger Weise behindert.

B.4 Massnahmen

532. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen gemäss Art. 49a KG. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁴⁸⁹

533. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt betrifft eine einzelne Ausschreibung der Post und damit ausschliesslich Verhaltensweisen, die in der Vergangenheit liegen, weshalb vorliegend keine Massnahmen angeordnet werden.

B.4.1 Sanktionierung

534. Gemäss Art. 49a KG wird 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 einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

535. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁴⁹⁰ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁴⁹¹

536. Die Belastung von Swisscom mit einer Sanktion setzt die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale (Unternehmen, unzulässige Verhaltensweise und Vorwerfbarkeit) von Art. 49a Abs. 1 KG voraus.

B.4.1.1 Unternehmen

537. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ ausgehen.⁴⁹² Der Unternehmensbegriff wird aus Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgeleitet.⁴⁹³ Swisscom wird von diesem Unternehmensbegriff erfasst.⁴⁹⁴

B.4.1.2 Unzulässige Verhaltensweise

538. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG unzulässig verhält. Im Abschnitt B.3.2 wurde eingehend dargelegt, dass das Verhalten von Swisscom missbräuchlich und daher unzulässig im

⁴⁸⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 179.

⁴⁸⁷ Kapitel A. 3.

⁴⁸⁸ Kapitel B.1 bis B.3.

⁴⁸⁹ Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 295), Art. 30 KG N 107 f. m.w.H.

⁴⁹⁰ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

⁴⁹¹ BBl 2002 2022, 2034.

⁴⁹² BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 295), Vor Art. 49a-53 KG N 17.

⁴⁹³ Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

⁴⁹⁴ Vgl. Rz 279.

Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b und c KG ist. Das Tatbestandsmerkmal der unzulässigen Verhaltensweise gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist demnach erfüllt.

B.4.1.3 Vorwerfbarkeit

539. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzen.⁴⁹⁵ Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.⁴⁹⁶ Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was in dem zitierten Urteil aber nicht der Fall sei.⁴⁹⁷ In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.⁴⁹⁸ Anlässlich der parlamentarischen Diskussionen im September 2002 beantragte eine Minderheit des Nationalrates eine Formulierung von Art. 49a KG, die explizit ein Verschulden voraussetzte; dieser Antrag wurde jedoch verworfen.⁴⁹⁹

540. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur „Vorwerfbarkeit“. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.⁵⁰⁰ Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.⁵⁰¹

541. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.⁵⁰² Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.⁵⁰³ Das BVGer hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass die dortige Beschwerdeführerin 1 einen Kartellrechtsverstoss tatbestandsbegründend zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe, da sie nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben.⁵⁰⁴ Gleichzeitig bestätigte das BVGer, dass neben vorsätzlichem auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst wird.⁵⁰⁵ In der Folge bestätigte auch das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“,

dass für die subjektive Zurechenbarkeit eines Kartellrechtsverstosses „Vorwerfbarkeit“ erforderlich und ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens massgebend ist.⁵⁰⁶ An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.⁵⁰⁷

542. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁵⁰⁸

543. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine

⁴⁹⁵ Botschaft Kartellgesetz vom 7.12.2001, BBl 2002 2034.

⁴⁹⁶ Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO).

⁴⁹⁷ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

⁴⁹⁸ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

⁴⁹⁹ Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1449 und 1453.

⁵⁰⁰ RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

⁵⁰¹ Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO.

⁵⁰² Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC.

⁵⁰³ RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

⁵⁰⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

⁵⁰⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

⁵⁰⁶ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 12.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO.

⁵⁰⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3.2 und 3.4, Publigroupe SA et al./WEKO.

⁵⁰⁸ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC.

kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen⁵⁰⁹ vorsätzlich oder fahrlässig begingen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

B.4.1.3.1. Unangemessene Preise

544. In Bezug auf unangemessene Preise, zu welchen Swisscom ihre Vorleistungsprodukte für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post oder anderen Marktteilnehmern an FDA anbot⁵¹⁰, ist die Vorwerfbarkeit zu prüfen. An dieser Stelle kann angeführt werden, dass Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen in vielen Bereichen eine besondere Verantwortung trifft und sie bezüglich missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens besonders sensibilisiert sein muss.⁵¹¹

545. Was die Preisgestaltung anbelangt, ist augenfällig, dass die Vorleistungspreise für die kommerziellen Produkte BBCS und CES ein Vielfaches der Preise für das regulierte Produkt TAL betragen, obwohl diese aus rein technischer Sicht bis zu einer gewissen Bandbreite austauschbar sind, wobei im Rahmen der Bereitstellung einer Dienstleistung gegenüber einem Endkunden mittels TAL mehr Eigenleistung erbracht werden muss. Aus Tabelle 31 ist zudem ersichtlich, dass die Preisdifferenz zwischen dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL und den kommerziellen Angeboten von Swisscom über die Jahre hinweg weiterbestand. Wie aus den obigen Ausführungen (vgl. Rz. 471) hervorgeht, muss eine FDA der Grösse von Sunrise, die Breitband-Dienstleistungen über die TAL anbietet, mit internen Kosten und Vorleistungskosten in Höhe von ca. CHF [40-52] rechnen, während der von Swisscom verlangte Vorleistungspreis mindestens CHF 215.– beträgt. Dass sich Swisscom dieser grossen Preisdifferenz vollkommen bewusst war, zeigt sich an ihrer Eingabe vom 22. September 2010 deutlich.⁵¹² Swisscom rechnet vor, dass Sunrise im Rahmen der WAN-Anbindung der Poststandorte einen Nettoerlös in Höhe von CHF [180-200] pro entbundeltem Teilnehmeranschluss hätte erzielen können.⁵¹³ Damit zeigt Swisscom auf, dass ihr bewusst war, dass die TAL und BBCS austauschbar sind und dass der von ihr im Markt verlangte Preis für BBCS um ein Vielfaches höher ist, als das regulierte Produkt TAL.

546. Es ist darüber hinaus sogar anzunehmen, dass die überhöhten Preise für die kommerziellen Produkte von Swisscom systematisch und strategisch und somit vorsätzlich gesetzt wurden. So zeigt alleine schon das Bieterverhalten von Swisscom im Rahmen der WAN-Anbindung der Poststellen, dass sie sich der Problematik bewusst sein musste. Hätte Swisscom sich selbst intern dieselben Vorleistungspreise verrechnet, wie den

Nachfragern nach den kommerziellen Vorleistungsprodukten BBCS und CES, so hätte sie Vorleistungskosten in Höhe von CHF [32-38 Mio.] verbuchen müssen. Da Sunrise allerdings auf eine Mischrechnung aus den regulierten Vorleistungsprodukten und den kommerziellen Vorleistungsprodukten zurückgreifen konnte, konnte Sunrise günstiger als die CHF [32-38 Mio.] anbieten. In einem solchen Fall hätte Sunrise als günstigster Anbieter wohl den Zuschlag erhalten.

547. Aufgrund der regulierten Vorleistungspreise und der damit einhergehenden Mischrechnung hat Sunrise gegenüber anderen FDA (ausser Swisscom) daher einen Kostenvorteil. Bei kartellrechtlich korrekter (also nicht diskriminierender) Anwendung ihrer Preispolitik hätte Swisscom sich selbst immer die **kommerziellen** Vorleistungspreise verrechnen müssen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass Swisscom in preislicher Hinsicht gegenüber Sunrise einen systematischen Kostennachteil gehabt hätte und die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte diskriminierungsfrei für sich und andere FDA entsprechend hätte senken müssen. Dies hätte wiederum zur Folge gehabt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte im Geschäftskundenbereich durch das regulierte Vorleistungsprodukt TAL diszipliniert worden wären. Durch das Aufrechterhalten des hohen Preisniveaus für die kommerziellen Vorleistungsprodukte hat Swisscom aber gerade eine solche Disziplinierung durch die Regulierung erfolgreich verhindert.

548. Wie die Gebotsstrategie von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der WAN-Anbindung der Poststellen zeigt, hat sich Swisscom dazu entschieden, eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden und sich selbst überhaupt keine Vorleistungspreise verrechnet, als allen anderen FDA, welche auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte angewiesen waren. Auf diese Weise konnte Swisscom verhindern, dass Sunrise im Fall der Ausschreibung der Post den Zuschlag erhält. Gleichzeitig konnte Swisscom das Preisniveau für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte auf einem überhöhten Niveau halten. Das Bieterverhalten von Swisscom im Rahmen der WAN-Anbindung der Poststellen zeigt damit auf, dass Swisscom die überhöhten Preise bei den kommerziellen Produkten vorsätzlich zum gesamtwirtschaftlichen Schaden aufrechterhalten hat.

⁵⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

⁵¹⁰ Vgl. B.3.2.1.

⁵¹¹ Vgl. Rz 556.

⁵¹² Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

⁵¹³ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

549. Vergleicht man die Preise, welche Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich gegenüber der Post verrechnet hat, mit den internen Kosten von Swisscom, so resultieren auch gegenüber dem Endkunden unangemessene Preise. Dies veranschaulicht Swisscom eindrücklich in ihrer Eingabe vom 22. September 2013, worin Swisscom die potentielle Gewinnmarge für Sunrise im Falle vom regulierten Vorleistungsprodukt aufzeigt.⁵¹⁴ Gemäss Studie des BAKOM liegen die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung von Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich unter bzw. maximal genauso hoch wie die für die TAL. Aufgrund der enormen Preisdifferenz muss sich Swisscom auch bewusst gewesen sein, dass ihre Preise gegenüber Endkunden überhöht sind.

550. Aus diesen Gründen kommt die WEKO zum Schluss, dass Swisscom im Rahmen ihrer Preissetzung vorsätzlich gehandelt hat.

B.4.1.3.2. Diskriminierung von Handelspartnern

551. Im Hinblick auf die Diskriminierung von Handelspartnern seitens Swisscom im Rahmen von grösseren Ausschreibungen, muss davon ausgegangen werden, dass Swisscom ihre Preispolitik strategisch festgelegt hat. Dies hatte zur Folge, dass die kommerziellen Vorleistungsprodukte in einem Masse teurer sind als die regulierten Vorleistungsprodukte, welches nicht mit den bei Swisscom anfallenden Zusatzleistungen für die Bereitstellung der kommerziellen Vorleistungsprodukte zu erklären ist.

552. Da aber aufgrund der unterschiedlichen Infrastrukturen bei Ausschreibungen im Geschäftskundenbereich von den FDA immer eine Mischrechnung aus kommerziellen und regulierten Vorleistungsprodukten zugrunde liegt, sind aufgrund dieser Preispolitik FDA, welche in grösserem Masse auf kommerzielle Vorleistungsprodukte angewiesen sind, aufgrund der grossen Preisdifferenz gegenüber FDA, welche auf regulierte Vorleistungsprodukte zurückgreifen können behindert.

553. Die Preispolitik von Swisscom basiert auf einem strategischen Entscheid und wurde von Swisscom willentlich festgelegt. Bei einer unangemessenen Differenz zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten musste sich Swisscom bewusst sein, dass dies aufgrund der Mischrechnungen im Geschäftskundenbereich zu Diskriminierungen von Handelspartnern führen würde. Aufgrund der Tatsache, dass Swisscom selbst nach eigenen Angaben einen grossen Aufwand damit betreibt, eine Seitens konkurrierender FDA mögliche Mischrechnung nicht zu unterbieten und nicht einfach die kommerziellen Vorleistungspreise für die interne Verrechnung verwendet, zeigt, dass sich Swisscom der Problematik durchaus bewusst ist.

554. Daher muss auch im Bereich der Diskriminierung von Handelspartnern von Vorsatz seitens Swisscom ausgegangen werden.

B.4.1.3.3. Kosten-Preis-Schere

555. Es muss davon ausgegangen werden, dass Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht nur Kenntnis des Kartellgesetzes hatte, sondern Swisscom

muss sich bereits aufgrund verschiedener kartellrechtlicher Verfahren⁵¹⁵ und insbesondere auch aufgrund des Bundesverwaltungsgerichtsentscheids zum schnellen Bitstrom⁵¹⁶ bewusst gewesen sein, dass sie über eine marktbeherrschende Stellung in verschiedenen Märkten für Breitbandanbindungen verfügt. Da für Swisscom eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie rechtskräftig festgestellt wurde⁵¹⁷, konnte sie zudem davon ausgehen, dass eine solche marktbeherrschende Stellung auch auf dem benachbarten Markt für Breitbandanbindungen bestehen könnte. Als marktbeherrschendes Unternehmen sollte Swisscom daher besonders sensibilisiert sein.⁵¹⁸ Ihr obliegt eine besondere Verantwortung,⁵¹⁹ insbesondere auch gegenüber ihren Mitkonkurrenten. Zudem hatte Swisscom spätestens im Rahmen der Untersuchung *Preispolitik Swisscom ADSL*⁵²⁰ Kenntnis der Problematik von Kosten-Preis-Scheren. Daraus folgt, dass sich Swisscom bewusst war oder mindestens bewusst hätte sein müssen, dass sie durch Anwendung einer Kosten-Preis-Schere Kartellrecht verletzen könnte.

556. Im Hinblick auf ein mögliches Verschulden von Swisscom betreffend die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere stellt sich zudem die Frage, ob Swisscom hatte wissen können oder wissen müssen, dass ihre Preispolitik zu einer Kosten-Preis-Schere hätte führen können. In ihrer Gegenrechnung macht Swisscom geltend, Sunrise hätte durch einen günstigeren Produktmix durchaus ein zu dem von Swisscom konkurrenzfähiges Angebot lancieren können. Auch wenn dieses Angebot auf für Swisscom günstigen Annahmen (wie beispielsweise die von Swisscom angenommenen Leitungslängen etc.) beruht, so musste sich Swisscom aufgrund der damals noch herrschenden Unsicherheiten betreffend die tatsächliche Entbündelungsstrategie von Sunrise zumindest im Klaren darüber gewesen sein, dass das Risiko der Realisierung einer Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise vorhanden war.

557. Gegenüber allen im Markt agierenden FDA, die keine Anschlusszentrale entbündelt hatten, ist aufgrund der im Vergleich zur regulierten TAL sehr hohen Vorleistungspreise eine Kosten-Preis-Schere augenfällig. So hätte eine FDA, die ihr Angebot nicht teilweise auf die TAL hätte aufbauen können CHF [32-38 Mio.] an Vorleistungskosten gegenüber Swisscom zu entrichten gehabt. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] offeriert. Dieser Preis ist um CHF [10-20 Mio.] oder [40-50] % tiefer als der gegenüber Wettbewerbern bestehenden Vorleistungskosten. Swisscom musste sich daher bewusst sein, dass aufgrund ihrer Angebotspolitik gegenüber der Post eine Kosten-Preis-Schere gegenüber FDA realisiert wird.

⁵¹⁴ Eingabe Swisscom vom 22. September 2010, S. 13.

⁵¹⁵ Vgl. RPW 2004/2 407 ff., *Swisscom ADSL*; RPW 2008/1 222 ff., *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2010/1, 116 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵¹⁶ BVGE 2009/35.

⁵¹⁷ Verfügung 1998 Festnetztelefonie.

⁵¹⁸ Vgl. RPW 2007/2, 233 Rz 308, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵¹⁹ Vgl. Publigroupeurteil (Fn 461), E. 10.1.1.

⁵²⁰ RPW 2010/1, 116 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

558. Als weiteres Element kommt hinzu, dass Swisscom gemäss ihrer eigenen internen Compliance-Richtlinie jeweils berechnet, welcher Preis nicht unterboten werden darf, damit im konkreten Einzelfall vermutlich keine Preisunterbietung entsteht. Dies bedeutet aber im Gegenzug, dass Swisscom je nach Produktmix gegenüber den Endkunden die maximal möglichen Preise verrechnet, welche aufgrund des überhöhten Preisniveaus auf der Vorleistungsebene möglich sind. Da dieses Vorgehen bei Swisscom institutionalisiert ist, muss auch in diesem Bereich von Vorsatz ausgegangen werden.

559. Damit ist ein Organisationsverschulden durch Vorsatz seitens Swisscom gegeben, wodurch die Vorwerfbarkeit im Sinne einer subjektiven Voraussetzung für eine Sanktionierung von Swisscom begründet wird.

B.4.1.3.4. Stellungnahme von Swisscom zur Vorwerfbarkeit

560. Gemäss Swisscom werden bei der Kalkulation einer Endkundenofferte, welche von Swisscom den Endkunden unterbreitet wird, die jeweils gültigen Preise der regulierten (und kommerziellen) Vorleistungen berücksichtigt. In der Praxis prüft die Geschäftskundenabteilung von Swisscom wie jeder Kundenstandort mit welchen Kundenprodukten erschlossen werden könnte. Die bei einem Dritten anfallenden Kosten für die relevanten Vorleistungen (TAL, CES, BBCS) werden berücksichtigt und Swisscom bezieht die jeweils kundenspezifisch berechneten Kosten in ihr eigenes Angebot mit ein. Der eigene Vorleistungsmix wird auch auf diesen Resultaten abgestellt.⁵²¹ Dem eigenen Angebot liegt also eine Mischrechnung zugrunde, zu der eine Marge addiert wird und die mittels Compliance Richtlinien so angepasst wird, dass sie keine regulierten Preise verletzt.⁵²²

561. Swisscom sind die entbündelten Anschlusszentralen der Wettbewerber bekannt. Wenn Swisscom Berechnungen gemäss der von ihr erwähnten Compliance Richtlinie anstellt, so basieren diese auf einer Schätzung der durch die Wettbewerber nutzbaren TAL. Nur so kann basierend auf einer Mischrechnung, die TAL, BBCS und CES beinhaltet, der rechnerisch tiefst mögliche Preis ermittelt werden, den ein Wettbewerber von Swisscom zu bieten in der Lage ist. Eine solche Mischrechnung muss Swisscom gemäss Compliance Richtlinie allerdings nur deshalb anstellen, weil die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte, insbesondere im Vergleich zum TAL-Preis, bedeutend überhöht sind. Dies hat zur Folge, dass Swisscom nicht einfach die kommerziellen Vorleistungspreise ihren eigenen Angeboten zugrunde legen kann, da sie sonst von denjenigen FDA unterboten würde, die die TAL einsetzen könnten. Auf der anderen Seite kann sie ihren eigenen Angeboten auch nicht einfach nur die TAL plus Eigenleistungen als Vorleistungspreise zugrunde legen, da sie sonst sämtliche Wettbewerber immer unterbieten würde.

562. Die Vorgehensweise gemäss Compliance-Richtlinie zeigt auf, dass Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen in jedem Einzelfall (mehr oder minder genau) nachrechnet, welchen Anteil der Angebote ein Wettbewerber auf Basis der regulierten und der kommerziellen Vorleistungsprodukte anbieten kann. Damit sind Swisscom die Vorleistungskosten derjenigen Wettbewerber, die bei ihr Vorleistungsprodukte nachfragen,

weitgehend bekannt. Je nachdem, welche FDA in Wettbewerb tritt, fällt diese Rechnung unterschiedlich aus, da nicht jede FDA im gleichen Umfang auf die regulierten Vorleistungsprodukte zurückgreifen kann. Auf diese Weise betreibt Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen im Markt eine konsequente Preisdiskriminierung.

563. Diese Vorgehensweise ist bei Swisscom im Bereich Breitband institutionalisiert und seit mehreren Jahren gängige Praxis. Sie beruht auf klaren Management-Entscheiden und kann daher als wissentlich und willentlich ausgeführte Praxis bezeichnet werden. Da diese Praxis wie oben gezeigt wettbewerbswidrig ist, muss auf vorsätzliches Handeln von Swisscom geschlossen werden.

B.4.1.4 Verjährung

564. Gemäss Swisscom fänden die allgemeinen Bestimmungen zur Verjährung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) und/oder dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) auch für Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG Anwendung.⁵²³ Swisscom begründet dies damit, dass das KG keine Verfolgungsverjährung für Verhaltensweisen vorsehe, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit Busse bedroht sind.⁵²⁴ Dabei handle es sich gemäss Swisscom jedoch nicht um eine Lücke. Vielmehr würden die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG echte Strafen im Rechtssinne darstellen.⁵²⁵ Zudem würde Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 EMRK formulieren, wobei es irrelevant sei, ob dabei eine Terminologie wie z.B. „Verwaltungssanktionen“ oder „strafrechtsähnlich“ verwendet werde. An der Qualifikation der Bussen von Art. 49a Abs. 1 KG als echte Strafe gemäss den Engel-Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁵²⁶ ändere sich dabei nichts. Daher würden die strafrechtlichen sowie rechtsstaatlichen Minimalgarantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie gemäss dem bürgerlichen Strafrecht gelten.

565. Spätestens seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien werden kartellrechtliche Sanktionen unabhängig von ihrer systematischen Einordnung in der nationalen Gesetzgebung materiell als Strafrecht qualifiziert und es sind hierfür die Minimalgarantien von Art. 6 EMRK anzuwenden.⁵²⁷ Nach Schweizer Recht werden Kartellbussen gemäss Art. 49a KG als Verwaltungssanktionen angesehen und befinden sich in der Gesetzessystematik gerade nicht unter Kapitel 5: Strafsanktionen des KG. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit Art. 49a KG gemäss Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes gerade keine

⁵²¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 86.

⁵²² Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015, S. 4-5.

⁵²³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 238.

⁵²⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 235.

⁵²⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 236.

⁵²⁶ Urteil des EGMR *Engel et autres contre Pays-Bas* vom 8. Juni 1976.

⁵²⁷ Urteil des EGMR i. S. A. Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011 (Nr. 43509/08), Rz 38 ff. insb. Rz 44.

Strafsanktion, sondern eine Verwaltungssanktion einführen wollte.⁵²⁸ Damit sollten die im Kartellgesetz verhängten Bussen dem Verwaltungsrecht und gerade nicht dem Strafrecht unterstellt werden, auch wenn hierfür gemäss EGMR die für das Strafrecht geltenden Mindestgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung kommen, wie dies auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.⁵²⁹

566. Aus der Qualifikation der Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als echte Strafen leitet Swisscom ab, dass für diese laut Art. 333 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311) die darin enthaltenen allgemeinen Bestimmungen gelten würden, soweit das Kartellgesetz keine davon abweichenden, spezialgesetzlichen Vorschriften vorsehe.⁵³⁰ Zudem sei auch Art. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR; SR 313) anwendbar, wenn Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen werden. Die Bestimmungen des allgemeinen Teil des StGB würden für Taten gelten, welche die Verwaltungsgesetzgebung des Bundes mit Strafe bedrohe (Art. 2 VStrR), soweit das VStrR oder das Spezialgesetz nichts anderes bestimmten.⁵³¹ Da das KG keine solchen spezialgesetzlichen Bestimmungen enthalte, seien die Verjährungsbestimmungen des StGB und des VStrR anwendbar.⁵³²

567. Demnach würden die sanktionsbewehrten Kartellrechtsverstösse Übertretungen darstellen und würden gemäss Art. 103 StGB i.V.m. Art. 109 StGB innert drei Jahren verjähren oder falls sie als Übertretungen im Sinne des VStrR angesehen würden, würde für sie eine Verfolgungsverjährung von längstens vier Jahren (Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 2 VStrR und Art. 333 Abs. 6 Bst. b. StGB) gelten. Dies, weil die Verjährungsfrist von Art. 11 VStrR, welche zwei Jahre beträgt, aufgrund von Art. 333 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. b StGB um die ordentliche Dauer (also um weitere zwei Jahre) verlängert würde. Swisscom folgert daraus, dass unabhängig welcher Ansicht auch gefolgt werde, in casu die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten sei.⁵³³

568. Swisscom begründet den Eintritt der Verjährung damit, dass das Unterbreiten eines angeblich kartellrechtswidrigen Angebots ein Erfolgsdelikt darstelle und daher auf den Zeitpunkt der Unterbreitung des Angebots am 28. November 2008 als Tathandlung abzustellen sei.⁵³⁴ Da bisher noch kein erstinstanzliches Urteil ergangen sei und die vierjährige Verfolgungsverjährung nach Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB am 28. November 2012 oder die dreijährige Verjährungsfrist gemäss Art. 109 StGB am 28. November 2011 eingetreten sei, komme eine Sanktion nicht mehr in Frage.⁵³⁵

569. Für die Sanktionsbestimmungen von Art. 49a KG sind gemäss Art. 39 KG weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet wurde. Das Anwenden der Bestimmungen des StGB bzw. des VStrR auf die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG würde der Anwendung von Art. 39 KG widersprechen und wäre daher gesetzeswidrig. Vielmehr ist gemäss Bundesgericht zu beachten, dass die entsprechende landesrechtliche Rechtslage gilt, soweit sie nicht

im Widerspruch zu höherrangigem Recht steht.⁵³⁶ Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass zwar die Verfahrensgarantien gemäss BV bzw. der EMRK bei Verwaltungssanktionen bei der Auslegung des KG zur Anwendung gelangen, die weiteren strafrechtlichen Normen für die Anwendung von Art. 49a KG aber nicht direkt zur Anwendung gelangen dürfen, da es sich um ein Verwaltungsverfahren und nicht um ein Strafverfahren handelt.

570. Das Kartellrecht kennt mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren. Auch wenn Swisscom vorbringt, dass die Anwendung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für die Verfolgungsverjährung irrelevant sei und es sich dabei nicht um eine Verjährungsfrist sondern höchstens eine sanktionsrechtliche „Verwirkungsfrist“ handle⁵³⁷, sind dies doch die einzigen Verjährungsregeln, die im Kartellrecht gelten und anwendbar sind. Die Untersuchung der WEKO wurde am 18. Juli 2013 gegen Swisscom eröffnet. Der Zuschlag durch die Post im Falle der Vergabe der WAN-Anbindung erfolgte am 28. November 2008, womit die Verfolgungsverjährungsfrist von 5 Jahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt wurde.

571. Bisher wurde in der Praxis der WEKO deshalb generell von keiner Verjährungsfrist für das Kartellgesetz ausgegangen. Das Bundesgericht geht allerdings davon aus, dass die Verjährung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts sei, weshalb öffentlichrechtliche Ansprüche selbst bei einem Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder Verwirkung unterliegen würden.⁵³⁸ Dies müsse umso mehr für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter gelten. Zwar stellt das Bundesgericht einige Gedanken zu Grundsätzen der Verjährung an, wobei der Richter bei fehlenden gesetzlichen Grundlagen auf verwandte Tatbestände abstellen kann.⁵³⁹ Letztendlich hat das Bundesgericht allerdings offen gelassen ob und in welchem Umfang Verjährungsfristen für Verwaltungssanktionen anwendbar sind.⁵⁴⁰

572. Selbst wenn entgegen der bisherigen kartellrechtlichen Rechtsprechung und Behördenpraxis die Verjährung als strafrechtliches Grundprinzip angewendet werden müsste, besagt dies nichts über die allfällige Dauer einer solchen Verjährungsfrist. Es ist anzufügen, dass der Gesetzgeber für Wirtschaftsdelikte die Verjährungsfrist gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. c des StGB auf zehn Jahre erhöht hat. Dies nicht zuletzt, weil „Wirtschaftsdelikte [...] meist nicht unmittelbar nach den deliktischen Handlungen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. unter Umständen Jahre später, aufgedeckt [werden]. Wirtschaftsstrafverfahren sind in der Regel zeitintensiv und somit verjährungsanfällig.“ Die Komplexität

⁵²⁸ BBl 2002 I 2022, S. 2034, Kap. 2.1.1.

⁵²⁹ BGE 140 II 384, S. 390 E. 3.3.1.

⁵³⁰ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 238.

⁵³¹ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 238.

⁵³² Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 239.

⁵³³ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 240.

⁵³⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 242 ff.

⁵³⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 248 f.

⁵³⁶ BGE 140 II 384, S. 390, E. 3.3.1.

⁵³⁷ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 251 ff.

⁵³⁸ BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.

⁵³⁹ BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.

⁵⁴⁰ BGE 140 II 384, S. 397 E. 4.3.2.

der Wirtschaftsstrafverfahren war denn auch eines der Hauptargumente in der parlamentarischen Diskussion zur Verlängerung der Verjährungsfrist. Kartellrechtliche Untersuchungen stehen den angesprochenen Wirtschaftsstrafverfahren hinsichtlich Komplexität regelmässig in nichts nach. Soweit mithin lückenfüllend auch im Bereich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen eine Verjährungsfrist anzunehmen wäre, so wäre diese mindestens auf zehn Jahre anzusetzen.

573. Zur Klärung der Frage, ob die Verjährung eingetreten ist, stellt sich die Frage ob es sich vorliegend um ein Erfolgs- oder Dauerdelikt handelt. Für den Tatbestand der Diskriminierung gegenüber den anderen bietenden Wettbewerbern könnte von einem Erfolgsdelikt ausgegangen werden, da die Konkurrenz im Moment der Offertengestaltung und des anschliessenden Zuschlags auf dem Markt diskriminiert und verdrängt wird. Für den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post könnte jedoch ein Dauerdelikt vorliegen, da die unerlaubte Handlung sich über alle Jahre zieht, in denen gegenüber der Post für die Leistung ein zu hoher Preis verlangt wird. In casu kann die Frage der Qualifikation des Delikts aber selbst bei der Annahme einer zehnjährigen Verjährungsfrist offenbleiben. Bei Annahme eines Erfolgsdelikts begann sie am 28. November 2008 und endet erst am 28. November 2018. Bei Annahme eines Dauerdelikts hat sie erst mit Ende der Laufzeit des Vertrages begonnen. Die Verjährung ist demnach noch in keinem Fall eingetreten.

B.4.1.5 Bemessung

574. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.⁵⁴¹ Massgebend sind die drei Geschäftsjahre, die dem Entscheid der WEKO vorangehen.⁵⁴² Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

575. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁵⁴³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁵⁴⁴ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall⁵⁴⁵, wobei die Sanktion für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁵⁴⁶

B.4.1.5.1. Maximalsanktion

576. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt⁵⁴⁷ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁵⁴⁸ Der Unternehmensum-

satz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU⁵⁴⁹ finden analoge Anwendung.

577. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen.⁵⁵⁰ Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind.

578. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

579. Im vorliegenden Fall sind die Gesamtumsätze von Swisscom in der Schweiz in den Jahren 2012, 2013 und 2014 für die Berechnung der Maximalsanktion massgebend. Der Nettoumsatz von Swisscom in der Schweiz im Jahr 2011 CHF 9'243 Mio., im Jahr 2012 CHF 9'268 Mio.⁵⁵¹, im Jahr 2013 CHF 9'358 Mio.⁵⁵² und im Jahr 2014 CHF 9'586 Mio.⁵⁵³ Dies ergibt einen Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren von CHF 27'869 Mio. Die Maximalsanktion, die Swisscom im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt werden kann, beträgt daher CHF 2'786.9 Mio.

⁵⁴¹ Siehe auch Art. 7 der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁵⁴² BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 48.

⁵⁴³ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁵⁴⁴ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁵⁴⁵ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.1, *Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbeagenturen über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵⁴⁶ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁴⁷ Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

⁵⁴⁸ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (3. Dezember 2014).

⁵⁴⁹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵⁵⁰ Art. 5 Abs. 1 Bst. a-d VKU.

⁵⁵¹ Swisscom Geschäftsbericht 2012, Facts & Figures.

⁵⁵² Swisscom Geschäftsbericht 2013, S. 36.

⁵⁵³ Swisscom Geschäftsbericht 2014, S. 158.

	2012	2013	2014
Umsatz in CHF	9'243 Mio..	9'358 Mio.	9'586 Mio.
Gesamtumsatz in CHF	28'187 Mio.		
Maximalsanktion in CHF	2'818.7 Mio.		

Tabelle 44: relevante Umsätze der letzten drei Jahre

B.4.1.5.2. Konkrete Sanktionsberechnung

580. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.⁵⁵⁴

581. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁵⁵⁵ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

582. Im vorliegenden Fall waren der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung und den die Ausschreibung der Post betreffenden Teil des Vorleistungsmarktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich von den unzulässigen Verhaltensweisen von Swisscom betroffen.

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

583. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Die vorliegende Untersuchung betrifft das Verhalten von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung im Rahmen der Post. Der relevante Markt ist daher der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.

584. Im Rahmen der Ausschreibung der Post zur WAN-Anbindung ihrer Poststandorte sollte Swisscom gemäss Gebot einen geplanten massgeblichen Umsatz auf dem relevanten Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung von insgesamt CHF [20-22 Mio.] für die Dauer von vier Jahren erzielen. Dies würde einem relevanten Umsatz von CHF [14-16 Mio.] (3/4 von CHF [20-22 Mio.]) für die letzten drei Geschäftsjahre entsprechen. Da allerdings die von der Post nachgefragte Anzahl Standorte variabel war und das Gebot gemäss Aussagen von Swisscom lediglich eine Momentaufnahme der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestehenden Standortlisten entspricht, ist für den massgeblichen Umsatz von den von Swisscom tatsächlich realisierten Umsätzen auszugehen.

Vertragsjahr 1 10/2009- 09/2010	Vertragsjahr 2 10/2010- 09/2011	Vertragsjahr 3 10/2011- 09/2012	Vertragsjahr 4 10/2012- 09/2013	Vertragsjahr 5 10/2013- 09/2014	Total
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[20-25 Mio.]

Tabelle 45: Umsätze Swisscom im Rahmen der WAN-Anbindung Poststellen

585. Swisscom gibt an, dass der in den Jahren mit der Post realisierte Umsatz CHF betrug, weshalb der Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre auf CHF [12-14 Mio.] zu beziffern sei.⁵⁵⁶ Hiervon würden 10 % einem Basisbetrag von CHF [1.2-1.4 Mio.] entsprechen.

⁵⁵⁴ RPW 2006/4, 661 Rz 237, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*.

⁵⁵⁵ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (02.12.2014).

⁵⁵⁶ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 167 f.

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

586. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

587. Liegen schwere Verstösse gegen das KG vor, insbesondere marktumfassende Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Missbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG, bewegt sich der Basisbetrag gemäss den Erläuterungen zur SVKG im oberen Drittel des Rahmens.⁵⁵⁷ Das Bundesverwaltungsgericht merkt aber im Zusammenhang mit Art. 7 KG an, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von bis zu 10 % des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.⁵⁵⁸

588. Erfüllt ein Unternehmen mit seinen missbräuchlichen Verhaltensweisen gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a-f, ist diese Wettbewerbsbeschränkung nicht schon aus diesem Grund als (besonders) schwerwiegend einzustufen.⁵⁵⁹ Werden durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens mehrere Tatbestände nach Art. 7 Abs. 1 (Generalklausel) i.V.m. Abs. 2 Bst. a-f (Beispielkatalog) erfüllt, ist jedoch zu prüfen, ob verschiedene Handlungsweisen vorliegen, die separat zu beurteilen und zu sanktionieren sind.⁵⁶⁰

589. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post sowohl gegenüber der Post unangemessene Endkundenpreise, als auch gegenüber Sunrise unangemessene Vorleistungspreise verlangt. Damit hat Swisscom sowohl im Endkundenbereich als auch im Vorleistungsbereich, jeweils gegenüber unterschiedlichen Marktgegensätzen auf unterschiedlichen Marktstufen unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verlangt. Daher liegen zwei verschiedene Handlungsweisen vor, die separat zu beurteilen sind. Die aus diesen beiden Handlungsweisen ebenfalls resultierende Kosten-Preis-Schere stellt keine zusätzliche dritte Verhaltensweise Seitens Swisscom dar.

590. Weiter ist zu beachten, dass im Zusammenhang mit Art. 7 KG eine Abstufung nach dem Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Gegensatz zu Beeinträchtigungen nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG schwierig ist. Dies deshalb, weil Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 KG nicht abschliessend ist und eine allgemeine Einteilung der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Schwere und Gefährdungspotenzial kaum möglich ist.⁵⁶¹

591. Entscheidend für die Frage, ob ein schwerer oder ein weniger schwerer Verstoss vorliegt, ist die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.⁵⁶²

592. Wie bereits erläutert, verfügte Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung über einen Marktanteil von annähernd 100 % auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.⁵⁶³ Somit waren sämtliche FDA, welche für einzelne Anschlüsse nicht auf die TAL ausweichen konnten, auf die Vorleis-

tungsangebote von Swisscom zwingend angewiesen. Die FDA, welche der Post ein Angebot zur Anbindung der Poststandorte unterbreiten wollten und somit Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz beziehen mussten, konnten solche Vorleistungen nur von der Swisscom beziehen.⁵⁶⁴ Die FDA waren somit sowohl auf die regulierten als auch auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Swisscom hat ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen dazu missbraucht, die Preise für die kommerziellen Produkte in diesem Bereich im Rahmen der Ausschreibung der Post unangemessen hoch zu halten. Um einer Disziplinierung durch die regulierte TAL auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich im Rahmen der Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung zu entgegnen, hat Swisscom eine Kosten-Preis-Schere angewendet, um im Vergleich zu denjenigen FDA, die eine Mischrechnung aus regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten vornehmen konnten, dennoch wettbewerbsfähige Angebote gegenüber Endkunden offerieren zu können. Dies hat letztendlich dazu geführt, dass Swisscom den Zuschlag für das Projekt erhalten hat. Dennoch hat auch dieses Angebot zu einem überhöhten Preisniveau für die Post auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung geführt.

593. Die Festlegung der Preispolitik von Swisscom ist ein strategischer Entscheid und basiert auf den von Swisscom angewendeten Price Manuals. Auch die interne Compliance-Richtlinie ist das Ergebnis eines strategischen Entscheids, dessen Konsequenzen sich Swisscom bewusst sein musste. Aus diesem Grund hat die WEKO auf vorsätzliches Handeln seitens Swisscom geschlossen (vgl. Rz 544 ff. sowie 555 ff.).

594. Die Verhaltensweise im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich und dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung weist daher eine besondere Schwere auf. Dies rechtfertigt eine Maximalsanktion von 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als Basisbetrag.

⁵⁵⁷ Erläuterungen SVKG, 3.

⁵⁵⁸ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.4, *Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbeagenturen über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 56.

⁵⁵⁹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, (Fn 295), Art. 49a KG N 52.

⁵⁶⁰ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, (Fn 295), Art. 49a KG N 52.

⁵⁶¹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 53.

⁵⁶² RPW 2010/1, 179 Rz 404, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵⁶³ Rz 334.

⁵⁶⁴ Vgl. Rz 360.

B.4.1.5.3. Dauer des Verstosses

595. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich. Das Bundesverwaltungsgericht erwähnt dazu, dass im Sinne des Legalitätsprinzips eine Erhöhung des Basisbetrags grundsätzlich vorzunehmen ist, wenn der Verstoss gegen das Kartellgesetz mehrere Jahre gedauert hat.⁵⁶⁵ Ob im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10 % pro Jahr vorgenommen werden soll, ist in der Lehre umstritten.⁵⁶⁶ Die WEKO spricht sich jedoch aufgrund des zweiten Satzes von Art. 4 SVKG und aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips in ihrer Praxis für diese Auffassung aus.⁵⁶⁷

596. Swisscom erhielt den Zuschlag für die WAN-Anbindung von Poststandorten ab dem 1. Oktober 2009 für vier Jahre, mit der Option, der Vertragsverlängerung um ein Jahr.⁵⁶⁸ Diese Option wurde durch die Post ausgeübt, was dazu geführt hat, dass die unzulässige Verhaltensweise insgesamt fünf Jahre angedauert hat. Der Verstoss gegen Art. 7 KG hat somit mindestens fünf Jahre gedauert, weshalb eine Erhöhung von 50 % gerechtfertigt und somit vorzunehmen ist.

597. Ausgehend vom Basisbetrag für die Sanktionierung der Verhaltensweise der unangemessenen Preise gegenüber der Post in Höhe von CHF [1.2-1.4 Mio.] ergibt eine Erhöhung von 50 % einen Basisbetrag für die Laufzeit von fünf Jahren in Höhe von CHF [1.8-2.1 Mio.].

598. Für die Verhaltensweise der gegenüber Sunrise verlangten unangemessenen Preise im Vorleistungsbereich und der hieraus resultierenden Kosten-Preis-Schere erfolgt keine Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Laufzeit, da lediglich zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt wurde. Hieraus resultiert für diese Zuwiderhandlung ein Basisbetrag in Höhe von CHF 1'277'625.80.

B.4.1.5.4. Erschwerende und mildernde Umstände

599. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Die Berechnung erfolgt auf Grundlage des nach Art. 3 und 4 SVKG ermittelten Basisbetrags inklusive die allfällige Erhöhung aufgrund der Dauer.⁵⁶⁹ Ziel der Sanktion soll es sein, dass sich das unerlaubte Verhalten bei Gegenüberstellung von Nutzen und Risiko für die Unternehmen betriebswirtschaftlich nicht lohnen soll.⁵⁷⁰ Die Sanktion soll für das Unternehmen spürbar sein und abschreckende Wirkung entfalten.⁵⁷¹

600. Als erschwerende Umstände nennt die Sanktionsverordnung gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG a.) einen wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz, b.) einen durch einen Verstoss erzielten Gewinn, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist und c.) die Verweigerung der Zusammenarbeit mit den Behörden und der Versuch, die Untersuchung sonstwie zu behindern.

Mutmasslicher Gewinn

601. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

602. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

603. Es wurde aufgezeigt, dass Swisscom die Anforderungen der Post zum Zeitpunkt der Ausschreibung zu einem kostendeckenden Betrag von CHF [8'000'000-10'000'000] hätte erfüllen können (vgl. Rz 186).

604. Gegenüber der Post hat Swisscom allerdings einen Preis von CHF [16-23 Mio.] offeriert. Der hieraus resultierende Gewinn in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] ist übermässig und daher bei der Sanktionsberechnung gemäss Art. 2 Abs. 1 KG angemessen zu berücksichtigen. Der mutmassliche Gewinn beträgt hierbei ca. [40-60] % des geplanten Umsatzes. Angewendet auf den tatsächlich von Swisscom mit der Post im Rahmen der WAN-Anbindung erzielten Umsatzes in Höhe von CHF [23-25 Mio.] ergibt sich daher ein mutmasslicher unrechtmässiger Gewinn in Höhe von CHF [9-15 Mio.]. Da diese Berechnungen allerdings mit einigen Unsicherheiten verbunden sind, rechtfertigt es sich den mutmasslichen unrechtmässigen Gewinn im Rahmen der Sanktionsberechnung nicht vollständig einzu beziehen.

Erschwerende Umstände

605. In Anbetracht der Tatsache, dass gegen Swisscom bereits ein weiteres Verfahren betreffend einer Kosten-Preis-Schere in Sachen Preispolitik ADSL geführt wurde, könnte auf einen wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz geschlossen werden. Allerdings ist die Verfügung der WEKO in Sachen „Preispolitik Swisscom ADSL“ noch nicht in Rechtskraft erwachsen, weshalb nicht auf einen erschwerenden Umstand wegen wiederholtem Verstoss gegen das Kartellgesetz geschlossen werden kann.

⁵⁶⁵ Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.5, *Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵⁶⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 59.

⁵⁶⁷ RPW 2006/1, 179 Rz 264 ff, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; RPW 2007/2, 301 Rz 418 f., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 237 Rz 335, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵⁶⁸ Eingabe Sunrise vom 30. April 2009, Rz 3 und Rz 22.

⁵⁶⁹ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 62.

⁵⁷⁰ Erläuterungen SVKG, 4.

⁵⁷¹ RPW 2006/4, 662 Rz 240, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*.

Mildernde Umstände

606. Als mildernder Umstand kommt beispielweise die Situation in Frage, in welcher das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG, beendet. Sanktionsmildernd sind zudem weitere Massnahmen, welche die für den Wettbewerb bereits entstandenen Schäden verringern.⁵⁷²

607. Swisscom hat weder ihre Preispolitik nach Eröffnung der Marktbeobachtung, der Vorabklärung und der Untersuchung wesentlich angepasst.

608. Im Hinblick auf die Verfahrensdauer muss festgehalten werden, dass das Verfahren vom 30. April 2009 bis 3. Juli 2012 im Stadium einer Marktbeobachtung befand. Ein Grund für die lange Marktbeobachtung ist darin begründet, dass die von Swisscom am 28. August 2009 eingereichte Gegenrechnung integral als Geschäftsgeheimnis deklariert wurde und daher Sunrise nicht zur Stellungnahme unterbreitet werden konnte.⁵⁷³ Dies hat auf Seiten des Sekretariats der WEKO in der Folge umfangreiche Berechnungen zum theoretisch optimalen Produktmix notwendig gemacht. Zudem stellen sich in dem vorliegenden Verfahren betreffend die Anwendung von Kosten-Preis-Scheren Fragen von grundsätzlicher kartellrechtlicher Bedeutung, die noch nicht rechtskräftig entschieden wurden. Seit Eröffnung der Vorabklärung am 3. Juli 2012 und der Untersuchung am 18. Juli 2013 wurde das Verfahren zügig erledigt. Daher ist im vorliegenden Fall ebenfalls nicht von einer überlangen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion rechtfertigen würde.

609. Swisscom macht geltend, dass ein Anpassen ihrer Preispolitik nach Eröffnung der Marktbeobachtung, der Vorabklärung und der Untersuchung gar nicht möglich gewesen wäre, da ihres Erachtens die unerlaubte Handlung nach Abgabe der Offerte und dem Zuschlag zu dieser nicht mehr rückgängig gemacht, bzw. geändert, werden konnte.⁵⁷⁴

610. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Da bei der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post von einem Dauerdelikt auszugehen ist, hätte Swisscom zumindest bezüglich dem gegenüber der Post verlangten Preis eine Verhaltensänderung vornehmen können. Betreffend die lange Verfahrensdauer macht Swisscom geltend, dass Sunrise sehr wohl in der Lage gewesen wäre, sich auf der Grundlage der ihr vorliegenden Eingabe vom 28. August 2009 und gestützt auf eigene fundierte Sachverhaltsangaben zu äussern.⁵⁷⁵ Es sei daher eine Unterstellung, dass die lange Verfahrensdauer durch Swisscom verursacht worden sei. Viel eher habe Sunrise für ihre Stellungnahme zur Gegenrechnung von Swisscom nicht weniger als acht Mal um eine Fristerstreckung ersucht. Ausserdem dauerte es nach der Eingabe von Swisscom ca. ein Jahr bis das Sekretariat Swisscom weitere Instruktionsfragen zusandte.

611. Die Wettbewerbsbehörden machen auf diesen Einwand wie in Randziffer 610 ausgeführt, die Deklaration der Gegenrechnung von Swisscom als integrales Geschäftsgeheimnis geltend, wobei darin insbesondere die Leitungslängen von entscheidender Bedeutung wa-

ren. Auch die Fragen von grundsätzlicher kartellrechtlicher Bedeutung nahmen mehr Zeit in Anspruch.

612. Zusammenfassend ist daher der Sanktionsrahmen aufgrund der erschwerenden und mildernden Umstände um CHF 6 Mio. zu erhöhen.

B.4.1.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

613. Schliesslich muss eine Sanktion aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁵⁷⁶

614. Swisscom erwirtschaftete im Jahr 2013 bei einem Nettoumsatz von CHF 11'434 Mio. einen Reingewinn von CHF 1'695 Mio.⁵⁷⁷ Daher sind die festgesetzten Sanktionsbeträge für Swisscom ohne weiteres tragbar bzw. zumutbar.

B.4.1.7 Ergebnis

615. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung:

⁵⁷² RPW 2010/1, 181 Rz 420, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

⁵⁷³ Vgl. Rz. 10 ff.

⁵⁷⁴ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 284.

⁵⁷⁵ Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015, Rz 285 f.

⁵⁷⁶ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁵⁷⁷ Geschäftsbericht Swisscom 2013, S. 47.

Bestandteil	Berechnung	Umsatz in CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz		28'187 Mio. CHF
Maximalhöhe der Sanktion (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG)	10 % des Gesamtumsatzes	2'818.7 Mio. CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt betreffend den Preis gegenüber der Post		CHF [12-14 Mio.]
Umsatz auf dem relevanten Markt betreffend den Vorleistungspreis gegenüber Sunrise		CHF [12-14 Mio.]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	CHF [1.2-1.4 Mio.]
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses: Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % der Obergrenze Basisbetrag	CHF [1.2-1.4 Mio.]
Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) gegenüber der Post	+50 % des Basisbetrags	CHF [600'00-700'000]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	Berücksichtigung des durch Kartellrechtsverstoss erzielten Gewinns	CHF [5-7 Mio.]
Total		CHF 7'916'438

616. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 7'916'438 als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen der Ausschreibung der Post in Sachen „WAN-Anbindung“ als angemessen.

C Kosten

617. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁵⁷⁸ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

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

619. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG).

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

621. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 1'022 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 200'836. –.

⁵⁷⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

D Ergebnis

622. Aufgrund der obigen Untersuchungsergebnisse ist erstellt, dass Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffen die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und dass die Preispolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen und dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG darstellt. Daher ist Swisscom mit einer Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 7'916'438.– zu belegen.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'916'438.– Franken belastet. Der Betrag von insgesamt 7'916'438.– Franken wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.
2. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.– Franken auferlegt. Die Verfahrenskosten von

insgesamt 200'836.– Franken werden den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Verfügung wird eröffnet an:
 - Swisscom (Schweiz) AG, in Bern.
 - Swisscom AG, in Bern.
4. Eine Kopie der Verfügung wird zugestellt an:
 - Sunrise Communications AG, in Zürich (Verfahrensbeteiligte)

[Rechtsmittelbelehrung]

Beilagen

[Anhang 1: Kostenberechnung Szenario TAL bis 2 Mbit/s.]

[Anhang 2: Kostenberechnung Szenario Swisscom]

[Anhang 3: Kostenberechnung Szenario Sunrise]

[Anhang 4: Kostenberechnung Szenario BAKOM]

[Anhang 5: Kostenberechnung Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen]

[Anhang 6: Erläuterungen zu den Berechnungen]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	3. General Electric Company/ALSTOM Energy

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 8. September 2015

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. September 2015

A Sachverhalt

1. Am 10. August 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die General Electric Company (nachfolgend: GE) die alleinige Kontrolle über die Energie- und Netzwerkaktivitäten der ALSTOM (société anonyme) (nachfolgend: ALSTOM) zu erwerben. Die Energie- und Netzwerkaktivitäten von ALSTOM (nachfolgend: ALSTOM Energy) umfassen die drei Geschäftsbereiche thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke.

2. GE ist eine unabhängige und nach dem Recht des Staates New York konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Fairfield, CT, USA. Die Aktien von GE werden öffentlich gehandelt und befinden sich in weitem Streubesitz. GE ist ein international tätiges Unternehmen, das in den verschiedensten Branchen tätig ist. Die Hauptgeschäftsfelder von GE sind die Folgenden: *GE Power & Water*, *GE Oil & Gas* (Ausrüstung und Dienstleistungen für die Öl- und Gasindustrie), *GE Energy Management*, *GE Aviation* (Triebwerke, Komponenten, integrierte Systeme und Wartungsdienstleistungen für Antriebsvorrichtungen der Luft- und Schifffahrt), *GE Healthcare* (medizinische Technologien und Dienstleistungen), *GE Transportation* (Technologie in den Sektoren Eisenbahn, Schifffahrt, Bergbau, stationäre Stromerzeugung, Bohrungen und Energiespeicherung), *GE Appliances & Lighting* (Haushaltsgeräte und Beleuchtungsprodukte) sowie *GE Capital* (Finanzdienstleistungen).¹

3. Die für vorliegenden Zusammenschluss relevanten Geschäftsfelder von GE sind GE Power & Water sowie GE Energy Management. *GE Power & Water* bietet industriellen, staatlichen und anderen Kunden Produkte und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Stromerzeugung wie bspw. Gas- und Dampfturbinen, Generatoren, Gasmotoren und Windturbinen an. Die für das Zusammenschlussvorhaben hauptsächlich relevanten Geschäftseinheiten sind Power Generation Products

(Stromerzeugungsprodukte) und Power Generation Services (Stromerzeugungsdienstleistungen; nachfolgend: PGS). Zudem ist GE Power & Water im Bereich Wassertechnologien tätig (vgl. unten, Rz 44 f.). GE Energy Management bietet Produkte und Technologien zur Übermittlung, zum Vertrieb und zur Umwandlung von Energie an. Ferner werden Produkte und Dienstleistungen angeboten, die dazu dienen, das Stromnetz zu erneuern. *GE Energy Management* besteht aus den Geschäftsbereichen GE Digital Energy, GE Industrial Solutions und GE Power Conversion. Der für das Zusammenschlussvorhaben hauptsächlich relevante Geschäftsbereich ist GE Digital Energy, welcher Produkte zum Schutz, zur Überwachung, zur Kontrolle und zur Automatisierung von Stromnetzen sowie Visualisierungssoftware zur Optimierung des Stromnetzes anbietet.

4. **ALSTOM** ist eine nach französischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Levallois-Perret, Frankreich. Hauptaktionär von ALSTOM ist das französische Unternehmen Bouygues S.A., welches per 31. Dezember 2014 eine Beteiligung von 29,3 % am Aktienkapital und den Stimmrechten von ALSTOM hielt.²

5. **ALSTOM Energy** ist zurzeit in Besitz und kontrolliert von ALSTOM und ALSTOM Holdings (société anonyme), welche eine nach dem französischen Recht konstituierte Holdinggesellschaft mit Sitz in Levallois-Perret, Frankreich, und zu 100 % im Besitz von ALSTOM ist.

6. ALSTOM Energy ist im Bereich der Stromerzeugung und -übermittlung von thermischer und erneuerbarer Energie sowie dem Stromnetzsektor tätig.³ Das operative Geschäft von ALSTOM Energy setzt sich in den drei genannten Sektoren aus den folgenden Geschäftsbereichen zusammen: Thermal Power (thermische Energie), Renewable Power (erneuerbare Energie) und Grid (Netzwerke). Der Geschäftsbereich *Thermal Power* bietet Stromerzeugungslösungen für eine Vielzahl von Energiequellen, einschliesslich Gas, Kohle und Kernenergie, an. Die Produktpalette umfasst Turbinen, Generatoren, Kesselanlagen und Anlagen zur Abgasreinigung

¹ [...].

² Gemäss dem Entscheid *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding* der EU-Kommission kontrolliert die Bouygues S.A. ALSTOM nicht. Vgl. Case No COMP/M.5697 (2010), Rz 5, *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding*.

³ ALSTOM Energy ist gegenwärtig mit verschiedenen Tochtergesellschaften in der Schweiz tätig, von denen einige Aktivitäten von ALSTOM ausführen, die nicht zu ALSTOM Energy gehören. Diese Aktivitäten werden vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in andere Gesellschaften von ALSTOM überführt und bei ALSTOM verbleiben.

sowie diesbezügliche Dienstleistungen. Der Geschäftsbereich *Renewable Power* bietet Ausrüstungen und Dienstleistungen hauptsächlich in Bezug auf Wasserkraft an. Zu einem geringeren Anteil werden auch Ausrüstungen und Dienstleistungen in Zusammenhang mit anderen erneuerbaren Quellen (einschliesslich Solar-, Gezeitenkraft und geothermischer Energie) angeboten. Der Geschäftsbereich *Grid* entwickelt und produziert Ausrüstungen und schlüsselfertige Lösungen zur Verwendung in Stromversorgungsnetzen und zur Übermittlung von Energie.

7. ALSTOM betreibt in der Schweiz drei Fertigungswerke in Baden, Birr und Oberentfelden, wobei die erstgenannten zwei Werke im Bereich Energieerzeugung und das letztgenannte Werk im Bereich Netzwerke tätig sind. In der Schweiz beschäftigt ALSTOM gegenwärtig 6'500 Mitarbeiter, einschliesslich ihres Transportgeschäfts.

8. ALSTOM verkauft zusammen mit ALSTOM Holdings ALSTOM Energy (vgl. dazu unten, Rz 14 ff.). Nach Vollzug der Transaktion wird ALSTOM somit lediglich noch über ihre Aktivitäten im Transportsektor verfügen.⁴ ALSTOM wird ihr Transportgeschäft, welches weltweit den Nahverkehr, den regionalen und städteverbindenden Personenverkehr und den Gütertransport mit Schienentransportprodukten, Systemen und Dienstleistungen, einschliesslich Lokomotiven, Zügen und Signaltechnik bedient, weiterführen.⁵ Deshalb ist dieses nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.⁶

9. Das Zusammenschlussvorhaben bezweckt laut Meldung die Verbreitung und Stärkung des Portfolios von GE im Energie- und Netzbereich durch die Integration der weitgehend komplementären Produkte und Dienstleistungen von ALSTOM Energy. Für GE stelle das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit dar, das industrielle Portfolio im Vergleich mit ihren Finanzdienstleistungen zu erweitern. ALSTOM Energy wird gemäss Meldung vom Zusammenschlussvorhaben insoweit profitieren, als damit [...].

10. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 19. Januar 2015 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) gemeldet.⁷ Am 23. Februar 2015 hat die EU-Kommission entschieden, eine eingehende Untersuchung einzuleiten.⁸ Am [...] hat GE im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29.1.2004 S. 1 (nachfolgend: EG-Fusionskontrollverordnung) gegenüber der EU-Kommission Verpflichtungszusagen abgegeben (vgl. unten, Rz 176 ff.). Am 8. September 2015 hat die EU-Kommission das Zusammenschlussvorhaben unter Auflagen genehmigt.

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde ebenfalls in verschiedenen anderen Jurisdiktionen gemeldet. Die australischen, brasilianischen, kanadischen, chinesischen, kolumbianischen, indischen, japanischen, pakistanischen, saudi-arabischen, serbischen, südafrikanischen, südkoreanischen, taiwanesischen, türkischen und ukrainischen Wettbewerbsbehörden haben das Zusammenschlussvorhaben gemäss Meldung ohne Auflagen freigegeben. Die israelischen, mexikanischen, russischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden

haben die Freigabe noch nicht erteilt (Stand: 10. August 2015).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

12. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

14. 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.

15. 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 bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmten Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder die Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

⁴ Mit Ausnahme von gewissen Minderheitsrechten in Bezug auf die divestierten Geschäftsbereiche (vgl. dazu unten, Rz 21 ff.).

⁵ In der Schweiz wird ALSTOM ihre Tätigkeit durch ihre Tochtergesellschaft ALSTOM Schienenfahrzeuge AG weiterführen. Vgl. zu diesem Tätigkeitsbereich von ALSTOM bspw. RWP 2007/3, 458, *ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG von ALSTOM Schienenfahrzeuge AG und Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG*.

⁶ Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben umfasst ebenfalls nicht das unterstützende Komponentengeschäft im Bereich Dampf von ALSTOM, welches diese am 1.4.2014 im Rahmen eines Aktienkaufvertrages der europäischen Beteiligungsgesellschaft Triton verkaufte. Vgl. Pressemitteilung ALSTOM, <<http://www.alstom.com/press-centre/2014/4/ALSTOM-sells-its-steam-auxiliary-components-activities-triton-for-around-730-million/>> (4.9.2015).

⁷ Case No COMP/M.7278 (2015), *General Electric/ALSTOM (Thermal Power – Renewable Power & Grid business)*.

⁸ Vgl. Pressemitteilung EU-Kommission, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

16. ALSTOM Energy wird gegenwärtig direkt und indirekt – durch verschiedene Tochtergesellschaften von ALSTOM – vollständig von ALSTOM und ALSTOM Holdings (nachfolgend zusammen auch: Verkäufer) kontrolliert. Gemäss dem Master Agreement zwischen ALSTOM, ALSTOM Holdings, GE, GE Industrial France SAS und GE Albany Global Holdings B.V. (nachfolgend: GEAGH) vom 4. November 2014, ergänzt am 18. Dezember 2014, umfasst das vorliegende Zusammenschlussvorhaben folgende Transaktionen:

17. [...].

18. [...].

19. [...].

20. [...].⁹ [...].

21. In Übereinstimmung mit einem Vertrag zwischen dem französischen Staat, ALSTOM und GE [...] haben die Parteien zudem die Vornahme weiterer Schritte in Zusammenhang mit der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens vereinbart, um die nationalen strategischen Interessen des französischen Staates zu schützen. Gemäss Parteien haben diese Schritte keinen Einfluss auf die Vereinbarung der Parteien, wonach GE die alleinige Kontrolle über ALSTOM Energy erwerben wird.

22. Diese zusätzlichen Schritte bestehen – wie nachfolgend beschrieben – in der Gründung von drei Allianzen bzw. Joint Ventures (nachfolgend: JVs), mittels denen ALSTOM eine nicht-kontrollierende Minderheit am devestierten Netzwerkgeschäft, an Teilen des devestierten Geschäfts im Bereich erneuerbare Energie sowie am devestierten globalen Nuklear- und französischen Dampfgeschäft erwerben wird. Ferner wird ALSTOM eine nicht-kontrollierende Minderheit am Geschäftsbe- reich Digital Energy von GE (vgl. oben, Rz 3) erwerben.

23. Nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden die Parteien gemäss Gründungsvereinbarungen vom 4. November 2014 JVs mit Bezug auf folgende drei Bereiche gründen: (i) Netzwerke (und Geschäftsbereich Digital Energy von GE), (ii) erneuerbare Energie (Wasser, Offshore-Windenergie und maritime Energie sowie Gezeiten und Wellen) und (iii) globale Nuklearenergie und französisches Dampfgeschäft.

24. [...].

25. [...].

26. [...].

27. [...].

28. [...].

29. [...].

30. Aufgrund der beschriebenen Transaktionen wird GE die Mehrheit der Aktien und die Mehrheitsstimmrechte in den Gesellschaftsversammlungen jedes JV halten. [...]. Aufgrund dieser Rechte wird GE die alleinige Kontrolle über die Festlegung der strategischen unternehmerischen Entscheidungen der JVs innehaben. GE wird deshalb die alleinige Kontrolle über ALSTOM Energy und jedes dieser JVs behalten.

31. ALSTOM wird hinsichtlich jedes JV über eine gewisse Anzahl üblicher Rechte zum Schutz ihrer finanziellen Interessen, d.h. üblicher Rechte des Minderheitenschutzes, verfügen. [...].

32. Der französische Staat wird über limitierte Minderheits- und Mitspracherechte im Bereich des Global Nuclear and French Steam JV verfügen. [...].

33. [...].

34. Gemäss oben stehenden Ausführungen der Parteien handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

35. An dieser Stelle zu ergänzen ist, dass gemäss separater Vereinbarung zwischen ALSTOM und GE vom 4. November 2014 ALSTOM das Geschäft mit Signaltechnik von GE zu einem Kaufpreis von USD [...] erwerben wird. Voraussetzung für diese Transaktion ist u.a. der Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens. Der Erwerb des Geschäfts mit Signaltechnik stellt eine separate Transaktion dar, bei der GE als Verkäufer und ALSTOM als Käufer agieren, weshalb vorliegend keine weiteren Ausführungen hierzu gemacht werden.

B.2 Meldepflicht

36. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

37. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden Unternehmen als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Sofern Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens ist, gilt dieser Teil gemäss Art. 3 Abs. 2 VKU als beteiligtes Unternehmen.

38. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und nationalen Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 bzw. 2014/2015.¹⁰ Wie der Tabelle 1 zu entnehmen ist, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

⁹ [...].

¹⁰ Das Geschäftsjahr von ALSTOM beginnt am 1. April und endet am 31. März.

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2014 bzw. 2014/15.

Unternehmen	Weltweite Umsätze (in Mio.)		Nationale Umsätze (in Mio.)	
	EUR / USD	CHF	EUR / USD	CHF
GE	USD 148'589	136'004*	USD [...]	[...]*
ALSTOM Energy	EUR [...]	[...]**	EUR [...]	[...]**

Legende: Die Zusammenschlussparteien haben die Umsätze in CHF anhand des jeweiligen Jahresmittelkurses der Schweizerischen Nationalbank berechnet: * Zu USD/CHF 2014 von 0.9153. ** Zu EUR/CHF 2014 von 1.2146.

Quelle: Angaben der Parteien.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

39. 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).

40. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (B.3.1). In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt (B.3.2).

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Vorbemerkungen

41. Bevor vertieft auf die Abgrenzung der relevanten Märkte eingegangen wird, werden vorgängig einige präzisierende Bemerkungen angebracht.

42. ALSTOM Energy ist in den drei Bereichen thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke tätig. GE ist ebenfalls in diesen drei Bereichen tätig, wobei die in Bezug auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben relevanten Geschäftsfelder bzw. Geschäftsbereiche GE Power & Water sowie GE Digital Energy sind.

43. GE weist jedoch daneben eine Vielzahl von Aktivitäten in anderen Geschäftsfeldern auf (vgl. oben, Rz 2). Gemäss Parteien sind die Aktivitäten von GE in diesen Geschäftsfeldern den Aktivitäten von ALSTOM Energy weder vor- oder nachgelagert noch benachbart. ALSTOM Energy ist laut Meldung in diesen Bereichen nicht aktiv – weder in der Schweiz noch ausserhalb –, ist kein möglicher Marktteilnehmer und hält keine relevanten Immaterialgüterrechte.¹¹ Dementsprechend wurde vorliegend auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU hierzu verzichtet.¹²

44. In Bezug auf das für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben relevante Geschäftsfeld GE Power & Water (vgl. oben, Rz 3) ist anzufügen, dass ein Teil dieser Aktivitäten ebenfalls vom Zusammenschluss unberührt bleibt. Dies betrifft die Tätigkeiten in den Bereichen Wassertechnologien und Gasmotoren der Subeinheiten GE Water bzw. GE Distributed Power.

45. Die Tätigkeit von GE im Bereich Wassertechnologien umfasst die Lieferung von Wasser- und Abwasseraufbereitungsanlagen sowie Prozesssystemlösungen. GE kann nicht ausschliessen, dass sie in diesem Bereich im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und der Schweiz über einen Marktanteil von 30 % oder mehr verfügt. Laut Meldung ist ALSTOM Energy weder in diesem Bereich noch in einem vor-, nachgelagerten oder benachbarten Markt aktiv, kein möglicher Marktteilnehmer und verfügt über keine Immaterialgüterrechte in diesem Bereich. Dementsprechend wurde vorliegend auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU dazu verzichtet.¹³

46. GE bietet über GE Distributed Power Gasmotoren an, welche vorwiegend bei mechanischen Antrieben und beim Transport sowie in geringem Masse auch bei Stromerzeugungssapplikationen zum Einsatz kommen. GE kann nicht ausschliessen, dass ihr Anteil im Bereich von Gasmotoren in der Schweiz sowie im EWR und der Schweiz 30 % oder mehr beträgt. Laut Meldung ist ALSTOM Energy weder in diesem noch in vor- (Komponenten), nachgelagerten (Applikationen) oder benachbarten Segmenten aktiv, kein möglicher Marktteilnehmer und hält keine mit diesen Aktivitäten verbundenen Immaterialgüterrechte. Vorliegend wurde deshalb auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU auch hierzu verzichtet.¹⁴

47. Nachfolgend wird somit lediglich auf diejenigen Aktivitäten eingegangen, in welchen ALSTOM Energy tätig ist, nämlich thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke.

¹¹ Als Ausnahme ist zu erwähnen, dass auch GE Oil & Gas kleine Dampfturbinen mit einer Leistung unter 100 Megawatt (MW) für industrielle Anwendungen und kleine Gasturbinen einschliesslich sog. Aero-derivatives vertreibt. Diese Aktivitäten werden nachfolgend thematisiert (vgl. unten, Rz 55 ff.).

¹² Vgl. Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Version 3 vom 19.9.2014) Ziff. IV, abrufbar unter www.weko.admin.ch > Dienstleistungen > Meldeformulare (nachfolgend: Mitteilung WEKO).

¹³ Vgl. Mitteilung WEKO (Fn 12).

¹⁴ Vgl. Mitteilung WEKO (Fn 12).

48. Des Weiteren wird nachfolgend zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund der grossen Anzahl an Märkten, in welchen ALSTOM Energy (und GE) tätig ist, auf eine vollständige Beschreibung aller dieser relevanten Märkte verzichtet, und einzig auf die sachliche und räumliche Marktabgrenzung derjenigen Märkte eingegangen, welche gemäss Angaben der Parteien bei einer EWR inkl. die Schweiz und/oder die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen (vgl. unten, Rz 153).

49. Die nachfolgenden Tabellen 2 bis 4 zeigen die – basierend auf den von den Parteien in der Meldung gemachten Angaben – gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

betroffenen Märkte in den drei Bereichen thermische Energie (vgl. unten, Rz 155 ff.), erneuerbare Energie (vgl. unten, Rz 217 ff.) und Netzwerke (vgl. unten, Rz 253 ff.) in der Übersicht. Die Tabellen zeigen auf, welche der Parteien im jeweiligen Markt aktiv sind, und enthält die gemeinsamen bzw. – sollte nur eine Partei im Markt tätig sein – individuellen Marktanteile der Parteien bei einer räumlichen Marktabgrenzung, die (i) den EWR inkl. die Schweiz und (ii) nur die Schweiz umfasst. Zusätzlich werden die jeweiligen Anteile der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz ausgewiesen.

Tabelle 2: Betroffene Märkte im Bereich thermische Energie.

Markt	Aktive Partei		Marktanteile 2009–2013 bzw. 2013 *			Anteil Schweiz
	GE	ALSTOM Energy	basierend auf	EWR inkl. Schweiz	Schweiz	
Gasturbinen ≥ 90 MW	x	x	Anz. Projekte	[40–50] %	[0–10] %	[...] %
			Anz. Einheiten	[50–60] %	[0–10] %	[...] %
			Kapazität (MW)	[50–60] %	[0–10] %	[...] %
Gasturbinen < 90 MW	x		Anz. Projekte	[40–50] %	[0–10] %	[...] %
			Anz. Einheiten	[40–50] %	[0–10] %	[...] %
			Kapazität (MW)	[50–60] %	[0–10] %	[...] %
Dampfturbinen	x	x	Anz. Projekte	[10–20] %	[0–10] %	[...] %
			Kapazität (MW)	[20–30] %	[0–10] %	[...] %
Dampfturbinen > 100 MW	x	x	Anz. Projekte	[30–40] %	[0–10] %	[...] %
			Kapazität (MW)	[30–40] %	[0–10] %	[...] %
Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE	x	x	-	[70–80] %	[0–10] %	[...] %
Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE	x	x	-	[70–80] %	[0–10] %	[...] %
Serviceleistungen an Generatoren	x	x	-	[40–50] %	[0–10] %	[...] %

Legende: * Die Marktanteile in den Gas- und Dampfturbinenmärkten basieren auf der Periode 2009–2013; die Marktanteile in den Dienstleistungsmärkten basieren auf dem Jahr 2013.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report¹⁵ oder internen Schätzungen.

50. Im Bereich thermische Energie sind bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung der Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW, der Markt für Gasturbinen < 90 MW, der Markt für Dampfturbinen – falls die Marktanteile der Parteien basierend auf den verkauften Kapazitäten berechnet werden – sowie der Markt für Dampfturbinen > 100 MW im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte (vgl. unten, Rz 156 ff. bzw. 182 ff.). Bei den Dienstleistungsmärkten sind die folgenden Märkte bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung

betroffen (vgl. unten, Rz 196 ff.): der Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE, der Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE und der Markt für Serviceleistungen an Generatoren.

¹⁵ Der McCoy Power Report ist eine unabhängige Informationsquelle zu Energieerzeugungsprojekten (thermisch, nuklear sowie Wasserkraft) mit Leistungen über 5 MW. Der McCoy Power Report erfasst und präsentiert Verkäufe von Stromerzeugungsausrüstung auf der Grundlage von Erhebungen bei Projektteilnehmern.

Tabelle 3: Betroffene Märkte im Bereich erneuerbare Energie.

Markt	Aktive Partei		Marktanteile, Periode 2009–2013		Anteil Schweiz
	GE	ALSTOM Energy	EWR inkl. Schweiz	Schweiz	
Wasserturbinen & -generatoren		x	[30–40] % *	[80–90] % *	[...] % *
Frequenzumrichter (VSDs) für Anwendungen im Bereich Wasserkraft	x		[20–30] %	[30–40] %	[...] %

Legende: * Basierend auf den verkauften Kapazitäten.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

51. Im Bereich erneuerbare Energie sind der Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowohl bei einer den EWR inkl. die Schweiz wie auch einer nur die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung¹⁶ sowie der Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasser-

kraft bei einer die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren (vgl. unten, Rz 218 ff. bzw. 231 ff.).

Tabelle 4: Betroffene Märkte im Bereich Netzwerke.

Markt	Aktive Partei		Marktanteile 2013		Anteil Schweiz
	GE	ALSTOM Energy	EWR inkl. Schweiz	Schweiz	
Luftisolierte Schaltanlagen (AIS)	x *	x	[20–30] %	[30–40] %	[...] %
Gasisolierte Schaltanlagen (GIS)	x *	x	[20–30] %	[40–50] %	[...] %
Energiemanagementsysteme (EMS)	x	x	[40–50] %	[40–50] % **	[...] %
Marktmanagementsysteme (MMS)		x	[30–40] %	[0–10] %	[...] %
Hochspannungsgleichstromsysteme (HVDC)		x	[90–100] %	[0–10] %	[...] %

Legende: * [...]. ** [...].

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

52. Im Bereich Netzwerke sind bei einer die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung die Märkte für AIS und für GIS betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU (vgl. unten, Rz 254 ff.). Bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung sind die Märkte für MMS und für HVDC-Systeme betroffene Märkte. Der Markt für EMS ist sowohl bei einer den EWR inkl. die Schweiz wie auch einer nur die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung als betroffen zu qualifizieren (vgl. unten, Rz 261 ff., 266 ff. bzw. 270 ff.).

B.3.1.2 Sachlich relevante Märkte

53. 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).

54. Zur besseren Übersicht sind die nachfolgenden Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung derjenigen

Märkte, welche gemäss Angaben der Parteien bei einer den EWR inkl. die Schweiz und/oder die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen, nach den drei Bereichen thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke gegliedert.

B.3.1.2.1 Thermische Energie

Vorbemerkungen

55. Sämtliche Kraftwerke funktionieren nach demselben Grundprinzip: Eine natürliche Energiequelle oder ein natürlicher Brennstoff bewegt eine Maschine, das sog. Antriebsaggregat wie bspw. eine Turbine, woraus mechanische Energie entsteht. Das Antriebsaggregat treibt einen Generator an, der die mechanische Energie in elektrische Energie umwandelt.

¹⁶ Hierzu sei angemerkt, dass dieser Markt betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist, falls die Marktanteile basierend auf Kapazitäten berechnet werden. Bei der Marktanteilermittlung basierend auf der Anzahl Projekte ist dieser nicht betroffen (vgl. unten, Rz 221).

56. Thermische Energie kann durch zwei verschiedene Kraftwerksarten produziert werden, nämlich durch Gas- und Dampfkraftwerke. In Gaskraftwerken besteht das Antriebsaggregat aus einer Gasturbine, die durch Befeuern mit Erdgas oder Heizöl bewegt wird. In Dampfkraftwerken besteht das Antriebsaggregat aus einer Dampfturbine, die durch Verdampfung von Wasser angetrieben wird. Das Wasser kann dabei durch verschiedene Energiequellen wie Kohle, Heizöl oder Atomenergie geheizt werden. Der für eine Dampfturbine nötige Dampf kann auch aus der Abwärme von Gasturbinen in Kombikraftwerken, bei welchen das Antriebsaggregat aus einer Kombination von Gas- und Dampfturbine (*combined cycle gas turbine, CCGT*) besteht, gewonnen werden.

57. Im Bereich thermische Energie stellen sowohl ALSTOM Energy als auch GE u.a. Gasturbinen (*gas turbine, GT*) und Dampfturbinen (*steam turbine, ST*) her. Zudem erbringen die Parteien Serviceleistungen für ihre eigenen Gas- sowie Dampfturbinen und Generatoren. ALSTOM Energy bietet ferner Reparatur- und Unterhaltsleistungen für die entsprechenden Produkte anderer Hersteller an. In Bezug auf grosse Hochleistungsgasturbinen ist ALSTOM Energy durch ihre Tochtergesellschaft Power Systems Mfg., LLC (nachfolgend: PSM) tätig.¹⁷ PSM wartet die meisten Gasturbinen-Modelle von GE sowie jene von Siemens und Mitsubishi Heavy Industries (nachfolgend: MHI)¹⁸. GE wartet demgegenüber keine Gas- oder Dampfturbinen anderer Hersteller. Über ihre Tochtergesellschaft Sensoplan erbringt GE Serviceleistungen für Generatoren anderer Hersteller.

58. Mit Bezug auf die Schweiz überlappen sich die Aktivitäten der Parteien nicht. [...].¹⁹

59. Die Umsätze von ALSTOM Energy im Bereich thermische Energie in der Schweiz beliefen sich im Geschäftsjahr 13/14 auf [...] EUR [...], wovon sich EUR [...] [...] (vgl. unten, Rz 209). [...].

Gasturbinen

60. Vorab ist anzumerken, dass Gasturbinen natürliches Gas oder Heizöl verbrennen und grundsätzlich eingesetzt werden, wenn Gas ohne weiteres verfügbar ist. Dampfturbinen hingegen werden verwendet, wenn fossile Brennstoffe wie Kohle oder Öl zur Verfügung stehen, um Dampf zu erzeugen. Auf der Basis von Überlegungen zur Nachfrageseite (Verfügbarkeit von Energie) sowie zur Angebotsseite (Gas- oder Dampftechnologie) ging die EU-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis davon aus, dass Gas- und Dampfturbinen (vgl. dazu unten, Rz 74 ff.) verschiedene Produktmärkte darstellen.²⁰

61. Gasturbinen generieren im Rahmen eines einzelnen Zyklus Leistungen zwischen 5 bis über 400 MW. Die Leistung einer Gasturbine stellt gemäss Parteien den primären Parameter dar, der den Anwendungsbereich einer Gasturbine bestimmt. Kleine Gasturbinen werden im Unterschied zu grossen Hochleistungsgasturbinen für andere Verwendungszwecke eingesetzt und von anderen Kundengruppen gekauft.

62. In tiefen Leistungsbereichen werden Gasturbinen (und auch Dampfturbinen, vgl. unten, Rz 75) vorwiegend von industriellen Kunden für mechanische Antriebsein-

richtungen verwendet. Je höher die Leistung von Turbinen wird, desto unbedeutender wird die Verwendung für mechanische Antriebseinrichtungen und die Turbinen werden vielmehr von kleineren Elektrizitätsversorgungsunternehmen und unabhängigen Stromerzeugern (*independent power provider, IPP*) zur Energieerzeugung verwendet. Gas- und auch Dampfturbinen mit einer hohen Leistung werden beinahe ausschliesslich von Kraftwerken und grossen IPPs für die Energieerzeugung verwendet.²¹

63. In Bezug auf Gasturbinen unterschied die EU-Kommission in früheren Entscheiden basierend auf deren Leistung zwischen kleinen industriellen Gasturbinen (*small industrial gas turbines, SGT*) und grossen Hochleistungsgasturbinen (*large heavy-duty gas turbines, HDGT*), wobei eine Leistung von 10–15 MW als Trennlinie zur Marktabgrenzung diente.²² Betreffend die Trennlinie zwischen SGTs und HDGTs sei angefügt, dass diese im Laufe der Zeit von 10 auf 15 MW angestiegen ist²³ und in manchen Fällen im Bereich 10-20 MW verortet wurde²⁴, die EU-Kommission jeweils die genaue diesbezügliche Marktabgrenzung aber offen gelassen hat.

64. In ihrer bisherigen Entscheidungspraxis hat die EU-Kommission auch die Substituierbarkeit zwischen grossen HDGTs und aeroderivativen, d.h. triebwerksabgeleiteten Gasturbinen (*Aeroderivatives*) untersucht. Sie kam zum Schluss, dass HDGTs und aeroderivative Gasturbinen im Leistungsbereich von unter 60 MW als Substitute betrachtet werden können. Die EU-Kommission liess jedoch offen, ob eine weitere Unterscheidung zwischen grossen HDGTs mit einer Leistung von 10–60 MW einschliesslich Aeroderivatives und HDGTs mit einer Leistung von mehr als 60 MW gemacht werden soll.²⁵

¹⁷ PSM bietet vorwiegend in Nordamerika Dienstleistungen für Gasturbinen an; im EWR bietet PSM ihre Dienstleistungen mittels anderer Gesellschaften von ALSTOM Energy an.

¹⁸ MHI gründete 2014 zusammen mit Hitachi ein Joint Venture unter dem Namen Mitsubishi Hitachi Power Systems (nachfolgend: MHPS) zur Integration ihrer Aktivitäten im Bereich thermische Stromerzeugungssysteme. Wird vorliegend von MHI gesprochen ist damit auch immer MHPS gemeint.

¹⁹ Hierzu sei angemerkt, dass sich die Ausführungen zu den Aktivitäten der Parteien auf diejenigen Märkte beschränken, welche gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind (vgl. oben, Rz 48).

²⁰ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 11, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*. In der Schweiz gibt es bisher keine gefestigte Praxis zur Marktabgrenzung im Bereich Gas- oder Dampfturbinen. Im Entscheid *ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA* werden die Märkte für Gasturbinen > 10 MW und Dampfturbinen < 70 MW genannt, jedoch nicht näher umschrieben. Vgl. RPW 1999/2, 258, *ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA*.

²¹ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 12, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

²² Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 13 f., *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*; Case No IV/M.1484 (1999), Rz 11 und 13, *Alstom/ABB*; Case No IV/M.1404 (1999), Rz 8, *General Electric/Alstom*; Case No IV/M.440 (1994), Rz 13, *GE/ENI/Nuovo Pignone*.

²³ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 13 f., *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*; Case No IV/M.1484 (1999), Rz 11 und 13, *Alstom/ABB*; Case No IV/M.440 (1994), Rz 13, *GE/ENI/Nuovo Pignone*.

²⁴ Vgl. bspw. Case No IV/M.1404 (1999), Rz 8, *General Electric/Alstom*.

²⁵ Case No IV/M.1484 (1999), Rz 19 f., *Alstom/ABB*; Case No IV/M.1404 (1999), Rz 11 ff., *General Electric/Alstom*; Case No IV/M.440 (1994), Rz 18, *GE/ENI/Nuovo Pignone*.

65. Im Entscheid *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines* zog die EU-Kommission aufgrund von Überlegungen zur Nachfrageseite (verschiedene Kunden sowie Verwendungen) sowie zur Angebotsseite (Präsenz von Herstellern von Aero-derivatives) eine erweiterte Segmentierung des Gasturbinenmarktes in Erwägung: SGTs mit einer Leistung unter 15 MW, mittlere Gasturbinen mit einer Leistung von 15–60 MW und HDGTs mit einer Leistung von mehr als 60 MW. Sie liess die exakte Abgrenzung dieser verschiedenen Gasturbinenmärkte jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.²⁶

66. Diese erweiterte Segmentierung basierend auf der Leistung übernahm die EU-Kommission auch im neusten Entscheid *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*, wobei eine Leistung von 16 MW als Trennungslinie zwischen SGTs und mittleren Gasturbinen in Betracht gezogen, die exakte Abgrenzung hierzu jedoch offen gelassen wurde.²⁷ In diesem Entscheid erwog die EU-Kommission betreffend die Segmentierung nach Technologietyp eine grundsätzliche (von der Leistung unabhängige) Unterscheidung zwischen industriellen Gasturbinen (*industrial gas turbines*, IGT) und aero-derivativen Gasturbinen (*aero-derivative gas turbines*, ADGT)²⁸ und zog ebenfalls eine weitere Segmentierung nach Endanwendung in Betracht.²⁹

67. Gemäss Parteien soll für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Trennlinie zur Qualifikation als grosse Hochleistungsgasturbine bei einer Leistung von 90 MW angesetzt werden, da sich die wettbewerbliche Beurteilung auf diese Weise auf jenes Segment – nämlich Gasturbinen mit einer Leistung von 90 MW und mehr –, in welchem sich die Tätigkeiten der Parteien überlappen, fokussieren und damit die wettbewerblichen Realitäten auf dem Markt widerspiegeln würde.

68. ALSTOM Energy und GE sind beide in erster Linie aktiv im Bereich grosser Hochleistungsgasturbinen. GE stellt auch kleine Gasturbinen mit einem Leistungsbe- reich von 10–79 MW sowie Aero-derivatives her. ALSTOM Energy stellt hingegen keine Aero-derivatives her und verfügt über keine kleinen Gasturbinen; die von ALSTOM Energy hergestellten Gasturbinen generieren eine Leistung von 185 MW und mehr.³⁰

69. Laut Parteien können aus nachfrageseitiger Perspektive die sog. E-Klasse-Modelle von GE³¹, die mit einer Leistung von mind. 90 MW beginnen, möglicherweise mit der Gasturbine GT13E2, welche mit einer Leistung von 185 MW die kleinste Gasturbine von ALSTOM Energy darstellt, konkurrieren. Alle anderen Produkte, die mit der GT13E2 von ALSTOM Energy konkurrieren können, generieren eine Leistung von mehr als 90 MW³². [...].

70. Gegenwärtig werden laut Aussage der Parteien lediglich zwei Gasturbinen-Modelle mit einer Leistung zwischen 60 und 90 MW angeboten: die Gasturbinen 6F.03 (79 MW) von GE und AE64.3A (75 MW) von Ansaldo. Gemäss Parteien sind diese für industrielle und kleine Heizkraftwerkprojekte sowie für die Erzeugung von Strom im kleineren bis mittleren Umfang besser geeignet und konkurrieren aufgrund ihres beschränkten Leistungsbereichs und ihres Einsatzes in besonderen Anwendungsbereichen nicht mit Gasturbinen, die eine

Leistung von 90 MW oder mehr erzeugen. Ausschreibungsverfahren würden laut Parteien bestätigen, dass diese beiden Modelle nicht mit Gasturbinen, die eine Leistung von 90 MW oder mehr erzeugen, in Konkurrenz stehen.

71. Die Parteien bringen weiter an, dass aus angebotsseitiger Perspektive nicht alle Gasturbinen-Originalhersteller (*original equipment manufacturer*, OEM) Gasturbinen mit einer Leistung von 60 bis 90 MW produzieren oder liefern. Lediglich GE und Ansaldo bieten – wie oben erwähnt – in diesem Segment je ein Modell an; Siemens, MHI oder ALSTOM Energy sind in diesem Segment nicht tätig.

72. Die Parteien sind zudem der Auffassung, dass Aero-derivatives nicht dem relevanten Produktmarkt zuzurechnen sind. Gemäss ihrer Aussage generieren die meisten Aero-derivatives eine Leistung von etwa 60 bis 65 MW. Das Modell LMS100 mit einer Leistung von 116 MW von GE sei der einzige Aero-derivative, welcher eine Leistung von mehr als 90 MW erzeuge. Nachfrageseitig bestehe indes wenig Substituierbarkeit zwischen dem Aero-derivative LMS100 von GE und grossen Gasturbinen. Die Ausschreibungsverfahren der letzten fünf Jahre würden bestätigen, [...].

73. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend der Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW ohne Aero-derivatives betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Gasturbinen, insbesondere die Frage bezüglich der exakten auf der Leistung einer Gasturbine basierenden Trennlinie der einzelnen Gasturbinenmärkte, kann mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden.

Dampfturbinen

74. Wie bereits in Rz 60 ausgeführt ging die EU-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidpraxis davon aus, dass Gas- und Dampfturbinen verschiedene Produktmärkte darstellen.³³

²⁶ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 13 f., *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

²⁷ Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 20 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*.

²⁸ Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 14 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*.

²⁹ Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 26 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*. Vgl. dazu auch Case No COMP/M.2220 (2001), Rz 460 ff., *General Electric/Honeywell*.

³⁰ ALSTOM Energy hat ihr Geschäft mit kleinen Gasturbinen im Jahr 2003 an Siemens verkauft. Vgl. Case No COMP/M.3148 (2003), *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

³¹ Modelle 7E (90 MW) und 9E (130 MW).

³² [...].

³³ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 11, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

75. In Bezug auf Dampfturbinen unterschied die EU-Kommission in früheren Entscheiden basierend auf deren Leistung zwischen industriellen Dampfturbinen (*industrial steam turbines*, IST) und grossen Dampfturbinen (*large steam turbines*, LST), wobei eine Leistung von 70 MW als Trennlinie zur Marktabgrenzung diente. Sie hielt dazu fest, dass Dampfturbinen in den Leistungsbereichen über und unter 70 MW in der Tendenz unterschiedlichen Anwendungen dienen (vgl. oben, Rz 62). So würden Dampfturbinen mit einem Leistungsbereich bis zu 70 MW vorwiegend von kleineren Stromversorgungsunternehmen und IPPs zur Stromerzeugung und von industriellen Kunden zur Stromerzeugung oder zum Antrieb mechanischer Ausrüstung verwendet, während Dampfturbinen mit einer Leistung von über 70 MW vorwiegend von Kraftwerken und grossen IPPs zur Stromerzeugung genutzt würden.³⁴

76. Im Entscheid *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines* hielt die EU-Kommission basierend auf einer Marktuntersuchung fest, dass die Trennlinie auch bei einer Leistung von 100 MW gezogen werden könne, da Dampfturbinen mit einer Leistung über 100 MW (nahezu) ausschliesslich zur Stromerzeugung genutzt würden. Des Weiteren deutete die EU-Kommission darauf hin, dass möglicherweise bei 50 MW eine weitere Trennlinie zur Definition eines relevanten Marktes liegen könne. Sie liess die exakte sachliche Marktabgrenzung hierzu schliesslich mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.³⁵

77. Die Parteien sind der Ansicht, dass zur Unterscheidung zwischen industriellen Dampfturbinen und grossen Dampfturbinen eine Leistung von 100 MW als Trennlinie massgeblich sei, da nahezu alle Dampfturbinen mit einer Leistung von über 100 MW in Kraftwerken eingesetzt würden.

78. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend der Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Dampfturbinen kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden.

Serviceleistungen im Bereich thermische Energie

79. Serviceleistungen im Bereich thermische Energie sind Wartungs- und Instandhaltungsleistungen, die von OEMs und unabhängigen Dienstleistern (*independent service provider*, ISP) erbracht werden, um thermische Anlagen, einschliesslich Gasturbinen, Dampfturbinen und thermische Generatoren, zu verbessern und deren Laufzeit zu verlängern.

80. Die Serviceleistungen für Turbinen umfassen im Wesentlichen drei Arten von Kerndienstleistungen: Ausendienstleistungen, Reparatur von Komponenten und Versorgung mit Ersatzteilen. Neben den Kerndienstleistungen können auch Nebendienstleistungen wie bspw. Kontrollsysteme, Überwachung, Diagnose etc. angeboten werden. Kunden beziehen üblicherweise ein komplettes Paket dieser Dienstleistungen von einem Anbieter.³⁶ Gemäss Parteien können Wartungsdienstleistungen

auch mit sog. Upgrade-Serviceleistungen ergänzt werden, bei welchen neue Technologien in die bestehenden Anlagen integriert werden.

81. Die EU-Kommission hat sich erst kürzlich mit der Marktabgrenzung im Bereich *Serviceleistungen für Gasturbinen* auseinandergesetzt.³⁷ Dabei unterschied sie nicht nach den oben erwähnten Servicearten, sondern zog ausgehend von einem mutmasslichen Markt für die Erbringung von Serviceleistungen für alle Stromerzeugungsanlagen – mit Ausnahme von nuklearen Anlagen – eine Reihe von möglichen Segmentierungen in Erwägung. Die EU-Kommission berücksichtigte einerseits eine Segmentierung nach Anlagentyp (Gasturbinen im Gegensatz zu bspw. Dampfturbinen; vgl. dazu unten, Rz 82). Andererseits unterschied die EU-Kommission zwischen ausgereifter Technologie und nicht ausgereifter Technologie und kam zum Schluss, dass Serviceleistungen für ausgereifte Technologien einen separaten Produktmarkt darstellen, da Drittparteien bei ausgereiften Technologien mit den OEMs konkurrieren, während Serviceleistungen für nicht ausgereifte Technologien normalerweise von OEMs angeboten würden. Ebenfalls in Betracht zog sie eine Segmentierung nach den unterschiedlichen Dienstleistungsanbietern, nämlich OEMs im Gegensatz zu ISPs, und stellte fest, dass von OEMs und ISPs erbrachte Serviceleistungen dem gleichen Produktmarkt angehören. Zudem erwog die EU-Kommission eine weitere, engere Segmentierung nach Gasturbinenhersteller, dem OEM, wobei eine Marktuntersuchung eher auf eine breite Marktabgrenzung ohne Unterscheidung nach OEM hindeutete. Sie liess die genaue Marktabgrenzung hierzu schliesslich offen, da auch bei dieser engsten sachlichen Marktabgrenzung keine wettbewerblichen Bedenken entstanden. Betreffend die Unterscheidung von Gasturbinen nach Leistung (vgl. oben, Rz 63 ff.) hielt sie fest, dass aufgrund angebotsseitiger Substituierbarkeit zwischen Serviceleistungen für Gasturbinen verschiedener Leistungskategorien eine Segmentierung nach Leistungskategorie nicht angebracht sei.³⁸

82. Im bisher einzigen Entscheid in Bezug auf *Serviceleistungen für Dampfturbinen* hielt die EU-Kommission fest, dass Serviceleistungen für Dampfturbinen ungeachtet des Herstellers vergleichbar seien und Dampfturbinen als ausgereifte Technologie betrachtet würden (vgl. unten, Rz 190), da sich im Unterschied zu Gasturbinen die grundlegende Dampfturbinentechnologie seit vielen Jahren nicht wesentlich verändert habe, obwohl gelegentlich in Zusammenhang mit anderen technologischen

³⁴ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 15, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*; Case No IV/M.1484 (1999), Rz 17, *Alstom/ABB*; Case No IV/M.440 (1994), Rz 18, *GE/ENI/Nuovo Pignone*.

³⁵ Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 16, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

³⁶ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 14, *John Wood Group/Siemens/JV*.

³⁷ Case No COMP/M.7083 (2014), *John Wood Group/Siemens/JV*; Case No COMP/M.7284 (2014), *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*. In der Schweiz gibt es bisher keine gefestigte Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich *Serviceleistungen für Gas- oder Dampfturbinen* (vgl. oben, Fn 20).

³⁸ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 15 ff. und 36, *John Wood Group/Siemens/JV*; Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 43 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*.

Aspekten Verbesserungen der Leistungsfähigkeit erzielt würden. Deshalb seien Know-how, Ersatzteile und Technologie für Serviceanbieter leichter zugänglich. Serviceleistungen würden sowohl von OEMs wie auch von ISPs durchgeführt und seien in Preis und Qualität vergleichbar. In ihrer Analyse der Wettbewerbswirkungen betrachtete die EU-Kommission den Markt für Serviceleistungen für Dampfturbinen wie auch den engeren Markt für Serviceleistungen für Dampfturbinen von Siemens, einer damaligen Zusammenschlusspartei. Die genaue sachliche Marktabgrenzung liess sie mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.³⁹

83. *Serviceleistungen für Generatoren* erstrecken sich von einfachen Inspektionen und Tests bis hin zu komplexeren Neuwicklungen (sog. *rewinds*), d.h. das Auswechseln von Drähten, Spulen und Stäben eines Generators, oder Upgrades. Bisher gibt es keine Entscheide sowohl der WEKO wie auch der EU-Kommission betreffend die Marktabgrenzung im Bereich Serviceleistungen für Generatoren.

84. Serviceleistungen für Generatoren weisen gemäss Parteien ähnliche Charakteristiken auf wie jene für Dampfturbinen. Generatoren stellen grundsätzlich eine ausgereifte Technologie dar, weswegen neben OEMs von Generatoren auch eine Anzahl von ISPs unmittelbar ab Verkauf eines Generators Serviceleistungen anbieten, sofern Serviceleistungen für Generatoren nicht Teil einer Gasturbinen-Servicevereinbarung seien. Obwohl sich gewisse Servicedienstleister auf den Service eines bestimmten Generatortyps konzentrieren würden, seien die meisten in der Lage, ihre Dienstleistungen für alle Typen zu erbringen. Kunden von Generatoren würden zudem alle Arten von Serviceleistungen für ihre Generatoren benötigen. Nach Ansicht der Parteien erübrige sich aus diesen Gründen die Abgrenzung eines engeren Produktmarktes im Bereich Serviceleistungen für Generatoren.

85. Vorliegend werden zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE, der Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE und der Markt für Serviceleistungen an Generatoren einer näheren Analyse unterzogen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich dieser Serviceleistungen kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden.

B.3.1.2.2. Erneuerbare Energie

Vorbemerkungen

86. Kraftwerke für erneuerbare Energien unterscheiden sich von thermischen Kraftwerken durch die Energiequelle, die die Turbine bewegt. Erneuerbare Energiequellen umfassen Wind-, Wasser-, Gezeiten- und Sonnenenergie sowie Energie aus Biomasse und geothermische Energie. Kraftwerke für erneuerbare Energien umfassen (i) Dampfkraftwerke, in denen Dampf durch Sonnenenergie, geothermische Energie oder Energie aus Biomasse produziert wird, (ii) Kraftwerke, die ver-

schiedene Substanzen wie Wasser (Wasser- oder Gezeitenkraftwerke) oder Wind (Windturbinen) nutzen, und (iii) Kraftwerke, die erneuerbare Energie in Elektrizität umwandeln, ohne mechanische Geräte zu verwenden (bspw. Solarzellen).

87. Die Hauptaktivität von ALSTOM Energy im Bereich erneuerbare Energie betrifft Wasserenergie. ALSTOM Energy verkauft u.a. Wasserturbinen und -generatoren für Wasserkraftwerke. GE hat diesen Geschäftsbereich weitgehend verlassen, als sie ihr Wasserkraftgeschäft im Jahr 2009 [...] verkaufte, und unterhält nur noch limitierte Wartungsaktivitäten, [...]. In der Schweiz bestehen gemäss Angaben der Parteien keine horizontalen Überlappungen ihrer gegenwärtigen Aktivitäten im Bereich erneuerbare Energie.⁴⁰

88. Im Bereich erneuerbare Energie ist – wie bereits erwähnt (vgl. oben, Rz 51) – der Markt für Wasserturbinen & -generatoren ein betroffener Markt. In diesem bestehen zwar keine horizontalen Überschneidungen der Aktivitäten der Parteien, es besteht jedoch eine vertikale Beziehung zwischen GE und ALSTOM Energy. GE produziert und vertreibt im Bereich Antriebe für Mittelspannung u.a. Frequenzrichter (*variable speed drivers*, VSD),⁴¹ die in verschiedenen Applikationen, einschliesslich des Bereichs Wasserkraft, verwendet werden. VSDs von GE können mit Wasserturbinen und -generatoren von ALSTOM Energy kombiniert werden (vgl. unten, Rz 237 ff.). Somit kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Wettbewerbswirkungen im Markt, in welchem GE tätig ist (vorgelagerter Markt), und im Markt, in welchem ALSTOM Energy tätig ist (nachgelagerter Markt), zeitigen.

Wasserturbinen und -generatoren

89. Wasserkraft entsteht durch die Verwendung von fallendem oder fliessendem Wasser. Die wesentlichen Komponenten eines Wasserkraftwerks sind die hydraulische Turbine, der hydraulische Generator sowie weitere hydro-mechanische (Ventile, Tore und Druckrohre) und hydro-elektrische (Druckregler, Ansteuerungs- und Kontrollsysteme) Ausrüstungen. Eine hydraulische Turbine wandelt die Energie des Wassers in mechanische Energie um und ein hydroelektrischer Generator wandelt diese in Elektrizität um.

90. Bis heute hat sich die WEKO noch nicht einlässlich mit der Marktabgrenzung im Bereich Ausrüstung für Wasserkraftwerke auseinandergesetzt. Im Entscheid *ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA* wird der schweizerische Markt für Hydrogeneratoren genannt, jedoch nicht näher umschrieben.⁴²

³⁹ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 37 ff. und 63 ff., *John Wood Group/Siemens/JV*.

⁴⁰ Hierzu sei angemerkt, dass sich die Ausführungen zu den Aktivitäten der Parteien auf diejenigen Märkte beschränken, welche gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind (vgl. oben, Rz 48).

⁴¹ VSDs werden dazu verwendet, die Geschwindigkeit von grossen elektrischen Motoren verschiedener Anwendungen zu kontrollieren.

⁴² RPW 1999/2, 258, *ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA*.

91. Die EU-Kommission definierte in ihrem Entscheid *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding* einen Produktmarkt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken, liess die genaue Marktabgrenzung jedoch offen.⁴³ Damit folgte sie ihrem letzten Entscheid in diesem Bereich – *Siemens/VA Tech* –, in welchem sie aufgrund angebotsseitiger Substituierbarkeit und einem europaweiten Trend zu gemeinsamen Ausschreibungen im EWR entgegen früheren Entscheiden⁴⁴ nicht zwischen mechanischen und elektrischen Komponenten für Wasserkraftwerke unterschied.⁴⁵ In diesem Entscheid hielt die EU-Kommission ferner fest, dass der Umfang der in Ausschreibungen für Wasserkraftwerke gemeinsam nachgefragten Produktpakete stark variere. Es gebe sowohl Ausschreibungen für Gesamtausrüstungen als auch für Einzelkomponenten und die verschiedenen Wasserkraftwerkskomponenten seien nachfrageseitig nicht substituierbar.⁴⁶ Die EU-Kommission zog zudem eine weitere Unterteilung des Marktes für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken in verschiedene Grössenklassen in Betracht, da sich Wasserkraftwerke in ihrer Grösse erheblich unterscheiden. So können bspw. Wasserturbinen nach ihrer Leistung unterteilt werden. Aufgrund des Fehlens einer offensichtlichen Trennlinie und aus angebotsseitigen Gründen kam die EU-Kommission jedoch zum Schluss, dass eine solche Unterteilung nicht sachgerecht und erforderlich sei.⁴⁷

92. Gemäss Parteien erfolgen Ausschreibungen in der Schweiz eher für lose Turbinen und Generatoren anstatt für schlüsselfertige Lösungen, weswegen die Parteien Angaben zu ihren Aktivitäten im Bereich Ausrüstung für Wasserkraftwerke separat für Wasserturbinen und -generatoren ausweisen.

93. Nachfolgend wird zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie die beiden einzelnen Segmente Wasserturbinen und Wassergeneratoren betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung hierzu kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

Antriebe

94. Die EU-Kommission hat in ihrem Entscheid *GE Energy/Converteam* festgehalten, dass sie in früheren Entscheiden⁴⁸ einen eigenständigen Markt für Antriebe (drives) identifiziert habe. Innerhalb dieses Marktes befand sie Segmentierungen nach Spannung (Nieder-, Mittel- und Hochspannung), Leistung (unter und über 100 kW) und Anwendungen als korrekt und überzeugend. Bezüglich der Segmentierung nach Anwendungen wurden VSDs, Hochlauf-Frequenzumrichter (*start-up frequency converters*, SFCs), statische Erregerausrüstung (*static excitation equipment*, SEEs), Windkraftanlagen und Solarwechselrichter unterschieden. Die genaue Marktabgrenzung liess sie jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.⁴⁹ Im Entscheid *ABB/Power-One* hielt die EU-Kommission fest, dass u.a. Solarwechselrichter einen eigenen Produktmarkt darstellen.⁵⁰ In Bezug auf Frequenzumrichter unterschied die EU-Kommission im früheren Entscheid *Siemens/VA Tech* zwischen Fre-

quenzumrichtern bis einschliesslich 100 kW und Frequenzumrichtern über 100 kW, da erstere ein Massenmarkt und letztere in der Regel hochwertige, auf die Kundenbedürfnisse abgestimmte Produkte seien. In Bezug auf Frequenzumrichter über 100 kW zog sie eine zusätzliche Segmentierung in Betracht (wassergekühlte und 4-Quadrant-Frequenzumrichter), liess aber mangels Einfluss auf das Ergebnis offen, ob eine solche Segmentierung angebracht sei.⁵¹

95. Die WEKO hat sich bisher nur zu einer Kategorie, nämlich den Frequenzumrichtern, geäussert und der EU-Kommission folgend eine Unterscheidung nach Leistung (bis einschliesslich 100 kW und über 100 kW) vorgenommen und offen gelassen, ob eine weitere Unterteilung der Frequenzumrichter über 100 kW angebracht sei.⁵²

96. Für den Zweck der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens schlugen die Parteien vor, lediglich VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft zu betrachten, [...].

97. Nachfolgend wird zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung hierzu kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

B.3.1.2.3. Netzwerke

Vorbemerkungen

98. Die netzwerkbezogenen Aktivitäten der Parteien beziehen sich auf den Transport der in Kraftwerken erzeugten Elektrizität durch Übertragungs- und Verteilnetze zum Endverbraucher. Das Übertragungsnetz ist der Teil des Netzes, durch den die Elektrizität mit hoher Spannung über lange Distanzen transportiert wird. Das Verteilnetz ist derjenige Teil des Netzes, durch den die Elektrizität mit mittlerer oder tiefer Spannung befördert wird. Elektrizität wird im Kraftwerk mit mittlerer Spannung erzeugt und durchläuft dann ein Umspannwerk, in dem die Spannung der gewonnenen Elektrizität auf Hochspannung transformiert wird, damit sie durch das Übertragungsnetz befördert werden kann.

⁴³ Case No COMP/M.5697 (2010), Rz 10 ff., *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding*.

⁴⁴ Im Entscheid *Voith/Siemens/JV* unterschied die EU-Kommission noch zwischen mechanischer und elektrischer Ausrüstung, da bislang viele Unternehmen nur die eine oder andere Ausrüstungsart anbieten konnten, die Ausrüstungsarten für Nachfrager nicht austauschbar sind und im EWR getrennt ausgeschrieben wurden. Vgl. Case No COMP/M.1793 (2000), Rz 10, *Voith/Siemens/JV*. Im Entscheid *Alstom/ABB* grenzte sie einen Markt für Wassergeneratoren ab. Vgl. Case No IV/M.1484 (1999), Rz 24 f., *Alstom/ABB*.

⁴⁵ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 13 ff., *Siemens/VA Tech*.

⁴⁶ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 16, *Siemens/VA Tech*.

⁴⁷ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 18 f., *Siemens/VA Tech*.

⁴⁸ Case No COMP/M.3809 (2005), Rz 10 ff., *Siemens/Flender*.

⁴⁹ Case No COMP/M.6222 (2011), Rz 45 ff., *GE Energy/Converteam*.

⁵⁰ Case No COMP/M.6945 (2013), Rz 12, *ABB/Power-One*.

⁵¹ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 203 ff., *Siemens/VA Tech*.

⁵² RPW 2007/4, 638 Rz 49 ff., *Infineon Technologies AG-Siemens AG: Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens*.

99. Im Bereich Netzwerke umfasst das Sortiment von ALSTOM Energy u.a. Hochspannungsprodukte wie luftisolierte Schaltanlagen (*air-insulated switchgear*, AIS) und gasisolierte Schaltanlagen (*gas-insulated switchgear*, GIS). Des Weiteren bietet ALSTOM Energy im Bereich der Hochspannungsübertragungssysteme u.a. flexible Wechselstromübertragungssysteme (*flexible alternate current transmission systems*, FACTS) sowie Hochspannungs-Gleichstromsysteme (*high voltage direct current systems*, HVDC-Systeme)⁵³ und im Bereich von Netzwerkmanagement-Software (*network management software*, NMS)⁵⁴ bspw. Energiemanagementsysteme (*energy management systems*, EMS) und Marktmanagementsysteme (*market management system*, MMS) an.

100. Die Aktivitäten von GE im Bereich Netzwerke, die nahezu ausschliesslich in der Geschäftseinheit GE Digital Energy organisiert sind (vgl. oben, Rz 3), sind gemäss Parteien wesentlich beschränkter. Wie ALSTOM Energy ist auch GE u.a. im Bereich NMS tätig und hinsichtlich Hochspannungsübertragungssysteme mit FACTS vertreten. Im Bereich HVDC-Systeme ist GE hingegen nicht aktiv. GE verfügt gemäss Angaben der Parteien über keine Hochspannungsprodukte wie beispielsweise AIS oder GIS. GE ist allerdings 2013 mit dem chinesischen Hersteller von Hochspannungsprodukten Xi'an Electric Group (XD) eine Geschäftsbeziehung eingegangen, [...]. Zudem verfügt GE in diesem Bereich über ein Joint Venture namens Prolec GE⁵⁵. [...].⁵⁶

101. In Bezug auf die Schweiz überlappen sich die Aktivitäten von GE und ALSTOM Energy in den genannten Bereichen laut Parteien nicht. ALSTOM Energy erwirtschaftete 2013 in der Schweiz mit Netzwerkprodukten insgesamt einen Umsatz von EUR [...], wovon mit AIS EUR [...], mit GIS EUR [...] und mit EMS EUR [...] generiert wurden. Die Umsätze von GE Digital Energy in der Schweiz beliefen sich 2013 auf [...] USD [...].

Luft- und gasisolierte Schaltanlagen (AIS und GIS)

102. Schaltanlagen werden zur Isolation von elektrischen Komponenten, insbesondere von Transformatoren, verwendet. Sie sollen diese z.B. vor Spannungsschwankungen oder anderen Ursachen für Überbelastung schützen. Schaltanlagen sind entweder luftisoliert (AIS) oder gasisoliert (GIS) mit Schwefel-Hexafluorid (SF₆).⁵⁷

103. Bei AIS handelt es sich laut Parteien um das traditionelle Design, das die Umgebungsluft als Isolationsmittel zwischen der Hochspannungsausrüstung verwendet. Bei GIS befinden sich die wesentlichen Komponenten der Schaltanlagen in einer abgeschlossenen Umgebung mit SF₆-Gas als Isolationsmittel. [...].

104. Die WEKO hat sich bisher noch nie eingehend mit der Marktabgrenzung von Schaltanlagen befasst. Im Entscheid *Spontis SA* werden Schaltanlagen für Nieder- und Mittelspannungsnetze als Anlagen zur Schaltung (Einschaltung, Unterbrechung), Sammlung, Übertragung und Verteilung elektrischer Energie, im weitesten Sinne aber auch Anlagen zur Messung, Überwachung, Einleitung und Auslösung solcher Vorgänge umschrieben,

dies jedoch im Zusammenhang mit der Beschaffung solcher Produkte.⁵⁸

105. Die EU-Kommission hat sich bereits mit luft- sowie gasisolierten Schaltanlagen als Hochspannungsprodukte auseinandergesetzt. Dabei diskutierte sie die Frage, ob innerhalb des Marktes für Hochspannungsprodukte eine weitere Segmentierung nach einzelnen Produkten erfolgen soll.⁵⁹

106. So hielt die EU-Kommission in ihrem Entscheid *Siemens/VA Tech* fest, dass die Beschaffungspolitik im Bereich Energieübertragung und -verteilung im Wesentlichen kundenspezifisch sei und bei vielen Kunden eine Nachfrage nach Einzelkomponenten bestehe. Da sich die Anbieterstruktur zwischen den einzelnen Komponenten deutlich unterscheidet und die verschiedenen Komponenten nicht substituierbar seien, könnten relevante Produktmärkte somit sowohl für schlüsselfertige Lösungen als auch für Einzelkomponenten existieren. Die EU-Kommission liess die genaue Produktmarktdefinition letztlich offen.⁶⁰

107. Im Entscheid *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities* verwies die EU-Kommission sodann auf die Ausführungen der damaligen Parteien, welche geltend machten, dass Hochspannungsprodukte in Übertragungsnetzwerken den relevanten Produktmarkt darstellten. Die EU-Kommission liess die Frage bisher offen, ob einzelne Hochspannungskomponenten (z.B. GIS und AIS) zum allgemeinen Markt der Hochspannungsprodukte zählen oder separate Produktmärkte darstellen.⁶¹

108. Die Parteien schlagen vor, Hochspannungs-GIS und -AIS als getrennte Märkte zu betrachten.

109. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für AIS und für GIS betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Hochspannungsprodukte kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Bereiche in Betracht gezogen werden.

⁵³ FACTS und HVDC-Systeme sind in Übertragungsnetzen enthaltene Hochspannungsausrüstungen, die die Durchlaufleistung, Stabilität oder Verlässlichkeit des Wechselstromnetzes bzw. Gleichstromnetzes erhöhen.

⁵⁴ Mittels Verwendung von NMS steuern Netzbetreiber im Rahmen der Energieübertragung in der Regel über einen zentralen Kontrollraum ihr Netz.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ Hierzu sei angemerkt, dass sich die Ausführungen zu den Aktivitäten der Parteien auf diejenigen Märkte beschränken, welche gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen sind (vgl. oben, Rz 48).

⁵⁷ Case No COMP/M.5754 (2010), Rz 49, *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*.

⁵⁸ RPW 2007/2, 308 Rz 41 und 43, *Spontis SA*. Vgl. dazu auch RPW 2007/4, 553 Rz 41, *Spontis SA/Beitritt der SIG*.

⁵⁹ Case No COMP/M.3653 (2005), *Siemens/VA Tech*; Case No COMP/M.3296 (2003), *Areva/Alstom T&D*; Case No COMP/M.5754 (2010), *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*.

⁶⁰ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 77 f., *Siemens/VA Tech*.

⁶¹ Case No COMP/M.5754 (2010), Rz 45 und 52 f., *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*.

Netzwerkmanagementsysteme (EMS und MMS)

110. Netzwerkmanagementsysteme (NMS) – EMS sowie MMS bilden technologisch Untergruppen von NMS – sind Softwarelösungen für Netzwerkkontrollräume, die für die Führung und Kontrolle von Netzwerken sowie für die Abfertigung von Energietransaktionen verwendet werden.

111. EMS sind Systeme, die die Übertragungsnetze von den Kraftwerken bis und mit den Umspannwerken verwalten. MMS stellen eine Softwaresammlung dar, die hauptsächlich von Unternehmen verwendet wird, welche im Bereich des Stromhandels tätig sind. Diese Lösungen decken eine grosse Anzahl an Anwendungen ab, welche vom Marktbetreiber verwaltet werden müssen.

112. Die EU-Kommission zog in ihrem Entscheid *Areva/Alstom T&D* in Erwägung, NMS als Teil einer grösseren Kategorie von Energieautomatisierungs- und Energieinformationssystemen, d.h. die Bereitstellung von Energiemanagementlösungen für das effiziente, verlässliche und sichere Funktionieren der Energieinfrastruktur und -märkte, zu betrachten. Diese Lösungen würden verschiedene Produkte (Spannungsrelais, Messgeräte, Datenkommunikationsgeräte), Systeme (Netzwerkmanagement, Marktmanagement, Stromautomatisierung) und Dienstleistungen (Betrieb, Unterhalt, Beratung) umfassen. Die EU-Kommission liess die genaue sachliche Marktabgrenzung allerdings mangels Einfluss auf das Ergebnis offen.⁶²

113. In ihrem Entscheid *Schneider Electric/Areva T&D* zog die EU-Kommission mit Verweis auf den Entscheid *Siemens/VA Tech* eine erweiterte Segmentierung des Marktes für Energieautomatisierungs- und Informationslösungen, nämlich die Segmente Energiemanagement und Schutzrelais in Betracht, da sich ersteres mit umfassenden Lösungen für den Betrieb von elektrischen Energienetzen befasse, während Schutzrelais als Messgeräte zur Feststellung und Vorbeugung von Fehlern im Netz eingesetzt würden. Die EU-Kommission liess die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch mangels Einfluss auf die Beurteilung letztlich offen.⁶³

114. Gemäss Parteien sollen vorliegend zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens NMS separat betrachtet werden. Nach ihrer Ansicht können innerhalb der NMS verschiedene Produkte unterschieden werden, da diese unterschiedliche Funktionalitäten aufweisen würden, weshalb aus Kundensicht ein Produkt typischerweise nicht mit einem anderen austauschbar sei. Laut Parteien stellt der Begriff NMS zudem keine einheitlich anerkannte Produktkategorie dar. Verschiedene Marktteilnehmer würden möglicherweise unterschiedliche Arten von Softwareprodukten einer NMS-Kategorie zurechnen.

115. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden nachfolgend die Märkte für EMS und für MMS betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich der Energieautomatisierungs- und Energieinformationssysteme bzw. der Kategorie NMS kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und

dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Abgrenzungen in Betracht gezogen werden.

Hochspannungsgleichstromsysteme (HVDC-Systeme)

116. Laut Parteien gibt es zwei Haupttypen von HVDC-Übertragungssystemen: eine ältere Technologie namens netzgeführter Stromrichter (*line commutated converter*, LCC) und eine modernere Technologie namens spannungsgeführter Umrichter (*voltage source converter*, VSC). LCC und VSC werden als schlüsselfertige Systeme an die Endabnehmer verkauft.

117. HVDC-Systeme scheinen bislang nicht Gegenstand besonderer Erwägungen in früheren Entscheidungen der EU-Kommission gewesen zu sein. In Entscheiden betreffend Energieübertragung und -verteilung zog die EU-Kommission in Betracht, dass Übertragungs- und Verteilsysteme einen Markt darstellen, welcher die Entwicklung und Installation von schlüsselfertigen Systemen entweder für Übertragungs- oder Verteilnetzwerke umfasst. Die EU-Kommission liess die exakte sachliche Marktabgrenzung in den besagten Entscheidungen letztlich jeweils offen.⁶⁴

118. Im Entscheid *Siemens/VA Tech* unterschied die EU-Kommission einen Markt für schlüsselfertige Projekte im Bereich Hochspannung (Übertragungssysteme) und einen Markt für schlüsselfertige Projekte im Bereich Mittelspannung (Verteilsysteme).⁶⁵ Im Entscheid *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities* umschrieb die EU-Kommission Übertragungssysteme generell als Integration einer Vielzahl unterschiedlicher Produkte aus den Bereichen Übertragung und Verteilung, die ein bedeutendes Mass an technischen Fähigkeiten und Know-how voraussetzen, liess jedoch offen, ob ein separater Markt für Übertragungssysteme (schlüsselfertige Projekte im Bereich Hochspannung) abgegrenzt werden soll.⁶⁶

119. Nach Ansicht der Parteien soll vorliegend ein separater Markt für HVDC-Systeme betrachtet werden, obwohl sie davon ausgehen, dass HVDC-Systeme zu einem grösseren einheitlichen Markt für Übertragungssysteme gehören dürften.

120. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses wird nachfolgend der Markt für HVDC-Systeme betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung betreffend Übertragungssysteme kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden. In anderen Fällen können je nach Tätigkeiten der am Zusammenschlussvorhaben involvierten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst zusätzliche oder andere Abgrenzungen in Betracht gezogen werden.

⁶² Case No COMP/M.3296 (2003), Rz 11 ff., *Areva/Alstom T&D*.

⁶³ Case No COMP/M.5755 (2010), Rz 23 ff., *Schneider Electric/Areva T&D*; Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 76 ff., *Siemens/VA Tech*.

⁶⁴ Case No COMP/M.3296 (2003), Rz 11 ff., *Areva/Alstom T&D*; Case No COMP/M.5755 (2010), Rz 8, *Schneider Electric/Areva T&D*.

⁶⁵ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 176, *Siemens/VA Tech*.

⁶⁶ Case No COMP/M.5754 (2010), Rz 61 ff., *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*.

B.3.1.3 Räumlich relevante Märkte

121. 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).

122. Zur besseren Übersicht sind die nachfolgenden Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung – analog zur sachlichen Marktabgrenzung (vgl. oben, Rz 54) – der betroffenen Märkte nach den drei Bereichen thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke gegliedert.

B.3.1.3.1. Thermische Energie

Gasturbinen

123. In räumlicher Hinsicht kam die EU-Kommission in ihren neueren Entscheiden zum Schluss, dass die Gasturbinenmärkte (vgl. oben, Rz 60 ff.) zumindest den EWR umfassen, wenn nicht sogar weltweit sind. Die genaue räumliche Marktabgrenzung liess sie aber jeweils offen.⁶⁷ Während die Marktuntersuchung im neusten Entscheid *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG* eine weltweite Marktabgrenzung stützte⁶⁸, deutete die Marktuntersuchung in älteren Fällen darauf hin, dass die Produktmärkte im Bereich Gasturbinen aufgrund unterschiedlicher Präferenzen in drei unterschiedliche Regionen unterteilt werden könnten: Europa/EWR, Amerika und der Rest der Welt.⁶⁹

124. Nach Auffassung der Parteien ist vorliegend im Bereich Gasturbinen von weltweiten Märkten auszugehen, da Kunden die Anbieter unabhängig vom jeweiligen Standort deren Produktionsanlagen weltweit zur Angebotseinreichung einladen und die Anbieter unabhängig vom Standort des Kunden weltweit an Ausschreibeverfahren für grössere Projekte teilnehmen und Zuschläge gewinnen würden. Der Betrieb von Produktionsanlagen in bestimmten geographischen Regionen sei nicht erforderlich. Zudem gebe es gemäss Parteien keine grossen Unterschiede zwischen den in verschiedenen Regionen verkauften Produkten; Unterschiede bei Anforderungen und Spezifikationen seien nicht regionsabhängig, sondern bestünden aufgrund unterschiedlicher Bedürfnisse hinsichtlich Leistung, Wirkungsgrads etc. Zudem würden sich diese Märkte durch globale Handelsströme auszeichnen, da die Anlagen von wenigen Produktionsstandorten in die gesamte Welt geliefert würden und Transportkosten, Einfuhrzölle, lokale Vorschriften und andere Standards keine bedeutenden Schranken für die Lieferung in andere Regionen darstellen würden.

125. Im EWR und in der Schweiz beträgt die Frequenz im Stromübertragungsnetz 50 Hertz (Hz). Auf dem amerikanischen Kontinent und in gewissen Teilen von Asien und dem mittleren Osten beträgt die Frequenz 60 Hz.

126. Im Entscheid *Alstom/ABB* hielt die EU-Kommission fest, dass trotz der beiden Standards alle wesentlichen Hersteller Stromerzeugungsausrüstungen für beide produzieren. Die damaligen Parteien waren der Auffassung, dass die länderspezifische Frequenz des Stromübertragungsnetzes keine nichttarifliche Handelsbarriere darstelle. Die EU-Kommission liess die genaue räumliche

Marktabgrenzung in diesem Entscheid schliesslich offen.⁷⁰

127. Die Parteien sind der Auffassung, dass eine weitere Segmentierung nach Frequenz aus folgenden Gründen nicht angebracht ist. Gasturbinen mit einer Leistung von unter 125 MW könnten entsprechend eingestellt werden, so dass diese bei Frequenzen von 50 oder 60 Hz betrieben werden können. Gasturbinen mit Leistungen von über 125 Hz würden indes dahingehend entwickelt, dass sie nur bei einer gewissen Frequenz betrieben werden können. Aus diesem Grunde würden OEMs jeweils zwei unterschiedliche Modelle einer spezifischen Gasturbinen-Technologie entwickeln, wobei 60 Hz-Gasturbinen etwas kleiner seien und geringere Leistungen generieren würden als 50 Hz-Gasturbinen. Allgemein würden Gasturbinen für unterschiedliche Frequenzen aber eine sehr ähnliche Technologie verwenden. Die Parteien weisen auf eine diesbezügliche Nachfrage des Sekretariats der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) darauf hin, dass die EU-Kommission zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund unterschiedlicher Technologien, anderer Fokussierung und dem Erfolg von Mitbewerbern in diesen Segmenten 50 Hz und 60 Hz-Gasturbinen als separate regionale Märkte betrachte⁷¹, womit die Parteien nicht einverstanden seien.

128. Nachfolgend werden die Gasturbinenmärkte bei einer weltweiten wie auch den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird aus Gründen der Vollständigkeit ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

Dampfturbinen

129. In Bezug auf Dampfturbinen ging die EU-Kommission in ihrem Entscheid *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines* davon aus, dass die Dampfturbinenmärkte (vgl. oben, Rz 74 ff.) – analog zu den Gasturbinenmärkten – zumindest den EWR umfassen, wenn nicht sogar weltweit sind. Die genaue räumliche Marktabgrenzung liess sie jedoch offen.⁷²

130. Die Parteien sind der Auffassung, dass aus den bereits in Rz 124 betreffend die räumliche Marktabgrenzung im Bereich Gasturbinen aufgeführten Gründen auch im Bereich Dampfturbinen von weltweiten Märkten auszugehen ist.

⁶⁷ Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 48 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*; Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 20 f., *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*.

⁶⁸ Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 50 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*.

⁶⁹ Case No IV/M.1484 (1999), Rz 34, *Alstom/ABB*; Case No IV/M.1404 (1999), Rz 17, *General Electric/Alstom*.

⁷⁰ Case No IV/M.1484 (1999), Rz 33, *Alstom/ABB*.

⁷¹ Vgl. dazu auch Pressemitteilung der EU-Kommission <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

⁷² Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 20 f., *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*. Im älteren Fall *Alstom/ABB* wurde die Unterteilung der Produktmärkte im Bereich Dampfturbinen in die drei Regionen Europa/EWR, Amerika und der Rest der Welt in Erwägung gezogen, die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen. Vgl. Case No IV/M.1484 (1999), Rz 34, *Alstom/ABB*.

131. Eine weitere Segmentierung nach der regional unterschiedlichen Frequenz des Stromübertragungsnetzes (vgl. oben, Rz 125 ff.) ist nach Auffassung der Parteien nicht relevant, da Dampfturbinen jeweils für individuelle Projekte entwickelt und somit die Drehgeschwindigkeit der Turbine (50 oder 60 Hz) im Rahmen des Durchlaufdesigns adressiert werden würde.

132. Nachfolgend wird der Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW bei einer weltweiten wie auch den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird aus Gründen der Vollständigkeit ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung mangels Einfluss auf das Ergebnis jedoch offen gelassen.

Serviceleistungen im Bereich thermische Energie

133. Betreffend die räumliche Marktabgrenzung im Bereich *Serviceleistungen für Gas- und Dampfturbinen* hielt die EU-Kommission fest, dass die Märkte in Bezug auf Serviceleistungen an Gas- bzw. Dampfturbinen mindestens EWR- weit und möglicherweise weltweit seien, liess die exakte geographische Abgrenzung jedoch offen.⁷³ Wie bereits erwähnt gibt es bisher keine Entscheide sowohl der WEKO wie auch der EU-Kommission betreffend die Marktabgrenzung im Bereich *Serviceleistungen für Generatoren*.

134. Gemäss Parteien sind die Märkte für Serviceleistungen im Bereich thermische Energie in räumlicher Hinsicht mindestens EWR-weit, wenn nicht weltweit abzugrenzen.

135. Nachfolgend werden der Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE, der Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE und der Markt für Serviceleistungen an Generatoren sowohl bei einer weltweiten wie auch einer EWR-weiten räumlichen Marktabgrenzung einer Analyse unterzogen. Zusätzlich wird aus Gründen der Vollständigkeit ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

B.3.1.3.2. Erneuerbare Energie

Wasserturbinen und -generatoren

136. In räumlicher Hinsicht ging die EU-Kommission im Entscheid *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding* von einem EWR-weiten Markt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken (vgl. oben, Rz 89 ff.) aus und liess offen, ob der räumlich relevante Markt allenfalls weltweit abzugrenzen sei.⁷⁴ In ihrem früheren Entscheid *Siemens/VA Tech* grenzte die EU-Kommission den Markt aufgrund der unterschiedlichen Anbieterstrukturen nicht weiter als EWR-weit ab.⁷⁵

137. In der Folge wird der Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie die beiden einzelnen Segmente Wasserturbinen und Wassergeneratoren bei einer EWR-weiten sowie den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird der Vollständigkeit halber ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelas-

sen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

Antriebe

138. Im Entscheid *GE Energy/Converteam* machten die damaligen Parteien geltend, dass der Wettbewerb im Bereich Antriebe EWR-weit, möglicherweise auch weltweit stattfindet. Die EU-Kommission liess die exakte räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.⁷⁶ Im Entscheid *ABB/Power-One* hielt die EU-Kommission fest, dass der relevante geographische Markt für erneuerbare Energiewandler EWR-weit ist.⁷⁷ In Bezug auf Frequenzrichter legte die EU-Kommission ihrem Entscheid *Siemens/VA Tech* ein EWR-weiter Markt für Frequenzrichter zugrunde.⁷⁸

139. Auch in räumlicher Hinsicht folgte die WEKO in ihrem Entscheid betreffend Frequenzrichter dem Entscheid *Siemens/VA Tech* der EU-Kommission und ging zur Beurteilung des damaligen Zusammenschlussvorhabens von einem räumlich relevanten Markt, welcher die EWR-Länder umfasst, aus.⁷⁹

140. Nach Ansicht der Parteien stimmt die im Entscheid *ABB/Power-One* von der EU-Kommission angewandte EWR-weite räumliche Marktabgrenzung auch in Bezug auf Anwendungen im Bereich Wasserkraft, da alle grösseren Wettbewerber übernational tätig seien und gemeinsame internationale Standards bestünden.

141. In casu wird der Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft bei einer EWR-weiten sowie den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird der Vollständigkeit halber ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung aber offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

B.3.1.3.3. Netzwerke

Luft- und gasisolierte Schaltanlagen (AIS und GIS)

142. In räumlicher Hinsicht erwog die EU-Kommission bereits in früheren Entscheiden, dass die Märkte für Ausrüstungen zur Energieübertragung und -verteilung EWR-weit abzugrenzen seien, da die Märkte aufgrund zunehmenden Handels zwischen den Mitgliedsstaaten nicht mehr national seien, die Technologie einheitlich und das grundsätzliche Produktdesign vergleichbar sei.⁸⁰

⁷³ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 41 ff., *John Wood Group/Siemens/JV*; Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 57 ff., *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*.

⁷⁴ Case No COMP/M.5697 (2010), Rz 13 f., *Alstom Holdings/Alstom Hydro Holding*.

⁷⁵ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 21 ff., *Siemens/VA Tech*.

⁷⁶ Case No COMP/M.6222 (2011), Rz 45 ff., *GE Energy/Converteam*.

⁷⁷ Case No COMP/M.6945 (2013), Rz 14 f., *ABB/Power-One*.

⁷⁸ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 208 f., *Siemens/VA Tech*.

⁷⁹ RPW 2007/4, 638 Rz 56, *Infineon Technologies AG-Siemens AG: Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens*.

⁸⁰ Vgl. Case No IV/M.706 (1996), Rz 12, *GEC Alstom/AEG*; Case No COMP/M.3296 (2003), Rz 16 ff., *Areva/Alstom T&D*.

143. Sodann kam die EU-Kommission auch im Entscheid *Siemens/VA Tech* zum Schluss, dass die Übertragungs- und Verteilungsmärkte – welche auch AIS und GIS einschliessen – EWR-weit abzugrenzen seien.⁸¹ Im Entscheid *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities* von 2010 liess die EU-Kommission die Definition des räumlichen Marktes zwar letztlich offen, zum Resultat der Marktbefragung führte sie jedoch aus, dass die überwiegende Mehrheit der Befragten für u.a. AIS und GIS von einem mindestens EWR-weiten Markt ausgehe.⁸²

144. GE ist der Ansicht, dass der relevante geographische Markt mindestens EWR-weit, wenn nicht weltweit abzugrenzen sei.

145. In der Folge werden die Märkte für AIS und für GIS bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird der Vollständigkeit halber ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Vorliegend wird die genaue räumliche Marktabgrenzung aber offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

Netzwerkmanagementsysteme (EMS und MMS)

146. Die EU-Kommission betrachtete in ihrem Entscheid *Areva/Alstom T&D* sämtliche Märkte im Bereich Ausrüstungen zur Energieübertragung und -verteilung als mindestens EWR-weit, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.⁸³

147. Zu demselben Schluss kam die EU-Kommission gestützt auf eine Marktanalyse in ihrem Entscheid *Schneider Electric/Areva T&D* betreffend Energieautomatisierungs- und Informationslösungen. Sie ging von mindestens EWR-weiten Märkten aus, betrachtete für die Beurteilung des Zusammenschlusses allerdings auch weltweit abgegrenzte Märkte.⁸⁴

148. Die Parteien sind der Auffassung, dass der Wettbewerb betreffend EMS mindestens EWR-weit, wenn nicht weltweit stattfindet.

149. Vorliegend werden die Märkte für EMS und für MMS bei einer weltweiten wie auch einer EWR-weiten (inkl. der Schweiz) räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird der Vollständigkeit halber ein hypothetischer schweizweiter räumlicher Markt betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung betreffend EMS und MMS wird jedoch offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

Hochspannungsgleichstromsysteme (HVDC-Systeme)

150. Die EU-Kommission hielt in ihrem Entscheid *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities* fest, dass hinsichtlich Übertragungssysteme von einem mindestens EWR-weiten räumlichen Markt auszugehen ist.⁸⁵

151. Die Parteien gehen davon aus, dass der räumlich relevante Markt für alle Typen von Übertragungssystemen mindestens EWR-weit, wenn nicht sogar weltweit abzugrenzen ist.

152. In der Folge wird der Markt für HVDC-Systeme bei einer den EWR umfassenden räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Vorliegend wird die genaue räumliche

Marktabgrenzung aber offen gelassen, da sich das Ergebnis der Vorprüfung unabhängig von dieser nicht ändert.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

153. 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.

154. Übersichtshalber wird nachfolgend – analog zur Beschreibung der relevanten Märkte (vgl. oben, Rz 54) – jeweils in separaten Abschnitten auf die voraussichtliche Stellung der Parteien in den betroffenen Märkten in den drei Bereichen thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke eingegangen.

B.3.2.1 Thermische Energie

B.3.2.1.1 Betroffene Märkte

155. Im Bereich thermische Energie sind bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung der Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW, der Markt für Gasturbinen < 90 MW, der Markt für Dampfturbinen – falls die Marktanteile der Parteien basierend auf den verkauften Kapazitäten berechnet werden – sowie der Markt für Dampfturbinen > 100 MW im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte. Bei den Dienstleistungsmärkten sind die folgenden Märkte bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung betroffen: der Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE, der Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE und der Markt für Serviceleistungen an Generatoren (vgl. oben, Tabelle 2).

⁸¹ Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 81 f., *Siemens/VA Tech*.

⁸² Case No COMP/M.5754 (2010), Rz 71, *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*.

⁸³ Case No COMP/M.3296 (2003), Rz 17, *Areva/Alstom T&D*.

⁸⁴ Case No COMP/M.5755 (2010), Rz 27 ff., *Schneider Electric/Areva T&D*.

⁸⁵ Case No COMP/M.5754 (2010), Rz 71, *Alstom Holdings/AREVA T&D Transmission activities*. Vgl. auch Case No COMP/M.3296 (2003), Rz 16 ff., *Areva/Alstom T&D*; Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 80 ff., *Siemens/VA Tech*.

B.3.2.1.2. Gasturbinen

156. Betreffend die *aktuelle Konkurrenz* zeigt die nachfolgende Tabelle 5 die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW (ohne Aero derivatives) bei einer weltweiten sowie den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Markt- abgrenzung. Zusätzlich werden die Marktanteile in einem hypothetischen schweizweiten Markt ausgewiesen. Die Marktanteile werden basierend auf der Anzahl ge-

wonnener Projekte, der Anzahl bestellter Einheiten (Gasturbinen) und den verkauften Kapazitäten (MW) ausgewiesen und sind anhand einer Fünfjahresbasis (2009–2013) berechnet, um den Durchschnitt der Nachfrage zu ermitteln, da neue Verträge relativ selten abgeschlossen werden und sich dadurch starke Schwankungen ergeben (vgl. unten, Rz 169).⁸⁶

Tabelle 5: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW (ohne Aero derivatives), weltweit, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, Periode 2009–2013.

Unternehmen	Weltweit			EWR inkl. Schweiz *			Schweiz		
	Anz. Projekte	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)	Anz. Projekte	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)	Anz. Projekte	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)
GE	[30–40] %	[40–50] %	[30–40] %	[30–40] %	[20–30] %	[20–30] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[20–30] %	[20–30] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Kumuliert	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %	[50–60] %	[50–60] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Siemens	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[0–10] %**	[0–10] %**	[0–10] %**
MHI	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %**	[0–10] %**	[0–10] %**
Ansaldo	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[0–10] %**	[0–10] %**	[0–10] %**
Marktvolumen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]**	[...]**	[...]**

Legende: * In allen Ländern des EWR, einschliesslich der Schweiz, werden Gasturbinen mit einer Frequenz von 50 Hz betrieben. Die in den Spalten 5 bis 7 dieser Tabelle ausgewiesenen Marktanteile stimmen demnach mit den Marktanteilen in einem den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Markt für 50 Hz-Gasturbinen überein (vgl. oben, Rz 125 ff. sowie unten, Rz 160). ** Marktanteils- und Marktvolumenangaben ergänzt durch das Sekretariat basierend auf der Aussage der Parteien, [...] (vgl. unten, Rz 164 ff.).

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report.

157. Der Tabelle 5 ist zu entnehmen, dass GE und Siemens vor dem Zusammenschluss im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW weltweit [...] die [...] Marktteilnehmer sind [...]. Während Siemens über die [...] Position [...] ([30–40] %) [...] ([30–40] %) verfügt, weist GE einen [...] Marktanteil nach [...] ([40–50] %) auf. MHI weist einen weltweiten Marktanteil von [10–20] % nach Anzahl Projekten sowie Kapazitäten bzw. von [10–20] % nach Anzahl Einheiten auf. Mit [...] weltweiten Marktanteilen von [0–10] % folgen [...] ALSTOM Energy und Ansaldo.

158. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden die Parteien einen gemeinsamen weltweiten Marktanteil von [40–50] % nach Anzahl Projekten, [40–50] % nach Anzahl Einheiten und [40–50] % nach Kapazitäten aufweisen und somit weltweit die führende Marktposition übernehmen.

⁸⁶ Diese Methodik wurde auch in den bisherigen Entscheiden betreffend Gasturbinen der EU-Kommission angewandt. Vgl. Case No COMP/M.7284 (2014), Rz 61, *Siemens/John Wood Group/Rolls-Royce Combined ADGT Business/RWG*; Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 31, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*; Case No IV/M.1484 (1999), Rz 37, *Alstom/ABB*; Case No IV/M.1404 (1999), Rz 19, *General Electric/Alstom*; Case No IV/M.440 (1994), Rz 22, *GE/ENI/Nuovo Pignone*.

159. Hierzu weisen die Parteien darauf hin, dass die weltweiten Marktanteile der OEMs insofern überhöht seien, als diese auch den Verkauf durch Lizenznehmer den OEMs/Lizenzgebern zurechnen⁸⁷, obwohl die Lizenznehmer die Produkte zu eigenen Preisen und Geschäftsbedingungen verkaufen würden. Bei separater Ausweisung der Verkäufe durch Lizenznehmer würde der weltweite Marktanteil von GE auf [20–30] % nach Anzahl Projekten bzw. auf [30–40] % nach Anzahl Einheiten sinken.

160. Zusätzlich gibt die nachfolgende Tabelle 6 die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW auf Basis einer Region an, die auf Länder mit 50 Hz-Frequenz beschränkt ist (vgl. oben, Rz 125 ff.). Dieser Tabelle ist zu entnehmen, dass sich die Marktanteile bei einer nach Frequenz der Stromübertragungsnetze vorgenommenen räumlichen Marktabgrenzung nicht wesentlich ändern.⁸⁸

Tabelle 6: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW (ohne Aero derivatives), 50 Hz-Region, Periode 2009–2013.

Unternehmen	Anz. Projekte	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)
GE	[30–40] %	[40–50] %	[30–40] %
ALSTOM Energy	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Kumuliert	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %
Siemens	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %
MHI	[10–20] %	[0–10] %	[10–20] %
Ansaldo	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Marktvolumen	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report.

161. Bei Betrachtung eines räumlich enger abgegrenzten, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Marktes zeigt sich vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ein leicht anderes Bild (vgl. Tabelle 5): Während GE und Siemens vor dem Zusammenschluss im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW im EWR inkl. der Schweiz mit Marktanteilen von [...] [30–40] % nach Anzahl Projekten, [20–30] % bzw. [30–40] % nach Anzahl Einheiten und [20–30] % bzw. [30–40] % nach Kapazitäten [...] die [...] Marktpositionen innehaben, [...] ALSTOM Energy, [...] mit Marktanteilen von [10–20] %, [20–30] % bzw. [20–30] % eine [...] Rolle im EWR inkl. der Schweiz spielt. MHI scheint gemessen an seinen Marktanteilen von [0–10] % im EWR inkl. der Schweiz eine [...] Rolle zu spielen als im Rest der Welt. Ansaldo weist im EWR inkl. der Schweiz mit [10–20] %, [10–20] % bzw. [10–20] % [...] Marktanteile aus als im weltweiten Markt.

162. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden die Parteien im EWR inkl. der Schweiz einen gemeinsamen Marktanteil von [40–50] % nach Anzahl Projekten, [50–60] % nach Anzahl Einheiten und [50–60] % nach Kapazitäten aufweisen und somit [...] Marktteilnehmer werden, gefolgt von Siemens, Ansaldo und MHI. Durch den Zusammenschluss wird mit ALSTOM Energy als [...] Marktteilnehmer ein [...] Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden.

163. [...].

164. In der Schweiz gab es laut Parteien [...]. Im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien [...] in der Periode 2009–2013 in der Schweiz – wie in der Tabelle 5 ausgewiesen – somit bei

[0–10] %. [...]. Die nachfolgende Tabelle 7 zeigt alle Gasturbinen-Projekte der letzten [...] Jahre in der Schweiz.

⁸⁷ In gewissen Ländern lizenzieren OEMs Drittparteien zur Herstellung und zum Verkauf ihrer eigenen Antriebsaggregate. Im EWR nehmen OEMs direkt an Ausschreibungen teil und verkaufen ihre Produkte ohne Lizenznehmer. [...]. Vgl. Case No IV/M.1404 (1999), *General Electric/Alstom*.

⁸⁸ Gemäss Parteien führen diese Marktanteile ebenfalls zu einer Überwertung der Positionen der OEMs (vgl. oben, Rz 159). Bei separater Ausweisung der Verkäufe von Lizenznehmern würde der Marktanteil von GE auf [20–30] % nach Anzahl Projekten und auf [30–40] % nach Anzahl Einheiten sinken.

Tabelle 7: Gasturbinen-Projekte in der Schweiz in den letzten [...] Jahren.

Anbieter	Kunde	Name der Einheit	Kapazität der Einheit	Anzahl	Jahr
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report.

165. Der Tabelle 7 kann entnommen werden, dass [...].

166. [...].

167. Zudem ist in der Tabelle 7 ersichtlich, dass ALSTOM Energy [...] in der Schweiz [...]. Hierzu ist anzufügen, dass ALSTOM Energy keine kleinen Gasturbinen mehr verkauft, da sie dieses Geschäft 2003 an Siemens verkauft hat (vgl. oben, Rz 68). [...].

168. In einem hypothetischen schweizweiten Markt für Gasturbinen < 90 MW (inkl. Aero-derivatives) weist GE in der Periode 2009–2013 somit einen Marktanteil von [0–10] % auf. [...]. Im EWR inkl. der Schweiz weist GE einen Marktanteil von [40–50] % nach Anzahl Projekten, [40–50] % nach Anzahl Einheiten und [50–60] % nach Kapazitäten auf (vgl. oben, Tabelle 2). Da ALSTOM Energy – wie oben erwähnt – nicht mehr im Bereich kleiner Gasturbinen tätig ist, entstehen durch vorliegenden Zusammenschluss keine Marktanteilsadditionen. Die Marktstellung von GE verändert sich somit nicht.

169. In Bietermärkten, welche im Bereich von Gasturbinen (und anderen Antriebsaggregaten) vorzuliegen scheinen⁸⁹, ist die Bedeutung der Marktanteilsanalyse zu relativieren. Aufgrund weniger, langfristiger und teilweise grossvolumiger Aufträge können Marktvolumen und Marktanteile von Marktteilnehmern stark schwanken und sind historische Marktanteile nicht notwendigerweise aussagekräftig. Ausschlaggebend für die wettbewerbliche Beurteilung ist, ob zukünftig genügend Mitbewerber, die glaubhaft ein kompetitives Angebot abgeben können,

vorhanden sind.⁹⁰ Durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wird mit ALSTOM Energy ein [...] Wettbewerber von GE aus dem Markt ausscheiden (vgl. dazu oben, Rz 161 f. wie auch unten, Rz 177).

170. Betreffend die *potentielle Konkurrenz* ist festzuhalten, dass alle fünf Gasturbinen-Hersteller (GE, ALSTOM Energy, Siemens, Ansaldo und MHI) bereits im EWR aktiv sind. [...].

171. Ein Markteintritt mit ursprünglichen Gasturbinen-Technologien erfordert gemäss Parteien [...]. Die Bedeutung von [...] ist im Bereich Gasturbinen zudem hoch. Laut Parteien bedarf es eines [...], um die Position im Wettbewerb und die Bedeutung im Markt zu erhalten. So investierte GE über die letzten fünf Jahre ca. USD [...] [...] im Bereich Gasturbinen; ALSTOM Energy investierte in den letzten fünf Geschäftsjahren EUR [...] [...].

⁸⁹ OEMs verkaufen Gasturbinen (und andere Antriebsaggregate wie Dampfturbinen, Generatoren etc.) im Rahmen von Ausschreibungsverfahren [...].

⁹⁰ Vgl. dazu bspw. RPW 2007/1, Rz 80, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; Case No COMP/M.3148 (2003), Rz 24, *Siemens/Alstom Gas and Steam Turbines*. Hierzu ist allerdings festzuhalten, dass die Tatsache, dass es in einem Markt Ausschreibungsverfahren gibt, für sich genommen keine Schlussfolgerungen auf die Wettbewerbsintensität oder die Aussagefähigkeit von Marktanteilen zulässt. Entscheidend ist vielmehr die Struktur der Bietsituationen, die sich im Einzelfall ergibt. Vgl. dazu bspw. Case No COMP/M.3653 (2005), Rz 39 ff., *Siemens/VA Tech*.

172. Gemäss Parteien ist Innovation in der Gasturbinenindustrie ein „erbittertes und kapitalintensives Wettrennen um die beste Technologie“, welches sich heute vor allem auf [...] OEMs würden versuchen, neue innovative Technologien einzuführen, um den Kunden bessere Wirkungsgrade und Leistung anzubieten, um auf diese Weise die von den Konkurrenten angebotene Technologie kontinuierlich zu übertrumpfen.

173. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW um einen stark konzentrierten Markt mit hohen finanziellen und technologischen Markteintrittshürden handelt. GE verfügt [...] vor dem Zusammenschluss über eine [...] Marktposition und kann ihre Marktanteile durch den Zusammenschluss mit ALSTOM Energy [...] erhöhen, so dass die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss der [...] Marktteilnehmer sein werden. Mit ALSTOM Energy wird ein [...] Wettbewerber für zukünftige Projekte aus dem Wettbewerb ausscheiden.

174. Am 4. September 2015 hat GE gegenüber den schweizerischen Wettbewerbsbehörden folgende Verpflichtungszusage abgegeben:

„GE verpflichtet sich, alle Verpflichtungszusagen, Auflagen oder Bedingungen aus dem parallelen Verfahren vor der EU-Kommission (Fall M.7278) auch für die Schweiz umzusetzen. Zudem verpflichtet sich GE, das Sekretariat über den Inhalt der Verpflichtungszusagen, Auflagen oder Bedingungen, die Massnahmen zu deren Umsetzung sowie deren Vollzug zu informieren.“ (vgl. dazu unten, Rz 176 ff.).

175. Mittels der oben genannten Verpflichtungszusage von GE ist sichergestellt, dass den von der EU-Kommission in ihrem Prüfverfahren festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auch für die Schweiz Rechnung getragen wird. Dies aus folgenden Gründen:

- Bei den Gasturbinenmärkten handelt es sich wohl nicht um nationale, sondern zumindest den EWR inkl. die Schweiz umfassende geographische Märkte, womit die Wettbewerbsbedingungen für allfällige Nachfrager aus der Schweiz nicht wesentlich anders sind als für Nachfrager im EWR-Raum.
- In den letzten [...] Jahren gab es in der Schweiz [...] Nachfrage nach Hochleistungsgasturbinen. In der Periode 2009–2013 betrug der Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz im Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW [...] % und im Markt für Gasturbinen < 90 MW [...] % (vgl. oben, Tabelle 2), wobei es in letzterem vorliegend zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.

B.3.2.1.3. Verfahren vor der EU-Kommission

176. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde – wie bereits erwähnt (vgl. oben, Rz 10) – auch bei der EU-Kommission gemeldet. Am 23. Februar 2015 hat die EU-Kommission entschieden, eine eingehende Untersuchung einzuleiten, um zu prüfen, ob die von GE geplante Übernahme von ALSTOM Energy mit der EG-Fusionskontrollverordnung im Einklang steht.

177. Die in der von der EU-Kommission durchgeführten vorläufigen Untersuchung festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken betreffen den Verkauf und die Wartung von Hochleistungsgasturbinen. Der Markt für solche Turbinen sei durch hohe technologische und finanzielle Einstiegsbarrieren gekennzeichnet. Entsprechend handle es sich um einen konzentrierten Markt, auf dem lediglich vier weltweit agierende Wettbewerber vertreten seien: GE, ALSTOM, Siemens und MHPS. Bei einem fünften Marktteilnehmer – Ansaldo – schein es sich um einen Nischenanbieter mit einem engeren geographischen Aktionsradius zu handeln. Da MHPS im EWR in geringerem Umfang tätig sei als im Rest der Welt, würden durch die in Frage stehende Transaktion die Geschäftstätigkeiten von zwei der drei Hauptwettbewerber im EWR zusammengeführt. Damit würde ALSTOM aus dem Markt ausscheiden, so dass aus Sicht der europäischen Kunden den Unternehmen GE und Siemens kein wichtiger Konkurrent mehr gegenüberstünde. Zudem könnte die Übernahme dazu führen, dass die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Branche deutlich zurückgefahren und die Wahlmöglichkeiten für die Kunden erheblich beschränkt würden. Bei einem Zusammenschluss bestünde die Gefahr, dass GE die Herstellung bestimmter ALSTOM-Turbinen aufgabe und fortgeschrittene ALSTOM-Technologien für Hochleistungsgasturbinen nicht auf den Markt gelangen würden. Auf dem Markt für die Wartung der auf ausgereiften Technologien basierenden Hochleistungsgasturbinen-Modelle von GE hätte die geplante Übernahme den Wegfall des Wettbewerbs mit der ALSTOM-Tochter PSM zur Folge (vgl. hierzu unten, Rz 196 ff.). Insgesamt hat die EU-Kommission in dieser ersten Phase ihrer Untersuchung Bedenken, dass die Transaktion zu einem Preisanstieg, zu einer Beschränkung der Wahlmöglichkeiten für die Kunden sowie zu einer Reduzierung der Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten und damit zu einem Innovationsrückgang in der Branche führen könnte.⁹¹

178. Gemäss Art. 8 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung ist GE [...] hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses gegenüber der EU-Kommission Verpflichtungen eingegangen.⁹²

⁹¹ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

⁹² Vgl. dazu Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemassnahmen, ABl. C 267 vom 22.10.2008 S. 1 (nachfolgend: Mitteilung Abhilfemassnahmen).

179. Gemäss diesen den schweizerischen Wettbewerbsbehörden vorliegenden Verpflichtungen verpflichtet sich GE, das Gasgeschäft von ALSTOM⁹³ zusammen mit dem PSM-Geschäft⁹⁴ (nachfolgend: zu veräusserndes Geschäft) gemäss eines in den Verpflichtungen festgelegten Verfahrens an ANSALDO ENERGIA S.P.A. (nachfolgend: Käufer), Genova, Italien, zu veräussern bzw. die Veräusserung zu veranlassen, um den wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Die Veräusserung darf nur im Falle des Vollzugs der Transaktion vollzogen werden und soll erst nach Vollzug der Transaktion aber spätestens 3 Monate nach diesem vollzogen werden. Um die strukturelle Wirkung der Verpflichtungen aufrechtzuerhalten, darf GE für eine bestimmte Periode nach Vollzug der Veräusserung weder direkt noch indirekt die Möglichkeit erwerben, Einfluss⁹⁵ auf das gesamte zu veräussernde Geschäft oder Teile davon auszuüben. Der geplante Zusammenschluss darf nicht vollzogen werden, bevor GE einen verbindlichen Verkaufs- und Kaufvertrag für den Verkauf des zu veräussernden Geschäfts eingegangen ist und die EU-Kommission den Käufer und die Verkaufsbedingungen gemäss in den Verpflichtungen festgelegten Kriterien genehmigt hat.

180. In den Verpflichtungen sind u.a. zusätzliche Pflichten für GE und ALSTOM in der Übergangszeit⁹⁶, wie bspw. die Erhaltung der Lebensfähigkeit, der Verkauflichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit des zu veräussernden Geschäfts, die Pflicht, das zu veräussernde Geschäft getrennt von dem bei GE verbleibenden Geschäft zu halten und die Pflicht zur Unterbindung des Informationsflusses, und eine Überprüfungs Klausel⁹⁷ festgelegt.

181. Das Ziel dieser Verpflichtungen ist es, ein eigenständiges, lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft in den Händen des Käufers unter Berücksichtigung dessen Ressourcen und Fähigkeiten zu schaffen, welches ALSTOM als lebens- und wettbewerbsfähige Kraft im Bereich 50 Hz- und 60 Hz-Hochleistungsgasturbinen replizieren wird.

B.3.2.1.4. Dampfturbinen

182. Die nachfolgenden Tabellen 8 und 9 zeigen die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW bei einer weltweiten sowie den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Markt abgrenzung. Zusätzlich werden die Marktanteile in einem hypothetischen schweizweiten Markt ausgewiesen. Die Marktanteile werden basierend auf der Anzahl bestellter Einheiten und der verkauften Kapazitäten (MW) ausgewiesen und sind anhand einer Fünfjahresbasis (2009–2013) berechnet.

183. Der Tabelle 8 ist zu entnehmen, dass im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW weltweit eine Vielzahl an Anbieter tätig ist. Vor dem Zusammenschluss bewegen sich GE und ALSTOM Energy mit Marktanteilen von [0–10] % und [0–10] % nach Anzahl bestellter Einheiten im [...] Harbin mit [10–20] %, Shanghai Turbines und Dongang mit [...] [10–20] %, Siemens mit [10–20] %, MHI und BHEL mit [...] [0–10] %. Ein ähnliches Bild ergibt sich anhand der Marktanteile nach den verkauften Kapazitäten: ASLTOM Energy, Siemens und MHI folgen mit [...] [0–10] % [...] Shanghai Turbines mit [10–20] %, Dongang mit [10–20] % und Harbin mit [10–20] %.

184. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben können die Parteien mit gemeinsamen Marktanteilen von [10–20] % nach Anzahl Einheiten und [10–20] % nach Kapazitäten zu den, gemessen an ihren Marktanteilen, stärkeren Wettbewerbern aufschliessen. Marktanteilstärkste Wettbewerber verbleiben jedoch [...].

185. Bei Betrachtung eines räumlich enger abgegrenzten, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Marktes zeigt sich, dass ALSTOM Energy mit Marktanteilen von [20–30] % nach Anzahl Einheiten und [20–30] % nach Kapazitäten vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens [...] Doosan (mit [20–30] % bzw. [10–20] %) [...] im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW ist (vgl. Tabelle 9). Nach dem Zusammenschluss sind die Parteien mit einem gemeinsamen Marktanteil von [30–40] % nach Anzahl Einheiten bzw. [30–40] % nach Kapazitäten [...]. Weitere Wettbewerber im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW sind Siemens ([20–30] % bzw. [10–20] %), MHI ([0–10] % bzw. [20–30] %) und Power Machines ([0–10] % bzw. [10–20] %). Verschiedene dieser Wettbewerber sind grosse Industrieunternehmen, die in benachbarten turbinen- und nicht-turbinenbezogenen Segmenten der Stromerzeugung tätig sind.

186. In der Schweiz gab es laut Parteien in den letzten [...] Jahren [...] Nachfrage nach Dampfturbinen mit einer Leistung von 100 MW oder mehr. Im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW liegt der gemeinsame Marktanteil der Parteien [...] in der Periode 2009–2013 in der Schweiz – wie in der Tabelle 9 ausgewiesen – [...] bei [0–10] %. Gemäss Parteien gibt es [...].

⁹³ Das Gasgeschäft von ALSTOM wird in den Verpflichtungen beschrieben als die Kombination von Geschäftsaktivitäten innerhalb des Geschäftsbereichs Thermal Power von ALSTOM, welcher verantwortlich für die Entwicklung, den Verkauf, den Service und die Belieferung von, an bzw. mit Gaskraftwerksprodukten und -projekten ist. Es umfasst den Verkauf, die Herstellung, die Entwicklung und den Service von bzw. an Gasturbinenprodukten und damit verbundene Innovationen, [...].

⁹⁴ Das PSM-Geschäft ist in den Verpflichtungen definiert als alle Anteile an PSM zusammen mit geistigem Eigentum, soweit dieses von PSM geschaffen und/oder genutzt wird, in Eigentum oder unter Kontrolle von Alstom Technology Limited.

⁹⁵ Im Sinne von Art. 43 Fn 3 der Mitteilung Abhilfemassnahmen (Fn 92).

⁹⁶ Mitteilung Abhilfemassnahmen (Fn 92), Rz 71 ff.

⁹⁷ Mitteilung Abhilfemassnahmen (Fn 92), Rz 107 ff.

Tabelle 8: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW, weltweit, Periode 2009–2013.

Unternehmen	Weltweit	
	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)
GE	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	[0–10] %	[0–10] %
Kumuliert	[10–20] %	[10–20] %
Harbin	[10–20] %	[10–20] %
Shanghai Turbines	[10–20] %	[10–20] %
Dongang	[10–20] %	[10–20] %
Siemens	[10–20] %	[0–10] %
MHI	[0–10] %	[0–10] %
BHEL	[0–10] %	[0–10] %
Doosan	[0–10] %	[0–10] %
Toshiba	[0–10] %	[0–10] %
PWR.MACH.	[0–10] %	[0–10] %
Fuji	[0–10] %	[0–10] %
Ansaldo	[0–10] %	[0–10] %
Beijing	[0–10] %	[0–10] %
Nanjing	[0–10] %	[0–10] %
Turboatom	[0–10] %	[0–10] %
Andere	[0–10] %	[0–10] %
Marktvolumen	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report.

187. Gemäss Meldung gab es in der Schweiz in den letzten [...] Jahren [...] Dampfturbinen-Projekte. [...] ⁹⁸ [...].

⁹⁸ [...].

Tabelle 9: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Dampfturbinen ≥ 100 MW, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, Periode 2009–2013.

Unternehmen	EWR inkl. Schweiz		Schweiz	
	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)	Anz. Einheiten	Kapazitäten (MW)
GE	[10–20] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	[20–30] %	[20–30] %	[0–10] %	[0–10] %
Kumuliert	[30–40] %	[30–40] %	[0–10] %	[0–10] %
Doosan	[20–30] %	[10–20] %	[0–10] % *	[0–10] % *
Siemens	[20–30] %	[10–20] %	[0–10] % *	[0–10] % *
MHI	[0–10] %	[20–30] %	[0–10] % *	[0–10] % *
PWR.MACH.	[0–10] %	[10–20] %	[0–10] % *	[0–10] % *
Ansaldo	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] % *	[0–10] % *
Franco Tosi	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] % *	[0–10] % *
Marktvolumen	[...]	[...]	[...] *	[...] *

Legende: * Marktanteils- und Marktvolumenangaben ergänzt durch das Sekretariat basierend auf der Aussage der Parteien, [...] (vgl. oben, Rz 186).

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf dem von GE ergänzten und korrigierten McCoy Power Report.

188. In der Periode 2009–2013 gab es in der Schweiz [...] Dampfturbinen-Projekte, [...].

189. In einem hypothetischen schweizweiten Markt für Dampfturbinen < 100 MW weisen die Parteien in der Periode 2009–2013 somit einen Marktanteil von [0–10] % auf. Im EWR inkl. der Schweiz weisen die Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] % sowohl nach Anzahl Einheiten wie auch nach Kapazitäten auf, womit kein gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt vorliegt.

190. Die Dampfturbinentechnologie gilt allgemein als ausgereift. [...]. Dies wurde auch von der EU-Kommission in ihrer Entscheidung *John Wood Group/Siemens/JV* betreffend Serviceleistungen anerkannt (vgl. oben, Rz 82).⁹⁹

191. Da Dampfturbinen auf einer ausgereiften Technologie basieren, ist die Bedeutung von Forschung & Entwicklung begrenzt. [...].

192. Aus diesem Grund fallen laut Parteien beim Wechsel von Anbietern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, [...]; die Kunden müssten lediglich mehr Anbieter in ihre Ausschreibungsverfahren aufnehmen. Auch Dampfturbinen werden durch OEMs in Ausschreibungsverfahren [...] verkauft.

193. Kunden von Dampfturbinen sind meistens hochentwickelte und grosse Unternehmen wie Versorgungsunternehmen oder IPPs. Diese verfügen laut Parteien über eine [...], und könnten dieses Argument als Hebel gegenüber Herstellern von Dampfturbinen nutzen.

194. Die Parteien haben keine Kenntnis von einem bedeutenden Markteintritt während der letzten fünf Jahre [...] im Dampfturbinensegment. Asiatische Anbieter wie bspw. Shanghai Turbines, Dongang und Harbin oder der indische Anbieter BHEL sind weltweit betrachtet starke Anbieter (vgl. oben, Tabelle 8). Die Nachfrage nach Dampfturbinen sei gemäss Parteien in [...].¹⁰⁰ [...].

195. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen im Bereich Dampfturbinen, insbesondere in Bezug auf die Schweiz, keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.1.5. Serviceleistungen im Bereich thermische Energie

Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE

196. Die nachfolgende Tabelle 10 zeigt die Marktanteile der Parteien sowie ihrer wichtigsten Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE bei einer weltweiten sowie den EWR umfassenden räumlichen Marktabgrenzung im Jahr 2013. Zusätzlich werden die Marktanteile der Parteien in der Schweiz ausgewiesen.

⁹⁹ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 37 ff., *John Wood Group/Siemens/JV*.

¹⁰⁰ [...].

197. Der Tabelle 10 ist zu entnehmen, dass GE weltweit einen Marktanteil von [80–90] % und im EWR einen Marktanteil von [70–80] % im Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE hält. Dieser [...] Marktanteil widerspiegelt in erster Linie die Tatsache, dass GE der OEM ist. Hierzu hielt die EU-Kommission fest, es sei ein allgemeines Phänomen, dass OEMs über eine [...] Position bei Serviceleistungen für ihre eigenen Gasturbinen verfügen.¹⁰¹

198. OEMs warten in der Regel ihre gesamte installierte Basis an neuer Gasturbinen-Technologie. OEMs, einschliesslich GE und ALSTOM, verfügen über Know-how und gewerbliche Schutzrechte für Serviceleistungen, weil sie die originale Ausrüstung entwickelt haben (vgl.

unten, Rz 202). ISPs und andere OEMs können dies durch Nachbau (*reverse engineering*) und gezielte Entwicklung von Serviceleistungen überwinden. Je ausgereifter die Plattform wird und je mehr Erfahrung der Betreiber sammelt, desto geringer wird der Anteil des OEMs, weil die Kunden zu ISPs abwandern.

199. ALSTOM Energy, tätig durch ihre Tochtergesellschaft PSM (vgl. oben, Rz 57), verfügt weltweit über einen Marktanteil von [0–10] % sowie im EWR über einen Marktanteil von [0–10] % und konkurriert vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wie zahlreiche andere, marktanteilmässig gleich starke Serviceanbieter GE beim Angebot von Serviceleistungen an ausgereiften GE-Gasturbinen.

Tabelle 10: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE, weltweit, EWR, Schweiz, 2013.

Unternehmen	Weltweit	EWR	Schweiz
GE	[80–90] %	[70–80] %	[0–10] %
ALSTOM Energy (ohne PSM*)	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
PSM	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Kumuliert	[80–90] %	[70–80] %	[0–10] %
Ethos Energy**	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Pratt & Whitney Power Systems***	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Ansaldo	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Sulzer	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Chromalloy	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Siemens	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
MHI	[0–10] %	[0–10] %	k.A. ****
Andere	[0–10] %	[10–20] %	k.A. ****
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]	[...]	k.A.

Legende: * Tochtergesellschaft von ALSTOM Energy (vgl. oben, Rz 57). ** Teilweise im Eigentum von Siemens (vgl. unten, Rz 202). *** Im Eigentum von MHI. **** Die Parteien können keine spezifischen Informationen zu den Marktanteilen in der Schweiz zur Verfügung stellen. Die Angaben zu den Marktanteilen im EWR sind gemäss Parteien ein guter Anhaltspunkt für die Marktanteile im EWR inkl. der Schweiz, [...] (vgl. oben, Tabelle 2).

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

200. Das Zusammenschlussvorhaben führt dazu, dass mit PSM ein Wettbewerber im Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE wegfällt und die Marktposition von GE durch eine Marktanteilsaddition [...] gestärkt wird. Als Konkurrenten der Parteien mit einem gemeinsamen Marktanteil von [80–90] % weltweit und von [70–80] % im EWR verbleiben Serviceanbieter, die im Eigentum von anderen Gasturbinen-OEMs stehen, wie bspw. Ethos Energy oder Pratt & Whitney Power Systems, und weitere ISPs, wie bspw. Chromalloy, Sulzer, Liburdi und DresserRand.

201. In der Schweiz weisen sowohl GE wie auch ALSTOM Energy 2013 im Markt für Serviceleistungen an

ausgereiften Gasturbinen von GE einen Marktanteil von [0–10] % auf. [...]. Der Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz betrug im Jahr 2013 [...] [...] % (vgl. oben, Tabelle 2). Im Jahr 2013 (wie auch 2014) erbrachte GE [...] Serviceleistungen in der Schweiz.¹⁰² ALSTOM Energy erwirtschaftete [...] mit Serviceleistungen an Gasturbinen in der Schweiz (vgl. unten, Rz 209).

¹⁰¹ Case No COMP/M.7083 (2014), Rz 55, *John Wood Group /Siemens/JV*.

¹⁰² [...].

202. In Bezug auf Markteintritte verweisen die Parteien auf die kürzlich erfolgten Markteintritte von Ethos Energy, einem ISP und seit 2014 operativ tätigen Joint Venture von Siemens und der John Wood Group, sowie von MHI über das Joint Venture MHPS in den europäischen Servicemarkt (vgl. oben, Fn 18). Die Parteien sind der Ansicht, dass [...] ¹⁰³ [...]. Dies hänge jedoch von der Technologie, auf der die Gasturbinen (und Dampfturbinen) basieren, ab. Für nicht ausgereifte Technologien sei in der Regel nur der OEM in der Lage, Serviceleistungen anzubieten, da neu eingeführte Technologie komplex und durch IP-Rechte geschützt sein könne. Werde eine Technologie ausgereift, stellten IP-Rechte keine Eintrittsschranken mehr dar.

203. An dieser Stelle zu wiederholen ist, dass die der vorläufigen Untersuchung der EU-Kommission zufolge bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bedenken ebenfalls die Wartung von Hochleistungsgasturbinen betreffen, da die geplante Übernahme den Wegfall des Wettbewerbs mit der ALSTOM-Tochter PSM auf dem Markt für die Wartung der auf ausgereiften Technologien basierenden Hochleistungsgasturbinen-Modelle von GE zur Folge hätte (vgl. oben, Rz 176 ff.).¹⁰⁴

204. Am 4. September 2015 hat GE gegenüber den schweizerischen Wettbewerbsbehörden die oben genannte Verpflichtungszusage abgegeben (vgl. oben, Rz 174). Mittels dieser Verpflichtungszusage von GE ist sichergestellt, dass den von der EU-Kommission in ihrem Prüfverfahren festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auch für die Schweiz Rechnung getragen

wird, da es sich beim Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE wohl nicht um einen nationalen, sondern zumindest den EWR inkl. die Schweiz umfassenden geographischen Markt handelt, womit die Wettbewerbsbedingungen für allfällige Nachfrager aus der Schweiz nicht wesentlich anders sind als für Nachfrager im EWR-Raum.

Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE

205. Die nachfolgenden Tabellen 11 und 12 zeigen die Marktanteile der Parteien sowie ihrer wichtigsten Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE bei einer weltweiten sowie den EWR umfassenden räumlichen Marktabgrenzung im Jahr 2013.

206. Den Tabellen 11 und 12 ist zu entnehmen, dass GE weltweit einen Marktanteil von [50–60] % und im EWR einen Marktanteil von [70–80] % im Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE hält. Dieser [...] Marktanteil widerspiegelt – wie bei den Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE – in erster Linie die Tatsache, dass GE der OEM ist.

207. ALSTOM Energy verfügt weltweit über einen Marktanteil von [0–10] % sowie im EWR über einen Marktanteil von [0–10] %, [...]. Weltweit sind u.a. weitere Anbieter, die GE beim Angebot von Serviceleistungen an GE-Dampfturbinen konkurrieren, Gasturbinen-OEMs wie MHI ([0–10] %), Toshiba ([0–10] %) und Doosan ([0–10] %) wie auch ISPs. Im EWR ist als weiterer Konkurrent Ansaldo mit einem Marktanteil von [10–20] % zu nennen.

Tabellen 11 und 12: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE, weltweit, EWR, 2013.

Unternehmen	Weltweit
GE (PGS*)	[50–60] %
ALSTOM Energy	[0–10]%
Kumuliert	[50–60] %
MHI**	[0–10]%
Toshiba	[0–10]%
Doosan	[0–10]%
Andere	[30–40] %
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]

Unternehmen	EWR
GE (PGS*)	[70–80] %
ALSTOM Energy	[0–10]%
Kumuliert	[70–80] %
Ansaldo	[10–20] %
Andere	[10–20] %
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]

Legende: * Geschäftseinheit von GE (vgl. oben, Rz 3). ** Einschliesslich Hitachi, deren Serviceaktivitäten nun Teil von MHPS sind, dem gemeinsamen Joint Venture mit MHI (vgl. oben, Fn 18).

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

208. Das Zusammenschlussvorhaben führt dazu, dass die Marktposition von GE auf einem weltweiten Markt [...] wird. Die Parteien weisen nach dem Zusammenschluss einen gemeinsamen Marktanteil von [50–60] % auf.

¹⁰³ Es können zwei Kategorien von Kunden von thermischen Dienstleistungen unterschieden werden, nämlich Energieversorgungsunternehmen (*utilities*) und unabhängige Stromerzeuger (*independent power producer, IPP*).

¹⁰⁴ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

209. In der Schweiz weisen sowohl GE wie auch ALSTOM Energy 2013 im Markt für Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE einen Marktanteil von [0–10] % auf. GE hat in der Schweiz [...] installiert (vgl. oben, Rz 187). [...] ALSTOM Energy erzielte im letzten Geschäftsjahr in der Schweiz [...] einen Umsatz von EUR [...] mit [...]. Der Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz betrug 2013 [...] [...] % (vgl. oben, Tabelle 2).

210. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen im Bereich Serviceleistungen an Dampfturbinen von GE, insbesondere in Bezug auf die Schweiz, keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

Serviceleistungen an Generatoren

211. Die nachfolgenden Tabellen 13 und 14 zeigen die Marktanteile der Parteien sowie ihrer wichtigsten Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an Generatoren bei einer weltweiten sowie den EWR umfassenden räumlichen Marktabgrenzung im Jahr 2013.

212. Der Tabelle 13 ist zu entnehmen, dass GE vor Vollzug des Zusammenschlusses weltweit einen Marktanteil von [10–20] % im Markt für Serviceleistungen an Generatoren hält. ALSTOM Energy verfügt weltweit über einen Marktanteil von [10–20] %. Somit resultiert nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ein kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [20–30] %, womit diese ihre Marktposition [...] können und [...]. Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an Generatoren verbleiben Siemens mit einem Marktanteil von [10–20] %, MHI und Toshiba mit [...] einem Marktanteil von [0–10] % und viele weitere kleinere Marktteilnehmer mit Marktanteilen [...] [0–10] % und [0–10] %.

Tabellen 13 und 14: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für Serviceleistungen an Generatoren von GE, weltweit, EWR, 2013.

Unternehmen	Weltweit
GE (PGS* und Sensoplan**)	[10–20] %
ALSTOM Energy	[10–20] %
Kumuliert	[20–30] %
Siemens-Westinghouse	[10–20] %
MHI	[0–10] %
Toshiba	[0–10] %
NEC	[0–10] %
Turbocare	[0–10] %
Ansaldo	[0–10] %
Quartzelec	[0–10] %
Jeumont	[0–10] %
ABB	[0–10] %
Sulzer	[0–10] %
Brush	[0–10] %
Stork	[0–10] %
Andere	[40–50] %
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]

Unternehmen	EWR
GE (PGS* und Sensoplan**)	[0–10] %
ALSTOM Energy	[30–40] %
Kumuliert	[40–50] %
Siemens-Westinghouse	[20–30] %
Turbocare	[0–10] %
Ansaldo	[0–10] %
ABB	[0–10] %
Sulzer	[0–10] %
Brush	[0–10] %
Stork	[0–10] %
Andere	[10–20] %
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]

Legende: * Geschäftseinheit von GE (vgl. oben, Rz 3). ** Tochtergesellschaft von GE (vgl. oben, Rz 57).

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

213. Bei Betrachtung eines räumlich enger abgegrenzten, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Marktes ist ersichtlich, dass ALSTOM Energy mit einem Marktanteil von [30–40] % im EWR über eine [...] Marktposition verfügt als im weltweiten Markt (vgl. Tabelle 14). GE weist einen Marktanteil von [0–10] % auf. Somit verfü-

teil von [30–40] % im EWR über eine [...] Marktposition verfügt als im weltweiten Markt (vgl. Tabelle 14). GE weist einen Marktanteil von [0–10] % auf. Somit verfü-

gen die Zusammenschlussparteien nach Vollzug des Zusammenschlusses über einen gemeinsamen Marktanteil von [40–50] % und werden damit gemessen an ihrem Marktanteil [...].

214. In der Schweiz weisen sowohl GE wie auch ALSTOM Energy 2013 im Markt für Serviceleistungen an Generatoren einen Marktanteil von [0–10] % auf. [...]. ALSTOM Energy erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2013/14 in der Schweiz [...] Umsätze mit [...] (vgl. oben, Rz 209). Der Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz betrug 2013 [...] [...] % (vgl. oben, Tabelle 2).

215. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen im Bereich Serviceleistungen an Generatoren, insbesondere in Bezug auf die Schweiz, keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.1.6. Zwischenergebnis

216. Im Bereich thermische Energie ist in Bezug auf den Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW sowie den Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE mittels der von GE am 4. September 2015 gegenüber den schweizerischen Wettbewerbsbehörden abgegebenen Verpflichtungszusage aus den oben beschriebenen Gründen sichergestellt, dass den von der EU-Kommission in ihrem Prüfverfahren festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auch für die Schweiz Rechnung getragen wird. In den übrigen Märkten bestehen, insbesondere in Bezug auf die Schweiz, keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.2 Erneuerbare Energien

B.3.2.2.1. Betroffene Märkte

217. Im Bereich erneuerbare Energie sind die folgenden Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen: Der Markt für Wasserturbinen & -generatoren ist sowohl bei einer den EWR inkl. die Schweiz wie auch einer nur die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung

als betroffen zu qualifizieren. Der Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft ist bei einer die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt (vgl. oben, Tabelle 3).

B.3.2.2.2. Marktstellung in den betroffenen Märkten

Wasserturbinen und -generatoren

218. Die nachfolgende Tabelle 15 zeigt die Marktanteile der Parteien im Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie in den beiden Segmenten Wasserturbinen und Wassergeneratoren sowohl bei einer den EWR wie auch einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung. Zusätzlich werden – falls vorhanden – die Marktanteile der Parteien in der Schweiz ausgewiesen. Die Marktanteile werden basierend auf den verkauften Kapazitäten (MW) ausgewiesen und sind anhand einer Fünfjahresbasis (2009–2013) berechnet.

219. Die Tabelle 15 illustriert, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen horizontalen Überlappungen betreffend Wasserturbinen und Wassergeneratoren führt, da GE in diesem Bereich nicht tätig ist (vgl. oben, Rz 87). Beim Markt für Wasserturbinen & -generatoren handelt es sich somit um einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsadditionen.

220. Die Tabelle 15 zeigt sodann, dass ALSTOM Energy im Markt für Wasserturbinen & -generatoren in der Periode 2009–2013 über einen [...] Marktanteil von [80–90] % basierend auf den verkauften Kapazitäten in der Schweiz verfügt.

221. Bei der Ermittlung der Marktanteile basierend auf der Anzahl gewonnener Projekte verfügt ALSTOM Energy im Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie in den Segmenten Wasserturbinen und Wassergeneratoren jeweils über einen Marktanteil von [10–20] %. In der Periode 2009–2013 gab es in der Schweiz [...] Wasserkraftprojekte. [...].

Tabelle 15: Marktanteile (nach Kapazitäten) der Parteien im Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie in den Segmenten Wasserturbinen und Wassergeneratoren, EWR, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, Periode 2009–2013.

Markt/Segment	EWR		EWR inkl. Schweiz		Schweiz	
	GE	ALSTOM Energy	GE	ALSTOM Energy	GE	ALSTOM Energy
Wasserturbinen & -generatoren	[0–10] %	[10–20] %	[0–10] %	[30–40] %	[0–10] %	[80–90] %
Wasserturbinen	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	k.A.*	[0–10] %	k.A.*
Wassergeneratoren	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	k.A.*	[0–10] %	k.A.*

Legende: * ALSTOM Energy verfügt über keine separaten Daten für Wasserturbinen und Wassergeneratoren in der Schweiz.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

222. Die Parteien machen geltend, dass das Abstellen auf nach Kapazitäten berechneten Marktanteilen die Marktposition von ALSTOM Energy [...] darstellen würde, da [...].

223. Des Weiteren sind die Parteien aus folgenden Gründen der Auffassung, dass die Marktanteile nicht der tatsächlichen Wettbewerbsposition von ALSTOM Energy entsprechen:

224. Erstens liegen die Marktanteile von ALSTOM Energy im Markt für Wasserturbinen & -generatoren sowie in den beiden Segmenten [...] [10–20] %, falls auf den relevanten EWR-weiten Markt (ohne die Schweiz) abgestellt würde. So verfügt ALSTOM Energy bei einer „nur“ den EWR umfassenden Marktabgrenzung basierend auf Kapazitäten im Markt für Wasserturbinen & -generatoren über einen Marktanteil von [10–20] % und in den Segmenten Wasserturbinen und Wassergeneratoren über einen Marktanteil von [...] [0–10] %. Hierzu ist allerdings anzumerken, dass nicht ersichtlich ist, weshalb die Schweiz nicht zum selben räumlichen Markt wie der EWR gehören sollte und die Parteien diesbezüglich auch keine Argumente vorbringen. Zudem wird in Tabelle 15 ersichtlich, dass der Einbezug der Schweiz dazu führt, dass der den EWR inkl. die Schweiz umfassende Markt für Wasserturbinen & -generatoren als betroffen zu qualifizieren ist. Der Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz beträgt in der Zeitperiode 2009–2013 denn [...] [...] % (vgl. oben, Tabelle 3). Im den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Markt für Wasserturbinen & -generatoren verfügt

ALSTOM Energy über einen Marktanteil basierend auf Kapazitäten von [30–40] %.¹⁰⁵

225. Zweitens sei der Markt für Wasserturbinen & -generatoren ein klassischer Bietermarkt, in dem die Anteile von Jahr zu Jahr stark schwanken würden (vgl. unten, Tabelle 16). Für alle Projekte gebe es sehr kompetitive öffentliche Ausschreibungen, in deren Rahmen ein Wettbewerb für den Markt bestehe. Da öffentliche Ausschreibungen nur unregelmässig erfolgen, bildeten historische Anteile den kompetitiven Prozess und die Stärke der Wettbewerber nicht korrekt ab. Entscheidend sei, dass es eine genügende Anzahl alternativer Anbieter gebe, die ein glaubwürdiges Angebot unterbreiten können.

226. ALSTOM Energy sieht sich in der Schweiz (und dem EWR) Wettbewerb, [...] von Voith und Andritz, ausgesetzt. Die nachfolgende Tabelle 16 zeigt die Marktanteile von ALSTOM Energy und ihrer Konkurrenten im Markt für Wasserturbinen & -generatoren im hypothetischen räumlichen Markt Schweiz für die einzelnen Jahre 2009 bis 2014. Die Marktanteile werden basierend auf den verkauften Kapazitäten (MW) ausgewiesen.

Tabelle 16: Marktanteile (nach Kapazitäten) von ALSTOM Energy und ihrer Konkurrenten im Markt für Wasserturbinen & -generatoren, Schweiz, 2009–2014.

Unternehmen	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ALSTOM Energy	[90–100] %	[0–10] %	[50–60] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %*
Andritz	[0–10] %	[50–60] %	[40–50] %	[0–10] %	[30–40] %	[0–10] %*
Voith	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[0–10] %*
Andere	[0–10] %	[30–40] %	[0–10] %	[90–100] %	[50–60] %	[0–10] %*
Marktvolumen (MW)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Legende: * Marktanteils- und Marktvolumenangaben ergänzt durch das Sekretariat basierend auf der Aussage der Parteien, [...].

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

227. Die Tabelle 16 zeigt, dass die Marktanteile der Parteien in den Jahren 2009 bis 2014 [...] Während ALSTOM Energy in der Schweiz im Jahr 2009, [...], einen Marktanteil von [90–100] % aufweist, ist ihr Marktanteil in den nachfolgenden Jahren 2010 und 2012–2014 [0–10] %. Der für das Jahr 2011 ausgewiesene Marktanteil von [50–60] % resultiert laut Aussagen der Parteien aus [...] (vgl. oben, Rz 221). [...].

228. Die von den Parteien genannten Konkurrenten Andritz und Voith weisen in den Jahren 2009 bis 2013 [...] variierende Marktanteile auf. Während Andritz im Jahr 2009 einen Marktanteil von [0–10] % aufwies, betrug dieser in den Jahren 2010 und 2011 [50–60] % bzw. [40–50] %. Voith hingegen wies in den Jahren 2009 bis 2012 einen Marktanteil von [0–10] % auf und im Jahr 2013 einen Marktanteil von [10–20] %. Im Jahr 2012 teilten sich andere, von den Parteien nicht benannte Marktteilnehmer den Markt. Zusätzlich werde erwartet, dass [...]. Zudem konkurriere ALSTOM Energy mit einer Anzahl kleinerer Hersteller.

229. Gemäss Parteien ist der Markt für Wasserturbinen & -generatoren in der Schweiz ausgereift und sogar rückläufig; das durchschnittliche Marktvolumen in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2014 habe [...] betragen; das prognostizierte durchschnittliche Marktvolumen für die Jahre 2015 bis 2019 schätzen die Parteien auf [...]. Die Anzahl der in der Schweiz geplanten Projekte [...] In den kommenden drei Jahren werden laut Meldung insgesamt [...] Projekte erwartet [...]. Im EWR sei das durchschnittliche Marktvolumen für 2009 bis 2014 [...], für 2015 bis 2019 werde ein durchschnittliches Marktvolumen von [...] erwartet.

230. Basierend auf den obigen Ausführungen sowie der Tatsache, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen im Bereich Wasserturbinen und -generatoren führt, bestehen diesbezüglich in horizontaler Hinsicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

¹⁰⁵ Marktanteile von ALSTOM Energy basierend auf der Anzahl gewonnener Projekte liegen für den EWR bzw. für den EWR inkl. die Schweiz nicht vor.

Antriebe

231. In Bezug auf VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft verfügt GE in der Periode 2009–2013 in der Schweiz über einen (umsatzbasierten) Marktanteil von [...] [30–40] %¹⁰⁶, [...]. In den Jahren 2010 bis 2014 hat GE in der Schweiz [...].

232. Im laut Parteien relevanten räumlichen Markt, nämlich dem EWR-weiten Markt, beträgt der Marktanteil von GE für die Periode 2009–2013 [0–10] % und würde sich gemäss Aussage von GE auch für die Periode 2010 bis 2014 nicht [...] ändern. Hierzu ist allerdings anzumerken, dass der (umsatzbasierte) Anteil der Schweizer Nachfrage an der Gesamtnachfrage im EWR inkl. der Schweiz in der Zeitperiode 2009–2013 [...] % beträgt (vgl. oben, Tabelle 3). Der Einbezug der Schweiz führt zwar dazu, dass der (umsatzbasierte) Marktanteil von GE im den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft wesentlich [...] ist, nämlich [20–30] %, aber nicht dazu, dass ein im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt entsteht.

233. GE kann für VSDs, die in Wasserkraftwerken verwendet werden, keine verlässliche Schätzung der Marktanteile ihrer Konkurrenten abgeben, da GE in diesem Segment über keine entsprechende Vertriebs- und Marketingorganisation verfügt, um detaillierte Marktinformationen zu verfolgen und zu sammeln. Laut Meldung sind die stärksten Wettbewerber von GE [...].

234. GE verkauft VSDs [...].

235. GE hat keine Kenntnis von Markteintritten bei VSDs während der letzten fünf Jahre. Laut Parteien seien jedoch chinesische Lieferanten (wie Harvest Power Technologies, RongXin, Harbin Jiuzhou Electric Co und Hope Technologies) zunehmend weltweit tätig. Des Weiteren weisen die interne Struktur, die Komponenten und der grösste Teil der Steuerung von VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft Ähnlichkeiten mit VSDs für andere Anwendungen auf. Lieferanten von VSDs für andere Anwendungen [...] könnten somit dank Zugang zur nötigen Leistungssteuerungstechnologie und relativ einfacher Anpassung der Fertigungsanlagen in dieses Segment einsteigen.

236. Basierend auf obigen Ausführungen sowie der Tatsache, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen im Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft führt, bestehen diesbezüglich in horizontaler Hinsicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Fazit

237. Das Zusammenschlussvorhaben führt in den Märkten für Wasserturbinen & -generatoren und für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in horizontaler Hinsicht. Möglicherweise ergeben sich vorliegend jedoch in vertikaler Hinsicht wettbewerbsrechtliche Bedenken, da diesbezüglich eine vertikale Beziehung zwischen GE und ALSTOM Energy besteht. GE produziert und verkauft VSDs, die mit Wasserturbinen und -generatoren von ALSTOM Energy kombiniert werden können (vgl. oben, Rz 88 f.).

Deshalb wird im Folgenden diese vertikale Beziehung zwischen GE und ALSTOM Energy analysiert.¹⁰⁷ Hierzu wird untersucht, ob das Zusammenschlussvorhaben zu einer Abschottung von Einsatzmitteln und/oder zu einer Abschottung von Kunden führen kann.

B.3.2.2.3. Keine Abschottung von Einsatzmitteln

238. 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 auf den nachgelagerten Märkten angehoben werden. 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.¹⁰⁸

239. 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.¹⁰⁹

240. Die hypothetische Schadenstheorie wäre die, dass GE Wettbewerber von ALSTOM Energy nicht mehr mit VSDs beliefert, wenn sich diese an Ausschreibungen für Wasserkraftwerke beteiligen, und diese somit keinen Zugang zu diesen Komponenten mehr hätten und dadurch von der Teilnahme am Marktgeschehen ausgeschlossen würden.

241. Folgende Elemente legen nahe, dass GE keine Fähigkeit zur Abschottung von Einsatzmitteln hat. GE verfügt zwar im Markt für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft in der Schweiz über einen (umsatzmässigen) Marktanteil von [30–40] %¹¹⁰, [...], im

¹⁰⁶ Der von GE ausgewiesene Marktanteil basiert auf ihren Verkäufen von VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft in der Schweiz im Umfang von USD [...] sowie auf deren Schätzung von einer Gesamtnachfrage von USD [...] in der Schweiz. [...]. Würde die Marktanteilsberechnung auf die Anzahl Projekte abgestellt, wäre ihr Marktanteil laut GE [...] [30–40] %.

¹⁰⁷ Für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Fusionen siehe RPW 2014/4, 755 Rz 41 ff., *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 (nachfolgend: Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse); MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 372 ff.

¹⁰⁸ RPW 2014/4, 755 Rz 41, *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*.

¹⁰⁹ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 107), Rz 32.

¹¹⁰ Gemäss Parteien wäre der Marktanteil von GE basierend auf der Anzahl Projekte [...] [30–40] %.

relevanten geographischen, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Markt weist GE jedoch einen Marktanteil von [...] [30–40] % auf, nämlich [20–30] %. Zudem ist eine Vielzahl von anderen Anbietern von VSDs im EWR sowie in der Schweiz aktiv, wie ABB, Ansaldo und TMEIC. Des Weiteren seien die Markteintrittsschranken tief; [...].

242. Folgende Elemente legen zudem nahe, dass GE keinen Anreiz zur Abschottung von Einsatzmitteln hat. GE würde laut Parteien erhebliche Umsatzeinbussen erleiden, sollte sie die Belieferung anderer Turbinen-OEMs mit VSDs einstellen, da die Nachfrage von ALSTOM Energy nur einen Teil der Verkäufe von VSDs von GE ausmache. Der Anteil von ALSTOM Energy an den Verkäufen von VSDs für Stromerzeugungsanwendungen (einschliesslich thermische Energie) von GE betrug in der Periode 2009–2013 im EWR inkl. der Schweiz ca. [...] %.¹¹¹ [...].

243. Zudem erfolgt die Auswahl der VSDs nach Aussage der Parteien durch den Endkunden, weshalb auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens keine Sicherheit besteht, dass GE auch zukünftig ALSTOM Energy weiterhin mit VSDs für neue Projekte beliefern kann. Hinzu komme, dass aufgrund des hohen Auftragswerts der einzelnen Projekte GE aus kommerzieller Sicht über keine Anreize verfügt, Mitbewerber von ALSTOM Energy zukünftig nicht mehr zu beliefern. Jene Geschäftseinheit, welche VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft herstellt und verkauft, – GE Power Conversion – werde zudem aus strategischen Gründen vollständig unabhängig geführt.

244. Zusammenfassend ist unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Wasserkraft zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Einsatzmitteln führt.

B.3.2.2.4. Keine Abschottung von Kunden

245. 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 Absatzkanälen 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 nachgelagerten Wettbewerber 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.¹¹²

246. Vor diesem Hintergrund wird bei der Bewertung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Kundenabschottung erstens untersucht, ob die fusionierte Einheit in der Lage wäre, den Zugang zu den nachgelagerten Märkten durch die Verringerung ihrer Käufe bei den vorgelagerten Wettbewerbern abzuschotten. Zweitens wird analysiert, ob die fusionierte Einheit den Anreiz hätte, ihre Bezüge auf der vorgelagerten Ebene zu verringern und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf die Kunden im nachgelagerten Markt hätte.¹¹³

247. Die hypothetische Schadenstheorie wäre die, dass die neue Einheit GE/ALSTOM Energy den Kauf von VSDs von konkurrierenden Anbietern einstellen und jene stattdessen intern von GE beziehen würde, was dazu führen würde, dass die Konkurrenten von GE im vorgelagerten Markt eines Absatzkanals beraubt würden und ihre Konkurrenzfähigkeit geschmälert würde.

248. ALSTOM Energy weist [...] im Markt für Wasserturbinen & -generatoren in der Schweiz einen (auf Kapazitäten basierenden) Marktanteil von [80–90] % auf, [...] (vgl. oben, Rz 222 ff.), im relevanten geographischen, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Markt verfügt ALSTOM Energy jedoch über einen [...] Marktanteil von [30–40] %. Aufgrund der unregelmässig stattfindenden Ausschreibungen schwanken die Marktanteile von Jahr zu Jahr [...]. Während ALSTOM Energy in der Schweiz im Jahr 2009 einen Marktanteil von [90–100] % aufweist, ist ihr Marktanteil in nachfolgenden Jahren¹¹⁴ [0–10] % (vgl. oben, Rz 226 f.). Abgesehen von ALSTOM Energy sind im Bereich Wasserkraft genügend andere OEMs wie bspw. Andritz oder Voith sowie chinesische OEMs tätig. Ferner sind auch OEMs und EPCs im Bereich der thermischen Energie Kunden, welche VSDs beziehen. [...].¹¹⁵

249. Gemäss Parteien können Kunden je nach ihren Präferenzen, ihrer Erfahrung, allenfalls bestehender Verträge oder kommerziellen Beziehungen Komponenten für Wasserkraftwerke von unterschiedlichen OEMs mischen und zusammenstellen. Vor diesem Hintergrund werde die neue Einheit GE/ALSTOM Energy wie auch andere vertikal integrierte OEMs, obwohl sie über schlüsselfertige Kraftwerksanlagen verfügen und den kommerziellen Anreiz haben, möglichst viele ihrer eigenen Komponenten zu verkaufen, für ihre Angebote jene Komponenten präferieren, welche den kundenspezifischen Anforderungen am besten entsprechen, um mit diesem Angebot den Verkauf neuer Ausrüstungen und künftige Wartungseinnahmen zu sichern. OEMs hätten somit den grösseren Anreiz, die Komponenten eines Wettbewerbers in ihrem Angebot zu integrieren, wenn diese die kundenspezifischen Anforderungen besser erfüllen, als nur eigene nicht den Kundenbedürfnissen entsprechende Komponenten anzubieten und damit den Zuschlag für ein Projekt nicht zu erhalten und alle Profite zu verlieren.

250. Zusammenfassend ist unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Wasserkraft zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Kunden führt.

¹¹¹ [...].

¹¹² RPW 2014/4, 755 Rz 51 ff., KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG.

¹¹³ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 107), Rz 58 f.

¹¹⁴ [...].

¹¹⁵ [...].

B.3.2.2.5. Zwischenergebnis

251. Im Bereich erneuerbare Energie führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in den Märkten für Wasserturbinen & -generatoren und für VSDs für Anwendungen im Bereich Wasserkraft 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. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss im Bereich erneuerbare Energie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

252. Ergänzend sei angefügt, dass der von der EU-Kommission durchgeführten vorläufigen Untersuchung zufolge keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Bereich erneuerbare Energie bestehen.¹¹⁶

B.3.2.3 Netzwerke

B.3.2.3.1. Betroffene Märkte

253. Im Bereich Netzwerke sind die folgenden Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen: Die Märkte für AIS und für GIS sind bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung betroffene Märkte. Die Märkte für MMS und für HVDC-Systeme sind bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden Marktabgrenzung betroffen. Der Markt für EMS ist sowohl bei einer den EWR inkl. die Schweiz wie auch einer nur die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung als betroffen zu qualifizieren (vgl. oben, Tabelle 4).

B.3.2.3.2. Luft- und gasisolierte Schaltanlagen (AIS und GIS)

254. Die nachfolgenden Tabellen 17 und 18 zeigen die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten in den Märkten für AIS und für GIS bei einer den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung für die Jahre 2012 bis 2014. Zusätzlich werden die Marktanteile in der Schweiz ausgewiesen.

Tabelle 17: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für AIS, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, 2012–2014.

Unternehmen	EWR inkl. Schweiz			Schweiz		
	2012	2013	2014	2012	2013	2014
GE	k.A.	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	k.A.	[20–30] %	[10–20] %	[10–20] %	[30–40] %	[20–30] %
Kumuliert	-	[20–30] %	[10–20] %	[10–20] %	[30–40] %	[20–30] %
ABB	[20–30] %	[20–30] %	[10–20] %	[40–50] %	[20–30] %	[50–60] %
Siemens	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[10–20] %	[20–30] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

255. Die beiden Tabellen 17 und 18 illustrieren, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen horizontalen Überlappungen betreffend AIS und GIS im EWR inkl. der Schweiz bzw. in der Schweiz führt, [...] (vgl. oben, Rz 100).¹¹⁷ Bei den Märkten für AIS und für GIS handelt es sich somit um betroffene Märkte ohne Marktanteilsadditionen.

256. Die Tabellen zeigen sodann, dass der Marktanteil von ALSTOM Energy in der Schweiz im Jahr 2013 im Markt für AIS bei [30–40] % und im Markt für GIS bei [40–50] % liegt, weshalb bei einer entsprechenden räumlichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt vorliegen würde.

¹¹⁶ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

¹¹⁷ Auf weltweiter Ebene liegt der gemeinsame Anteil der Parteien für AIS- und GIS-Produkte in den letzten drei Jahren [...] [20–30] %.

Tabelle 18: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für GIS, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, 2012–2014.

Unternehmen	EWR inkl. Schweiz			Schweiz		
	2012	2013	2014	2012	2013	2014
GE	k.A.	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	k.A.	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %	[40–50] %	[40–50] %
Kumuliert	-	[20–30] %	[20–30] %	[30–40] %	[40–50] %	[40–50] %
ABB	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[40–50] %	[30–40] %	[30–40] %
Siemens	[20–30] %	[30–40] %	[30–40] %	[20–30] %	[0–10] %	[20–30] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

257. Gemäss den Parteien widerspiegeln diese Anteilzahlen allerdings nicht die tatsächliche Wettbewerbsposition von ALSTOM Energy, da es sich gemäss ihrer Ansicht um mindestens europaweite, wenn nicht sogar weltweite räumliche Märkte handle. Im EWR inkl. der Schweiz weist ALSTOM Energy 2013 einen Marktanteil von [20–30] % im Markt für AIS und von [20–30] % im Markt für GIS auf. Zudem seien diese Märkte Ausschreibungsmärkte, in denen die Anteile erheblich variieren und deshalb die Wettbewerbsposition nicht verlässlich abbilden würden.

258. So betrug der Anteil von ALSTOM Energy im Jahr 2012 bei einer die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung im Markt für AIS [...] [10–20] %, während dieser 2013 [30–40] % und 2014 [20–30] % entsprach. Dasselbe gilt für den Markt für GIS: Im Jahr 2012 betrug der Marktanteil von ALSTOM Energy [...] [30–40] %, im Jahr 2013 [40–50] % und im Jahr 2014 [40–50] %.

259. Laut Parteien seien die Anbieter ABB und Siemens, die auch in der Schweiz aktiv sind, die weltweit stärksten Akteure. Wie den Tabellen 17 und 18 zu entnehmen ist, hielt ABB im Markt für AIS in der Schweiz in den Jahren 2012 bis 2014 jeweils einen Marktanteil von [40–50] %, [20–30] % bzw. [50–60] %. Siemens verfügte in diesen Jahren jeweils über einen Marktanteil von [20–30] %, [10–20] % bzw. [20–30] %. Im Markt für GIS wies ABB in der Schweiz in diesen drei Jahren einen Anteil von [40–50] %, [30–40] % bzw. [30–40] % und Siemens von [20–30] %, [0–10] % bzw. [20–30] % auf. Es ist somit davon

auszugehen, dass ABB und Siemens weiterhin Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausüben werden. Als weitere Lieferanten von AIS und GIS nennen die Parteien u.a. Hyundai, Crompton Greaves, Mitsubishi, Hitachi, Toshiba, Trench, Hysoung, Taikai und Shilin.

260. Basierend auf den obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss in den Bereichen AIS und GIS eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.3.3. Netzwerkmanagementsysteme (EMS und MMS)

261. Die nachfolgende Tabelle 19 zeigt die Marktanteile der Parteien im Markt für EMS bei einer weltweiten, den EWR, den EWR inkl. die Schweiz sowie nur die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung für die Jahre 2012 bis 2014.

262. Im hypothetischen räumlichen Markt Schweiz weist ALSTOM Energy im Jahr 2013 einen Marktanteil von [40–50] % auf, weshalb der Markt für EMS bei einer entsprechenden Marktabgrenzung ein betroffener Markt ist. Wie die Tabelle 19 zeigt, führt das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz jedoch zu keinen horizontalen Überlappungen betreffend EMS, da GE in diesem Bereich in der Schweiz nicht tätig ist. Bei dem die Schweiz umfassenden räumlichen Markt für EMS handelt es sich somit um einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition.

Tabelle 19: Marktanteile der Parteien [in %] im Markt für EMS, weltweit, EWR, EWR inkl. Schweiz, Schweiz, 2012–2014.

Unternehmen	Weltweit			EWR			EWR inkl. Schweiz			Schweiz		
	2012	2013	2014	2012	2013	2014	2012	2013	2014	2012	2013	2014
GE	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[0–10]	[20–30]	[10–20]	k.A.*	k.A.*	[10–20]	k.A.	[0–10]	[0–10]
ALSTOM Energy	[30–40]	[40–50]	[30–40]	[10–20]	[20–30]	[10–20]	k.A.*	k.A.*	[10–20]	k.A.	[40–50]	[0–10]

Unternehmen	Weltweit			EWR			EWR inkl. Schweiz			Schweiz		
	2012	2013	2014	2012	2013	2014	2012	2013	2014	2012	2013	2014
Kumuliert	[30-40]	[40-50]	[30-40]	[20-30]	[40-50]	[20-30]	[10-20]	[40-50]	[20-30]	-	[40-50]	[0-10]

Legende: * Individuelle Marktanteile der Parteien für 2012 und 2013 wurden von den Parteien nicht angegeben.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

263. Bei einer den EWR inkl. die Schweiz bzw. den EWR umfassenden räumlichen Marktabgrenzung ist in der Tabelle 19 sodann ersichtlich, dass durch vorliegenden Zusammenschluss eine Marktanteilsaddition entsteht. Im Jahr 2013 weisen die Zusammenschlussparteien einen kumulierten Marktanteil von jeweils [40–50] % auf. Im vorangehenden bzw. nachfolgenden Jahr ergibt sich ein kumulierter Marktanteil der Parteien von [20–30] % bzw. [20–30] % im EWR und von [10–20] % bzw. [20–30] % im EWR inkl. der Schweiz.

264. Gemäss Parteien bilden diese Marktanteile die Wettbewerbsposition von ALSTOM Energy in der Schweiz oder die kombinierte Wettbewerbsfähigkeit der Parteien im EWR nicht korrekt ab. Erstens variieren die Anteile von Jahr zu Jahr – wie in der Tabelle 19 ersichtlich – erheblich. Die Betreiber von Übertragungsnetzen schrieben laut Parteien Beschaffungen für neue Systeme nur unregelmässig aus, da es sich bei EMS um eine langfristige Investition handle. Sobald ein Kunde ein EMS installiert habe, werde er während mehrerer Jahre – [...] – keine neuen EMS ausschreiben. So weist ALSTOM Energy denn auch im Jahr 2014 in der Schweiz einen Marktanteil von [0–10] % auf, was bedeuten würde, dass kein betroffener Markt vorliegen würde.

265. Zweitens handle es sich um Ausschreibungsmärkte mit mindestens drei bis vier glaubwürdigen Anbietern, die in Europa aktiv sind. ABB und Siemens seien die grössten Wettbewerber. Zudem habe auch OSI im EWR bereits für EMS-Projekte mitgeboten und PSI habe den meisten deutschen Übertragungsnetzbetreibern EMS geliefert. Mit Advanced Control Systems, Hitachi und NARI gebe es auf globaler Ebene noch weitere Wettbewerber.

266. Im Markt für MMS, welcher bei einer den EWR inkl. der Schweiz umfassenden Marktabgrenzung knapp betroffen ist, entstehen keine Marktanteilsadditionen, da GE über keine solche Produkte verfügt. ALSTOM Energy weist im EWR inkl. der Schweiz einen Marktanteil von [30–40] % auf.¹¹⁸

267. Gemäss Parteien gab es in der Schweiz in den letzten fünf Jahren [...]. [...] weist ALSTOM Energy 2013 in der Schweiz im Markt für MMS einen Marktanteil von [0–10] % auf.

268. Würde von einem Gesamtmarkt, der alle NMS-Produkte umfasst, ausgegangen, wäre der kombinierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien tiefer und würde laut Angaben der Parteien in jedem Fall [...] [20–30] % liegen. Der Anteil von ALSTOM Energy betrage für das Jahr 2013 in der Schweiz ungefähr [0–10] %, während GE auf einen Anteil von [...] [0–10] % kommen

würde. Im Gebiet, das den EWR und die Schweiz umfasst, würde der Anteil von ALSTOM Energy im Jahr 2013 ungefähr [0–10] % und jener von GE ungefähr [0–10] % betragen.

269. Basierend auf diesen Angaben bestehen im Bereich NMS keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.3.4. Hochspannungsgleichstromsysteme (HVDC-Systeme)

270. Die nachstehende Tabelle 20 zeigt die Marktanteile der Parteien sowie ihrer Konkurrenten im EWR-weiten Markt für HVDC-Systeme in den Jahren 2009 bis 2013.

¹¹⁸ In den Jahren 2012 und 2011 betrug der Marktanteil von ALSTOM Energy [20-30] % bzw. [10-20] %.

Tabelle 20: Marktanteile der Parteien und ihrer Konkurrenten im Markt für HVDC-Systeme, EWR, 2009-2013*.

Unternehmen	EWR				
	2009	2010	2011	2012	2013
GE	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
ALSTOM Energy	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[60–70] %	[90–100] %
Kumuliert	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[60–70] %	[90–100] %
ABB	[90–100] %	[30–40] %	[30–40] %	[10–20] %	[0–10] %
Siemens	[0–10] %	[60–70] %	[50–60] %	[0–10] %	[0–10] %
Andere	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[10–20] %	[0–10] %
Marktvolumen (Mio. EUR)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Legende: * Die Marktvolumen- sowie Marktanteilsangaben basieren auf dem Geschäftsjahr von ALSTOM Energy, welches am 1. April beginnt und am 31. März endet.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Schätzungen.

271. Die Tabelle 20 illustriert, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen horizontalen Überlappungen betreffend HVDC-Systemen führt, da GE in diesem Bereich nicht tätig ist. Beim Markt für HVDC-Systeme handelt es sich somit um einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition.

272. Die Tabelle 20 zeigt sodann, dass ALSTOM Energy 2013 im EWR-weiten Markt für HVDC-Systeme über einen [...] Marktanteil von [90–100] % verfügt. Im Jahr 2012 weist ALSTOM Energy einen Marktanteil von [60–70] % auf. Die Parteien erklären [...] ¹¹⁹, [...]. Über eine Fünfjahresperiode gerechnet würde der Marktanteil von ALSTOM Energy im Markt für HVDC-Systeme im EWR etwa [20–30] % betragen.

273. [...].

274. Der Markt für HVDC-Systeme sei wie andere Märkte im Bereich der Energieübertragung und -verteilung ein Ausschreibungsmarkt, in dem sich die Marktanteile signifikant ändern. Marktanteile seien in Ausschreibungsmärkten deshalb kein guter Grad für die Wettbewerbskraft und somit sei auch hier für eine kartellrechtliche Beurteilung vielmehr auf die Anzahl glaubwürdiger Wettbewerber abzustellen.

275. Nach Ansicht von ALSTOM Energy sind ABB und Siemens die [...] Anbieter von HVDC-Systemen. Dies ergebe sich aus den Marktanteilen, sofern eine Zeitspanne von mehr als drei Jahren betrachtet werde. [...].

276. Die Parteien nennen neben Siemens, ABB und ALSTOM Energy die folgenden Unternehmen, welche HVDC-Lösungen aktiv anbieten oder dabei sind, solche zu entwickeln: CEPRI (China Electric Power Institute), Hitachi, Mitsubishi Electric und Toshiba.

277. Basierend auf den obigen Ausführungen bestehen im Bereich HVDC-Systeme keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.2.3.5. Zwischenergebnis

278. Im Bereich Netzwerke bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

279. Ergänzend sei angefügt, dass der von der EU-Kommission durchgeführten vorläufigen Untersuchung zufolge keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Bereich Netzwerke bestehen. ¹²⁰

B.3.3 Ergebnis

280. Im Bereich thermische Energie ist in Bezug auf den Markt für Gasturbinen ≥ 90 MW sowie den Markt für Serviceleistungen an ausgereiften Gasturbinen von GE mittels der von GE am 4. September 2015 gegenüber den schweizerischen Wettbewerbsbehörden abgegebenen Verpflichtungszusage sichergestellt, dass den von der EU-Kommission in ihrem Prüfverfahren festgestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken auch für die Schweiz Rechnung getragen wird. In den übrigen Märkten bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

281. Im Bereich erneuerbare Energie führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen Wettbewerbsbedenken in horizontaler Hinsicht. Auch die vertikale Beziehung zwischen GE und ALSTOM Energy führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

¹¹⁹ [...].

¹²⁰ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4478_en.htm> (4.9.2015).

282. Im Bereich Netzwerke bestehen ebenfalls keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

283. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

Kostenverfügung vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben gemäss Artikel 32 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) betreffend General Electric Company/ALSTOM Energy gegen General Electric Company

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 18. Februar 2015 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) einen Meldungsentwurf über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: erster Meldungsentwurf). Danach beabsichtigte die General Electric Company (nachfolgend: GE) die alleinige Kontrolle über die Energie- und Netzwerkaktivitäten der ALSTOM (société anonyme) (nachfolgend: ALSTOM) zu erwerben. Die Energie- und Netzwerkaktivitäten von ALSTOM (nachfolgend: ALSTOM Energy) umfassen die drei Geschäftsbereiche thermische Energie, erneuerbare Energie und Netzwerke. Gleichentags bestätigte das Sekretariat dem meldenden Unternehmen GE den Eingang des ersten Meldungsentwurfs per E-Mail.

2. Nach Prüfung des ersten Meldungsentwurfs informierte das Sekretariat GE mit Schreiben vom 27. Februar 2015 über dessen Unvollständigkeit gemäss Art. 11 Abs. 1 VKU¹ und forderte GE auf, den ersten Meldungsentwurf [...] zu ergänzen. [...]

3. Nach telefonischen Rückfragen am 3. März 2015 seitens GE betreffend das oben erwähnte Schreiben fanden diesbezüglich am 4. März 2015 eine telefonische Besprechung wie auch ein Treffen zwischen dem Sekretariat und einem Rechtsvertreter von GE statt. [...]

4. Mit Schreiben vom 20. April 2015 ergänzte bzw. präziserte das Sekretariat basierend auf dem ersten Meldungsentwurf und anhand der am 9. April 2015 eingereichten Übersichtstabelle seine Unvollständigkeitsanzeige vom 27. Februar 2015 [...].

5. Daraufhin reichte GE dem Sekretariat am 6. Juli 2015 einen zweiten, vollständig überarbeiteten Meldungsentwurf (nachfolgend: zweiter Meldungsentwurf) ein. Das Sekretariat bestätigte den Eingang des zweiten Meldungsentwurfs mit Schreiben vom 7. Juli 2015.

6. Nach Prüfung des zweiten Meldungsentwurfs stellte das Sekretariat erneut dessen Unvollständigkeit gemäss Art. 11 Abs. 1 VKU fest und liess GE am 16. Juli 2015 diesbezüglich ein Schreiben zukommen. [...]

7. Im Schreiben vom 16. Juli 2015 wies das Sekretariat GE zudem darauf hin, dass die Beurteilung der Meldungsentwürfe aufgrund des damit verbundenen ausserordentlich hohen Aufwands nicht durch die Pauschalgebühr von CHF 5'000.– gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG² gedeckt sei und diese nach Eingang der definitiven Meldung separat als kostenpflichtige Dienstleistung in Rechnung gestellt werde (Art. 1 Abs. 1 Bst. d GebV-KG).

8. [...]

9. Am 29. Juli 2015 erhielt das Sekretariat den dritten Meldungsentwurf. Eine schriftliche Eingangsbestätigung wurde gleichentags durch das Sekretariat versandt.

10. Am 30. Juli 2015 fand das vereinbarte Treffen zwischen GE, ALSTOM Energy, deren Rechtsvertretern und dem Sekretariat statt. [...]

11. Am 31. Juli 2015 liess das Sekretariat GE eine schriftliche Version der Beurteilung des dritten Meldungsentwurfs zukommen. [...]

12. Nach telefonischen Nachfragen zur Unvollständigkeitsanzeige vom 31. Juli 2015 seitens GE am 5. und 10. August 2015 ging die definitive Meldung des Zusammenschlussvorhabens am 10. August 2015 beim Sekretariat ein. Das Sekretariat bestätigte deren Eingang sowie Vollständigkeit am 11. August 2015 [...].

13. Im Schreiben vom 11. August 2015 hielt das Sekretariat erneut fest, dass die Beurteilung der Meldungsentwürfe aufgrund des damit verbundenen ausserordentlich hohen Aufwands vorliegend nicht durch die Pauschalgebühr von CHF 5'000.– gedeckt sei und separat als kostenpflichtige Dienstleistung in Rechnung gestellt werde (siehe oben, Rz 7). [...]

14. [...]

15. [...]

16. Mit Schreiben vom 9. September 2015 teilte das Sekretariat GE mit, dass die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) entschieden hatte, im Zusammenschlussvorhaben General Electric Company/ALSTOM Energy keine Prüfung gemäss Art. 10 KG³ durchzuführen. [...]

17. Im Schreiben vom 9. September 2015 wies das Sekretariat ausserdem wiederholt darauf hin, dass die Beurteilung der Meldungsentwürfe aufgrund des damit verbundenen ausserordentlich hohen Aufwands vorliegend nicht durch die Pauschalgebühr von CHF 5'000.– gedeckt sei und separat als kostenpflichtige Dienstleistung in Rechnung gestellt werde (siehe oben, Rz 7 und 13), und informierte GE, dass die diesbezügliche Rechnung mit separater Post zugestellt werde.

18. Mit E-Mail vom 16. September 2015 bat GE das Sekretariat, hinsichtlich der zusätzlichen Beratungsleistungen eine Verfügung zu erlassen.

¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

B Erwägungen

B.1 Formelles

19. Der vorliegende Kostenentscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG⁴. Für den Erlass von Verfügungen ist gemäss Art. 18 Abs. 3 KG grundsätzlich die WEKO, d.h. das Plenum, zuständig, sofern die Zuständigkeit nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist. Das Sekretariat und/oder einzelne Präsidiumsmitglieder sind für den Erlass einer Verfügung also zuständig, sofern das KG eine solche Zuständigkeit vorsieht.

20. Zu den Aufgaben des Sekretariats gehört die Beratung von Amtsstellen und Unternehmen bei Fragen zu diesem Gesetz (Art. 23 Abs. 2 KG). Notwendige verfahrensleitende Verfügungen erlässt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 23 Abs. 1 KG).

21. Aus Art. 23 Abs. 1 KG folgt zwar nur eine Zuständigkeit für den Erlass von Zwischenverfügungen. Ist aber bereits für Zwischenverfügungen die Mitwirkung eines Präsidiumsmitgliedes erforderlich, muss dies erst recht für kostenbezogene Endverfügungen gelten.⁵ Für die vorliegende Kostenverfügung ist daher das Sekretariat zusammen mit einem Präsidiumsmitglied zuständig.

B.2 Materielles

22. Die Wettbewerbsbehörden erheben unter anderem Gebühren für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32–38 KG sowie Gutachten und sonstige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. b und c KG i.V.m. GebV-KG).

23. Gemäss dem Merkblatt und Formular der WEKO „Meldung eines Zusammenschlussvorhabens“ können Unternehmen dem Sekretariat einen Entwurf der Meldung im Rahmen einer Beratung vorab zur Beurteilung vorlegen.⁶ Gemäss Praxis des Sekretariats ist die vorgängige Beurteilung eines Meldungsentwurfs in der Regel durch die Pauschalgebühr von CHF 5'000.– gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG gedeckt, sofern danach eine definitive Meldung eingereicht wird und das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG beurteilt werden kann (nachfolgend: Praxis des Sekretariats). Erfolgt keine definitive Meldung, wird die Beurteilung des Meldungsentwurfs als kostenpflichtige Dienstleistung (Beratung) im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG nach dem Zeitaufwand in Rechnung gestellt.⁷

24. In der Regel geht die Beurteilung eines Meldungsentwurfs so vonstatten, dass das Sekretariat den Meldungsentwurf auf seine Vollständigkeit prüft und den meldenden Unternehmen in der Folge dessen Vollständigkeit bestätigt resp. mitteilt, welche Angaben und Unterlagen nachgereicht werden müssen, damit die nachfolgende Meldung als vollständig erachtet wird. Durch die Praxis des Sekretariats ist folglich eine vorgelagerte Vollständigkeitsprüfung gedeckt.

25. Im vorliegenden Fall generierten die Beurteilung dreier Meldungsentwürfe sowie der eingereichten Übersichtstabelle (siehe oben, Rz 1 ff.), welche zu umfangreichen schriftlichen Unvollständigkeitsanzeigen führte,

wie auch die geführten Telefongespräche und Treffen einen ausserordentlich hohen Aufwand, da insbesondere der erste Meldungsentwurf in grundlegenden Punkten unvollständig war (siehe oben, Rz 2). Infolgedessen war eine adäquate Beurteilung der Vollständigkeit erst beim zweiten Meldungsentwurf überhaupt möglich. Dessen Unvollständigkeit zeigte das Sekretariat GE mit Schreiben vom 16. Juli 2015 an verbunden mit dem Hinweis, dass die Beurteilung der Meldungsentwürfe aufgrund des damit verbundenen ausserordentlich hohen Aufwands vorliegend nicht durch die Pauschalgebühr von CHF 5'000.– gedeckt sei und separat als kostenpflichtige Dienstleistung in Rechnung gestellt werde (siehe oben, Rz 7, 13 und 17). In der Folge reichte GE dem Sekretariat einen dritten Meldungsentwurf ein, welcher anlässlich eines Treffens zusätzlich besprochen wurde. Der Aufwand, der so generiert wurde, war viel höher als der Aufwand, der bei der Beurteilung eines Meldungsentwurfs normalerweise entsteht und praxisgemäss durch die Pauschalgebühr im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG gedeckt ist. Er wird deshalb, wie GE angekündigt wurde, als kostenpflichtige Beratung separat in Rechnung gestellt.

26. Gestützt auf die Gebührenverordnung KG ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 veranlasst (Art. 2 GebV-KG). Als Veranlasserin der Beratungsdienstleistung gilt im vorliegenden Fall die meldende Unternehmung GE.

27. Der Zeitaufwand für die Beurteilung der Meldungsentwürfe im Zeitraum vom 18. Februar 2015 bis 10. August 2015 belief sich insgesamt auf 172,41 Stunden, welche aufgrund der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG) nach folgenden Stundenansätzen verrechnet werden:

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

28. Für diesen Aufwand resultiert insgesamt eine Gebühr von CHF 29'293.20.

B.3 Kosten

29. Wie bereits festgehalten (siehe oben, Rz 22) erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für Gutachten und sonstige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. GebV-KG). Erbringt eine Verwaltungseinheit eine Dienstleistung, stellt sie die Gebühr hierfür unmittelbar nach Ausführung der Dienstleistung in Rechnung und erlässt auch allfällige Gebührenverfügungen (Art. 11 Abs. 1 und 2 AllgGebV⁸ i.V.m. Art. 1a GebV-KG).

⁴ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁵ RPW 2015/2, 144 Rz 9, *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁶ Merkblatt und Formular der WEKO „Meldung eines Zusammenschlussvorhabens“ vom 21.10.2014, BBl 2014 8321 ff. Rz 24 (Stand: 1.8.2015).

⁷ Zum Ganzen TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a N. 13.

⁸ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

30. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG bzw. Art. 2 Abs. 1 AllgGebV ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Kostenverfügung. Dieses hat GE veranlasst, indem sie eine Kostenverfügung verlangte (siehe oben, Rz 18).

31. Nach den einschlägigen Bestimmungen werden die Gebühren nach dem Zeitaufwand bemessen (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GebV-KG), wobei für den errechneten Zeitaufwand je nach Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals ein Stundenansatz von CHF 100–400.– zur Anwendung kommt (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

32. Mit Blick auf die Funktionsstufe des ausführenden Personals gilt in diesem Verfahren ein Stundenansatz von CHF [...]. Gestützt hierauf ergeben sich für das gesamte Verfahren der Erstellung der Kostenverfügungen folgende Kosten:

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

33. Die Kosten des vorliegenden Kostenverfügungsverfahrens belaufen sich damit insgesamt auf CHF 1'740.–.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die Kosten für die Beurteilung der Meldungsentwürfe von insgesamt CHF 29'293.20 werden GE gestützt auf Art. 53a Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 KG auferlegt.
2. Die Kosten für die vorliegende Verfügung in Höhe von CHF 1'740.– werden GE gestützt auf Art. 53a Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 KG auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

General Electric Company, [...], USA, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.3	3. Astorg/Goldman Sachs/HRA Pharma
-------	---

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 4. Januar 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Januar 2016

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Astorg/Goldman Sachs/HRA Pharma auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

Kurzbegründung

1. Am 9. Dezember 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) den Meldungsentwurf und am 16. Dezember 2015 die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.

2. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Astorg VI Special Limited Partnership, handelnd durch Astorg Asset Management S.à r.l., welche zur Astorg Gruppe gehört („Astorg“), und durch die Co-Investorin, eine Tochtergesellschaft der The Goldman Sachs Group, Inc. („Goldman Sachs“) (zusammen die „Erwerber“) über die französische Gesellschaft Laboratoire HRA Pharma S.A.S. und deren Tochtergesellschaften (zusammen mit den Tochtergesellschaften „HRA Pharma“ oder die „Zielgesellschaft“). Die Transaktion bezieht sich somit auf den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Astorg und Goldman Sachs über die HRA Pharma („Zielgesellschaft“).

I. Angaben zu den Unternehmen / Erwerber und Zielgesellschaft

3. **Astorg** ist ein unabhängiges Private Equity Unternehmen mit Büros in London, Paris und Luxemburg. Die von Astorg verwalteten Fonds haben in ein breites Spektrum von Industrien investiert, wie etwa die Herstellung von Glasflaschen, vom Zement oder in die Versicherungsvermittlung. Astorg verfügt über eine Portfolio-Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die Metalor Technologies International SA, in Neuchâtel. Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine multinationale Industrie-gruppe, die im Edelmetallbereich aktiv ist. Diese Gesellschaft ist somit nicht im Bereich Gesundheitswesen tätig, welcher für die vorliegende Meldung von Relevanz ist.

4. **Goldman Sachs** ist global tätig im Investmentbanking, Wertpapier- und Investmentmanagement und erbringt weltweit eine Vielzahl von Bank-, Wertpapier- und Investitionsdienstleistungen gegenüber einem beträchtli-

chen und diversifizierten Kundenstamm. 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 eine schweizerische Tochtergesellschaft „Goldman Sachs Bank AG“, in Zürich. Keine der von Goldman Sachs kontrollierten Gesellschaften sind im Bereich Gesundheitswesen tätig, welcher für die vorliegende Meldung von Relevanz ist.

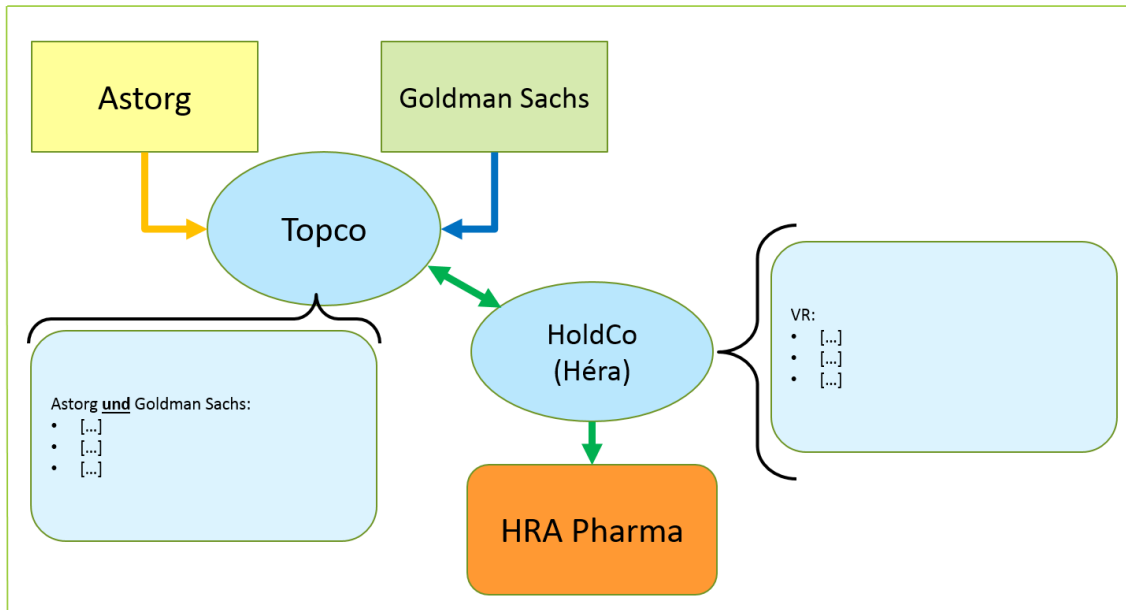
5. **HRA Pharma** ist ein französisches Pharmaunternehmen, das über seine europäischen Tochtergesellschaften sowie ein weltweites Netzwerk von ca. 50 lokalen Distributoren, in der Entwicklung und im Verkauf einer kleinen Anzahl von pharmazeutischen Produkten und Geräten im Zusammenhang mit der Reproduktionsmedizin für Frauen und Endokrinologie tätig ist. HRA Pharma verfügt über eine Schweizer Tochtergesellschaft, HRA-Pharma Switzerland Sàrl, deren Hauptaktivität die Kommerzialisierung von pharmazeutischen Produkten bildet.

II. Unternehmenszusammenschluss

6. Die Erlangung der Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU dar, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andre Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben.

7. Der geplante Zusammenschluss betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Astorg und Goldman Sachs über HRA Pharma. Die Kontrolle wird dank zwei Investmentvehikel (HoldCo und Topco) konkretisiert und die Struktur der gemeinsamen Kontrolle wird nach dem Zusammenschluss wie folgt aussehen:

Abbildung 1: Struktur des Erwerbs der Kontrolle



Quelle: Meldung. Darstellung: Sekretariat

8. Gemäss den Bedingungen der am 18. November 2015 abgeschlossene Put Option hat Héra (nach dem Zusammenschluss als **HoldCo** genannt), das Investmentvehikel, das letztlich nach Abschluss der Transaktion von Astorg und Goldman Sachs kontrolliert wird, eine verbindliche und unwiderrufliche Verpflichtung abgegeben, alle von HRA Pharma ausgegebenen Wertpapiere gemäss den Bedingungen in dem der Put Option angehängten Aktienkaufvertrag zu erwerben. Die Erwerber sind der Auffassung, dass die Unterzeichnung der Put Option eine Absichtserklärung für den Abschluss eines Vertrags darstellt.

9. Im Héra Term Sheet ist vorgesehen, dass Héra von einem CEO und dem Verwaltungsrat geführt wird. Der Verwaltungsrat wird aus [...] bestehen.

10. Die im Héra Term Sheet aufgelisteten Beschlüsse werden der vorgängigen Genehmigung durch den Verwaltungsrat unterstehen und beinhaltet Beschlüsse wie [...].

11. Zusätzlich zum Term Sheet haben Astorg, Goldman Sachs und Héra eine Consortium Vereinbarung abgeschlossen. Diesem Consortium Agreement ist ein zwi-

schen Goldman Sachs und Astorg vereinbartes Term Sheet, das die Basis des Aktionärsbindungsvertrags für Topco, das in Héra investieren wird, bildet.

12. Im Topco Term Sheet ist vorgesehen, dass der Verwaltungsrat von Héra [...].

13. Goldman Sachs wird daher in der Lage sein, bestimmenden Einfluss über Héra auszuüben, da sie gemäss dem Topco Term Sheet über ein effektives Veto über grundlegende Geschäfts- und strategische Beschlüsse von Héra haben wird. Demnach wird Astorg und Goldman Sachs nach Vollzug der Transaktion über HRA Pharma gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU verfügen.¹

III. Meldepflicht

14. Wie die nachfolgende Tabelle zeigt, übersteigt der kumulierte Umsatz der beteiligten Unternehmen die Schwelle von CHF 2 Mia. weltweit bzw. CHF 500 Mio. in der Schweiz gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG. Zudem übertreffen sowohl Astorg als auch Goldman Sachs die in Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG festgelegte Umsatzschwelle von CHF 100 Mio., womit der Zusammenschluss der Kontrolle der WEKO untersteht.

Tabelle 1: Umsätze für das Geschäftsjahr 2014

Umsatz in Mio CHF	Weltweit	Schweiz
Astorg	[...]	[...]
Goldman Sachs	[...]	[...]²
HRA Pharma	[...]	[...]

Quelle: Meldung

¹ Vgl. BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3 N 249 und 253; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unter-

nehmenszusammenschlüssen, Abl. 2009/C 43/09, Rz. 69 ff.; RPW 2013/1 106 ff., *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*, Rz. 14 ff.
² Betrifft das Jahr 2013.

IV. Vom Zusammenschluss betroffene Märkte

15. Das Zusammenschlussvorhaben gibt keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken und führt insbesondere nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsverhältnisse. Die Transaktion stellt eine reine Finanzinvestition dar und daraus werden keine industriellen Synergien erwartet. Es bestehen keine horizontalen oder vertikalen Überschneidungen zwischen den Aktivitäten der Erwerber und der Aktivitäten der HRA Pharma, die in der Reproduktionsmedizin für Frauen und Endokrinologie spezialisiert ist.

A. Gesundheitsprodukte für Frauen

a. *Verhütungsmittel*

16. Das Produktportfolio von HRA Pharma beinhaltet zwei Hauptprodukte im Zusammenhang mit der oralen Notfallverhütung, die unter den Markennamen „NorLevo“ und „ellaOne“ verkauft werden. Die Umsätze mit diesen Produkten betragen etwa [...] % der Gesamtumsätze von HRA Pharma.

b. *Behandlung von Uterine „Fibroide“*

17. „esmya“ ist eine Behandlung für Uterine Fibroide (myoma), die häufigste Art von gutartigen Tumoren des weiblichen Genitaltrakts. „esmya“ wurde unter Lizenz von HRA Pharma von Pregelm entwickelt. „esmya“ wird von Partnern der HRA Pharma weltweit kommerzialisiert, inkl. von Gedeon Richter in der Schweiz, allerdings nicht von Tochtergesellschaften der HRA Pharma. Folglich hat HRA Pharma mit „esmya“ keine Verkaufsumsätze in der Schweiz erzielt. „esmya“ kann nur gegen Vorweisung eines Arztrezepts gekauft werden.

c. *Behandlung von Genitalherpes*

18. HRA Pharma kommerzialisiert „Clareva Gel“, eine symptomatische Behandlung von Genitalherpes. Dieses Produkt ist in einigen Ländern erhältlich inkl. in der Schweiz. „Clareva Gel“ ist in Apotheken ohne Arztrezept erhältlich.

B. Sektor Endokrinologie

a. *Behandlung von fortgeschrittenem Nebennierenkrebs*

19. HRA Pharma kommerzialisiert „Lysodren“ (mitotane). Dieses Produkt wird für die Behandlung von fortgeschrittenen kortikalen Nebennierenkarzinomen (advanced adrenal cortical carcinoma (ACC)), eine seltene Krebsart, verwendet. Dieses Produkt ist derzeit in Europa erhältlich inkl. in der Schweiz und kann einzig in Spitalapotheken gegen Vorweisung eines Rezepts eines spezialisierten Arztes gekauft werden.

b. *Diagnostische Arzneimittel für ACTH-Insuffizienz und Cushing Syndrom*

20. HRA Pharma kommerzialisiert „Metopirone“ (metyrapone). Dies ist ein Inhibitor der Kortison-Synthese, der als einen diagnostischen Test für Insuffizienz von ACTH (adrenokortikotropische Hormone) und in der Differenzialdiagnose vom ACTH-abhängigen Cushing Syndrom verwendet wird. Dieses Produkt ist derzeit in 22 Ländern erhältlich inkl. in der Schweiz. Dieses Produkt kann nur mit Arztrezept gekauft werden.

V. Wettbewerbliche Analyse

21. Es ist Standardpraxis der WEKO, bei der Abgrenzung von pharmazeutischen Märkten die ATC³ Klassifikationsstufe und die nationale räumliche Definition zu verwenden.⁴ Die WEKO hat bis jetzt noch keinen Markt betreffend die oben erwähnten Medikamenten definiert und schliesst nicht aus, dass es eine ATC⁴ Klassifikation für die Marktdefinition in einigen Fälle opportun wäre. Eine sachlich und räumlich exakte Marktdefinition ist aber nicht notwendig, da das geplante Zusammenschlussvorhaben keine wettbewerbsrechtlichen Probleme im Bereich der oben erwähnten Medikamente aufwirft.

22. In Beziehung mit dem Erwerb der Kontrolle über HRA Pharma stehende Märkte liefern die Parteien die folgende Schätzungen:

³ „Anatomical Therapy Classification“.

⁴ Vgl. RPW 2013/1 106 et seq., BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc., para. 45; RPW 2009/4 349 et seq., Pfizer/Wyeth, para 27.

Tabelle 2: Anteile in der Schweiz im Jahr 2014

Segments	HRA Pharma	Astorg	Goldman Sachs
Hormonelle Verhütungsmittel (ATC3-Klassifikation: G3A)	[0-5]%	0%	0%
Behandlung von Uterine Fibroiden (ATC3-Klassifikation: G3X)	[0-10]%	0%	0%
Behandlung von Genitalherpes (Keine ATC-Klassifikation)	[0-5]% ⁵	0%	0%
Behandlung von fortgeschrittenem Nebennierenkrebs (ATC3-Klassifikation: L1X)	[0-5]%	0%	0%
Diagnostische Arzneimittel für ACTH-Insuffizienz und Cushing Syndrom (ATC3-Klassifikation: V4C)	[...] ⁶	0%	0%

Quelle: Schätzung der Parteien gestützt auf Daten von IMS Health.

22. Die Transaktion führt zu keinen horizontalen oder vertikalen Überschneidungen der Aktivitäten von HRA Pharma und den Aktivitäten der von Astorg und Goldman Sachs kontrollierten Portfolio-Gesellschaften in der Schweiz und im Ausland. Zudem planen die Erwerber keine Markteintritte in diejenigen Bereiche, in denen die Zielgesellschaft tätig ist und haben dies in den letzten zwei Jahren auch nicht angestrebt. Die Erwerber halten auch keine Immaterialgüterrechte in den Märkten, in denen die Zielgesellschaft tätig ist.

23. Keines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist in einem den Tätigkeiten des jeweils anderen Unternehmens vor- respektive nachgelagerten Markt tätig, so dass der Zusammenschluss zu keinen vertikalen Überlappungen führt.

24. Es gibt keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

VI. Schlussfolgerungen

25. Aus den obigen Erläuterungen folgt, dass die vorliegende Transaktion in keinem der oben erwähnten Märkte in Europa oder der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung schafft oder verstärkt und den Wettbewerb auch nicht auf andere Weise spürbar beeinträchtigt. Eine Prüfung der vorliegenden Transaktion ist somit nicht notwendig.

⁵ Beste Schätzung der Parteien. Es sind keine Marktdaten für die Behandlung von Genitalherpes verfügbar. Die Parteien schätzen den Marktanteil in der Schweiz mit diesem Produkt auf unter [0-5] %, denn mit diesem Produkt wurden im Jahr 2014 in der Schweiz nur Umsätze von ca. CHF [...] erzielt.

⁶ Für diese Produktklasse sind keine IMS-Daten erhältlich. Im Jahr 2014 hat HRA Pharma mit dem Produkt „Metopirone“ in der Schweiz minimale Umsätze von ca. CHF [...] erzielt.

B 2.3

4. Tamedia AG/ImmoStreet.ch S.A.

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 19. November 2015

Gestützt auf die Angaben der Zusammenschlussparteien hat die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse in Anwendung von Artikel 20 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015

(Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1) beschlossen, hinsichtlich des Zusammenschlussvorhabens Tamedia / ImmoStreet keine Prüfung durchzuführen.

Aufgrund der speziellen Umstände, insbesondere der grossen inhaltlichen Nähe zum Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet (RPW 2012/3, 669 ff.) verzichtet die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall ausnahmsweise auf die Publikation einer Beschlussbegründung. Es wird nur das Ergebnis publiziert (Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO).

B 2.3

5. Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG**Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart**Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart**Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Dezember 2015**Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Dezember 2015***A Sachverhalt**

1. Am 9. November 2015 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und der Tradono ApS (nachfolgend Tradono Denmark) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen (nachfolgend: Meldung). Danach beabsichtigen Tamedia und Tradono Denmark, das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland AG (nachfolgend: Tradono Switzerland) zu gründen.

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 ist. 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 Tradono Denmark

3. Gemäss Meldung ist Tradono Denmark ein dänisches Unternehmen, das in Dänemark eine Online-Plattform für Kleinanzeigen betreibt. Tradono Denmark sei in der Schweiz nicht tätig. Das Angebot von Tradono Denmark sei nur in dänischer Sprache verfügbar.

4. Tamedia halte eine Minderheitsbeteiligung von 25.6 % an Tradono Denmark. Die Gründer von Tradono Denmark würden [...] Tradono Denmark kontrollieren.

5. Die Online-Plattform von Tradono Denmark sei in erster Linie auf die Nutzung mittels mobilen Endgeräten (Smartphones, Tablets) ausgerichtet (sog. Mobile First-Anbieter). Sie richte sich an private und kleinere professionelle Verkäufer, wie z.B. Second-hand-Händler. Der Vertragsschluss erfolge nicht direkt auf der Plattform. Diese diene wie die bekannten Online-Plattformen mit Rubrikanzeigen nur der Kontaktaufnahme zwischen dem Anbieter und den Kaufinteressenten, die den Vertragsschluss dann ausserhalb der Plattform vornähmen. [...]

A.2 Tradono Switzerland und das Vorhaben

6. Gemäss Meldung beabsichtigen Tamedia und Tradono Denmark die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland. Dazu hätten die Parteien ein „Investment und Shareholder Agreement“ abgeschlossen. Voraussichtlich werde Tradono Switzerland die Firma „Tradono Switzerland AG“ tragen und den Sitz

in Zürich haben. Nach der Gründung würden Tamedia und Tradono Denmark je 50 % der Aktien von Tradono Switzerland halten.

7. Das „Investment und Shareholder Agreement“ diene gleichzeitig als Aktionärbindungsvertrag, der die gemeinsame Kontrolle über Tradono Switzerland begründe. [...]

8. Mit Vollzug der vorliegenden Transaktion würden Tamedia zudem Kontrollrechte über Tradono Denmark gewährt. [...] Damit werde Tradono Denmark nach Vollzug der vorliegenden Transaktion in der Schweiz von den beiden Gründern und Tamedia gemeinsam kontrolliert werden.

9. Diese Angaben zeigen, dass die Parteien gleichzeitig (obwohl nicht ausdrücklich) ein Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf Tradono Denmark melden: den Übergang von gemeinsamer Kontrolle der zwei Gründer über Tradono Denmark zu gemeinsamer Kontrolle von den zwei Gründern und Tamedia (vgl. Rz 8). Dieses Zusammenschlussvorhaben hat wegen der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland Auswirkungen auf die Schweiz. Mit der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Tradono Switzerland erfolgt gleichzeitig eine Beurteilung dieser Auswirkungen. Die WEKO weist hierzu darauf hin, dass eine Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 KG eine Sanktion nach sich ziehen kann.

10. [...]

11. Als geplante Geschäftstätigkeiten soll Tradono Switzerland gemäss Meldung in der Schweiz einen vergleichbaren Marktplatz lancieren und betreiben, wie ihn Tradono Denmark bereits heute in Dänemark betreibt. Der Fokus dieser Online-Plattform werde auf Kleinanzeigen liegen. Gemäss Meldung werde Tradono Switzerland in den Märkten für Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) tätig sein.

12. Es sei geplant, eine analoge Plattform einschliesslich Apps für verschiedene Smartphones aufzubauen, wie sie Tradono Denmark heute in Dänemark betreibe. Im Unterschied zu klassischen Kleinanzeigeportalen (wie z.B. tutti.ch oder anibis.ch) werde Tradono Switzerland vor allem auf die Nutzung mittels einer Kleinanzeigen-App für mobile Endgeräte (Smartphones, Tablets) ausgerichtet sein (Mobile First). Zudem werde die Online-Plattform mit Facebook verknüpft werden. Die Nutzung der Kleinanzeigen-App von Tradono Switzerland werde die Anmeldung mittels Facebook-Profil erfordern. Dadurch würden die Nutzerinnen und Nutzer beispielsweise mit Inserentinnen und Inserenten in Kontakt treten, Kommentare zu Produkten abgeben, Inserate in Facebook-Gruppen mit anderen teilen oder Angebote verfolgen können.

13. [...] Auch in der Schweiz werde die Plattform privaten und professionellen Händlern, wie z.B. kleineren Second-hand-Händlern, offenstehen. Diesbezüglich seien keine Einschränkungen geplant. [...]

14. [...]

15. Zu den Umständen, die zum Zusammenschluss geführt hätten, macht die Meldung folgende Angaben. [...]

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

16. Durch das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland beabsichtige Tamedia, [...].

A.4 Verfahren

17. Am 15. Oktober 2015 ging beim Sekretariat eine erleichterte Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung. Im gleichen Schreiben hielt das Sekretariat fest, dass es vor der Zusendung der erleichterten Meldung keine Befreiung gemäss Artikel 12 VKU von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen nach Artikel 11 Absätze 1 und 2 VKU erteilt hatte.

18. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 teilte das Sekretariat den Parteien die Unvollständigkeit der Meldung vom 13. Oktober 2015 mit.

19. Die Angaben der Parteien für die Vollständigkeit gingen am 9. November 2015 beim Sekretariat ein. Das Sekretariat bestätigte den Eingang des Schreibens am 9. November 2015.

20. Mit Schreiben vom 17. November 2015 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

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).

23. 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 wettbe-

werbssensiblen 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.¹

24. 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.²

25. 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.³ Die Muttergesellschaften ihrerseits bilden hingegen untereinander keine wirtschaftliche Einheit.

26. Gestützt auf diese Ausführungen sind vorliegend somit Tamedia, Tradono Denmark und Tradono Switzerland als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG bzw. von Art. 3 VKU zu qualifizieren.

¹ 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.

² 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.

³ In diesem Sinne auch Urteil des EuGH vom 26.9.2013 C-179/12 P *The Dow Chemical Company/European Commission*; KERSTING (Fn 2), 1167.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

27. 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).

28. 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.⁴

B.1.2.1 Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

29. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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 (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU).

B.1.2.1.1. Gemeinsame Kontrolle

30. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.⁵ 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.⁶ Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.⁷

31. 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.⁸

32. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.⁹ 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 zu-

sätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen.¹⁰ 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.¹¹

33. Wie bereits erwähnt diene das „Investment und Shareholder Agreement“ gleichzeitig als Aktionärsbindungsvertrag, der die gemeinsame Kontrolle über Tradono Switzerland begründe (vgl. Rz 8 ff.). [...] Mit Vollzug der vorliegenden Transaktion würden Tamedia zudem Kontrollrechte über Tradono Denmark gewährt. [...] Damit werde Tradono Denmark nach Vollzug der vorliegenden Transaktion in der Schweiz von den beiden Gründern und Tamedia gemeinsam kontrolliert werden.

34. [...]

35. Entsprechend diesen Angaben der Meldung ist von einer gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Tradono Denmark an Tradono Switzerland auszugehen. [...]

B.1.2.1.2. Vollfunktion

36. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹²

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

⁴ Vgl. RPW 2013/3, 357 Rz 24, *Tamedia AG/Schibsted/ SCMS/piazza/car4you*; RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/ Transitgas*.

⁵ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

⁶ Vgl. RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.

⁷ Vgl. RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁸ Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.02.2009 S. 10 ff. (nachfolgend: EU-Mitteilung), Rz 62.

⁹ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 63.

¹⁰ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 65.

¹¹ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 66; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 5), Art. 4 Abs. 3 KG N 231 ff.

¹² Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

Marktauftritt

37. 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.¹³

38. Gemäss Meldung wird Tradono Switzerland basierend auf der von Tradono Denmark [...] Technologie eine Online-Plattform betreiben, die auf die Nutzung mittels einer Kleinanzeigen-App ausgerichtet sein werde. Die Gesellschaft werde im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und damit unabhängig von den kontrollierenden Unternehmen am Markt auftreten. Sie werde über einen eigenen Marktzugang und eine eigene Marktpräsenz verfügen.

39. Gestützt auf die Angaben der Meldung ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland nicht bloss eine Hilfsfunktion für Tamedia und Tradono Denmark ausübt. Das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland tritt entsprechend den Angaben der Meldung als Betreiberin einer Online-Plattform und damit als Anbieterin auf dem Markt auf. Das Vollfunktionskriterium des Marktauftritts ist daher zu bejahen.

Selbständige wirtschaftliche Einheit

40. 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.¹⁴

41. Es entspreche der klaren Absicht von Tamedia und Tradono Denmark, dass Tradono Switzerland ein eigenständiges Unternehmen sein solle. [...]

42. Entsprechend diesen Ausführungen der Meldung ist das Gemeinschaftsunternehmen als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren.

Auf Dauer angelegt

43. 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.¹⁵ Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.¹⁶

44. Gemäss Meldung sei es klarer Wille von Tamedia und Tradono Denmark, dass sich das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland langfristig als eigenständige Anbieterin im Markt etablieren kann. [...]

45. Die Statuten von Tradono Switzerland bezeichnen die Dauer der Gesellschaft als unbeschränkt.

46. Aufgrund der Ausführungen in der Meldung sowie in den Statuten kann davon ausgegangen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland auf Dauer angelegt ist.

Management und Ressourcen

47. 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.¹⁷

48. Es entspreche der klaren Absicht von Tamedia und Tradono Denmark, dass Tradono Switzerland ein eigenständiges Unternehmen sein solle. Gemäss Meldung werde Tradono Switzerland über eigenes Personal und über das für den Geschäftsbetrieb notwendige Kapital verfügen. [...]

49. Oberstes geschäftsführendes Organ ist gemäss Statuten des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland der Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat habe die im Gesetz umschriebenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben. Zudem vertrete der Verwaltungsrat das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland nach aussen. Zur Geschäftsführung halten die Statuten fest, dass der Verwaltungsrat nach Massgabe eines Organisationsreglements die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben an einzelne seiner Mitglieder (Delegierte) oder an Dritte (Direktoren, Geschäftsführer) übertragen kann. Das Organisationsreglement ordne insbesondere die Geschäftsführung, bestimme die hierfür erforderlichen Stellen, umschreibe deren Aufgaben und regle die Berichterstattung.

50. Die Meldung führt aus, dass Tradono Switzerland eigene Mitarbeiter beschäftigen wird. [...] Tradono Switzerland werde für diese Mitarbeiter über eine eigene Büroinfrastruktur verfügen.

¹³ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.

¹⁴ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 5), Art. 4 Abs. 3 KG N 316.

¹⁵ Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate*.

¹⁶ Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 5), Art. 4 Abs. 3 KG N 362.

¹⁷ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 5), Art. 4 Abs. 3 KG N 331.

51. Lediglich während der Aufbauphase des Unternehmens würden einige wenige Dienstleistungen durch Tradono Denmark erbracht werden. [...]

52. Gestützt auf die Angaben der Meldung kann davon ausgegangen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland sowohl über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management als auch ausreichende Ressourcen verfügen wird.

Fazit Vollfunktion

53. Aufgrund der Angaben der Meldung ist somit davon auszugehen, dass das vorliegende geplante Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens erfüllen wird.

B.1.2.1.3. Einbringung von Geschäftstätigkeit

54. 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.¹⁸

55. Die Meldung führt aus, dass Tradono Denmark Know-how und die notwendigen [...]rechte für Software und Apps in das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland einbringen werde. Damit könne Tradono Switzerland eine entsprechend Plattform in der Schweiz realisieren. Tradono Denmark habe durch die Fokussierung auf die mobile Nutzung von Online-Marktplätzen mittels einer Kleinanzeigen-App und durch Einbindung von Facebook spezifisches Know-how entwickelt. Dieses Know-how sei in die Software von Tradono Denmark eingeflossen, die Tradono Denmark zum Betrieb der eigenen Online-Plattform verwende. Die Software umfasse auch die Kleinanzeigen-App, die Nutzer im „App Store“ von Apple und bei „Google Play“ beziehen könnten. Tradono Denmark verfüge über die entsprechenden Immaterialgüterrechte an der Software und der App.

56. [...]

57. [...]

58. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

59. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

60. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Tamedia, Tradono Denmark und Tradono Switzerland beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

61. 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

62. Tamedia und Tradono Denmark machen geltend, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG noch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

63. 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).

64. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Tradono Denmark	insgesamt
Schweiz	1114	0	1114
Weltweit	1114	[...]	[...]

65. 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.

66. 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.¹⁹ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbun-

¹⁸ Vgl. RPW 2008/1, 125 Rz 17, *General Electric Company/Credit Suisse Private Equity*; RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; vgl. auch BSK KG-REINERT (Fn 5), Art. 4 Abs. 3 KG N 374 ff.

¹⁹ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

denen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia²⁰ 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 verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.²¹

67. 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.

68. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, eine Online-Plattform für Kleinanzeigen in der Schweiz zu lancieren (vgl. Rz 6 ff.). Diese werde voraussichtlich auf Deutsch, Französisch und Englisch lanciert werden. Die Online-Plattform richtet sich damit namentlich auch an Nutzer und Inserenten in der französischsprachigen Schweiz. Damit betrifft der Zusammenschluss folgende Märkte:

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-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-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz.

69. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.²² Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung können insbesondere auch an die Leserschaft gerichtete Rubrikanzeigen sein.²³ 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.

70. Die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich Tribune de Genève und 24 heures) enthalten ebenfalls Rubrikanzeigen. Da aufgrund der Angaben der Parteien davon auszugehen ist, dass Tradono Switzerland auch in der französischsprachigen Schweiz und damit insbesondere auch in den Regionen Genf und Lausanne Online-Rubrikanzeigen anbieten wird, 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.

71. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

72. 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.

73. 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 Tradono Switzerland 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 sein dürften.

74. 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

²⁰ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff. *Tamedia/PPSR*.

²¹ Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1, *Ringier/Le Temps*.

²² Vgl. in diesem Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

²³ Vgl. RPW 2007/2 204 Rz 101, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

die Fusionskontrolle noch als beachtlich.²⁴ 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.

75. Grundsätzlich kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmens angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen (vgl. Rz 86, 91, 114 und 126).²⁵

76. 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 Tradono Switzerland 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.

77. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

78. 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).

79. 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

80. 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).

81. 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	tio.ch	marktplatz.tagesanzeiger.ch
olx.ch	pa.ghi.ch	point-annonces.ch
piazza.ch	20min.ch/marktplatz	
Fahrzeug-Rubrikanzeigen		
auto.ricardo.ch	auto-online.ch	inserate24.ch
car4you.ch	auto24.ch	ecocar4you.ch
fahrzeugnetz.ch	moto24.ch	
Stellen-Rubrikanzeigen		
jobs.ch	jobsuchmaschine.ch	stellen.ch
jobwinner.ch	jobs4sales.ch	24Emploi.ch
Jobscout24.ch	ictcareer.ch	tdgemploi.ch
alpha.ch	medTalents.ch	tio.ch
topjobs.ch	jobs4finance.ch	
jobup.ch	ingjobs.ch	
Immobilien-Rubrikanzeigen		
homegate.ch	Immo.ch	Acheter-louer.ch
home.ch	Alle-immobilien.ch	24immobilier.ch
immostreet.ch	Anzeiger.ch	tdgimmobilier.ch
E-Commerce		
ricardo.ch	fashionfriends.ch	quaps.ch
ricardoshops.ch	brandstore.ch	beautybox.ch

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

²⁵ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

82. Tradono Denmark betreibt gemäss Meldung eine Online-Plattform für Kleinanzeigen in Dänemark, die auf die Nutzung mittels mobilen Endgeräten ausgerichtet ist. Tradono Switzerland solle in der Schweiz einen vergleichbaren Marktplatz lancieren und betreiben, deren klarer Fokus auf Kleinanzeigen liege. Tradono Switzerland werde voraussichtlich in den Märkten für Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) tätig sein. Allerdings führt die Meldung auch aus, dass es unwahrscheinlich sei, aber nicht völlig auszuschliessen, dass die Inserenten die Online-Plattform von Tradono Switzerland in geringem Umfang dafür nutzen würden, Immobilien oder Fahrzeuge zu inserieren. Immobilien- und Fahrzeug-Rubrikanzeigen dürften auf der künftigen Online-Plattform nur von geringer Bedeutung sein.

83. In dieser Hinsicht zeigen die Webseiten von tradono.dk und den von der Meldung genannten neu eingetretenen Portalen findix.ch und shpock.com, dass diese Rubrikanzeigen für Fahrzeuge und Immobilien enthalten; shpock.com führt sogar eine eigene Kategorie für Fahrzeuge²⁶, findix.ch eine solche für Fahrzeuge, Immobilien und Stellen.²⁷

84. [...]

85. Dementsprechend betrifft das Zusammenschlussvorhaben in erster Linie die Märkte für Inserenten und Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen sowie die Märkte für statische und dynamische Online-Werbung. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind somit die untenstehenden sachlichen Märkte relevant.

86. Schliesslich ist allgemein festzuhalten, dass eine Marktabgrenzung aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen ist.²⁸ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.²⁹ 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.³⁰ Die Frage hinsichtlich der Trennung des Online- vom Offline-Bereich stellt sich zukünftig grundsätzlich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten (vgl. Rz 75, 91, 114 und 126).

B.4.1.1.1. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

87. 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 inserieren möchten.³¹

88. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen.³² Diese Frage stellt sich auch bei den Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge), insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen. Allerdings bestehen aufgrund der Angaben der Meldung keine Anhaltspunkte, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf den Markt für Inserenten in Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) ändert. Deshalb kann eine weitergehende Betrachtung eines Marktes für Inserenten in Online-Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) für diesen Fall ausbleiben.

89. [...] Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis noch nicht mit der Frage beschäftigt, ob es allenfalls einen sachlich relevanten Markt für E-Commerce Plattformen gibt, auf denen Produkte und Dienstleistungen angeboten werden können, und ob ein solcher Markt allenfalls nach Produktgruppen zu unterscheiden wäre. Vorliegend kann in Anlehnung an das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch zunächst offen bleiben, ob bzw. wie ein solcher Markt für E-Commerce Plattformen abzugrenzen wäre.³³

B.4.1.1.2. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

90. 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.³⁴

91. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen (vgl. Rz 86 und 88).³⁵ Diese Frage stellt sich auch bei den Immobilien-Rubrikanzeigen, insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen.

B.4.1.1.3. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

92. 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

²⁶ Vgl. <www.shpock.com> (13.11.2015).

²⁷ Vgl. <www.shpock.com> (13.11.2015).

²⁸ Vgl. Urteil des BGER 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 331, WEKO/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, REKO/WEF.

²⁹ Urteil des BGER 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

³⁰ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, Tamedia/home.ch.

³¹ 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; RPW 2015/3, 475 Rz 62 ff., Tamedia/ricardo.ch.

³² Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, Tamedia/home.ch.

³³ Vgl. RPW 2015/3, 475 Rz 65 ff., Tamedia/ricardo.ch.

³⁴ 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; RPW 2015/3, 475 Rz 69, Tamedia/ricardo.ch.

³⁵ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, Tamedia/home.ch.

eine Arbeitsstelle anbieten.³⁶ Zu diesem Markt gehört die Personalvermittlung und -beschaffung in ihrer Dienstleistungsform als Ganzes nicht dazu.³⁷ Ebenfalls sind Stellenausschreibungen auf firmeneigenen Webseiten nicht zu diesem Markt zu zählen.³⁸

93. Analog zum Vorgehen im Rahmen der Zusammenschlussvorhabens Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24 werden zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen neben der Abgrenzung des Markts für Inserenten in bzw. Markts für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen auch separate Online-Märkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt.³⁹ Dies orientiert sich auch am Vorgehen der europäischen und der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden, deren Marktdefinition Online- und Offline-Bereich als getrennte Märkte abgrenzt, insbesondere im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen.⁴⁰ Gleichermassen ergibt die Marktbeurteilung im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/ricardo.ch, dass die Mehrheit der Befragten fast nur noch Online-Stellenausschreibungen verwendet oder ihre Wahl für Print und Online oder ihre Wahl für Online zusammen mit Print oder Print alleine nach bestimmten Kriterien richtet (z.B. Spezialisten oder Region).⁴¹ Vor diesem Hintergrund ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich die Frage hinsichtlich der Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich zukünftig grundsätzlich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten stellt.

B.4.1.1.4. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

94. 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.⁴²

95. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen (vgl. Rz 86).⁴³ Diese Frage stellt sich auch bei den Fahrzeug-Rubrikanzeigen, insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen.

B.4.1.1.5. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

96. 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.⁴⁴

97. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen (vgl. Rz 86).⁴⁵ Diese Frage stellt sich auch bei den Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge), insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen. Allerdings bestehen aufgrund

der Angaben der Meldung keine Anhaltspunkte, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf den Markt für Nutzer von Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) ändert. Deshalb kann eine weitergehende Betrachtung eines Marktes für Nutzer von Online-Rubrikanzeigen ausbleiben.

B.4.1.1.6. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

98. 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.⁴⁶

99. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen (vgl. Rz 86).⁴⁷ Diese Frage stellt sich auch bei den Immobilien-Rubrikanzeigen, insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen.

B.4.1.1.7. 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 praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.⁴⁸ Auch

³⁶ Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/3, 361 Rz 61, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2015/3, 513 Rz 78 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 475 Rz 70 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

³⁷ Vgl. RPW 2015/3, 513 Rz 81, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 476 Rz 73, *Tamedia/ricardo.ch*.

³⁸ Vgl. RPW 2015/3, 514 Rz 83 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 476 Rz 75 f., *Tamedia/ricardo.ch*.

³⁹ Vgl. RPW 2015/3, 514 Rz 85 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 477 Rz 77 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴⁰ Vgl. RPW 2015/3, 516 Rz 94 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 479 Rz 86 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴¹ Vgl. RPW 2015/3, 517 Rz 98, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 479 Rz 90, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴² Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 62, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2015/3, 480 Rz 92, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴³ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

⁴⁴ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 63, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2015/3, 480 Rz 93, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

⁴⁶ 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*; RPW 2015/3, 480 Rz 94, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁴⁷ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

⁴⁸ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 65, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 11, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2015/3, 517 Rz 100 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 480 Rz 95 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

nutzerseitig ist nicht von einem Markt für Vermittlungsdienstleistung auszugehen, sondern dieser ist spezifisch auf Stellenausschreibungen zu begrenzen. Ebenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass Stellenausschreibungen von Unternehmen auf der firmeneigenen Webseite nutzerseitig zu berücksichtigen sind.⁴⁹

101. Wie erwähnt, werden zur Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auch nutzerseitig im Sinne einer Alternativbetrachtung separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt (vgl. Rz 92).

B.4.1.1.8. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

102. 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.⁵⁰

103. Wie bereits erwähnt hat die WEKO die Frage einer Trennung zwischen Online- und Offline-Bereich grundsätzlich aufgeworfen (vgl. Rz 86).⁵¹ Diese Frage stellt sich auch bei den Fahrzeug-Rubrikanzeigen, insbesondere auch in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen.

B.4.1.1.9. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen

104. 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.⁵² Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen gehört insbesondere Bannerwerbung.⁵³

B.4.1.1.10. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen

105. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen gehört insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.⁵⁴

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

106. 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

107. In räumlicher Hinsicht sind im Bereich Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen.⁵⁵

108. Die Meldung geht bei Rubrikanzeigen von einer Marktabgrenzung nach Sprachregionen aus. Tradono Switzerland werde voraussichtlich auf Deutsch, Französisch und Englisch lanciert werden. Die Plattform werde

sich an Inserenten und Nutzer aus der ganzen Schweiz richten, wobei der Fokus zunächst auf der gesamten deutsch- und französischsprachigen Schweiz liegen werde. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb sich das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Grossräumen wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheiden sollte. Daher könne auch im vorliegenden Fall auf eine weitere räumliche Unterteilung der Märkte verzichtet werden.

109. 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 Tradono Switzerland in einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung 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.⁵⁶

110. 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 ausgeschlossen. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Marktabgrenzung einzugehen.

B.4.1.2.2. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbung

111. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprachregional abgegrenzt.⁵⁷ Auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist eine räumliche Marktabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

⁴⁹ Vgl. RPW 2015/3, 517 Rz 101 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 480 Rz 96 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁵⁰ Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 66, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2015/3, 481 Rz 100, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁵¹ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*.

⁵² Vgl. RPW 2013/3, 362 Rz 68, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2015/3, 518 Rz 105 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481 Rz 101, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁵³ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*.

⁵⁴ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 105 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481 Rz 102, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁵⁵ 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*; RPW 2015/3, 518 Rz 108 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481Rz 104 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁵⁶ 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*.

⁵⁷ 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*; RPW 2015/3, 519 Rz 112, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481 Rz 108, *Tamedia/ricardo.ch*.

112. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national⁵⁸ oder sprachregional⁵⁹ 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

113. Tabelle 3 enthält eine Zusammenfassung der relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind. Um die Übersichtlichkeit zu erhöhen, wird für jeden relevanten Markt ein entsprechendes Kürzel eingeführt.

Tabelle 3: Übersicht relevante Märkte

Beschreibung	Kürzel
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Sonst-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Sonst-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Sonst-IT
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Immo-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Immo-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Immo-IT
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Jobs-DE Ins-On-Jobs-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Jobs-FR Ins-On-Jobs-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz bzw. Markt für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Jobs-IT Ins-On-Jobs-IT
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Ins-PrOn-Fahr-DE
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Fahr-FR
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Ins-PrOn-Fahr-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Sonst-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Sonst-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Sonst-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Immo-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Immo-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Immo-IT

⁵⁸ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 49, *Tamedia/home.ch*; RPW 2012/1, 156 Rz 114 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

⁵⁹ Vgl. RPW 2014/4, 762 Rz 50, *Tamedia/home.ch* RPW 2013/3, 363 Rz 73, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

Beschreibung	Kürzel
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz bzw. Markt für Nutzer von Online-Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Jobs-DE Nu-On-Jobs-DE
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	Les-PrOn-Jobs-FR Nu-On-Jobs-FR
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	Les-PrOn-Jobs-IT Nu-On-Jobs-IT
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz	Les-PrOn-Fahr-DE
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Fahr-FR
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	Les-PrOn-Fahr-IT
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	Werb-Stat-DE
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	Werb-Stat-FR
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	Werb-Stat-IT
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz	Werb-Dyn-DE
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	Werb-Dyn-FR
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	Werb-Dyn-IT

114. Wie bereits erwähnt, stellt sich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten die Frage der Abgrenzung zwischen Online- und Offline-Bereich. Zudem kann sich in anderen Fällen die Frage einer zusätzlichen räumlichen Unterteilung bzw. Abgrenzung stellen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten (Einzelmarktbeherrschung)

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. Vorweg ist anzumerken, dass für die Beurteilung der Marktstellung die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen sind, da vom Gemeinschaftsunter-

nehmen kein Wettbewerbsdruck ausgeht.⁶⁰ Entsprechend wurden die Marktanteile von Gemeinschaftsunternehmen, die von Tamedia mitkontrolliert werden, jeweils zu 100 % bei Tamedia berücksichtigt.

117. Für die relevanten Märkte, die für dieses Zusammenschlussvorhaben von Bedeutung sind, macht die Meldung die in Tabelle 4 enthaltenen Angaben. Dabei enthält Tabelle 4 die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter Berücksichtigung von Online und Print im gleichen Markt (vgl. Rz 92) sowie die Angaben für den Bereich Stellen-Rubrikanzeigen unter separater Berücksichtigung von Online. 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 leser- bzw. nutzerseitig nur die französischsprachige Schweiz als betroffener Markt

⁶⁰ Vgl. RPW 2014/4, 717 Rz 80, Ringier/Le Temps.

heraus. Online alleine führt auch zu betroffenen Märkten in allen drei Sprachregionen Deutschschweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz. Dementsprechend werden diese Märkte im Rahmen der aktuellen Konkurrenz einer weiteren Analyse unterzogen (vgl. Rz 118 ff.).

Tabelle 4: Angaben Marktanteile für das Geschäftsjahr 2014

Relevanter Markt	Marktanteile Geschäftsjahr 2014			Betroffener Markt
	Tamedia	Tradono Denmark	gemeinsam	
Ins-PrOn-Sonst-DE	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Ins-PrOn-Sonst-FR	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Ins-PrOn-Sonst-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Ins-PrOn-Immo-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-PrOn-Immo-FR	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-PrOn-Immo-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Ins-PrOn-Jobs-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Ins-On-Jobs-DE	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-PrOn-Jobs-FR	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-On-Jobs-FR	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-PrOn-Jobs-TI	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-On-Jobs-TI	[50-60%]	[0-10%]	[50-60%]	ja
Ins-PrOn-Fahr-DE	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Ins-PrOn-Fahr-FR	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Ins-PrOn-Fahr-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Les-PrOn-Sonst-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Sonst-FR	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Sonst-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Les-PrOn-Immo-DE	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Les-PrOn-Immo-FR	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Les-PrOn-Immo-TI	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Les-PrOn-Jobs-DE	[20-30%]	[0-10%]	[20-30%]	nein
Nu-On-Jobs-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Jobs-FR	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Nu-On-Jobs-FR	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Jobs-TI	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	nein
Nu-On-Jobs-TI	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Les-PrOn-Fahr-DE	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Les-PrOn-Fahr-FR	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Les-PrOn-Fahr-TI	[10-20%]	[0-10%]	[10-20%]	nein
Werb-Stat-DE	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	ja
Werb-Stat-FR	[50-60%]	[0-10%]	[50-60%]	ja
Werb-Stat-TI	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]	ja
Werb-Dyn-DE	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Werb-Dyn-FR	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein
Werb-Dyn-TI	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	nein

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

118. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich um Märkte 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.⁶¹

120. Die Meldung verweist mehrfach darauf, dass die Marktanteile von Tradono Denmark in der Schweiz ausnahmslos 0 % betragen würden, weil Tradono Denmark in der Schweiz nicht tätig sei. Dies bedeutet allerdings nicht, dass mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit von Tradono Switzerland Auswirkungen auf die Verhältnisse in der Schweiz ausgeschlossen sind. Weil Tradono Switzerland in der Schweiz einen vergleichbaren Marktplatz lancieren und betreiben sollte, wie Tradono Denmark bereits heute in Dänemark betreibt, sind mit der Einführung von Tradono Switzerland Auswirkungen in der Schweiz zu erwarten.

121. Die geplante Online-Plattform von Tradono Switzerland wird gemäss Meldung den klaren Fokus auf Rubrikanzeigen ohne Stellen, Immobilien oder Fahrzeuge haben. Allerdings können Rubrikanzeigen für Stellen, Immobilien oder Fahrzeuge nicht ausgeschlossen werden (vgl. Rz 82). Dies bestätigt die bereits existierende Online-Plattform Tradono Denmark (tradono.dk), welche gemäss Meldung als Vorbild für Tradono Switzerland dient. Zudem enthalten die von der Meldung genannten Markteintritte findix.ch und shpock.com Stellen-, Immobilien- und Fahrzeug-Rubrikanzeigen bzw. führen eigene Kategorien für diese Bereiche (vgl. Rz 83).

122. Diese Angaben der Meldung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen lassen erwarten, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland keine negativen Auswirkungen auf die Marktstellung von Tamedia haben dürfte. Es lässt sich erwarten, dass Tamedia mit der Gründung von Tradono Switzerland ihre Stellung in den verschiedenen Bereichen stabilisieren oder ausbauen kann.

123. Wegen der hohen Anzahl an betroffenen Märkten erfolgt die Darstellung der aktuellen Konkurrenz in tabellarischer Form.

Tabelle 5: Darstellung der aktuellen Konkurrenz für das Jahr 2014

Ins-PrOn-Immo-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: newhome.ch AG	Wettbewerber 3: urban group gmbh	Bewertung Veränderung ⁶²
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Immo-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: acheter-louer.ch & Publimmo Sàrl	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Ins-PrOn-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	+
Ins-On-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	+
Ins-PrOn-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	+

⁶¹ Vgl. RPW 2014/4, 764 Rz 56, *Tamedia/home.ch*.

⁶² 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.

Ins-On-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: VALMO Sarl	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	+
Ins-PrOn-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	+
Ins-On-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Bewertung Veränderung
50% (50+0)	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Ins-PrOnFahr-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier	Wettbewerber 2: Fahrzeugnet AG	Wettbewerber 3: Gratis-Inserate.ch GmbH	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[40-50%]	[0-10%]	[0-10%]	0
Les-PrOn-Sonst-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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
Les-PrOn-Sonst-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Amazon.com, Inc.	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Schibsted	Bewertung Veränderung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Nu-On-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	+
Les-PrOn-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Wettbewerber 2: ESH Médias	Wettbewerber 3: Intervog Sarl	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	+
Nu-On-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	+
Nu-On-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	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%]	[0-10%]	+
Werb-Stat-DE				
Tamedia & Tradono	Wettbewerber 1:	Wettbewerber 2:	Wettbewerber 3:	Bewertung Veränderung

Denmark	Ringier	Swisscom	NZZ	derung
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0
Werb-Stat-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Ringier	Wettbewerber 3: Virtual Networks	Bewertung Veränderung
[50-60%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	0
Werb-Stat-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Swisscom	Wettbewerber 2: Timedia	Wettbewerber 3: Corriere del Ticino	Bewertung Veränderung
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	0

124. 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 %]. Zur besseren Übersicht zeigt Tabelle 6 die Marktanteilsdifferenzen zur jeweils grössten

Wettbewerberin für das Jahr 2014. Es handelt sich dabei um die Differenzen zwischen dem gemeinsamen Marktanteil von Tamedia und Tradono Denmark und dem Marktanteil der zweitgrössten Wettbewerberin.

125. Die Marktanteilsdifferenzen zu den zweitgrössten Wettbewerberinnen fallen hoch aus. Dies weist auf Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia hin.

Tabelle 6: Darstellung der Marktanteilsdifferenzen zum zweitgrössten Wettbewerber für das Jahr 2014 im Bereich Inserenten in Stellen-Rubrikanzeigen und Nutzer/Leser von Stellen-Rubrikanzeigen

Ins-PrOn-Jobs-DE		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Marktanteilsdifferenz
[30-40%]	[0-10%]	[20-30%]
Ins-On-Jobs-DE		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Akoden GmbH	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[30-40%]
Ins-PrOn-Jobs-FR		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[30-40%]
Ins-On-Jobs-FR		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[30-40%]
Ins-PrOn-Jobs-TI		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[20-30%]
Ins-On-Jobs-TI		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Marktanteilsdifferenz
[50-60%]	[10-20%]	[30-40%]
Nu-On-Jobs-DE		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Marktanteilsdifferenz
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]
Les-PrOn-Jobs-FR		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[30-40%]

Nu-On-Jobs-FR		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Marktanteilsdifferenz
[40-50%]	[10-20%]	[20-30%]
Nu-On-Jobs-TI		
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Marktanteilsdifferenz
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]

126. Zudem stellt sich die Frage nach den Verhältnissen für reine Online-Märkte (getrennt vom Offline-Bereich) auch für Inserenten in und Nutzer von Immobilien- und Fahrzeug-Rubrikanzeigen (vgl. Rz 75, 86, 91 und 114). Für diese Bereiche haben die Wettbewerbsbehörden untenstehende Grössenverhältnisse ermittelt.

Tabelle 7: Grössenverhältnisse Inserenten in und Nutzer von Fahrzeug- und Immobilien-Rubrikanzeigen nur Online-Bereich

Ins-On-Fahr-CH ⁶³				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier AG (auto-scout24.ch)	Wettbewerber 2: Fahrzeugnet AG (mit autolina.ch)	Wettbewerber 3: petitesannonces.ch	Wettbewerber 4: gratis-inserate.ch
46% (46+0)	26%	26%	4%	3%
Ins-On-Immo-CH ⁶⁴				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier AG	Wettbewerber 2: petitesannonces.ch	Wettbewerber 3: newhome.ch AG	Wettbewerber 4: urban group GmbH
44% (44+0)	23%	11%	9%	4%
Nu-On-Fahr-CH ⁶⁵				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier AG (auto-scout24.ch)	Wettbewerber 2: Fahrzeugnet AG (mit autolina.ch)		
10% (10+0)	88%	2%		
Nu-On-Immo-CH ⁶⁶				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Ringier AG	Wettbewerber 2: new-home.ch AG	Wettbewerber 3: urban group GmbH	
54% (54+0)	33%	7%	1%	

127. Die Grössenverhältnisse in Tabelle 7 weisen bei Betrachtung des Online-Bereichs alleine hohe Werte von Tamedia in den Bereichen Inserenten in Fahrzeug- und Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Nutzer von Immobilien-Rubrikanzeigen aus. Für den Online-Bereich Nutzer von Fahrzeug-Rubrikanzeigen hingegen fällt der Wert klein aus.

128. Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs und wenn sich die Grössenverhältnisse weiter in diese Richtung bewegen, kann die Frage der Trennung zwischen Online und Offline nicht ausser Acht gelassen werden. Dies gilt umso mehr, wenn in Zukunft soziale Netzwerke wie Facebook, Google+, Xing oder LinkedIn für Stellensuchende von besonderer Bedeutung sein werden; oder wenn der gemäss Meldung im Ausland schon länger andauernde Trend, gebrauchte Produkte zunehmend über Facebook-Gruppen zu verkaufen, auch in der Schweiz weiter zunehmen wird. Dementsprechend werden allenfalls die Märkte für Inserenten in und Nutzer von Fahrzeug- und Immobilien-Rubrikanzeigen in den drei Sprachregionen Deutschschweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz getrennt nach Online und

Offline zu berücksichtigen sein (in Analogie zu den Stellen-Rubrikanzeigen).

⁶³ Ermittelt anhand < www.comparis.ch/carfinder/portal/list> (20.11.2015). Gemäss [comparis.ch](http://www.comparis.ch) handelt es sich bei den von [comparis.ch](http://www.comparis.ch) aufgeführten Online-Plattformen um die neun grössten Fahrzeugportale der Schweiz.

⁶⁴ Ermittelt anhand <www.comparis.ch/immobilien/portal/list> (20.11.2015), <www.acheter-louer.ch> (20.11.2015), <www.petitesannonces.ch/r/p/27> (20.11.2015) <www.alloggiticino.ch> (20.11.2015) und <<http://luganoannunci.ch/ticino/Immobil.html>> (20.11.2015). Gemäss [comparis.ch](http://www.comparis.ch) handelt es sich bei den von [comparis.ch](http://www.comparis.ch) aufgeführten Online-Plattformen um die sechzehn grössten Immobilienportale der Schweiz.

⁶⁵ Ermittelt mit den monatlichen Besucherzahlen anhand <<http://urlmetriken.ch/>> (20.11.2015).

⁶⁶ Ermittelt mit den monatlichen Besucherzahlen anhand <<http://urlmetriken.ch/>> (20.11.2015).

B.4.2.2.1. Preisentwicklung JobCloud (Stellen-Rubrikanzeigen inserentenseitig)

129. 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 Tamedia bzw. JobCloud einzugehen.⁶⁷

130. Eine Zusammenstellung der Preise von JobCloud zeigt, dass vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 eine Preiserhöhung stattgefunden hat. Das Sekretariat hat mittels web.archive.org einen Vergleich der Preise von JobCloud für den Zeitraum zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 vorgenommen. Tabelle 8 stellt die verschiedenen Insertionsangebote dar: Classic, Plus und Premium. Diese Insertionsangebote bieten entsprechend ihren Namen zusätzliche Leistungen wie beispielsweise Veröffentlichung auf mehreren Online-Portalen oder E-Mail-Versand an Stellensuchende. Ab-

gesehen von den Preisen sind diese Angebote bis heute unverändert.⁶⁸

131. Wie Tabelle 8 zeigt, erhöhte Tamedia im Zeitraum zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 die Preise für Stelleninserate. Weiter zeigt Tabelle 8 die Veränderung in Prozent der Insertionspreise zwischen den Jahren 2013 und 2014. Es ist ersichtlich, dass alle Insertionsangebote von JobCloud im Zeitraum zwischen Oktober 2013 und Februar 2014 eine Preiserhöhung von ungefähr 10 % erfuhren. Diese Preiserhöhung weist auf Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung auf allen Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Märkten für Inserenten in Online-Stellen-Rubrikanzeigen hin. Dies umso mehr als diese SSNIP-Preiserhöhung zur Frage führt, ob die Online-Stellen-Plattformen von JobCloud einen eigenen relevanten Markt oder eigene relevante Märkte bilden. In diesem Fall wäre JobCloud einzige Anbieterin auf ihren Online-Stellen-Plattformen.

Tabelle 8: Übersicht Insertionsmöglichkeiten und Preise von Tamedia für Stelleninserate⁶⁹

	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%

B.4.2.2.2. Zwischenergebnis

132. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass Tamedia bzw. JobCloud 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 vom Jahr 2013 zum Jahr 2014 die Preise für Online-Stellen-Rubrikanzeigen um ungefähr 10 % erhöhen. Aufgrund der Aufnahme der Geschäftstätigkeit von Tradono Switzerland sind durch den Zusammenschluss – wenn auch geringe – Marktanteilsgewinne zu erwarten.

B.4.2.3 Potenzieller Wettbewerb

133. Gemäss Parteien sind im Online-Bereich die Kosten des Marktzutritts und generell die Marktzutrittschwellen 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.

⁶⁷ Vgl. RPW 2015/3, 524 Rz 137 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 490 Rz 136 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁶⁸ Vgl. Insertions-Angebote unter jobs.ch <<https://www.jobs.ch/de/ecom>> (19.11.2015).

⁶⁹ Vgl. <<http://web.archive.org/web/20131005081528/https://www.jobs.ch/de/ecom>> (19.11.2015); <<http://web.archive.org/web/20140212222529/https://www.jobs.ch/de/ecom>> (19.11.2015).

134. Gemäss Einschätzung von Tamedia würden z.B. folgende Stellen-Portale „spidern“: jobdirectory.ch, indeed.ch, jobrapido.com, kimeta.ch, jobisjob.com, career-jet.ch, jobcrawler.org, jobboerse.com, jobsmart.ch, jobtonic.ch, neuvo.ch oder zapmeta.ch.

135. Mit Marktzutritten in Online-Bereich sei jederzeit zu rechnen. Dazu würden vor allem auch die geringen Marktzutrittsschwellen beitragen.

136. 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.

137. Der Aufbau einer Online-Stellen-Plattform dürfte heutzutage aus technischer Sicht kein Problem darstellen. 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.⁷⁰

138. 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 eintretender 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.⁷¹

139. Dies bestätigen auch die stabilen Marktanteile von Tamedia (vgl. Tabelle 9 und Tabelle 10). 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 %] erreicht hätte. Gerade die genannten Marktzutritte der letzten Jahre (vgl. Rz 136) verfügen über Marktanteile von weniger als [0-10 %]. Somit haben die in den letzten Jahren in den Markt eingetretenen Online-Portale für Stellen-Rubrikanzeigen keine nennenswerten Marktanteile erreicht.

Tabelle 9: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Inserenten)

Ins-PrOn-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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
Ins-On-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[0-10%]	[10-20%]	[0-10%]	2012
Ins-PrOn-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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

⁷⁰ Vgl. RPW 2015/3, 527 Rz 149, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 493 Rz 148, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁷¹ Vgl. RPW 2015/3, 527 Rz 150 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 493 Rz 149 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

Ins-On-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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
[50-60%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2013
[50-60%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2012
Ins-PrOn-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Wettbewerber 2: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Wettbewerber 3: Regiopress SA	Jahr
[40-50%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2014
[30-40%]	[10-20%]	[10-20%]	[0-10%]	2013
[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]	2012
Ins-On-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Netzmarkt Internetservice GmbH & Co KG	Wettbewerber 2: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO	Wettbewerber 3: Società editrice del Corriere del Ticino SA	Jahr
[50-60%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2014
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[20-30%]	2012

Tabelle 10: Darstellung Marktanteile für die Jahre 2012 bis 2014 im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen (Nutzer)

Nu-On-Jobs-DE				
Tamedia & Tradono Denmark	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
Nu-PrOn-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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
Nu-On-Jobs-FR				
Tamedia & Tradono Denmark	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
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2013
[40-50%]	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	2012

Nu-On-Jobs-TI				
Tamedia & Tradono Denmark	Wettbewerber 1: Recruit Holdings Co.,Ltd.	Wettbewerber 2: WEB-SET Interacti-ve 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

140. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Online-Portale mit „Spider“-Inseraten keine potenzielle Konkurrenz darstellen.⁷² Dies zeigt sich auch daran, dass es keinem Online-Portal mit Spidering gelungen ist, Marktanteile in nennenswerter Höhe zu erreichen (vgl. auch Rz 139).

141. Grundsätzlich kann daher nicht von einer potenziellen Konkurrenz mit starker disziplinierender Wirkung auf den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen ausgegangen werden.

142. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte, dass die potenzielle Konkurrenz genügend disziplinierend ist, um eine etwaige Marktbeherrschung durch Tamedia bzw. JobCloud zu verhindern. Grundsätzlich kann daher festgehalten werden, dass nicht genügend potenzieller Wettbewerb besteht, durch den auf die Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen Rubrikanzeigen eine disziplinierende Wirkung entfaltet werden könnte.

B.4.2.4 Zwischenergebnis

143. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass Tamedia in den betroffenen Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen sowohl inserenten- als auch nutzerseitig über hohe Marktanteile bis zu [50-60 %] 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.⁷³ 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. Aufgrund der Aufnahme der Geschäftstätigkeit von Tradono Switzerland sind durch den Zusammenschluss – wenn auch geringe – Marktanteilsgewinne zu erwarten. Zudem kann nicht von einer genügend starken disziplinierenden Wirkung durch potenzielle Konkurrenz ausgegangen werden.

144. Bereits in den Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24 kam die WEKO zum Ergebnis, dass Tamedia bzw. JobCloud zumindest in den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen bzw. Online-Stellen-Rubrikanzeigen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.⁷⁴

145. Somit ergeben sich Anhaltspunkte gemäss Art. 10 Abs. 1 KG, wonach die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia verstärkt. Es stellt sich deshalb die Frage gemäss Art. 10 Abs. 2 KG, ob dieser Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung,

durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

146. Allerdings ergab eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG der beiden Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24, dass die Voraussetzungen gemäss Artikel 10 Abs. 2 KG in beiden Fällen nicht gegeben waren.⁷⁵ Die Prüfung der beiden Zusammenschlüsse Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24 erfolgte unmittelbar vor diesem Zusammenschlussvorhaben.⁷⁶ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Angaben zum Bereich Stellen-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben um die gleichen Angaben wie für das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch handelt. Aus diesen Gründen, und nur aus diesen Gründen, ist die Frage der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben nicht erneut zu prüfen. Es kann diesbezüglich, und zwar nur aus den genannten Gründen, auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden.

147. Anhand der Angaben der Meldung sowie wegen des hohen Konzentrationsgrades und der Verteilung der Marktanteile stellt sich zudem die Frage nach einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und der Ringier AG vorrangig auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

B.4.3 Etwaige kollektive Marktbeherrschung auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

148. 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

⁷² Vgl. RPW 2015/3, 526 Rz 146 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 492 Rz 145 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁷³ Vgl. RPW 2015/3, 526 Rz 142, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 492 Rz 141, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁷⁴ Vgl. RPW 2015/3, 530 Rz 163 und 165, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 503 Rz 223 und 504 Rz 228, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁷⁵ Vgl. RPW 2015/3, 530 Rz 164 und 531 Rz 166, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 504 Rz 224 und 230, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁷⁶ Vgl. RPW 2015/3, 507 ff., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 470 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.⁷⁷

149. In diesem Zusammenschlussvorhaben stellt sich die Frage einer etwaigen kollektiven Marktbeherrschung durch Tamedia und der Ringier AG. Diese betrifft vorrangig den Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz.

150. Die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ist die Muttergesellschaft der im Verlags- und Medienbereich aktiven Gesellschaften der Ringier-Gruppe. Ringier 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.⁷⁸ Ringier betreibt auch die beiden Fahrzeugportale autoscout24.ch und motoscout24.ch.⁷⁹

Tabelle 11: 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	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%]

151. Aus Tabelle 11 ist zunächst ersichtlich, dass Tamedia und Ringier zusammen [80-90 %] des Marktes bedienen. Zudem teilen sich Tamedia und Ringier diese [80-90 %]. Weiter ist aus Tabelle 11 ersichtlich, dass vier Wettbewerber zusammen ungefähr [90-100 %] des Marktes halten. Davon sind Tamedia und Gratis-Inserate.ch GmbH diejenigen Unternehmen, die eine kostenlose Fahrzeugausschreibung anbieten.⁸⁰ Demgegenüber können die Inserierenden bei Ringier bzw. autoscout24.ch ihre Fahrzeuginserate nicht kostenlos aufschalten.⁸¹ Bei FAHRZEUGNET AG (fahrzeugnet.ch und autolina.ch) sind Fahrzeuginserate für Händler (bei autolina.ch für Neuwagen) ebenfalls kostenpflichtig.⁸² Nur Gebrauchtwagen können auf autolina.ch gratis und kostenlos inseriert werden.

152. Die WEKO hat die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen Tamedia und Ringier bereits für das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch ausführlich geprüft. Auf das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch fand die Anwendung der Kriterien statt, die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehen sind. Dazu 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.⁸³ Dies wiederum bedeutet, dass das Portal fahrzeugnet.ch nur beschränkt aktuelle Konkurrenz gegenüber Tamedia und Ringier darstellt. Weil die FAHRZEUGNET AG nur beschränkte aktuelle Konkurrenz darstellt, führte die Berücksichtigung der FAHRZEUGNET AG als aktuelle Konkurrenz im Fall Tamedia/ricardo.ch zu einer Unterschätzung bei der Beurteilung der Effekte in Bezug auf eine etwaige kollektive marktbeherrschende Stellung von Tamedia und Ringier.⁸⁴

153. Bereits die Prüfung des Erwerbs von Ricardo durch Tamedia in Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung deutete 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 entstanden sind. Es konnte davon ausgegangen werden, dass ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.⁸⁵

154. Es ist nicht zu erwarten, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland destabilisierend auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung von Tamedia und Ringier wirken würde. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/ricardo.ch bestand in Bezug auf das Prüfkriterium Symmetrien ein einziger nennenswerter Unterschied in der stärkeren internationalen Tätigkeit von Ringier im Vergleich zu Tamedia.⁸⁶ Mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland würden Tamedia Kontrollrechte über Tradono Denmark gewährt (vgl. Rz 8). Damit baut Tamedia seine internationalen Aktivitäten aus. Es ist somit davon auszugehen, dass die Gründung von Tradono Switzerland den Unterschied zwischen der Tamedia-Gruppe und der Ringier-Gruppe bei der internationalen Ausrichtung reduziert. Die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung von Tamedia und Ringier im Bereich der Fahrzeug-Rubrikanzeigen bleibt bestehen.

⁷⁷ 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*.

⁷⁸ Vgl. RPW 2012/1, 146 Rz 10, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

⁷⁹ 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)> (17.11.2015).

⁸⁰ Vgl. <<http://www.car4you.ch/promotion>> (17.11.2015); <<http://www.gratis-inserate.ch/inserieren/Fahrzeuge/>> (17.11.2015).

⁸¹ Vgl. <<http://www.autoscout24.ch/de/produkte-und-preise>> (17.11.2015).

⁸² Vgl. <<http://www.autolina.ch/agb>> (17.11.2015).

⁸³ Vgl. <<http://www.fahrzeugnet.ch/inserieren>> (17.11.2015).

⁸⁴ Vgl. RPW 2015/3, 495 Rz 158 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁸⁵ Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 217 und 504 Rz 229, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁸⁶ Vgl. RPW 2015/3, 497 Rz 173, *Tamedia/ricardo.ch*.

155. Somit ergeben sich Anhaltspunkte gemäss Art. 10 Abs. 1 KG, wonach die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland eine kollektive Marktbeherrschung von Tamedia und Ringier verstärkt. Es stellt sich deshalb die Frage gemäss Art. 10 Abs. 2 KG, ob dieser Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

156. Allerdings ergab eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/ricardo.ch, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben waren.⁸⁷ Die Prüfung des Zusammenschlusses Tamedia/ricardo.ch erfolgte unmittelbar vor diesem Zusammenschlussvorhaben.⁸⁸ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Angaben zum Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben um die gleichen Angaben wie für das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch handelt. Aus diesen Gründen, und nur aus diesen Gründen, ist die Frage der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz für dieses Zusammenschlussvorhaben nicht erneut zu prüfen. Es kann diesbezüglich, und zwar nur aus den genannten Gründen, auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden.

B.4.4 Nebenabreden

B.4.4.1 Allgemeines

157. 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.⁸⁹

158. 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 sind⁹⁰ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.⁹¹

159. 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.⁹²

160. 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.⁹³

B.4.4.2 [...]

161. Gemäss Meldung bringt Tradono Denmark die notwendigen [...]rechte für Software und Apps Tradono Denmark in das Gemeinschaftsunternehmen Tradono Switzerland ein, damit dieses eine entsprechende Online-Plattform in der Schweiz realisieren kann. [...]

162. [...]

163. Sinn und Zweck der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland sei es, die Technologie von Tradono Denmark künftig auch in der Schweiz einzusetzen. [...]

164. Die [...] 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 [...] handelt und ob [...].

165. Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen, der Angaben der Parteien [...] als Nebenabrede qualifiziert werden.

B.4.5 Ergebnis

166. Die vorläufige Prüfung zeigt, 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

⁸⁷ RPW 2015/3, 504 Rz 224 und 504 Rz 230, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁸⁸ RPW 2015/3, 470 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

⁸⁹ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

⁹⁰ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

⁹¹ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁹² Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁹³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Durch den Zusammenschluss bzw. die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland sind grundsätzlich – wenn auch geringe – Marktanteilsadditionen zu erwarten. Daher bestehen Anhaltspunkte, dass dieses Zusammenschlussvorhaben (Gründung von Tradono Switzerland) eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia bzw. JobCloud verstärkt.

167. Allerdings ergaben die unmittelbar vor dem gemeldeten Vorhaben erfolgten Prüfungen gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG der beiden Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/Job Scout24, dass die Voraussetzungen gemäss Artikel 10 Abs. 2 KG in beiden Fällen nicht gegeben waren.⁹⁴ Zudem handelt es sich bei den Angaben zum Bereich Stellen-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben um die gleichen Angaben wie für das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch. Aus diesen Gründen, und nur aus diesen Gründen, ist die Frage der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Bereich Stellen-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben nicht erneut zu prüfen. Es kann diesbezüglich, und zwar nur aus den genannten Gründen, auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden.

168. Gleichzeitig ergeben sich Anhaltspunkte gemäss Art. 10 Abs. 1 KG, wonach die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Tradono Switzerland eine kollektive Marktbeherrschung von Tamedia und Ringier verstärkt.

169. Allerdings ergab die unmittelbar vor dem gemeldeten Vorhaben erfolgte Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG des Zusammenschlussvorhabens Tamedia/ricardo.ch, dass die Voraussetzungen gemäss Artikel 10 Abs. 2 KG nicht gegeben waren.⁹⁵ Zudem handelt es sich bei den Angaben zum Bereich Fahrzeug-Rubrikanzeigen für dieses Zusammenschlussvorhaben um die gleichen Angaben wie für das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch. Aus diesen Gründen, und nur aus diesen Gründen, ist die Frage der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz für dieses Zusammenschlussvorhaben nicht erneut zu prüfen. Es kann diesbezüglich, und zwar nur aus den genannten Gründen, auf eine Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG verzichtet werden.

⁹⁴ Vgl. RPW 2015/3, 530 Rz 164 und 531 Rz 166, *Job Cloud/Job Scout24*; RPW 2015/3, 504 Rz 224 und 230, *Tamedia/ricardo.ch*.

⁹⁵ RPW 2015/3, 504 Rz 224 und 230, *Tamedia/ricardo.ch*.

B 2.3

6. Tamedia/Adextra

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 5. Februar 2016

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Februar 2016

A Sachverhalt

1. Am 6. Januar 2016 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen (nachfolgend: Meldung). Demnach beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über die Adextra AG (nachfolgend: Adextra) zu erwerben.

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Tamedia**

2. Gemäss Meldung ist Tamedia die Muttergesellschaft eines insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätigen Medienunternehmens. Die Tamedia-Gruppe sei Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften, Betreiberin von Online-Plattformen sowie im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.

A.1.2 Adextra

3. Adextra vermittelt laut Meldung statische Online-Werbung auf Desktops, Apps und mobilen Webseiten in der Schweiz. Adextra betreibe dieses Geschäft als Vermittlerin gegen Provision¹ und stelle dazu die dafür notwendige technische Infrastruktur (insbesondere die sogenannte Ad-Server-Technologie) und die notwendige Verkaufsorganisation zur Verfügung. Adextra bezeichne sich auf der eigenen Webseite adextra.ch als „Exklusivvermarkter“. Mit diesem Statement weise Adextra zu Werbezwecken darauf hin, dass Adextra häufig die Vermarktung der gesamten statischen Online-Werbung einer Webseite übernehme.

4. Gemäss Meldung wird Adextra von zwei natürlichen Personen kontrolliert, welche je [...] der Aktien der Gesellschaft halten [...]. Adextra verfüge über keine Tochtergesellschaften.

A.2 Zusammenschlussvorhaben

5. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, 100 % der Aktien von Adextra und damit die alleinige Kontrolle über Adextra zu erwerben. Die Parteien hätten dazu einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen. Die bisherigen Halter der Aktien von Adextra hätten sich aus privaten und wirtschaftlichen Gründen entschieden, ihre Beteiligung an Adextra zu verkaufen. [...]

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

6. Laut Meldung ist Tamedia bisher noch nicht im Bereich der Vermittlung von statischer Online-Werbung tätig und beabsichtigt durch den Zusammenschluss, neu in diesen Bereich einzutreten.

A.4 Verfahren

7. Am 21. Dezember 2015 ging beim Sekretariat ein Entwurf einer erleichterten Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2015 bestätigte das Sekretariat den Empfang des Meldungsentwurfs. Das Sekretariat teilte den Parteien mit Schreiben vom 30. Dezember 2015 mit, dass der Meldungsentwurf unvollständig sei.

8. Am 6. Januar 2016 ging beim Sekretariat die vollständige Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ein. Mit Schreiben vom 6. Januar 2016 bestätigte das Sekretariat den Empfang der Meldung. Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung. Im selben Schreiben erbat das Sekretariat weitere Angaben gemäss Art. 15 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Diese gingen am 20. Januar 2016 beim Sekretariat ein.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

9. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. 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).

¹ Dabei würden Werbetreibende für die Werbefläche ausschliesslich ein Entgelt an Adextra zahlen. Adextra rechne dann mit dem Anbieter der Werbefläche ab und überweise die Einnahmen unter Abzug einer Kommission an den Anbieter.

12. 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.²

13. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, 100 % der Aktien von Adextra und damit die alleinige Kontrolle über Adextra zu erwerben (vgl. Rz 5). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

14. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

15. Entsprechend dem zuvor Ausgeführten sind Tamedia sowie Adextra als beteiligt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

17. Die beteiligten Unternehmen machen geltend, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG noch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Im Folgenden (Rz 18 bis Rz 23) wird gezeigt, dass tatsächlich keine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG besteht, jedoch – entgegen der Ansicht der beteiligten Unternehmen – eine solche nach Art. 9 Abs. 4 KG. Die Begründung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG entspricht mutatis mutandis denjenigen in den Beschlussbegründungen zu den Zusammenschlüssen Tamedia/home.ch³, Tamedia/ricardo.ch⁴ sowie Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland⁵.

18. 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).

19. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Adextra	insgesamt
Schweiz	1114	[...]	[...]
Weltweit	1114	[...]	[...]

20. 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.

21. 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.⁶ 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 Tamedia⁷ 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 verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.⁸

22. 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, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

² Vgl. RPW 2013/3, 357 Rz 24, Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you; RPW 2011/4, 670 Rz 34, Fluxys/Swissgas/Transitgas.

³ Vgl. RPW 2014/4, 759 ff. Rz 19 ff., Tamedia/home.ch.

⁴ Vgl. RPW 2015/3, 472 f. Rz 41 ff., Tamedia/ricardo.ch.

⁵ Vgl. RPW 2016/1, 265 ff. Rz 66 ff., Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland.

⁶ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, Le Temps.

⁷ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., Tamedia/PPSR.

⁸ Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1, Ringier/Le Temps.

23. Die Geschäftstätigkeit von Adextra betrifft gemäss Meldung die Vermittlung statischer Online-Werbung auf Desktops, Apps und mobilen Webseiten in der Schweiz (vgl. Rz 3). Die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verfügen über Internetpräsenzen, über welche sie zwecks Generierung zusätzlicher Einnahmen ebenfalls Werbung schalten. Da gemäss Meldung die mit der Vermittlung statischer Online-Werbung generierten Umsätze von Adextra zu [...] auf Online-Portale von Tamedia entfallen, ist es wahrscheinlich, in jedem Falle aber nicht auszuschliessen, dass diese von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen Dienstleistungen von Adextra als Nachfrager nutzen. Für Tamedia wurde daher auf einem zur statischen Online-Werbung nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt.⁹ Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

24. 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).

25. 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 Relevanter Markt

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

26. 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).

27. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft insbesondere den Bereich der Online-Werbung. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wird an der bisherigen Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung in diesem Bereich festgehalten.

28. Hierbei wird zunächst zwischen Märkten für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen und Märkten für die Vermittlung von Online-Werbeflächen unterschieden.¹⁰ Zudem wird zwischen Online-Werbeflächen für statische Werbeformen und Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen unterschieden.¹¹ Zu dynamischen Werbeformen gehören insbesondere Netzwerk- sowie Suchmaschinenwerbung, zu statischen Werbeformen insbesondere Bannerwerbung.

29. Gemäss Praxis der WEKO besteht die Angebotsseite der Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen aus Vermittlern von Online-Werbeflächen, deren Dienstleistungen darauf abzielen, Betreiber von Webseiten und Werbetreibende miteinander ins Ge-

schäft zu bringen. Die Nachfrageseite besteht einerseits aus Betreibern von Webseiten, die Dienstleistungen der Vermittler in Anspruch nehmen, um ihre Online-Werbeflächen an Werbetreibende zu verkaufen, und andererseits aus Werbetreibenden, die Dienstleistungen der Vermittler in Anspruch nehmen, um Online-Werbeflächen über Vermittler zu kaufen.

30. Wie bereits bei der Beurteilung früherer Zusammenschlussvorhaben ausgeführt, sind die Märkte für die Vermittlung von Online-Werbeflächen sogenannte zweiseitige Märkte.¹² Auf zweiseitigen Märkten existieren Plattformen (im vorliegenden Fall die Vermittler), die mit ihrer Tätigkeit Transaktionen zwischen zwei Kundengruppen (hier den Betreibern von Webseiten und den Werbetreibenden) ermöglichen.

31. Ein zentrales Merkmal zweiseitiger Märkte sind die sogenannten indirekten Netzwerkeffekte.¹³ Diese führen dazu, dass die Attraktivität eines Vermittlers für eine Kundengruppe mit zunehmender Grösse der über diesen Vermittler erreichbaren anderen Kundengruppe steigt. In der Tat ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Attraktivität eines Vermittlers für die Betreiber von Webseiten mit der Zahl der diesen Vermittler nutzenden Werbetreibenden steigt. Analog ist zu erwarten, dass die Attraktivität eines Vermittlers für die Werbetreibenden mit der Zahl der durch ihn vermittelten (Betreiber von) Webseiten steigt.

32. Adextra ist laut Meldung und zusätzlicher Angaben gemäss Art. 15 VKU ausschliesslich in der Vermittlung statischer Werbeformen tätig.¹⁴ Die Meldung impliziert zudem, dass Tamedia Dienstleistungen von Vermittlern von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in Anspruch nimmt. Als sachlich relevanter Markt ist vorliegend daher der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen abzugrenzen.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

33. 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).

⁹ Vgl. RPW 2013/3, 352 Rz 23, *Tamedia AG/PPN AG*.

¹⁰ Vgl. RPW 2013/3, 353 Rz 30, *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/1, 97 Rz 44, *PubliGroupe/ImproveDigital*; RPW 2012/1, 153 Rz 94, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹¹ Vgl. RPW 2015/3 518 Rz 105, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481 Rz 101 f., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/1, 296 Rz 32, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 383 Rz 38, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/3, 362 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/1, 154 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹² Vgl. RPW 2014/3, 523 Rz 61, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/3, 354 Rz 32, *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/1, 98 Rz 46, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

¹³ Vgl. PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization*, 2010, 628.

¹⁴ Adextra vertreibt die Werbeflächen der von ihr vermarkteten Webseiten auch über sogenannte Supply-Side-Plattformen, die an Demand-Side-Plattformen angebunden seien. Dabei handle es sich um einen zusätzlichen Absatzkanal für das von Adextra vermarktete Werbeinventar. Dieser alternative Vertriebskanal ändere nichts am Charakter der darüber vertriebenen Werbung. Adextra verwende diese Plattformen ausschliesslich, um Bannerwerbung an Werbetreibende zu verkaufen, und nicht, um ein Werbenetzwerk zu bilden.

34. Eine räumliche Abgrenzung des Markts für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen ist noch nicht vorgenommen worden. In Anlehnung an die bisher schweizweit erfolgte räumliche Abgrenzung des Markts für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für (dynamische) Werbeformen¹⁵ wird der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen vorliegend ebenfalls schweizweit abgegrenzt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

B.4.2.1 Betrachtung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

35. Der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Schweiz hatte im Jahr 2014 nach Schätzung der Meldung ein Volumen von rund [...]. Die Angaben der Zusammenschlussparteien implizieren, dass diese Zahl aus der Höhe der gesamten Ausgaben der Werbetreibenden auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Schweiz bestimmt wurde. Gemäss Meldung hat Adextra im Jahr 2014 in diesem Markt einen Umsatz von rund [...] erzielt. Tamedia ist laut Meldung in diesem Markt nicht tätig. Daraus ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil der Zusammenschlussparteien in diesem Markt von rund [10-20 %].¹⁷

36. Die Meldung führt aus, dass der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen kein betroffener Markt (im Sinne eines gemeinsamen Marktanteils in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen von mindestens 20 % oder eines Marktanteils in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen von mindestens 30 %) sei. Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass in einem solchen Fall keine weitere Prüfung möglicher Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die relevanten Märkte erforderlich wäre. Gemäss Praxis der WEKO erübrigt sich nur in der Regel eine weitere Prüfung, sofern der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen weniger als 20 % oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen weniger als 30 % beträgt.

37. Die Meldung weist abschliessend auf einen relativ tiefen Marktanteil von Adextra im relevanten Markt hin und führt aus, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen führe. Das Zusammenschlussvorhaben werde daher keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und sei unproblematisch. Ein relativ tiefer Marktanteil und die Tatsache, dass keine Marktanteilsadditionen auftreten, sind jedoch weder für sich genommen noch gemeinsam eine hinreichende Voraussetzung, um von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgehen zu können.

B.4.2.2 Berücksichtigung der Zweiseitigkeit des Marktes sowie des vertikalen Charakters des Zusammenschlussvorhabens

38. Besondere Merkmale des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind die Zweiseitigkeit des Marktes für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen und der vertikale Charakter des Vorhabens. Daher ist es erforderlich, trotz eines gemeinsamen

Marktanteils von [10-20 %] und obwohl keine Marktanteilsadditionen auftreten werden, eine weitere Prüfung möglicher Auswirkungen des Vorhabens auf diesen Markt vorzunehmen. Beispielsweise können sich in zweiseitigen Märkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen marktbeherrschende Stellungen ergeben.¹⁸

39. Zunächst ist es hilfreich, einen Überblick über die Struktur des Marktes für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen zu schaffen. Abbildung 1 zeigt die Beziehungen zwischen den verschiedenen Marktseiten. Die Abbildung verdeutlicht sowohl die Zweiseitigkeit des Marktes, als auch die Tatsache, dass das Zusammenschlussvorhaben eine vertikale Integration bewirken würde.

¹⁵ Vgl. RPW 2014/3, 523 Rz 63, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/3, 354 Rz 39, *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/1, 98 Rz 50, *PubliGroupe/ImproveDigital*; RPW 2012/1, 156 Rz 121, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁶ Die Differenz zwischen dem gesamten Umsatz von Adextra (vgl. Rz 19) sowie dem Umsatz von Adextra auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen ergibt sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien daraus, dass der erste Wert dem Netto-Umsatz entspricht, während der zweite Wert dem Brutto-Umsatz entspricht, welcher zusätzlich die in dieser Branche üblichen Rabatte und andere Vergünstigungen enthalte. Die Berechnung des Umsatzes auf dem Gesamtmarkt basiere ebenfalls auf den Brutto-Umsätzen ohne Abzug von Rabatten und anderen Vergünstigungen.

¹⁷ Gemäss Meldung entspricht der Marktanteil von Adextra gegenüber beiden Kundengruppen, also Werbetreibenden und Betreibern von Webseiten, jeweils dem Marktanteil von Adextra auf dem gesamten Markt. Es werde darauf verzichtet, den Markt weiter in einen Teilmarkt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden und in einen Teilmarkt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites aufzugliedern. Jedoch kann eine solche getrennte Betrachtung in Zukunft erforderlich sein.

¹⁸ Vgl. RPW 2016/1, 274 Rz 119, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 764 Rz 56, *Tamedia/home.ch*.

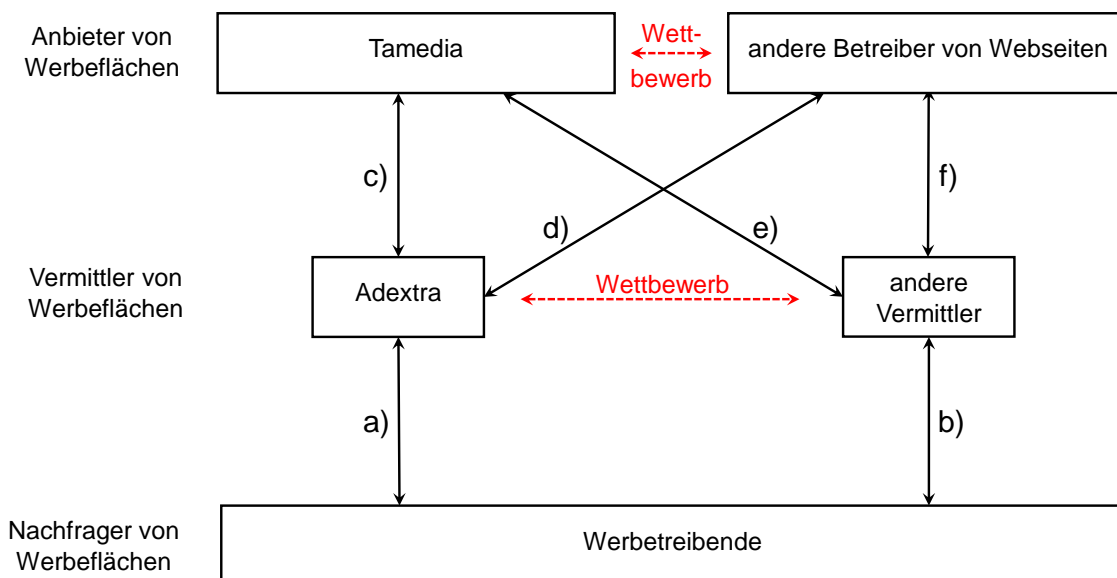


Abbildung 1: Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

40. Das Geschehen auf diesem Markt gestaltet sich wie folgt: Die Betreiber von Webseiten (Tamedia und andere Betreiber von Webseiten) fragen Dienstleistungen der Vermittler (Adextra und andere Vermittler, laut Meldung sind wichtige Konkurrenten Goldbach, Staila Media und Publicitas) nach, um ihre Online-Werbeflächen an Werbetreibende zu verkaufen. Mit dem Verkauf der Online-Werbeflächen stehen sie im Wettbewerb zueinander. Die Vermittler (Adextra und andere Vermittler) bedienen die Nachfrage der Betreiber von Webseiten (Tamedia und andere Betreiber von Webseiten) sowie der Werbetreibenden nach Vermittlung von Online-Werbeflächen. Mit dieser Dienstleistung stehen sie ebenfalls im Wettbewerb zueinander. Die Werbetreibenden schliesslich fragen die Dienstleistung der Vermittler (Adextra und andere Vermittler) nach. Die Werbetreibenden stehen grundsätzlich ebenfalls miteinander im Wettbewerb. Dieser Wettbewerb spielt sich jedoch hauptsächlich auf den Märkten für die beworbenen Produkte und Dienstleistungen ab und wird daher hier nicht dargestellt.

41. Diese Struktur impliziert die folgenden, in Abbildung 1 mit a) bis f) markierten Geschäftsbeziehungen:

- Geschäftsbeziehungen zwischen Werbetreibenden und Adextra
- Geschäftsbeziehungen zwischen Werbetreibenden und anderen Vermittlern
- Geschäftsbeziehung zwischen Adextra und Tamedia
- Geschäftsbeziehungen zwischen Adextra und anderen Betreibern von Webseiten
- Geschäftsbeziehungen zwischen anderen Vermittlern und Tamedia
- Geschäftsbeziehungen zwischen anderen Vermittlern und anderen Betreibern von Webseiten

42. Bei vertikalen Zusammenschlussvorhaben sind mindestens zwei wettbewerbswidrige Verhaltensweisen des zusammengeschlossenen Unternehmens denkbar. Erstens ist eine Abschottung eines nachgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer vorgelagerten Einheit möglich. Zweitens kann eine Abschottung eines vorgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer nachgelagerten Einheit erfolgen.¹⁹

43. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob diese Verhaltensweisen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würden. Dazu wird zunächst die Abschottung eines nachgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer vorgelagerten Einheit betrachtet (Rz 44). Danach erfolgt die Betrachtung der Abschottung eines vorgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer nachgelagerten Einheit (Rz 45). Nachfolgend wird die gemeinsame Implementierung beider Verhaltensweisen analysiert (Rz 46 bis Rz 48). Abschliessend wird eine Schlussfolgerung gezogen (Rz 49).

44. Die Abschottung eines nachgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer vorgelagerten Einheit betrifft im vorliegenden Fall die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Tamedia und anderen Vermittlern (in Abbildung 1 mit e) markiert). Dies liesse sich realisieren, indem Adextra zukünftig die gesamte Vermittlungstätigkeit für Tamedia erledigen würde. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen ist zu erwarten, dass ein solches Verhalten die Attraktivität

¹⁹ Vgl. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S 6 ff., Rz 30 ff.

der anderen Vermittler für die Werbetreibenden reduzieren und Adextra auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würde. Wegen des geringen Marktanteils von Adextra auf diesem Markt von [10-20 %] ist im vorliegenden Fall jedoch nicht davon auszugehen, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung im Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen begründet oder verstärkt würde.

45. Die Abschottung eines vorgelagerten Wettbewerbers vom Zugang zu einer nachgelagerten Einheit betrifft im vorliegenden Fall die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Adextra und anderen Betreibern von Webseiten (in Abbildung 1 mit d) markiert). Dieses Verhalten hätte zur Konsequenz, dass ein Teil der von diesen Betreibern bereitgestellten Online-Werbeflächen von Vermittlungsdienstleistungen abgeschottet würde. Dabei ist zu beachten, dass Betreiber von Webseiten gemäss Meldung in der Regel die Dienstleistungen nur eines Vermittlers in Anspruch nehmen (im Zusammenhang mit zweiseitigen Märkten wird dies als sogenanntes single homing bezeichnet). Dies bedeutet, dass sie nach der Kappung ihrer Geschäftsbeziehungen mit Adextra nicht kurzfristig zu einem anderen Vermittler, mit dem sie bereits in Geschäftsbeziehung stehen, wechseln könnten. Es ist daher zu erwarten, dass die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Adextra und anderen Betreibern von Webseiten Tamedia gegenüber den anderen Betreibern von Webseiten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würde. Bei der Beurteilung der Konsequenz dieses Wettbewerbsvorteils wird im Folgenden davon ausgegangen, dass der Anteil von Tamedia am schweizweiten Umsatz mit Online-Werbeflächen für statische Werbeformen [30-40 %] beträgt.²⁰ Zudem wird berücksichtigt, dass gemäss Meldung nur [...] des Umsatzes von Adextra aus der Vermittlung von Online-Werbeflächen anderer Betreiber von Webseiten stammen. In diesem Fall bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Adextra und anderen Betreibern von Webseiten eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia begründet oder verstärkt würde.

46. Es ist zudem denkbar, dass die unter Rz 44 und Rz 45 beschriebenen Verhaltensweisen, also die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Tamedia und anderen Vermittlern sowie die Kappung der Geschäftsbeziehungen zwischen Adextra und anderen Betreibern von Webseiten, gemeinsam implementiert werden. Durch eine solche Massnahme könnte zwar der unter Rz 44 beschriebene Wettbewerbsvorteil für Adextra nicht mehr realisiert werden, da Adextra in diesem Falle keine Geschäftsbeziehungen mehr mit anderen Betreibern von Webseiten unterhalten würde. Allerdings ist es wahrscheinlich, dass der Wettbewerbsvorteil, der sich, wie unter Rz 45 beschrieben, für Tamedia gegenüber andern Betreibern von Webseiten ergäbe, aufgrund eines indirekten Effektes noch verstärkt würde.

47. Dieser indirekte Effekt ergäbe sich daraus, dass nach der Kappung der Geschäftsbeziehungen von Tamedia mit anderen Vermittlern Kostennachteile auf Seiten der anderen Vermittler zu erwarten wären. Dies würde in der Folge die Vermittlungsdienstleistungen für an-

dere Betreiber von Webseiten verteuern, die diesen höheren Kosten wiederum – wegen der Kappung ihrer Geschäftsbeziehung mit Adextra – nicht ausweichen könnten.

48. Bei der Beurteilung der Konsequenz des Wettbewerbsvorteils, der für Tamedia aus der gemeinsamen Implementierung der unter Rz 44 und Rz 45 beschriebenen Verhaltensweisen resultieren würde, wird im Folgenden wiederum (vgl. Rz 45) von einem Anteil von Tamedia am schweizweiten Umsatz mit Online-Werbeflächen für statische Werbeformen von [30-40 %] ausgegangen. In diesem Fall bestehen ebenfalls keine Anhaltspunkte, dass durch die gemeinsame Implementierung der unter Rz 44 und Rz 45 beschriebenen Verhaltensweisen eine marktbeherrschende Stellung von Tamedia begründet oder verstärkt würde.

49. Es bestehen im vorliegenden Fall daher keine Anhaltspunkte, dass die unter Rz 42 beschriebenen Verhaltensweisen des zusammengeschlossenen Unternehmens eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würden. Im vorliegenden Fall bestehen dementsprechend keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3 Nebenabreden

50. 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.²¹

51. 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 sind²² (EU-Bekanntmachung), gerichtet.²³

52. 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,

²⁰ Vgl. RPW 2015/3, 483 ff. Rz 115, *Tamedia/ricardo.ch*.

²¹ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

²² ABl. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 ff.

²³ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.²⁴

53. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.²⁵

54. [...]

55. [...]

56. Die [...] sind sowohl notwendig für das Zusammenschlussvorhaben, als auch stehen sie im unmittelbaren Zusammenhang dazu. Sie können daher als Nebenabrede qualifiziert werden.

B.4.4 Ergebnis

57. Die Beurteilung der Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass dieses zwar Verhaltensweisen ermöglicht, die Wettbewerbsvorteile für Tamedia bzw. Adextra bewirken können. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass diese eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken werden.

58. 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.

²⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

²⁵ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden [...]: Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung [...]

Zwischenverfügung gemäss Art. 10 Abs. 2 VwVG.

Zwischenverfügung des Präsidenten der WEKO vom 21. September 2015 in Sachen Untersuchung [...] betreffend Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden [...].

A. Sachverhalt

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) hat am 6. Dezember 2013 zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Letztere nachfolgend: WEKO) [...].

2. Mit der Untersuchung soll gemäss Eröffnungsschreiben vor allem geklärt werden, „ob es [...] und [...] aufgrund ihrer Marktstellung möglich ist, die [...]hersteller zur Neuaufnahme und Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen betreffend die Aufnahme deren elektronischen [...]informationen in die Datensammlungen der [...] zu bewegen. (...) Inwiefern u.a. die genannten Verhaltensweisen der [...], [...] und der [...] zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führen, ist ebenfalls abzuklären. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Kommerzialisierung von [...]informationen, welcher [...] liberalisiert wurde.“

3. Die Untersuchung fällt in den Bereich des Dienstes Dienstleistungen des Sekretariats. Sie wurde und wird von [Namen Sekretariatsmitarbeitende] geführt.

4. Im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens kamen die Gesuchstellerinnen und das Sekretariat überein, Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) zu führen. Ziel der Verhandlungen war gemäss den Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine EVR (von den Gesuchstellerinnen am 29. Oktober 2014 unterzeichnet), „im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren [...] zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.“ Gegenstand der Vereinbarungen in der EVR war ausschliesslich „das zukünftige (wettbewerbskonforme) Verhalten“ der Gesuchstellerinnen (siehe Ziff. 5 der Rahmenbedingungen).

5. Am 9. Juni 2015 teilte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen mit, dass es zur Überzeugung gelangt sei, dass zwischen den Positionen des Sekretariats und jenen der Gesuchstellerinnen im Rahmen der Verhandlungen über eine EVR keine Übereinkunft mehr gefunden werden könne. Für den Fall, dass dies zutrefte und

das Sekretariat nichts missverstanden habe, werde es die Verhandlungen als gescheitert ansehen.

6. Am 19. Juni 2015 brachten die Gesuchstellerinnen dem Sekretariat gegenüber ihre Überraschung zum Ausdruck. Sie hätten dem Sekretariat in einem Schreiben vom 13. Mai 2015 weitere Erläuterungen in Aussicht gestellt und hätten den Eindruck, dass die Aussagen des Sekretariats im Schreiben vom 9. Juni 2015 das Ergebnis der Untersuchung in apodiktischer Form vorweg nehmen würden. Sie erklärten zudem, dass sie das Sekretariat so verstanden hätten, dass eine EVR nach wie vor in Frage komme, sofern man sich auf ein Grundangebot einigen könne, das von den [...] zu finanzieren wäre. Gestützt auf dieses Modell könne sich [...] die Fortführung der Verhandlungen über eine EVR vorstellen.

7. Am 10. Juli 2015 teilte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen mit, dass deren Stossrichtung gemäss den Schreiben vom 13. Mai 2015 und vom 19. Juni 2015 weit über die Vorstellungen des Sekretariats hinausgehe. Die grundsätzliche Bereitschaft der Gesuchstellerinnen, eine EVR im Einklang mit dem künftigen Regulierungsrahmen zu redigieren, ändere nichts daran, dass das Sekretariat weitere Verhandlungen nicht als zielführend erachte.

8. Am 10. August 2015 beantragten die Gesuchstellerinnen, die WEKO soll [Namen Sekretariatsmitarbeitende] verpflichten, in den Ausstand zu treten. Ihr Ausstandsgesuch begründeten sie damit, dass die genannten Personen durch Aussagen in den Schreiben vom 9. Juni 2015 und vom 10. Juli 2015 den Anschein der Befangenheit erweckt hätten.

9. Der Präsident der WEKO übermittelte das Gesuch dem Direktor des Sekretariats zur Klärung der Frage, wie die betroffenen Sekretariatsmitarbeiter bzw. der Direktor das Gesuch einschätzen.

10. Am 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor des Sekretariats mit, dass die genannten Mitarbeiter/innen nicht eine abschliessende, nicht mehr änderbare Position bezogen hätten und dass nach seiner Überzeugung keine Ausstandsgründe vorliegen würden.

11. Mit Schreiben vom 27. August 2015 hielten die Gesuchstellerinnen am Ausstandsgesuch vom 10. August 2015 fest und beantragten zusätzlich, dass sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015 an denen die genannten Sekretariatsmitarbeiter mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien und

dass das laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand sistiert werde.

12. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

B.1 Zuständigkeit und Verfahrensanhträge

B.1.1 Ausstandsgesuch

13. Vorliegend ist der Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariats zu beurteilen, welche ein Untersuchungsverfahren gemäss Art. 27 KG¹ durchführen. Nach Art. 39 KG sind auf KG-Verfahren die Bestimmungen des VwVG² anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Der Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern ist im KG nicht geregelt und richtet sich in Konkretisierung von Art. 29 Abs. 1 BV³ nach den allgemeinen Regeln des VwVG, dessen Art. 10 den Ausstand regelt.

14. Art. 10 Abs. 2 VwVG bestimmt, dass über Streitige Ausstandsgesuche die Aufsichtsbehörde entscheidet. Ob ein Ausstandsgesuch Streitig ist hängt von der Stellungnahme der Behörde bzw. den betroffenen Personen ab. Da der Direktor des Sekretariats über die Zuteilung des Personals auf die jeweiligen Fälle autoritativ entscheiden kann, nimmt dieser praxisgemäss zum Ausstandsgesuch gegen Mitarbeiter des Sekretariats Stellung (nach Anhörung der betroffenen Mitarbeiter).⁴ Mit Schreiben vom 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor den Gesuchstellerinnen mit, dass aus seiner Sicht keine Ausstandsgründe vorliegen würden, womit der Ausstand Streitig wurde.

15. Aufsichtsbehörde über das Sekretariat ist gemäss Art. 8 Bst. b des WEKO-Geschäftsreglements⁵ der Präsident der WEKO. Somit ist er für die Behandlung des vorliegenden Ausstandsgesuches zuständig.⁶

16. Der Entscheid über einen Streitigen Ausstand hat in der Form einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 VwVG zu ergehen.

B.1.2 Antrag auf Bereinigung der Akten

17. Neben den Ausstandsanhträgen beantragen die Gesuchstellerinnen, dass sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] mitgewirkt haben, aus den Akten gewiesen werden.

18. Falls sich aus dem Schreiben vom 9. Juni 2015 wie von den Gesuchstellerinnen vorgebracht eine Befangenheit der oben erwähnten Sekretariatsmitarbeiter ableiten lassen sollte, hätten sie in den Ausstand zu treten. Diesfalls wären wohl Verfahrensschritte, welche diese ab dem 9. Juni 2015 vorgenommen hätten oder Dokumente, welche sie ab dem 9. Juni 2015 erstellt hätten ohne weiteres Zutun der Gesuchstellerinnen aus den Akten zu weisen. Die von den Gesuchstellerinnen verlangte Bereinigung der Akten wäre die Rechtsfolge des Ausstandes.⁷

19. Daraus folgt, dass der Antrag auf Bereinigung der Akten gar nicht nötig ist. Nichts hindert die Gesuchstellerinnen aber daran, explizit zu beantragen, dass die Ver-

fahrensleitung die Rechtsfolgen eines Ausstandes umsetzt und die Akten bereinigt. Dabei handelt es sich aber an sich um einen Verfahrensantrag zur Aktenführung der laufenden Untersuchung, welcher an die Verfahrensleitung zu stellen ist und über den das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu entscheiden hätte.⁸ Insofern kann auf den Antrag mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden.

20. Da der Antrag aber an die WEKO bzw. den Präsidenten gerichtet ist, kann er diesen als Antrag auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen entgegennehmen. Er ist für den Entscheid über den Ausstand zuständig und muss demnach auch in der Lage sein, die Rechtsfolgen des Ausstandes vorsorglich anzuordnen.

21. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt allerdings einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil voraus.⁹ Ein solcher wird aber von den Gesuchstellerinnen nicht dargelegt. Es ist auch keiner ersichtlich, da eine Aktenbereinigung, welche erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen würde, keinen Nachteil für die Gesuchstellerinnen darstellt. Der Antrag ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Im Übrigen würden vorsorgliche Massnahmen durch den vorliegenden Entscheid in der Sache ohnehin gegenstandslos.

B.1.3 Sistierungsantrag

22. Weiter beantragen die Gesuchstellerinnen, dass das laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum Entscheid über den Ausstand sistiert werde. Die Sistierung des laufenden Untersuchungsverfahrens [...] ist als verfahrensleitende Verfügung innerhalb eines WEKO-Geschäftes zu qualifizieren. Für deren Erlass ist nach Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig. Auch beim Sistierungsantrag handelt es somit um einen Verfahrensantrag zur laufenden Untersuchung, über den das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zu entscheiden hätte.

23. Infolge Unzuständigkeit ist auf den Sistierungsantrag daher vorliegend nicht einzutreten. Der Antrag wurde dem Sekretariat zuständigkeitshalber zur Beurteilung weitergeleitet.

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

² Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

⁴ RPW 2011/2, 309 Rz 31, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1.7.1996 vom Bundesrat genehmigt am 30.9.1996 (SR 251.1).

⁶ Die teilweise gegenteilige Ansicht der Lehre, wonach die WEKO zuständig sei, wird in RPW 2011/2, 309 Rz 33 behandelt und verworfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Zuständigkeit des Präsidenten implizit bestätigt (RPW 2011/2, 321 E. 1, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*).

⁷ RPW 2008/3, 510 E. 6, *Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

⁸ Vgl. RPW 2008/3, 508 f. E., *Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

⁹ Vgl. Art. 56 VwVG.

B.2 Rechtliche Würdigung des Ausstandsgesuchs

24. Gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG müssen Personen bei der Vorbereitung und dem Erlass einer Verfügung in den Ausstand treten, die an der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG).

25. Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, welche einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, welche an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend.¹⁰ In den persönlichen Geltungsbereich von Art. 10 VwVG fallen damit insbesondere auch juristische oder technische Sachbearbeiter, welche die Entscheidung aufgrund ihres Fachwissens beeinflussen. Nicht erfasst werden demgegenüber mit rein administrativen Arbeiten betraute Personen wie etwa Kanzleikräfte.¹¹ Die Ausstandsregeln gelten somit auch für die mit einem Fall betrauten wissenschaftlichen Mitarbeiter des Sekretariats¹² sowie deren weisungsbefugte Vorgesetzte.

26. Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein.¹³ Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebensowenig an wie darauf, ob tatsächlich eine Befangenheit besteht. Es genügt, dass der Anschein der Befangenheit durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint.¹⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt für verwaltungsinterne Verfahren allerdings nicht der gleich strenge Massstab wie für unabhängige richterliche Behörden, zumal gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt haben. Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen, zu welchen das Bundesgericht auch die eine KG-Untersuchung führenden Sekretariatsmitarbeiter zählt, sind daher im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin gutzuheissen.¹⁵

27. Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bildet einen Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den „anderen Gründen“ handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten.¹⁶ Liegen mehrere gerügte Äusserungen oder Verhaltensweisen vor, die für sich alleine keinen Ausstandsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG bilden, ist abschliessend zu prü-

fen, ob diese in ihrem gesamten Zusammenwirken bzw. in einer Gesamtbetrachtung einen solchen bilden.¹⁷

28. Die Gesuchstellerinnen machen zusammenfassend folgende Ausstandsgründe geltend:

- a) Die Sekretariatsmitarbeiter [Namen Sekretariatsmitarbeitende] hätten im Schreiben vom 9. Juni 2015 ihre Position abschliessend manifestiert und im Schreiben vom 10. Juli 2015 implizit bestätigt;
- b) die genannten Sekretariatsmitarbeiter hätten in diesem Schreiben bewusst eine negativ gefärbte Tonalität gewählt;
- c) die genannten Sekretariatsmitarbeiter hätten sich geweigert, weitere Personen zu befragen, obwohl dies von den Gesuchstellerinnen mehrmals verlangt worden sei.

29. In Anbetracht dieser Rügen scheiden die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a-c VwVG aus. Es gilt daher die Frage zu beantworten, ob die vorgebrachten Gründe der Gesuchstellerinnen als „andere Gründe“ einer Befangenheit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zu qualifizieren sind.

a) Gerügter Positionsbezug durch die Sekretariatsmitarbeiter

30. Die Gesuchstellerinnen beziehen sich in ihrem Ausstandsgesuch vom 10. August 2015 auf das Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015, mit welchem es verlauten lasse, dass die Verhandlungen zu einer EVR als gescheitert angesehen würden. Sie zitieren eine Passage aus dem Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015:

„Vor diesem Hintergrund und im Einklang mit der geltenden Regulierung haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich für die Kosten in Zusammenhang mit der ihnen obliegenden Publikationspflicht und damit der Bereitstellung der [...]information via [...] ohne weitere anschliessende Strukturierung/Codierung aufzukommen.“

¹⁰ RPW 2011/2, 321 E. 2.3 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹¹ RETO FELLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (nachfolgend: VwVG-Kommentar), Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 10 N 5.

¹² SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 22 N 53 ff.

¹³ RPW 2011/2, 321 E. 2.3 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁴ Siehe zum Ganzen RPW 2011/2, 310 Rz 38 m.w.H., *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁵ RPW 2009/3, 332 E. 2.2.1 und E. 6.2, *Urteil SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gegen WEKO – Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

¹⁶ RPW 2011/2, 321 E. 2.3, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

¹⁷ Vgl. RPW 2011/2, 333 E. 6.2, *Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern*.

31. Zwar stelle weder die Tatsache, dass das Sekretariat nicht dieselbe Position vertrete wie die Verfahrensparteien, noch das Scheitern der Verhandlungen für sich genommen einen Ausstandsgrund dar. Mit der zitierten Passage würde das Sekretariat aber den Grundsatz der Unvoreingenommenheit verletzen, da sie mit ihren Ausführungen ihre Position manifestierten, wonach [...]. Sie würden das Ergebnis der Untersuchung vorwegnehmen. Es sei nicht zu erwarten, dass sich die erwähnten Sekretariatsmitarbeiter in der fortzuführenden Untersuchung von dieser Ansicht noch abbringen lassen würden.

32. Unstrittig ist also zunächst, dass der Abbruch von Verhandlungen zu einer EVR keinen Ausstandsgrund bildet. Die Gesuchstellerinnen erwähnen dies in ihrem Gesuch vom 10. August 2015 selbst.

33. Weiter ist unstrittig, dass die Sekretariatsmitarbeiter nicht in den Ausstand zu treten haben, weil sie eine andere Position vertreten als die Gesuchstellerinnen. Einigkeit dürfte sodann auch darüber bestehen, dass das Sekretariat den gegenwärtigen Standpunkt vertritt (welchen die Gesuchstellerinnen eben nicht teilen), wonach die Entgeltlichkeit gewisser Leistungen zu Lasten der Zulassungsinhaberinnen das Kartellrecht verletze. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 bestätigen die gerügten Mitarbeiter diese Position.

34. Der erste strittige Punkt scheint den Kontext der zitierten und gerügten Passage zu betreffen. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 ist mit der „geltenden Regulierung“ die in Revision stehende [...]gesetzgebung gemeint. Die Gesuchstellerinnen bringen in ihrem Schreiben vom 27. August 2015 vor, dass sie die gerügte Passage nicht in den Kontext zur Revision der [...]gesetzgebung stellen könnten. Für sie handelt es sich dabei um eine kartellrechtliche Einschätzung.

35. Ein Kontext zur [...]gesetzgebung erscheint aber ohne weiteres möglich, da diese explizit im Schreiben vom 9. Juni 2015 (zwei Sätze vor der gerügten Passage) erwähnt wird. Zudem stellt der Begriff der „geltenden Regulierung“ den passenden Gegensatz zur „Revision des [...]gesetzes“, also der künftigen Regulierung, dar. Wie sich allerdings nachfolgend zeigt, ist es gar nicht relevant, ob es sich bei der gerügten und zitierten Passage um eine kartellrechtliche oder [...]rechtliche Einschätzung handelt.

36. Weiter stellen die Gesuchstellerinnen zu Recht nicht in Frage, dass die gerügten Sekretariatsmitarbeiter die genannten Positionen vertreten *durften* bzw. *dürfen*; weder in ihrem Gesuch vom 10. August 2015, noch in ihrer Eingabe vom 27. August 2015.

37. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die kartellrechtliche Einschätzung eines Verhaltens, da Sekretariatsmitarbeiter im Verlaufe des Verfahrens solche Positionen nicht nur beziehen dürfen, sondern mit Blick auf Verhandlungen über eine EVR sogar beziehen *müssen*: „Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, (...)“ (Art. 29 Abs. 1 KG). Sogar wenn also den Gesuchstellerinnen zu folgen wäre und es sich bei der von ihnen gerügten und zitierten Aussage um eine kartellrechtliche Aussage handeln würde, wäre

die Äusserung an sich weder unzulässig noch ausstands begründend.

38. Das Gesagte gilt aber auch in Bezug auf Einschätzungen von Sachverhalten nach anderen Rechtsgebieten wie z.B. der [...]regulierung. Obwohl die Gesuchstellerinnen die gerügte Aussage gar nicht als [...]rechtliche Einschätzung betrachten, sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass auch eine solche zulässig bzw. je nach Fall sogar notwendig ist. Kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen – gerade im Bereich der [...] – weisen häufig einen Bezug zu anderen Regulierungen auf. Deshalb kann es nötig sein, auch andere Gesetze auszulegen. Dies kann mit Blick auf eine allfällige Ausnahme vom Kartellgesetz geschehen (Art. 3 KG) oder – wie vorliegend – mit Blick auf den Abschluss einer EVR. Gemäss Schreiben des stellvertretenden Direktors vom 21. August 2015 sei es nämlich denkbar gewesen, dass die geplante Revision der [...]gesetzgebung und internationale Standards in die EVR einfließen. Entsprechend hat das Sekretariat geprüft, was nach geltendem [...]gesetz gilt.

39. Die eigentliche Hauptfrage – und dies ist der zweite strittige Punkt – des vorliegend zu beurteilenden Ausstands gesuchs bildet aber nicht die Frage nach der Zulässigkeit von juristischen Würdigungen an sich, sondern die Frage, ob die gerügten Sekretariatsmitarbeiter mit ihren Aussagen das Ergebnis der Untersuchung vorwegnehmen. Oder mit anderen Worten, ob die Äusserungen der Sekretariatsmitarbeiter Zweifel an ihrer Unbefangenheit wecken, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten. Davon gehen die Gesuchstellerinnen aus und behaupten: „Es ist nicht zu erwarten, dass sich die erwähnten Sekretariatsmitarbeiter in der fortzuführenden Untersuchung von dieser Ansicht noch abbringen lassen werden.“

40. Was die Gesuchstellerinnen veranlasst, die fehlende Bereitschaft zur Änderung dieser Ansicht zu erwarten, ist nicht ersichtlich. Sie nennen kein konkretes Element, das bei ihnen diese Erwartung auslöst. Zur Begründung ihres Gesuchs müssten die Gesuchstellerinnen Umstände anführen, aus welchen sich die Glaubhaftigkeit ergibt, dass sich die Sekretariatsmitarbeiter ihre Meinung abschliessend gebildet haben und diese nicht mehr ändern werden. Dies tun die Gesuchstellerinnen aber nicht. Letztlich beschränken sie sich darauf, den Sekretariatsmitarbeitern vorzuwerfen, dass sie eine bestimmte Position bezogen haben. In ihrem Schreiben vom 27. August 2015 gehen sie sogar noch einen Schritt weiter und bringen vor, dass dem Schreiben vom 9. Juni 2015 keinerlei Anhaltspunkte dafür zu entnehmen seien, dass es sich hierbei bloss um eine vorläufige Arbeitshypothese handeln soll. Damit verdrehen sie die Beweislast. Wer Ausstandsgründe geltend macht, hat diese aufzuzeigen. Es gibt keine Vermutung für das Vorliegen von Ausstandsgründen, welche die Behörde laufend zu widerlegen hätte, indem sie unablässig darauf hinweist, ihre Einschätzung sei eine vorläufige. Das Sekretariat hat die Vorläufigkeit ihrer Einschätzung in den Rahmenbedingungen betont. Konkrete Hinweise, dass es seine Einschätzung nicht mehr ändern wolle, liegen nicht vor.

41. Weder im Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015 noch in jenem vom 10. Juli 2015 sind Elemente enthalten, die darauf hindeuten, dass die genannten Sekretariatsmitarbeiter nicht bereit sind, ihre vorläufige Schlussfolgerung im weiteren Verlauf des Verfahrens zu überdenken und nötigenfalls zu ändern. Dem Inhalt dieser Schreiben ist somit kein Ausstandsgrund zu entnehmen.

b) Gerügte negativ gefärbte Tonalität

42. Die Gesuchstellerinnen rügen einen „bewusst verwendeten Tonfall“ in den Sekretariatsschreiben vom 9. Juni 2015. Das Schreiben sei sehr kurz und apodiktisch. Insbesondere hätten sich die Gesuchstellerinnen vor den Kopf gestossen gefühlt, weil für die Ausräumung von allfälligen Missverständnissen und insbesondere für die verlangten Erläuterungen eine Besprechung vor Ort durch die wissenschaftlicher Fachpersonen der Verfahrensparteien vorgesehen gewesen sei.

43. Es ist nicht erkennbar, inwiefern das Schreiben eine negativ gefärbte Tonalität aufweist. Die Gesuchstellerinnen behaupten auch diesen Punkt, ohne ein konkretes Element zu nennen, welches für einen objektiven Betrachter eine negative Tonalität erzeugen soll. Sie kommen damit ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 13 VwVG nicht nach.

44. Die notwendige Länge eines Schreibens dürfte sich in erster Linie aus der damit beabsichtigten Aussage ergeben. Dass im Schreiben des Sekretariats vom 9. Juni 2015 inhaltlich etwas fehlt, bringen die Gesuchstellerinnen nicht vor. Insofern kann es also nicht zu kurz sein. Mit Blick auf den formellen Aspekt des Schreibens kann festgehalten werden, dass es sich flüssig liest, einem nachvollziehbaren Aufbau folgt und die Standpunkte bzw. das geplante Vorgehen erklärt und begründet. Es enthält einleitend ein Dankeswort und abschliessend die Einladung für eine Rückmeldung sowie die übliche Grussformel. Gemessen am zu vermittelnden Inhalt des Schreibens erscheint die Länge des Schreibens als angemessen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es als kurz oder gar zu kurz bezeichnet werden kann.

45. „Apodiktisch“ bedeutet gemäss Duden „sicher“ oder „keinen Widerspruch duldend“.¹⁸ Auch in diesem Punkt beantworten die Gesuchstellerinnen die Frage nicht, an welchen Elementen sie die apodiktische Formulierung des Schreibens ablesen wollen. Sollten die Gesuchstellerinnen mit diesem Vorwurf meinen, dass die Autoren des Schreibens in dem Sinne keinen Widerspruch dulden würden, dass sie ihre Meinung ohnehin schon gemacht hätten, würden sie damit lediglich den bereits abgehandelten Vorwurf der unwiderruflichen Festlegung auf eine bestimmte Position wiederholen (vgl. vorne Rz 30 ff.). Auch an der fehlenden Bereitschaft, sich über die Position der Gesuchsgegner Klarheit zu verschaffen, kann es nicht liegen: Die Sekretariatsmitarbeiter wollten ja mit dem Schreiben vom 9. Juni 2015 gerade sicherstellen, dass kein Missverständnis vorliegt. Sie luden die Gesuchstellerinnen ein, eine Rückmeldung abzugeben. Was an diesem Verhalten apodiktisch sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

46. Schliesslich bringen die Gesuchstellerinnen vor, dass sie sich vor den Kopf gestossen fühlten, weil noch

eine Besprechung vorgesehen gewesen sei, an welchen wissenschaftliche Fachpersonen die verlangten Erläuterungen hätten abgeben sollen.

47. Das Interesse der Gesuchstellerinnen am Abschluss einer EVR und die entsprechende Enttäuschung über den Abbruch der Verhandlungen sind nachvollziehbar, zumal die Gesuchstellerinnen offenbar einem im Rahmen der Verhandlungen angedachten Treffen zwischen dem Sekretariat und wissenschaftlichen Fachpersonen eine grosse Bedeutung zumessen. Wie bereits erwähnt, stellt aber der Abbruch von Verhandlungen über eine EVR keinen Ausstandsgrund dar. Dies wäre nur dann denkbar, wenn der Abbruch ohne Begründung bzw. geradezu willkürlich erfolgt wäre, was aber nicht der Fall ist. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass weitere Verhandlungen nichts bringen.

48. Es begründete dies einerseits damit, dass die Gesuchstellerinnen nicht hätten darlegen können, ob und inwieweit das Aufkommen der Zulassungsinhaberinnen für eine Strukturierung und Codierung der künftigen [...]gesetzgebung sowie internationalen Standards entsprechen würde. Offenbar wäre das Sekretariat bereit gewesen, diese künftige [...]gesetzgebung oder internationalen Standards bereits heute in eine EVR einfließen zu lassen. Da eine Darlegung dieser Punkte nicht gelang, sah das Sekretariat keinen weiteren Anlass für Verhandlungen über eine EVR.

49. Andererseits erklärte das Sekretariat, dass es zum Schluss gekommen sei, „dass es für [...] zentral ist, mehr oder weniger ihrer Kosten im bisherigen Umfang den Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringern in Rechnung zu stellen und somit an ihrem Finanzierungsmodell festzuhalten“, was eben nicht seiner Position entsprach.

50. Zur Sicherstellung, dass ihre Schlussfolgerungen nicht auf einem Missverständnis beruhten, gaben die Sekretariatsmitarbeiter den Gesuchstellerinnen die Gelegenheit zur Stellungnahme. Diesen vom Sekretariat dargelegten Schlussfolgerungen widersprachen die Gesuchstellerinnen in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2015 nicht. Sie gingen aber davon aus, dass man sich noch finden könne und brachten den Wunsch zum Ausdruck, weiter zu verhandeln. Das Sekretariat teilte diese Einschätzung nicht und brach die Verhandlungen ab. Daran ist nichts Willkürliches zu erkennen.

51. Als bemerkenswert erscheint, dass sich die Gesuchstellerinnen vor allem daran zu stören scheinen, dass die Sekretariatsmitarbeiter eine kartellrechtliche Würdigung ihres *vergangenen Verhaltens* vornehmen. Die Gesuchstellerinnen mögen diese Würdigung nicht teilen, aber eine solche vorläufige Würdigung *muss* das Sekretariat wie erwähnt vornehmen, bevor es Verhandlungen über eine EVR aufnimmt (Art. 29 KG). Die Verhandlungen dienen dann aber lediglich der einvernehmlichen Regelung der Beseitigung von gegenwärtigen Wettbewerbsbeschränkungen. Die EVR zielt damit ausschliesslich auf *zukünftige Verhaltensweisen* ab. Insofern ist der

¹⁸ Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 24. Aufl. 2006.

Umstand, dass die Sekretariatsmitarbeiter ihre Würdigung des *vergangenen Verhaltens* während oder anlässlich des Abbruchs von Verhandlungen wiederholen, von vornherein nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (es sei denn es lägen zusätzliche Elemente vor, die auf die Unabänderlichkeit der Würdigung schliessen liessen, was aber wie oben dargelegt nicht der Fall ist). Möglicherweise irrten sich die Gesuchstellerinnen über die Bereitschaft des Sekretariats auch über seine rechtliche Würdigung des *vergangenen Verhaltens* zu verhandeln. Dieser Irrtum wäre bedauerlich (und zwar für alle Beteiligten) und der Ärger darüber verständlich. Aber einen Ausstandsgrund kann ein solcher Irrtum nicht bilden.

52. Zusammenfassend zeigt sich, dass weder in der Tonalität, noch in der Kürze, noch in einer apodiktischen Art, noch im Nicht-Zustandekommen eines erhofften Treffens ein Ablehnungsgrund zu erkennen ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine vorläufige Würdigung des Sachverhalts durch das Sekretariat im Vorfeld der EVR im Gesetz angelegt ist und damit systemimmanent ist. Dass die untersuchungsführenden Sekretariatsmitarbeiter im Falle des Scheiterns von Verhandlungen zur EVR die Untersuchung weiterführen können, stellen die Gesuchstellerinnen zu Recht nicht in Frage. Denn das Führen von Verhandlungen über eine EVR setzt wie gesagt voraus, dass die instruierenden Mitarbeiter den Sachverhalt analysiert und eine erste rechtliche Würdigung vorgenommen haben. Dies ist aufgrund der Komplexität von Kartellrechtsfällen in der Regel bereits mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Müssten diese Mitarbeiter nach dem Scheitern von Verhandlungen über eine EVR ausgewechselt werden, dürfte dies das Aus für die gesetzlich vorgesehene EVR bedeuten. Denn einerseits würde einer der wesentlichen Anreize der Wettbewerbsbehörden und der Untersuchungsadressaten zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung entfallen: die Verfahrensökonomie. Andererseits würde dies den Untersuchungsadressaten ein Druckmittel in die Hand geben, da sie jederzeit mit dem Abbruch der Verhandlungen drohen könnten.

c) Gerügte Ablehnung von Beweisanträgen

53. Schliesslich sehen die Gesuchstellerinnen auch in der Weigerung der Sekretariatsmitarbeiter, geforderte Beweismassnahmen durchzuführen, einen Ablehnungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG.

54. Verfahrensparteien sind berechtigt, jederzeit Beweisanträge zu stellen.¹⁹ Die Verfahrensleitung hat diese zu prüfen, muss jedoch nur diejenigen berücksichtigen, die für die Erstellung des Sachverhalts (welche ohnehin von Amtes wegen zu erfolgen hat) notwendig sind. Zur Prüfung dieser Notwendigkeit kann die Verfahrensleitung eine antizipierte Beweismassnahme vornehmen.²⁰ Sollte eine Verfahrenspartei der Ansicht sein, dass ihre Beweisanträge zu Unrecht nicht berücksichtigt werden, kann sie sich mit einer Beschwerde gegen den aus ihrer Sicht bestehenden prozessualen Fehler der Verfahrensleitung zur Wehr setzen. Ausstandsgründe bilden solche prozessualen Fehler aber nicht (soweit sie denn überhaupt bestehen).

55. Eine Befangenheit kommt lediglich dann in Frage, wenn ein Entscheidungsträger „Verfahrensfehler oder beson-

ders gewichtige oder wiederholte Beurteilungsfehler begeht, die als schwere Pflichtverletzung betrachtet werden müssen und von der Absicht zeugen, der Partei zu schaden.“²¹ Im vorliegenden Fall liegen keinerlei Hinweise auf ein solches Verhalten der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter vor. Die Gesuchstellerinnen nennen auch keine solchen Elemente, sondern beklagen lediglich, dass von ihnen gewünschte Beweismassnahmen nicht durchgeführt werden.

56. Die gerügte Nicht-Durchführung von Beweismassnahmen stellt somit keinen Ausstandsgrund dar.

d) Gesamtbetrachtung

57. Wie sich gezeigt hat, stellt keine der von den Gesuchstellerinnen gerügten Äusserungen oder Verhaltensweisen für sich alleine einen Ausstandsgrund dar. Abschliessend ist zu prüfen, ob sich in der Gesamtbetrachtung ein anderes Bild ergibt und „einzelne Irregularitäten“ statt je für sich allein in ihrem gesamten Zusammenwirken trotzdem einen Ausstandsgrund bilden.²²

58. Vorliegend ist kein Fehlverhalten der betroffenen Sekretariatsmitarbeiter feststellbar. Es liegen bereits keine einzelnen, für sich alleine betrachtet kleine Irregularitäten vor. Entsprechend kann gar keine Summe gebildet werden, welche ein anderes Gesamtbild ergeben würde.

B.3 Zusammenfassung

59. Wie sich gezeigt hat, sind die beiden Verfahrensanhträge (Aktenbereinigung bzw. Sistierung) abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

60. Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, dass keine der von den Gesuchstellerinnen gerügten Äusserung oder Verhaltensweisen einen Ausstandsgrund bilden, weder alleine für sich noch in einer Gesamtbetrachtung. Die Gesuchstellerinnen unterlassen es gar weitgehend, ihrer Mitwirkungspflicht nachzukommen und ihr Gesuch ausreichend zu begründen. Das Ausstandsgesuch ist abzuweisen.

B.4 Kosten

61. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung²³ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die vorliegende Verfügung stellt eine solche Zwischenverfügung dar.

¹⁹ Siehe sinngemässe Anwendung von Art. 37 BZP (durch Verweis von Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG).

²⁰ Vgl. RPW 2013/4, 545 Rz 104, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; CHRISTOPH AUER, VwVG-Kommentar (Fn 11), Art. 12 N 17.

²¹ VwVG-Kommentar-FELLER (Fn 11), Art. 10 N 29 m.w.H.; vgl. auch BGE 125 I 119 E. 3e.

²² Vgl. RPW 2009/3, 332 E. 6.2, *Urteil SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gegen WEKO – Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen*.

²³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

62. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Den Erlass der Zwischenverfügung hat im vorliegenden Verfahren die Verfügungsadressatin verursacht. Sie unterliegt und hat die Kosten der Verfügung zu tragen.

63. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 20 Stunden à CHF 200.–, also insgesamt CHF 4'000.–.

C. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt der Präsident der Wettbewerbskommission:

1. Der Antrag, wonach sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] mitgewirkt haben, aus den Akten zu weisen seien, wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Auf den Antrag, wonach das beim Sekretariat laufende Untersuchungsverfahren [...] bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand zu sistieren sei, wird nicht eingetreten.
3. Das Ausstandsgesuch gegen [Namen Sekretariatsmitarbeitende] wird abgewiesen.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4'000.– werden den Gesuchstellerinnen auferlegt.

[Eröffnung]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	2. Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/ Swisscom AG/Ringier AG

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben gemäss Artikel 32 und 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend das Zusammenschlussvorhaben Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft / Swisscom AG / Ringier AG

A Sachverhalt

1. Am 10. August 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Demnach beabsichtigen die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: SRG), die Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) und die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) ein gemeinsam zu kontrollierendes Vollfunktions-Joint Venture (nachfolgend: JV) zu gründen. Das JV solle in der Schweiz das Werbeinventar der drei Unternehmensgruppen und von Dritten vermarkten. Bestehen solle das JV aus einer [...], an welcher die Parteien je zu einem Drittel direkt beteiligt sind. [...]. In diese würden Aktiven, Passiven, Verträge, Personal und gegebenenfalls weitere Rechte (z.B. Immaterialgüterrechte) von Swisscom und von Ringier eingebracht werden.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Swisscom²

2. Die Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11) mit Sitz in Ittigen und der Firmenadresse Alte Tiefenastrasse 6, Worblaufen, 3050, Bern.³

3. Die Swisscom ist eine Konzernmuttergesellschaft von Gruppengesellschaften, die in der Schweiz in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie, IT, Internet und TV tätig sind.

4. 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.

5. Sämtliche elektronischen Medienplattformen der Konzerngesellschaft Swisscom (Schweiz) AG werden von

Swisscom Advertising Unit vermarktet. Dazu gehören bluewin.ch Online, bluewin.ch Mobile, Swisscom TV air und Swisscom TV. Dabei werden zielgerichtete („targeted“) Werbeformate unter Beachtung von Zielgruppeninteresse („behavioral targeting“ aufgrund Surf- und Konsumverhalten von Medienuser kombiniert mit Onsite-Befragungen) und demografischen Eigenschaften der Zielgruppe [...] angeboten.⁴

6. Swisscom verfügt über eine grosse Datenbasis ihrer Nutzer und deren Nutzungsverhalten.⁵

A.1.2 SRG⁶

7. Unter der Firma SRG besteht ein Verein nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern. Die SRG bildet die Trägerschaft für die unternehmerische Tätigkeit der SRG-Gruppe und besteht aus vier Regionalgesellschaften:

- Verein SRG.D: Radio- und Fernsehgesellschaft der deutschen und rätoromanischen Schweiz
- Verein RTSR: Société de radiodiffusion et de télévision de la Suisse romande
- Genossenschaft Corsi: Società cooperativa per la Radiotelevisione svizzera di lingua italiana
- Verein SRG.R: SRG SSR Svizra Rumantscha

8. Die Regionalgesellschaften SRG.D und RTSR setzen sich wiederum aus sieben Mitgliedsgesellschaften zusammen, wobei auch die SRG.R eines der Mitglieder der SRG.D darstellt. Sie gewährleisten die Verankerung der SRG in der Gesellschaft und sorgen dafür, dass die Anliegen der jeweiligen Regionen in die SRG eingebracht werden.

9. Der Auftrag der SRG basiert auf der Bundesverfassung (BV; SR 101), dem Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40) sowie auf der Konzession des Bundesrats.

¹ Meldung vom 10. August 2015.

² Vgl. zum Ganzen auch Unternehmensbeschreibung der Swisscom zur vorläufigen Prüfung vom 18. November 2014 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-0751 Swisscom Directories AG/Search.ch AG.

³ Meldung vom 10. August 2015, Rz 20.

⁴ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 23, Swisscom Advertising Portfolio 2015, S. 10.

⁵ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 2, Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf), S. 2.

⁶ Meldung vom 10. August 2015, Rz 26 ff.

10. In der Schweiz veranstaltet der Verein SRG mit den Regionalgesellschaften Radio- und Fernsehprogramme und andere publizistische Angebote (Online-Angebot, Teletext und publizistische Angebote für das Ausland [swissinfo.ch oder tvsvizzera.it]) gemäss RTVG und der Konzession des Bundesrates, namentlich 17 Radio- und Fernsehprogramme inkl. Sendungen rätoromanischer Sprache. Mit ihren Programm- und anderen publizistischen Angeboten erfüllt die SRG die ihr übertragenen Aufgaben gemäss RTVG sowie geltender Konzession des Bundesrats und bringt damit mitunter die Identität des Landes und die Vielfalt der Regionen zum Ausdruck. Die Angebote dienen gemäss Art. 24 Abs. 4 RTVG der freien Meinungsbildung, fördern die kulturelle Entfaltung und tragen zur Bildung des Publikums sowie zu dessen Unterhaltung bei. Die Gesellschaft kann weitere mit ihrem Unternehmenszweck direkt oder indirekt in Zusammenhang stehende Tätigkeiten ausüben. Sie kann im Rahmen der Unternehmenspolitik andere Gesellschaften gründen oder sich an solchen beteiligen. Die Gesellschaft steht im Dienste der Allgemeinheit. Sie verfolgt keinen Gewinnzweck und finanziert sich zu rund 75 % über Gebühren und zu rund 25 % aus kommerzieller Tätigkeit.

11. Zum Verein der SRG gehören die folgenden fünf Unternehmenseinheiten (Zweigniederlassungen): Radiotelevisione svizzera (RSI), Radiotelevision Svizzera Rumantscha (RTR), Radio Télévision Suisse (RTS), Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) und swissinfo.ch (SWI).

12. Daneben hält die SRG Beteiligungen von über 50% an sechs Tochtergesellschaften, namentlich der Technology and Production Center Switzerland AG (TPC), der Schweizerischen Teletext AG (Swiss TXT), der Publisuisse, der Telvetia S.A., der Mxlab AG und der MCDT AG.

13. TPC, mit Sitz in Zürich (100%-Beteiligung, vollkonsolidiert), ist verantwortlich für die Herstellung von Radio- und Fernsehsendungen sowie Video-, Audio und Multimediaangeboten jeder Art und deren Verbreitung (sogenannte „broadcast and beyond“-Produkte) und trägt damit zur Erbringung des Service Public bei. Im Weiteren bezweckt sie die Herstellung, die Bereitstellung und den Betrieb der entsprechenden technischen Infrastruktur und kann Beratungsdienstleistungen erbringen. Im Auftrag ihrer Kunden realisiert sie zudem Broadcast-Lösungen.

14. Swiss TXT, mit Sitz in Biel (100%-Beteiligung, vollkonsolidiert), erbringt Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Informations- und Nachrichtenvermittlung über Rundfunk- und Fernmeldenetze, namentlich im Bereich des Teletext und Data Broadcast. Sie ist heute in den vier Geschäftsfeldern Swiss TXT Interactive, Media Consulting, Multimedia Solutions und Access Services tätig und betreibt namentlich die Plattformen TELETEXT, teletext.ch und TELETEXT Mobile.

15. Publisuisse, mit Sitz in Bern (99,8 %-Beteiligung⁷, vollkonsolidiert), bezweckt den Erwerb und die Ausföhrung von Fernsehwerbung. Sie vermarktet elektronische Medien in der Schweiz, namentlich exklusiv die kommerziellen Angebote der SRG respektive ihrer konzessionierten Fernseh- und Radioprogramme. Sie bietet im Werbeplatz Schweiz kommerzielle Angebote in den Be-

reichen Fernsehwerbung, Fernseh- und Radiosponsoring sowie Teletext an. Weiter vermarktet sie in vernachlässigbarem Umfang statische Online-Werbeflächen der nicht konzessionierten Plattformen der SRG wie mx3.ch und teletext.ch sowie crossmediale Möglichkeiten über die verschiedenen Produkte hinweg. Ihre Medienlogistikdienstleistungen stellt die Publisuisse gegen Entgelt auch Dritten zur Verfügung. Mit der Vermarktung von kommerziellen Inhalten der SRG erzielt die Publisuisse rund ein Sechstel der Gesamteinnahmen der SRG und ist daneben zur Erschliessung weiterer finanzieller Mittel zugunsten der SRG-Gruppe berechtigt. Es ist vorgesehen, [...].

16. Telvetia S.A., mit Sitz in Bern (100%-Beteiligung, vollkonsolidiert), hält Beteiligungen an Gesellschaften, die mit der SRG-Gruppe in Verbindung stehen, namentlich eine 51%-Beteiligung an der Mxlab AG in Bern und eine 26%-Beteiligung an der Telepool GmbH in München. Darüber hinaus kann sie Tätigkeiten im Bereich der elektronischen Medien und der übrigen Kommunikations- und Informationsmittel vornehmen.

17. Mxlab AG, mit Sitz in Bern (51 %-Beteiligung via Telvetia, vollkonsolidiert), entwickelt, betreibt, wartet und vermarktet eine Plattform im Bereich der Schweizerischen Unterhaltungsmusik und bezweckt auf diesem Weg die Förderung der Schweizer Musik.

18. MCDT AG, mit Sitz in Zürich (100%-Beteiligung via Telvetia, vollkonsolidiert), betreibt insbesondere Marketing-, PR-, Kommunikations- und Verkaufsmassnahmen zum Zweck der Einführung neuer audiovisuellen Technologien, namentlich im Bereich des Digitalradios (DAB/DAB+). Diese Leistungen bietet sie sowohl in der Schweiz wie auch im benachbarten Ausland an.

A.1.3 Ringier⁸

19. Ringier ist eine international agierende Mediengruppe und nach dem schweizerischen Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Zofingen. Ringier ist eine Tochtergesellschaft der Ringier Holding AG, einer nach dem schweizerischen Recht konstituierten Gesellschaft mit Sitz in Zofingen.

20. Die Gesellschaft beteiligt sich an diversen Unternehmen, hauptsächlich in den Bereichen Entertainment (Aktivitäten rund um Fernsehen, Radio, Events oder Unterhaltungsservice) und Digital Business (Online-Marktplätzen und Online-Content-Plattformen, integrale Vermarktungslösungen sowie Digital Marketing). Dazu ist Ringier im Publishing tätig. Dieser Bereich steht für das klassische Stammgeschäft der Informationsvermittlung in Zeitungen und Zeitschriften, erweitert um digitale und mobile Informationsplattformen und Applikationen. Dazu gehören auch die in mehreren Ländern domizilierten Druckereien. Ringier beabsichtigt die Aktivitäten im Bereich Zeitschriften (ohne Blick) in ein Joint Venture mit Axel Springer überzuführen. Die Transaktion mit Axel Springer bildete Gegenstand einer selbständigen Zusammenschlusskontrollanmeldung.

⁷ 0.2 % gehören dem Schweizerischen Gewerbeverband, Stand: 31. Dezember 2014 (Geschäftsbericht der Publisuisse 2014, S. 26).

⁸ Meldung vom 10. August 2015, Rz 41 ff.

A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

21. Die Digitalisierung habe gemäss Parteien dazu geführt, dass neue Akteure auf dem Schweizer Werbemarkt agierten. Es seien primär globale Unternehmen, die dank Kontrolle über die gesamte Wertschöpfungskette über das Potenzial verfügten, Einnahmen aus dem Schweizer Werbemarkt zu generieren. Auf den TV-Märkten seien dies etwa Youtube und Facebook sowie Zattoo, Wilmaa oder Teleboy. Internationale Player wie Google oder Facebook würden die Werbemärkte immer stärker dominieren, indem sie effektivere Targeting-Möglichkeiten (d.h. Möglichkeiten zur Abstimmung des Werbeinhalts auf spezifische Nutzerprofile) anbieten könnten als herkömmliche Mediengattungen (wie TV, Radio oder Print). Diese Entwicklung berge das Risiko, dass der Schweizer Publizistik Mittel verloren gehen würden.⁹

22. Die Medien hätten sich im Rahmen der Digitalisierung transformiert. Die Mediennutzer seien dabei nicht mehr nur direkt mit den Medien „verbunden“, sondern es seien zunehmend die Intermediäre (Plattformen und Weiterverbreiter der Inhalte), welche die Nutzerdaten respektive den Zugang zum Nutzer kontrollierten und kommerzialisierten. Der Mediennutzer agiere selbstbestimmter, was eine Verschiebung der Nachfrage im Werbemarkt von der klassischen Medienvermittlung hin zur Mediennutzungsvermarktung bewirke.¹⁰

23. Namentlich das Targeted Advertising würde wichtiger und ohne diese Funktionalität seien die Werbetreibenden nicht mehr bereit, attraktive Preise zu bezahlen. Anstelle eines Kontaktnachweises würde vom Werbetreibenden auch ein regelmässiger Return of Investment-Nachweis verlangt – dies neben der Reichweite, Einfachheit in der Planung, in der Buchung, in der Abwicklung und im Reporting.¹¹

24. [...]¹²

A.3 Geplante Transaktionen¹³

25. Die Zusammenschlussparteien umschreiben die Art und den Umfang der Zusammenarbeit über die neu zu gründende Joint Venture-Gesellschaft in der Transaktionsvereinbarung und der Meldung. Diese Beschreibung der einzubringenden Geschäftstätigkeiten sowie der geplanten Zusammenarbeit bilden die Grundlage und den Rahmen für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

A.3.1 Transaktionsvereinbarung

26. Swisscom, Ringier und SRG beabsichtigen das JV als Aktiengesellschaft [...] zu gründen, an welcher jede Partei stimmen- und kapitalmässig zu 33 1/3 % beteiligt sein werde. [...]

27. In der Transaktionsvereinbarung¹⁴ seien die wichtigsten Eckpunkte verbindlich festgelegt. Auf deren Basis würden die Parteien die Details ihrer Zusammenarbeit in den detaillierten Verträgen, insb. dem detaillierten Transaktionsrahmenvertrag über die Einbringung der Assets, Aktionärsbindungsverträge, Einigung über die Startorganisation, organisatorische Weiterentwicklung, die Roadmap für die ersten 24 Monate, Verträge zwischen den JV-Gesellschaften und den Parteien (Satellitenverträge) sowie konstituierende Dokumente der JV-

Gesellschaften (gesamthaft als detaillierte Verträge bezeichnet) festlegen.

A.3.2 Umfang der Zusammenarbeit

28. Die Zielstruktur und der Ablauf der Errichtung der JV-Gruppe werden von den Parteien noch im Detail festgelegt. Dabei seien insbesondere folgende Punkte zu berücksichtigen:

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

29. Im Zusammenhang mit der Errichtung der JV-Gruppe sollen die Parteien die folgenden Geschäftsbereiche einbringen:

- SRG: Sämtliche im Eigentum der SRG [...] insbesondere die folgenden Vermögenswerte und Rechte beinhaltet:
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
- Swisscom: Sämtliche Aktiven und Passiven im Zusammenhang mit der Swisscom Advertising Unit einschliesslich:
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]
- Ringier: Sämtliche Vermarktungsrechte sowie Aktiven und Passiven der Vermarktungsrechte der folgenden Inventare (Ringier Werbeinventar):
 - o [...]

⁹ Meldung vom 10. August 2015, Rz 98.

¹⁰ Meldung vom 10. August 2015, Rz 99.

¹¹ Meldung vom 10. August 2015, Rz 100.

¹² Meldung vom 10. August 2015, Rz 102.

¹³ Meldung vom 10. August 2015, Rz 80 in Verbindung mit Beilage 2, Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf), Bst. F (S.3), S.6 ff. und S. 21 f.

¹⁴ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 2, Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf).

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

Zur Vermeidung von Missverständnissen halten die Parteien fest, dass Geschäftsaktivitäten im Zusammenhang mit der Lizenzierung von publizistischen Inhalten an Dritte nicht eingebracht würden.

30. Einbringen von Assets zum Targeted Advertising: [...] Anwendbare Bestimmungen des Datenschutzes seien in jedem Fall zu beachten.

31. [...] ¹⁵:

- [...]
- [...]
- [...]:
 - o [...]
 - o [...]
 - o [...]

[...]

- o [...]
- o In den Bereichen Print und Radio sei derzeit nicht vorgesehen, dass Daten von Swisscom für Werbezwecke zum Einsatz gelangen würden.
- o [...]

32. Die Zusammenschlussparteien halten zudem fest [...] ¹⁶

33. Zu den von Swisscom aufbereiteten und in das JV eingebrachten Targeting Insights vereinbaren die Zusammenschlussparteien insbesondere folgende Punkte:

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

34. Die Parteien seien sich einig, dass die JV-Gruppe eine Service-Public-gerechte, öffentlich vermittelbare, mit den Parteien abgestimmte Datenkultur leben würde.

35. Zur weiteren Klarstellung halten die Parteien fest, dass folgende Punkte nicht in das JV eingebracht würden:

- Swisscom: [...]
- Ringier: [...]

36. Im Zuge der Anhörung haben die Zusammenschlussparteien zudem bekräftigt, [...] ¹⁷

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

37. Mit dem JV beabsichtigten die Parteien gegenüber der stets wachsenden Konkurrenz neuer Werbeformen und gegenüber internationalen Wettbewerbern konkur-

renzfähig zu bleiben. Mit dem Zusammenschlussvorhaben werde das Ziel verfolgt, die neuen Werbeformen und Werbekanäle durch Synergien besser nutzen und bedienen zu können. ¹⁸

38. Gemeinsam sollten auch neue Werbemöglichkeiten und -technologien entwickelt werden, um im globalisierten Wettbewerb bestehen zu können. ¹⁹ Dabei ginge es den Parteien um den Schweizer Werbemarkt, auf welchem neue, primär globale Unternehmen, agierten und welche dank Kontrolle über die gesamte Wertschöpfungskette über das Potenzial verfügten, Einnahmen aus dem Schweizer Werbemarkt zu generieren. Gegenüber dieser neuen internationalen Konkurrenz verspreche man sich durch Kooperation im Heimmarkt erfolgreich zu behaupten. ²⁰

39. Konkret werden folgende strategischen Ziele genannt: ²¹

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

40. Die Ziele widerspiegeln sich im Zweck des JV, welcher in der Bereitstellung möglichst grosser Reichweiten in bestehenden und neuen Werbekanälen zu Gunsten des Medienplatzes Schweiz (Schweizer Inhalte und Schweizer Plattformen) bestehe. ²²

41. Dazu gehöre auch die [...]. Das JV solle nach marktwirtschaftlichen Kriterien und gewinnstrebend geführt werden.

42. Vom Zusammenschlussvorhaben nicht erfasst würden die eigentlichen Kernaktivitäten der beteiligten Unternehmen. So werde beispielsweise die redaktionelle Tätigkeit der Blick-Gruppe oder der SRG nicht in das JV verlagert. [...]. Das JV würde auf Provisionsbasis wie ein Vermittler arbeiten. ²³

43. Die Inventar-Elemente, die durch das JV vermarktet würden, sind in Rz 29 beschrieben.

A.5 Verfahren

44. Am 7. Juli 2015 ging beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) der Meldungsentwurf per E-Mail betreffend eines Zusammenschlussvorhabens zwischen Swisscom/SRG/Ringier ein. ²⁴

¹⁵ Vgl. zur ganzen Rz Meldung vom 10. August 2015, Rz 404 und Antworten zu Zusatzfragen vom 21. August 2015.

¹⁶ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zur Begründung des vorläufigen Beschlusses, Rz 106.

¹⁷ Protokoll Anhörung, S. 6.

¹⁸ Meldung vom 10. August 2015, Rz 2.

¹⁹ Meldung vom 10. August 2015, Rz 2.

²⁰ Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf), S. 2.

²¹ Meldung vom 10. August 2015, Rz 103 in Verbindung mit der Beilage 2 Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf), S. 3 f.

²² Meldung vom 10. August 2015, Beilage 2, Transaktionsvereinbarung (finalisierter Entwurf), S. 4.

²³ Vgl. zum Ganzen Meldung vom 10. August 2015, Rz 3 und 6.

²⁴ Meldungsentwurf vom 7. Juli 2015.

45. Mit Schreiben vom 9. Juli 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfs.²⁵

46. Mit Schreiben vom 22. Juli 2015 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf vom 7. Juli 2015 Stellung und unterrichtete die Parteien über die Unvollständigkeit der Meldung und die notwendigen Ergänzungen bzw. Anpassungen.²⁶

47. Mit Schreiben vom 10. August 2015 reichten die Parteien die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, welche beim Sekretariat gleichentags einging.²⁷

48. Mit Schreiben vom 11. August 2015 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung.²⁸

49. Am 13. August 2015 stellte das Sekretariat Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist um Beantwortung derselben bis am 21. August 2015.²⁹ Die Stellungnahme erfolgte am 21. August 2015.³⁰ Am 19. August 2015 versendete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Werbevermittler und -vermarkter mit der Frist zur Beantwortung desselben bis am 28. August 2015. Befragt wurden die Goldbach Media (Schweiz) AG (nachfolgend: Goldbach Media), die Publicitas AG (nachfolgend: Publicitas), die Belcom AG (nachfolgend: Belcom) und die Google GmbH (nachfolgend: Google).³¹

50. Daraufhin fragte die AZ Medien AG am 21. August 2015 als Muttergesellschaft der Belcom, nach, den Fragebogen für Werbevermittler und -vermarkter beantworten zu dürfen, woraufhin das Sekretariat ihr diesen per E-Mail und mit der Frist zur Beantwortung bis am 28. August 2015 zustellte.³² Die vom Sekretariat begehrte Auskunft an Belcom ist darin konsolidiert.

51. Am 24. August 2015 ersuchten die TV Veranstalterin 3 Plus Group AG und die NZZ Mediengruppe das Sekretariat um Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben. Daraufhin versendete das Sekretariat per E-Mail einen spezifisch auf Werbeplattformen ausgerichteten Fragebogen an 3 Plus Group AG (nachfolgend: 3 Plus Group) und die NZZ Mediengruppe. Die Frist zur Beantwortung des Fragebogens wurde auf den 31. August 2015 gesetzt.³³

52. Am 25. August 2015 versendete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an die UPC Cablecom GmbH (nachfolgend: UPC Cablecom).³⁴

53. Nach Fristerstreckungen erfolgten am 28. August 2015 die Stellungnahmen von Google, am 31. August 2015 jene von Publicitas und der AZ Medien AG und am 1. September 2015 jene von Goldbach Media zu den Auskunftsbegehren an Werbevermittler und -vermarkter.³⁵

54. Am 28. August 2015 richtete das Sekretariat ein weiteres Auskunftsbegehren an die Zusammenschlussparteien mit einer Antwortfrist bis am 1. September 2015.³⁶ Am 1. September 2015 erreichte das Sekretariat die entsprechende Stellungnahme per Fax und Einschreiben.³⁷

55. Am 31. August 2015 reichte die 3 Plus Group die Antworten zum Fragebogen an Werbeplattformen ein.³⁸

56. Ebenfalls am 31. August 2015 erreichte eine Stellungnahme der SevenOne Media (Schweiz) AG (nach-

folgend: SevenOne Media (Schweiz)) bzw. der Sendergruppe ProSiebenSat.1 das Sekretariat.³⁹

57. Am 2. September 2015 ging beim Sekretariat eine Stellungnahme des Verbands Schweizer Medien (nachfolgend: VSM) zum Zusammenschlussvorhaben ein.⁴⁰ Darin sei auch die Stellungnahme der NZZ Mediengruppe (vgl. Rz 51) konsolidiert zu sehen.⁴¹

58. Am 3. September 2015 erreichte nach einer Fristerstreckung die Stellungnahme der UPC Cablecom das Sekretariat.⁴²

59. Am 9. September 2015 entschied das Präsidium der Wettbewerbskommission eine vertiefte Prüfung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG des Zusammenschlussvorhabens durchzuführen und unterrichtete gleichentags die Zusammenschlussparteien über dieses Vorhaben.⁴³ Die Öffentlichkeit wurde diesbezüglich am 10. September 2015 mit einer Pressemitteilung orientiert.⁴⁴

60. Am 14. September 2015 übersendete das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die Beschlussbegründung für die Einleitung einer vertieften Prüfung mit der Bitte dazu bis spätestens am 25. September 2015 Stellung zu nehmen.⁴⁵

61. Am 15. September 2015 stellten die Zusammenschlussparteien ein Gesuch um Akteneinsicht.⁴⁶ Die Akten wurden daraufhin am 17. September 2015 vom Sekretariat den Parteien zugesandt⁴⁷, wobei einige Aktenstücke ausgeklammert wurden, da diese sich zu diesem Zeitpunkt noch in der Geschäftsgeheimnisbereinigung befanden. Diese wurden am 28. September 2015 und am 30. September 2015 den Zusammenschlussparteien nachgereicht.⁴⁸

²⁵ Eingangsbestätigung vom 9. Juli 2015.

²⁶ Unvollständigkeitsmeldung vom 22. Juli 2015.

²⁷ Meldung vom 10. August 2015.

²⁸ Eingangsbestätigung vom 11. August 2015.

²⁹ Auskunftsbegehren an die Zusammenschlussparteien vom 13. August 2015.

³⁰ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien.

³¹ Auskunftsbegehren an Werbevermittler bzw. -vermarkter.

³² Fragebogen für die AZ Medien AG.

³³ Fragebogen für Werbeplattformen an die 3 Plus Group und die NZZ Mediengruppe.

³⁴ Auskunftsbegehren an UPC Cablecom.

³⁵ Stellungnahme von Google, Stellungnahme von Publicitas, Stellungnahme der AZ Medien AG, Stellungnahmen von Goldbach Media und Goldbach Group AG.

³⁶ Auskunftsbegehren an die Zusammenschlussparteien.

³⁷ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien.

³⁸ Stellungnahme von 3 Plus Group.

³⁹ Stellungnahme der SevenOne Media (Schweiz) AG.

⁴⁰ Stellungnahme des VSM.

⁴¹ Vgl. Orientierung der NZZ Mediengruppe bzgl. Beantwortung des Fragebogens an Werbeplattformen im Rahmen einer Stellungnahme vom VSM.

⁴² Stellungnahme UPC Cablecom.

⁴³ Schreiben betr. Einleitung einer Prüfung an die Zusammenschlussparteien.

⁴⁴ Pressemitteilung vom 10. September 2015.

⁴⁵ Beschlussbegründung.

⁴⁶ Gesuch um Akteneinsicht.

⁴⁷ Akteneinsicht für die Zusammenschlussparteien.

⁴⁸ Akteneinsicht für die Zusammenschlussparteien.

62. Mit Schreiben vom 22. September 2015 ersuchten die Zusammenschlussparteien das Sekretariat um eine Fristerstreckung zur Stellungnahme zur Beschlussbegründung bis am 6. Oktober 2015.⁴⁹ Diesem wurde vom Sekretariat am 23. September 2015 teilweise entsprochen und die Frist auf den 2. Oktober 2015 gesetzt.⁵⁰

63. Drei Fragebögen, einen für 11 TV-Sender, einen für 30 Media- und Werbeagenturen und einen für 27 Werbetreibende, wurden am 24. September 2015 mit Einreichfrist am 2. Oktober 2015 an die Marktteilnehmer versandt.⁵¹ Der Fragebogen für TV-Sender wurde am 28. September 2015 zudem auf Anfrage an den Verband Schweizer Medien (nachfolgend: VSM) gesendet.⁵² Ebenfalls auf Anfrage wurde der Fragebogen für Werbe- und Mediaagenturen am 28. September 2015 der Goldbach Media und der Goldbach Group AG (nachfolgend: Goldbach Group) zugestellt.⁵³ Des Weiteren erhielt Publicitas am 2. Oktober 2015 sowohl den Fragebogen für TV-Sender als auch jenen für Media- und Werbeagenturen zugestellt.⁵⁴ Der Fragebogen für Media- und Werbeagenturen wurde am 29. September 2015 an 14 zusätzliche Mediaagenturen des bsw leading swiss agencies geschickt.⁵⁵

64. Zu weiteren Erläuterungen des Zusammenschlussvorhabens fragten die Zusammenschlussparteien am 21. September 2015 per Telefon ein direktes Gespräch nach. Diese Anfrage wurde mit Schreiben vom 24. September 2015 vom Sekretariat dahingehend beantwortet, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt das Verfahren noch ausschliesslich schriftlich geführt wird.⁵⁶

65. Am 6. Oktober 2015 wurden diverse befragte Marktteilnehmer mit einem Mahnungsbrief zur Einreichung der Antworten auf die an sie am 24. September 2015 gesendeten Fragebögen aufgefordert.⁵⁷ Bis zum 13. Oktober 2015 war das Sekretariat im Besitz von allen Antworten; mit Ausnahme von 4 Media- und Werbeagenturen und 1 Werbetreibenden.

66. Auf Anfrage der Zusammenschlussparteien stellte das Sekretariat diesen am 5. Oktober 2015 ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.⁵⁸

67. Am 7. Oktober 2015 sendeten die Zusammenschlussparteien die Stellungnahme zur Beschlussbegründung dem Sekretariat vorab per E-Mail zu, welche das Sekretariat am 9. Oktober 2015 erreichte.⁵⁹

68. Mit E-Mail vom 13. Oktober 2015 ersuchten die Zusammenschlussparteien das Sekretariat um Akteneinsicht gemäss dem ihnen am 5. Oktober 2015 zugestellten Aktenverzeichnis.⁶⁰ Das Sekretariat stellte den Zusammenschlussparteien am 23. Oktober 2015 ein aktualisiertes Aktenverzeichnis mit den Aktenstücken zu.⁶¹

69. Am 20. Oktober 2015 fragte die Pink Box AG ob sie als Werbetreibende im Online-Bereich ebenfalls an der Marktumfrage teilnehmen könne. Das Sekretariat stellte dieser am 22. Oktober 2015 den Fragebogen für Werbetreibende zu mit (erstreckter) Frist bis am 6. November 2015.⁶²

70. Am 22. Oktober 2015 stellte das Sekretariat dem Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) ein Amtshilfegesuch bzgl. der Durchleitungspflicht von zielgerichteten TV-Programmen (inkl. Werbung) gestützt

auf das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) zu.⁶³

71. Am 30. Oktober 2015 stellte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien weitere bis dahin sich noch in einer Geschäftsgeheimniskonsultation befindende Aktenstücke zu.⁶⁴

72. Mit Ablauf des 6. Novembers 2015 sind sämtliche Fristen zur Einreichung der Auskunftsbegehren an die Marktteilnehmer abgelaufen. Damit stehen dem Sekretariat 37 auswertbare Fragebogen für Media- und Werbeagenturen (inkl. jenen der Goldbach Media, der Goldbach Group und der Publicitas), 12 auswertbare Fragebogen für TV-Sender (inkl. jenem des VSM) und 27 auswertbare Fragebogen für Werbetreibende zur Verfügung.

73. Am 2. November 2015 verabschiedete die WEKO die vorläufige Beurteilung, in welcher sie zum Schluss kommt, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form auf den Märkten für die Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann und wonach der Zusammenschluss nach dem derzeitigen Kenntnisstand nicht in der gemeldeten Form zugelassen werden kann.

74. Die vorläufige Beurteilung wurde am 4. November 2015 den Zusammenschlussparteien zugestellt. Im Begleitschreiben wurden die Zusammenschlussparteien angefragt, ob sie mit einer Weitergabe der Information bzgl. der geplanten Segmentierung der Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung an das BAKOM einverstanden seien.⁶⁵

75. Die Zusammenschlussparteien baten die WEKO am 6. November 2015 um einen Besprechungstermin zwecks näherer Erläuterung des Zusammenschlussvorhabens durch Mitglieder der Geschäftsleitungen der beteiligten Parteien.⁶⁶

76. Mit E-Mail vom 9. November 2015 erklärten sich die Zusammenschlussparteien mit der Weitergabe von weiteren Information (vgl. Rz 74) einverstanden.⁶⁷ Am

⁴⁹ Gesuch um Fristerstreckung zur Stellungnahme.

⁵⁰ Fristerstreckung zur Stellungnahme.

⁵¹ Fragebogen an Werbetreibende, an Media- und Werbeagenturen und an TV-Sender.

⁵² Zustellung Fragebogen an den VSM.

⁵³ Zustellung Fragebogen Goldbach Media und Goldbach Group AG.

⁵⁴ Zustellung Fragebogen an Publicitas.

⁵⁵ Zustellung Fragebogen an zusätzliche Mediaagenturen.

⁵⁶ Antwort betreffend eines Gesprächstermins.

⁵⁷ Mahnung zur Einreichung der Antworten auf Fragebögen.

⁵⁸ Zustellung Aktenverzeichnis an Zusammenschlussparteien.

⁵⁹ Stellungnahme zur Beschlussbegründung von Kellerhals Carrard.

⁶⁰ Gesuch um Akteneinsicht per Stichdatum 5. Oktober 2015.

⁶¹ Zustellung der Akten per 23. Oktober 2015 an die Zusammenschlussparteien.

⁶² Zustellung Fragebogen an Pink Box AG und Fristerstreckung.

⁶³ Amtshilfegesuch an das BAKOM.

⁶⁴ Zustellung weiterer Aktenstücke an die Zusammenschlussparteien.

⁶⁵ Zustellung der vorläufigen Beurteilung an die Zusammenschlussparteien.

⁶⁶ Anfrage Besprechungstermin der Zusammenschlussparteien.

⁶⁷ Antwort der Zusammenschlussparteien bzgl. Weitergabe von weiteren Informationen an das BAKOM.

9. November 2015 informierte das Sekretariat die Zusammenschlussparteien in Bezug auf die Anfrage eines Besprechungstermins (vgl. Rz 75), dass das Präsidium der WEKO eine Diskussion zwischen den Zusammenschlussparteien und dem Sekretariat im Hinblick auf mögliche Auflagen und Bedingungen wünscht.⁶⁸

77. Mit Schreiben vom 10. November 2015 ersuchten die Zusammenschlussparteien eine Fristerstreckung zur Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung, welche vom Sekretariat am 11. November 2015 gewährt wurde.⁶⁹

78. Am 12. November 2015 erreichte das Antwortschreiben des BAKOM zum Amtshilfegesuch (vgl. Rz 70) das Sekretariat.⁷⁰

79. Mit E-Mail vom 12. November 2015 wurde der Diskussionstermin zu Auflagen und Bedingungen zwischen den Zusammenschlussparteien und dem Sekretariat auf den 26. November 2015 festgelegt.⁷¹

80. Die Zusammenschlussparteien nahmen am 23. November 2015 Stellung zur vorläufigen Beurteilung.

81. Die Zusammenschlussparteien und das BAKOM wurden am 23. November 2015 für die Anhörung vom 30. November 2015 vorgeladen.

82. Im Auftrag der KE Media GmbH wurde der WEKO am 23. November 2015 ein Gutachten im Sinne einer Würdigung des Zusammenschlussvorhabens im Lichte der deutschen Entscheidungspraxis von Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun zugestellt.

83. Ein weiteres Gutachten von E.CA Economics im Auftrag der Zusammenschlussparteien erreichte die WEKO am 25. November 2015.

84. Am 26. November 2015 fand zwischen den Zusammenschlussparteien und dem Sekretariat eine Diskussion betreffend möglicher Auflagen und Bedingungen statt.

85. Die Zusammenschlussparteien stellten dem Sekretariat am 27. November 2015 einen neuen Vorschlag mit möglichen Auflagen und Bedingungen zu.⁷²

86. Am 30. November 2015 fand die Anhörung der Zusammenschlussparteien und des BAKOM in den Räumlichkeiten der WEKO statt.

87. Am 14. Dezember 2015 fasste die WEKO den Entscheid zur vorliegenden Stellungnahme.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

88. 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

89. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusam-

schluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

90. Swisscom, Ringier und SRG beabsichtigen, ein gemeinsam zu kontrollierendes Vollfunktions-JV zu gründen. Diese Gesellschaft soll in der Schweiz Vermarktungs-Dienstleistungen gegenüber Swisscom, Ringier, SRG und Dritten anbieten und auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. In das JV werden Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (siehe insbesondere Rz 29).

91. Es ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU die gemeinsame Kontrolle und die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegen. Weiter ist im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu prüfen, ob von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen Geschäftstätigkeiten in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

92. Eine gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.⁷³

93. Nach Vollzug des Zusammenschlusses würden Swisscom, Ringier und SRG stimmen- und kapitalmässig je eine Beteiligung von 33 1/3 % an der JV [...] halten. [...] Aufgrund dieser Struktur würden Swisscom, Ringier und SRG gleichermassen entscheidenden Einfluss auf das JV haben.⁷⁴

94. Gemäss Transaktionsvereinbarung solle der Verwaltungsrat der JV[...] aus [...] Personen bestehen, wobei jede Partei je [...] Vertreter nominieren würde. Zu Beginn des JVs sollen zusätzlich [...]. Die nominierten Mitglieder seien von der Generalversammlung zu wählen. [...]

⁶⁸ Besprechungstermin zur Diskussion möglicher Auflagen und Bedingungen.

⁶⁹ Fristerstreckungsgesuch betreffend Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung.

⁷⁰ Stellungnahme des BAKOM zum Amtshilfegesuch.

⁷¹ Einladung an die Zusammenschlussparteien betr. Diskussion von Auflagen und Bedingungen.

⁷² Neuer Vorschlag für Auflagen und Bedingungen der Zusammenschlussparteien.

⁷³ Vgl. zum Ganzen Meldung vom 10. August 2015, Rz 79 in Verbindung mit RPW 2012/1, Rz 32 ff., S. 146 ff.

⁷⁴ Meldung vom 10. August 2015, Rz 80.

95. Die Transaktionsvereinbarung sieht vor, dass der Verwaltungsrat seine Beschlüsse mit [...]. Dabei sei für die im Anhang 7 der Transaktionsvereinbarung aufgeführten Fälle ein qualifiziertes Quorum erforderlich, welches im Ergebnis die Zustimmung aller drei Mutterunternehmen erfordert: [...]. Die Beschlüsse gemäss Anhang 7 der Transaktionsvereinbarung umfassen die massgebenden strategischen geschäftspolitischen Entscheidungen, [...].

96. [...]. Demnach können sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen nur durch Kooperation der drei Unternehmen erfolgen.⁷⁵ Es ist daher von gemeinsamer Kontrolle durch die drei Gesellschaften auszugehen.

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen⁷⁶

97. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt gemäss Praxis der WEKO unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- 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.

98. Eigene Marktpräsenz: Das JV würde als selbständige wirtschaftliche Einheit unter eigenem Namen als Vermittler und Vermarkter von Werbung im digitalen und elektronischen Werbemarkt (TV, Radio und Online) fungieren. Der Zweck des JV sei es, möglichst grosse Reichweiten in bestehenden und neuen Werbekanälen zu Gunsten des Medienplatzes Schweiz, insbesondere durch eine gemeinsame professionelle Vermarktungsorganisation mit attraktiver Marktstellung in der Schweiz, insb. für die crossmediale Vermarktung über alle Werbeformen bereitzustellen.

99. Im Wirtschaftskreislauf wird das JV in seiner Funktion als Werbevermittler sowohl gegenüber Werbetreibenden als auch gegenüber Bereitstellern von Werberaum gegenüber den Parteien und Dritten tätig. Das JV wird daher über eine eigene Marktpräsenz verfügen.

100. Selbständige wirtschaftliche Einheit: Das JV würde in erster Linie die ihm von den Muttergesellschaften und von Dritten übertragenen Inventare gegenüber Werbetreibenden vermarkten. Die professionellen Vermarktungsorganisationen der drei Muttergesellschaften würden in das JV eingebracht werden. Neben der Vermarktung der Inventare würde das JV weitere Produkte und

Dienstleistungen anbieten. Es würde bspw. Buchungs-, Planungs- und Abwicklungssysteme für den Werbemarkt entwickeln und vermarkten. Diese Leistungen würde das JV gegenüber Werbetreibenden auf dem Markt in eigenem Namen anbieten und eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen. Die JV-Gruppe würde ihre Umsätze mit Leistungen gegenüber Drittkunden erzielen und dabei entsprechende Kundenverträge selbst und in eigenem Namen abschliessen. Das JV wäre daher als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren

101. Dauerhaftigkeit: Das JV sei auf Dauer angelegt. Es bestünden keine allgemeinen Kündigungsmöglichkeiten. Nur im Falle vertraglich definierter Exit-Szenarien [...] sei vorgesehen, dass die [...] Die Auflösung des JV als solches sei aber nicht vorgesehen, weshalb die Rechtseinheit grundsätzlich auf Dauer angelegt ist.

102. Zugang zu ausreichenden Mitteln: Die JV-Gruppe würde über ein eigenes Personal von ca. 300 Vollzeitstellen verfügen. Gemäss dem Finanzierungs-Grundsatz der Transaktionsvereinbarung solle das JV dauernd eigenständig und auf finanziell gesunder Basis operieren, [...]. Damit kann davon ausgegangen werden, dass das JV über einen Zugang zu ausreichenden Mitteln verfügt, um seine Geschäftstätigkeit zu tragen.

B.1.2.3 Einzubringende Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen⁷⁷

103. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.⁷⁸

104. Swisscom, SRG und Ringier beabsichtigten, eigenes qualifiziertes Personal in das JV zu überführen. SRG würde [...] Publisuisse einbringen. Auch Swisscom und Ringier würden Geschäftsbereiche eingliedern: Swisscom wird Aktiven, Passiven Verträge und Mitarbeiter im Zusammenhang mit dem Online und Multi-Screen Geschäftsbereich einschliesslich der Swisscom Advertising Unit einbringen. Ringier würde ihre Publishing Inventare sowie die zugehörige Vermarktungsorganisation (Aktiven, Passiven, Verträge und Mitarbeiter) einbringen.

105. Zudem würde die für die Erbringung der Vermarktungsdienstleistungen notwendige technische Infrastruktur in das geplante Gemeinschaftsunternehmen eingebracht werden.

B.1.2.4 Fazit

106. Die Voraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU sind vorliegend erfüllt. Damit handelt es sich bei dem gemeldeten Vorhaben um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 VKU.

⁷⁵ Meldung vom 10. August 2015, Rz 84.

⁷⁶ Vgl. zum Ganzen Meldung vom 10. August 2015, Rz 85 in Verbindung mit RPW 2013/4, Rz 21., S. 662 ff.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen Meldung vom 10. August 2015, Rz 94 ff.

⁷⁸ Vgl. RPW 2012/1, Rz. 56, S. 146 ff.

B.1.3 Vorbehaltene Vorschriften

107. 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.2 Meldepflicht

108. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, so-

fern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

	Swisscom	SRG	Ringier	insgesamt
Schweiz	9'586 Mio. ⁷⁹	1.65 Mrd. ⁸⁰	[...]	[...]
Weltweit	11'703 Mio. ⁸¹	1.65 Mrd. ⁸²	988.5 Mio. ⁸³	14'341.5 Mio.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2014 (in CHF).

109. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit klar erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird daher nicht zusätzlich geprüft, ob ungeachtet des Erreichens der Meldeschwellen eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

110. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

111. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere 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.

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

113. Damit auf einem Markt der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, muss gemäss Bundesgericht ein marktbeherrschendes Unternehmen über die Möglichkeit verfügen, bereits bestehende Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten.⁸⁴ 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.

114. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1 Relevante Märkte

115. Zur Beurteilung, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch einen meldepflichtigen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU die sachlichen und räumlichen Märkte zu bestimmen, wobei der sachlich relevante Markt alle Waren und Leistungen umfasst, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU) und der räumlich relevante Markt das Gebiet umfasst, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

116. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ist die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden für die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte nur diejenigen Geschäftstätigkeiten

⁷⁹ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 7, Geschäftsbericht 2014 der Swisscom AG, S.60.

⁸⁰ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 9, Geschäftsbericht 2014 der SRG SSR, S. 10.

⁸¹ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 7, Geschäftsbericht 2014 der Swisscom AG, S.73.

⁸² Meldung vom 10. August 2015, Beilage 9, Geschäftsbericht 2014 der SRG SSR, S. 10.

⁸³ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 20, Jahresbericht 2014 der Ringier, S. 9.

⁸⁴ Urteil des BGer in Sachen Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG und Tamedia AG, 2A.327/2006, E. 6.4.

herangezogen, die über das geplante Joint Venture gemeinsam im Markt angeboten werden. Die Geschäftstätigkeiten, in welchen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weiterhin eigenständig Produkte und Dienstleistungen anbieten und auf welche das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen hat, werden vorliegend nicht geprüft.

117. Gemäss Bundesverwaltungsgericht erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d. h. der Abnehmer eines abgesetzten Produktes.⁸⁵ Massgebend ist dabei, welche Waren und 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. Massgebend ist demzufolge, welche Produkte aus 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 gegebene Austauschbarkeit nicht ausreichend. Zudem sind für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auch die Art und der Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens zu berücksichtigen.⁸⁶

B.3.1.1 Vorbemerkungen zur Geschäftstätigkeit der Joint Venture-Gesellschaft

118. Ziel der Joint Venture-Gesellschaft besteht darin, die Werbeinventare von Swisscom, SRG, Ringer und von Dritten gegenüber Werbetreibenden zu vermarkten.⁸⁷ Vom Zusammenschlussvorhaben nicht erfasst sind die eigentlichen Kernaktivitäten der beteiligten Unternehmen. Daher werden nur die Vermarktungsaktivitäten in die Joint Venture-Gesellschaft eingebracht, wobei die Joint Venture-Gesellschaft auf Provisionsbasis arbeiten wird. Gemäss Meldung werden künftig durch die Joint Venture-Gesellschaft die folgenden Inventar-Elemente vermarktet:

- a. TV Werbung SRG
- b. TV Sponsoring SRG
- c. Radio Sponsoring SRG
- d. Werbevermarktungsrechte (Displaywerbung) [...]
- e. Werbeinventar TV-Plattformen Swisscom
- f. [...]
- g. Werbeinventar von Ringier: [...].

119. Neben der Vermarktung der Inventare stellt die Joint Venture-Gesellschaft dem Werbemarkt weitere Produkte und Dienstleistungen zur Verfügung.⁸⁸ Sie wird bspw. Buchungs-, Planungs- und Abwicklungssysteme für den Werbemarkt entwickeln und anbieten.

120. Zudem planen die Zusammenschlussparteien der Joint Venture-Gesellschaft den Zugang zu den Daten, [...], [...] zur Verfügung zu stellen.⁸⁹

121. Im Rahmen der dem Meldungsentwurf beigelegten Transaktionsvereinbarung vereinbaren die Parteien, dass

sie soweit zulässig und technisch möglich, der Joint Venture-Gruppe [...] (nachfolgend: „Targeting Insights“) [...].

B.3.1.2 Vorbemerkungen zu den einzelnen Werbemärkten

122. Ausgehend von den geplanten Geschäftstätigkeiten wird die Joint Venture-Gesellschaft insbesondere auf den nachfolgenden Märkten tätig sein:

- a. Märkte für die Vermarktung und Vermittlung von TV-Werbezeit.
- b. Märkte für die Vermarktung und Vermittlung von Radio-Werbezeit.
- c. Märkte für die Vermarktung und Vermittlung von Online-Werbeflächen.
- d. Märkte für die Vermarktung und Vermittlung von Werberaum in Print-Erzeugnissen.

123. Die WEKO bezeichnet die Märkte unter Buchstaben a-d bewusst als Vermarktungs- und Vermittlungsmärkte. Die Grenzen zwischen Vermarktung, also dem Platzieren der Werbezeit bzw. -fläche am Markt, und der Vermittlung der Werbezeit bzw. -fläche zwischen dem Anbieter und einem spezifischen Nachfrager ist fließend und erfolgt aus einer Hand. Im Rahmen einer Erleichterung der Meldung wird auf eine Abgrenzung derjenigen Märkte verzichtet, auf welchen die an der Joint Venture-Gesellschaft beteiligten Unternehmen tätig sind, deren Tätigkeit allerdings nicht in die Joint Venture-Gesellschaft eingebracht oder die durch die Tätigkeit der Joint Venture-Gesellschaft nicht direkt tangiert werden. Dies sind insbesondere die Telekommunikationsmärkte, die Nutzer- und Lesermärkte für Print- und Online-Erzeugnisse etc.

B.3.1.2.1 Nachfrage nach zielgruppenspezifischer Werbung

124. Die Entwicklung von Informations- und Kommunikationstechnologien, insbesondere die Digitalisierung von Medienkanälen, sowie ein wachsender Umfang an Mediennutzer- und Mediennutzungsdaten ermöglicht eine immer zielpersonenspezifischere Ausrichtung bzw. Personalisierung der Werbung („Targeted Advertising“) über die einzelnen Kanäle (TV, Print, Online/Digital, Radio). Um zu eruieren, wie sich die Nachfrage nach zielgruppenspezifischer Werbung entwickeln wird, hat das Sekretariat in der Umfrage bei den Marktteilnehmern Fragen zur Relevanz von zielgruppenspezifischer Werbung und dem eingeschätzten Verlauf deren Nachfrage gestellt.

⁸⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 14. September 2015 in Sachen Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, B-7633/2009, E. V.1.3.a.

⁸⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 14. September 2015 in Sachen Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL, B-7633/2009, E. V.1.3.d.

⁸⁷ Meldung vom 10. August 2015, Rz 3.

⁸⁸ Meldung vom 10. August 2015, Rz 4.

⁸⁹ Schreiben der Zusammenschlussparteien vom 1. September 2015, S. 1 f.

Relevanz von zielgruppenspezifischer Werbung

125. Bezüglich der Relevanz von zielgruppenspezifischer Werbung geben Werbetreibende an, dass diese grundsätzlich wichtig ist und dies vor allem im TV- und Onlinebereich.⁹⁰

126. Im Rahmen der Befragung der Werbevermarkter wurde festgestellt, dass die Möglichkeit besteht, dass sich die Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von TV-Werbezeiten durch die neu aufkommenden Möglichkeiten der zielgerichteten Werbung verändern werden.

So geht beispielsweise Goldbach Media davon aus, dass der Anteil an Zielpersonenspezifischer Werbung am stagnierenden Gesamtwerbeumsatz in der Schweiz zunehmen wird, wobei von dieser Zunahme indes nur der von der WEKO zu beurteilende Zusammenschluss profitieren werde.⁹¹

127. Aus Sicht der Dienstleister für Werbetreibende, der Media- und Werbeagenturen, ist ebenso festzustellen, dass die zielgruppenspezifische Werbung wichtig ist, wie die untenstehende Tabelle, basierend auf 37 verwertbaren Antworten, verdeutlicht:

Medienplattform	Zielgruppenspezifische Werbung über die linksstehende Plattform ist für uns					Wir fragen zielgruppenspezifische Werbung nach
	Wichtig			Unwichtig		
TV	1 11 Angaben	2 8 Angaben	3 3 Angaben	4 4 Angaben	5 2 Angaben	9 Angaben
Online	1 24 Angaben	2 5 Angaben	3 2 Angaben	4 2 Angaben	5	13 Angaben
Print	1 12 Angaben	2 5 Angaben	3 7 Angaben	4 7 Angaben	5 1 Angabe	10 Angaben
Radio	1 9 Angaben	2 6 Angaben	3 9 Angaben	4 3 Angaben	5 2 Angaben	7 Angaben

Tabelle 2: Wichtigkeit der Werbekanäle

Entwicklung der Nachfrage nach zielgruppenspezifischer Werbung

Werbetreibende (basierend auf 27 verwertbaren Antworten)

128. Bezüglich der Entwicklung von zielgruppenspezifischer Werbung gehen die meisten der befragten Werbe-

treibenden davon aus, dass der Anteil an zielgruppenspezifischer Werbung am schweizweit erzielten Werbeumsatz in den Bereichen TV und Online/Digital („x“) in den nächsten zwei bis drei Jahren zunehmen wird, wie die nachfolgende Tabelle zeigt.

Zielgruppenspez. Werbung in den Bereichen	Stark abnehmend $x \leq -10\%$	Abnehmend $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleibend $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmend $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmend $x > 10\%$
TV:		1 Angabe	6 Angaben	10 Angaben	9 Angaben
Print:	1 Angabe	6 Angaben	15 Angaben	1 Angabe	2 Angaben
Online/Digital:				2 Angaben	24 Angaben
Radio:	1 Angabe		17 Angaben	4 Angaben	2 Angaben

Tabelle 3: Entwicklung der zielgerichteten Werbung allgemein aus Sicht der Werbetreibenden

⁹⁰ So gibt bspw. die Kuoni Reisen AG im Fragebogen als Antwort auf Frage 8 an, dass sie grundsätzlich bei jeder Aktion oder Kampagne auf den gewünschten Medienplattformen immer zielgruppenspezifische Werbung nachfragt (Antworten zum Fragebogen der Kuoni Reisen AG). ALDI SUISSE antwortet, dass zielgruppenspezifische TV- und

Online-Werbung schon jetzt möglich und daher wichtig sei. Bei den restlichen Medien wäre diese sehr wünschenswert, sei jedoch noch bedingt möglich (Antworten zum Fragebogen von ALDI SUISSE).

⁹¹ Eingabe Goldbach Media vom 31. August 2015, Antwort auf Frage 3.

129. Ebenso gehen die Werbetreibenden davon aus, dass der Anteil an zielgruppenspezifischer Werbung an der von ihnen nachgefragten Menge an Werberaum bzw. -zeit in den Bereichen TV sowie Online/Digital („x“) in den nächsten zwei bis drei Jahren zunehmen wird. Dies zeigt die nachfolgende Tabelle.

	Stark abnehmend $x \leq -10\%$	Abnehmend $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleibend $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmend $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmend $x > 10\%$
TV:		1 Angabe	8 Angaben	8 Angaben	7 Angaben
Print:		7 Angaben	14 Angaben	1 Angabe	2 Angaben
Online/Digital:			1 Angabe	4 Angaben	19 Angaben
Radio:	1 Angabe	3 Angaben	12 Angaben	3 Angaben	2 Angaben

Tabelle 4: Entwicklung der eigenen zielgerichteten Werbung aus Sicht der Werbetreibenden

130. Analog zu den Werbetreibenden, gehen die Media- und Werbeagenturen davon aus, dass der Anteil an zielgruppenspezifischer Werbung am schweizweit erzielten Werbeumsatz („x“) in den nächsten zwei bis drei Jahren zunehmen wird:

	Stark abnehmend $x \leq -10\%$	Abnehmend $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleibend $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmend $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmend $x > 10\%$
TV:		2 Angabe	9 Angaben	11 Angaben	12 Angaben
Print:	1 Angabe	13 Angaben	10 Angaben	6 Angaben	5 Angaben
Online/Digital:		1 Angabe	1 Angabe	7 Angaben	26 Angaben
Radio:	1 Angabe	7 Angaben	13 Angaben	8 Angaben	5 Angaben

Tabelle 5: Entwicklung der zielgerichteten Werbung allgemein aus Sicht der Media- und Werbeagenturen

131. Dasselbe gilt, nach Einschätzung der Media- und Werbeagenturen, für den Anteil an zielgruppenspezifischer Werbung an der von diesen für ihre Kunden nachgefragten Menge an Werberaum bzw. -zeit („x“):

	Stark abnehmend $x \leq -10\%$	Abnehmen $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleiben $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmen $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmen $x > 10\%$
TV:		3 Angaben	6 Angaben	10 Angaben	9 Angaben
Print:	1 Angabe	9 Angaben	11 Angaben	3 Angaben	6 Angaben
Online/Digital:		1 Angabe	1 Angabe	5 Angaben	22 Angaben
Radio:	1 Angabe	4 Angaben	13 Angaben	5 Angaben	5 Angaben

Tabelle 6: Entwicklung der für Kunden nachgefragten zielgerichteten Werbung aus Sicht der Media- und Werbeagenturen

TV-Sender (basierend auf 12 verwertbaren Antworten)

132. Aus Sicht der TV-Sender zeigt sich, dass auch diese davon ausgehen, dass der Anteil an zielgruppen-

spezifischer Werbung am schweizweit erzielten Werbeumsatz („x“) in den nächsten zwei bis drei Jahren zunehmen wird:

	Stark abnehmend $x \leq -10\%$	Abnehmend $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleibend $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmend $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmend $x > 10\%$
TV:			5 Angaben	5 Angaben	5 Angaben
Print:			4 Angaben	2 Angabe	4 Angaben
Online/Digital:				1 Angabe	11 Angaben
Radio:			4 Angaben	2 Angabe	4 Angaben

Tabelle 7: Entwicklung der zielgerichteten Werbung allgemein aus Sicht der TV-Sender

133. Dasselbe gilt für die Einschätzung der TV-Sender bzgl. der Entwicklung des Anteils an zielgruppenspezifischer Werbung an dem von ihnen erzielten Werbeum-

satz („x“) in den nächsten zwei bis drei Jahren über verschiedene Medienkanäle:

	Stark abnehmen $x \leq -10\%$	Abnehmen $-10\% < x \leq -2\%$	Gleich bleiben $-2\% < x \leq 2\%$	Zunehmen $2\% < x \leq 10\%$	Stark zunehmen $x > 10\%$
TV:			5 Angaben	5 Angaben	5 Angaben
Print:			3 Angabe	3 Angaben	4 Angaben
Online/Digital:				4 Angaben	8 Angaben
Radio:			4 Angaben	2 Angabe	4 Angaben

Tabelle 8: Entwicklung des von den TV-Sendern eigenen erzielten Umsatzes mit zielgerichteter Werbung

134. Zusammenfassend zeigen die Umfrageergebnisse, dass die Möglichkeit zielgruppenspezifischer Werbung sowohl ein aktuelles als auch ein in Zukunft bestehendes Bedürfnis ist bzw. sein wird und dieses vor allem im TV- und Online-Bereich besteht bzw. bestehen wird.

B.3.1.2.2. Substitution von Werbekanälen aus der Sicht von Werbetreibenden und Media-Agenturen

135. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print-, Radio- und TV-Werbung sowie auch Online-Werbung eigene sachlich relevante Märkte dar⁹², wobei die WEKO im Fall Publigroupe/S1TV einen Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung, bestehend aus der Vermittlung von Kino-, Radio- und TV-Werbung abgegrenzt hat.⁹³

136. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den

einzelnen Werbeträgern möglich sind, gemäss der bisherigen Praxis noch nicht vollständig austauschbar sind, so dass sich eine Unterscheidung nach Werbeträgern nach wie vor rechtfertigt, auch wenn es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann. In ihrer jüngsten bis jetzt noch unveröffentlichten Praxis hat die WEKO auch den Markt für Vermarktung bzw. Vermittlung von audiovisueller Werbung in einen Markt für die Vermarktung und Vermittlung von TV-Werbezeit sowie einen Markt für die Vermittlung und Vermarktung von Radiowerbezeit unterteilt.

⁹² RPW 2009/3, 327 Rz 399, *Tamedia/PSSR*; RPW 2013/3, 395 Rz 44 f., *Publigroupe/S1TV*.

⁹³ RPW 2013/3, 395 Rz 44 f., *Publigroupe/S1TV*; mit Hinweisen auf RPW 2007/1, 113 f., *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*; RPW 2007/4, 615 Rz 104, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 268 Rz 183, *Tamedia/PSSR*.

137. Im Hinblick auf die Austauschbarkeit der einzelnen Werbeträger untereinander hat die Befragung der Werbetreibenden kein einheitliches Bild ergeben. Tendenziell scheint zielgerichtete Online-Werbung eine immer stärkere Bedeutung zu erreichen. Die wenigsten Teilnehmer gehen davon aus, dass Online-Werbung bzw.

zielgerichtete Online-Werbung durch einen anderen Werbeträger ersetzt werden kann. Dies veranschaulicht die nachfolgende Tabelle, welche die von den Werbetreibenden⁹⁴ angegebenen Austauschbeziehungen ausweist:

		... kann der Werbekanal durch den nachfolgenden Werbekanal ersetzt werden					
		TV	TV (zielgerichtet)	Online/Digital	Online/Digital (zielgerichtet)	Print	Radio
Wenn der Preis für den rechtsstehenden Werbekanal um 5-10% erhöht wird,...	TV		14 Angaben	10 Angaben	11 Angaben	4 Angaben	2 Angaben
	TV (zielgerichtet)	5 Angaben		5 Angaben	16 Angaben	1 Angabe	
	Online/Digital	2 Angaben	7 Angaben		18 Angaben	1 Angabe	1 Angabe
	Online/Digital (zielgerichtet)	1 Angabe	9 Angaben	5 Angaben		1 Angabe	
	Print	5 Angaben	9 Angaben	14 Angaben	11 Angaben		3 Angaben
	Radio	6 Angaben	7 Angaben	10 Angaben	11 Angaben	3 Angaben	

Tabelle 9: Substitutionsmöglichkeiten aus Sicht der Werbetreibenden

138. Die entsprechenden Einschätzungen der Media- und Werbeagenturen⁹⁵ als Dienstleister der Werbetreibenden sind in der nachfolgenden Tabelle enthalten:

		... kann der Werbekanal durch den nachfolgenden Werbekanal ersetzt werden					
		TV	TV (zielgerichtet)	Online/Digital	Online/Digital (zielgerichtet)	Print	Radio
Wenn der Preis für den rechtsstehenden Werbekanal um 5-10% erhöht wird,...	TV		11 Angaben	10 Angaben	10 Angaben	1 Angabe	3 Angaben
	TV (zielgerichtet)	7 Angaben		3 Angaben	13 Angaben	1 Angabe	
	Online/Digital	2 Angaben	8 Angaben		13 Angaben	4 Angaben	2 Angabe
	Online/Digital (zielgerichtet)	1 Angabe	8 Angaben	10 Angaben		3 Angaben	3 Angaben
	Print	5 Angaben	2 Angabe	13 Angaben	9 Angaben		3 Angaben
	Radio	5 Angaben	5 Angaben	11 Angaben	10 Angaben	4 Angaben	

Tabelle 10: Substitutionsmöglichkeiten aus Sicht der Media- und Werbeagenturen

⁹⁴ Basierend auf 27 verwertbaren Fragebogenantworten.

⁹⁵ Basierend auf 37 verwertbaren Fragebogenantworten.

139. Im Vordergrund steht für die Werbetreibenden allerdings, in Abhängigkeit der Zielsetzung einer Kampagne (breite Bekanntmachungskampagne oder Imagekampagne), die Möglichkeit die jeweilige Zielgruppe zu erreichen. Diese Parameter sind, neben den Produkteigenschaften, der Marke, der Kernbotschaft und dem Budget, die hauptsächlich Bestimmungsfaktoren des Medienmixes, also der Kombination der verschiedenen Medienkanäle für eine bestimmte Werbebotschaft.⁹⁶ Während ein Teil der Werbetreibenden TV-Werbung aufgrund der Reichweite als fast nicht ersetzbar ansehen, geht ein anderer Teil der Werbetreibenden davon aus, dass grundsätzlich zielgerichtete Werbekanäle am ehesten untereinander austauschbar sind.⁹⁷

140. Aus der Sicht eines Werbetreibenden ist davon auszugehen, dass sich die Zusammenstellung des Mixes der einzelnen Werbeträger für die Planung von Werbekampagnen am Verhalten der Beworbenen ausrichtet.⁹⁸ Eine Zielgruppe, die vermehrt über den Online-Kanal erreicht werden kann, wird beispielsweise vorwiegend über diesen Kanal angesprochen. Am ehesten scheint für die befragten Werbetreibenden die zielgerichtete Online-Werbung als möglicher Ersatz für die zielgerichtete TV-Werbung in Frage zu kommen.

141. Aus den aus ihrer Sicht relevanten Umfrageresultaten schliessen die Zusammenschlussparteien, dass die einzelnen Mediengattungen hinsichtlich der Werbesendung weitgehend austauschbar seien.⁹⁹ In diesem Zusammenhang geben sie auch an, dass 80.85 % der verwertbaren Antworten die Frage, ob die zielgerichtete TV-Werbung durch die zielgerichtete Online-Werbung substituierbar sei, bejahen würden. Zudem haben die Zusammenschlussparteien ein ökonomisches Gutachten eingereicht, wonach wiederum basierend auf den verwertbaren Antworten des Fragebogens 75 % der Befragten von einer Substituierbarkeit zwischen zielgerichteter TV-Werbung und zielgerichteter Online-Werbung ausgehen würden.¹⁰⁰ Das Sekretariat errechnet im Gegensatz dazu einen Anteil von 45.31 % (29 entsprechende Angaben aus 64 verwertbaren Fragebögen von Werbetreibenden und Media- und Werbeagenturen; siehe dazu die letzten beiden Tabellen).¹⁰¹

B.3.1.2.3. Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht von Werbetreibenden und Media-Agenturen im TV-Bereich

142. Innerhalb des TV-Konsums muss im Hinblick auf die Möglichkeiten der zielgruppenspezifischen Werbung zudem weiter zwischen drei Dimensionen unterschieden werden. Die erste Dimension beinhaltet die Art des TV-Konsums: Unterschieden wird zwischen dem linearen TV-Konsum, also dem klassischen Konsum von TV-Sendungen (Live-TV) und dem nicht-linearen Replay- oder Video-on-Demand-TV. Die zweite Dimension beinhaltet die Übermittlungsart des linearen und nicht-linearen Signals: Unterschieden wird hier zwischen der direkten Übermittlung über eine Kabelnetzwerkinfrastruktur und der digitalen Übermittlung, meist über das Internet Protocol (IP), sowie der sogenannten Over-the-top-TV-Nutzung (OTT-TV-Nutzung). Die Besonderheit bei der OTT-TV-Nutzung liegt darin, dass kein Netzbetreiber direkt in die Kontrolle oder Verbreitung der Inhalte involviert ist.¹⁰² Über beide Übermittlungsarten können

sowohl lineare als auch nicht-lineare Inhalte verbreitet werden, wobei OTT-Inhalte über das Internet übermittelt werden. OTT beinhaltet damit auch lineare und nicht-lineare TV-Angebote, wie sie bspw. über Wilmaa, Zattoo, Teleboy oder Netflix verbreitet werden. Diese Angebote können prinzipiell über jedes mit dem Internet verbindbare Endgerät, also auch internetfähige Fernsehgeräte (SmartTV), konsumiert werden. Dies führt zur dritten Dimension: Der Typ des Endgeräts (Fernsehgerät, Mobile, Tablet, oder PC), über welches lineare oder nicht-lineare Inhalte konsumiert werden.

143. Heute ist das Einspeisen zielgruppenspezifischer TV-Werbeinhalte über OTT-Angebote und deren IP-basierte Verbreitung relativ einfach umzusetzen. Die vom Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmen geplante zielgruppenspezifische Werbung im Bereich des TV über ein IP-Netz (IPTV) stellt dahingegen in der Schweiz eine Innovation dar.¹⁰³ Sie erlaubt, im Gegensatz zum linearen OTT-Live-TV-Konsum, eine zielgruppenspezifische Werbung innerhalb von TV-Programmen der einzelnen

⁹⁶ So gibt bspw. die Zweifel Pomy-Chips AG für die Bestimmungskriterien des Medienmixes an: „Massgeblich für den Mediamix ist das Mediakonsumverhalten unserer Zielgruppen, die wir erreichen wollen, die Kampagnenzielsetzung (z.B. Reichweite, Performance) sowie die inhaltliche Ausgestaltung der Kampagne. Hinzu kommen Kosten-Nutzen sowie Verfügbarkeiten der Angebote.“ Stellungnahme Fragebogen der Zweifel Pomy-Chips AG, Zürich, Antwort auf Frage 6.

⁹⁷ So geht bspw. die Weleda AG davon aus, dass „Im Moment [...] bei entsprechendem Budget, TV aufgrund der Reichweite fast nicht ersetzbar [...] ist und dass „Zielgerichtete Kanäle [...] prinzipiell durch andere zielgerichtete Kanäle ersetzt werden [...]“ können. Antworten Fragebogen Weleda AG, Antwort auf Frage 10. Arosa Tourismus wiederum gibt an: „Aufgrund der Konvergenz der Medien sind Mediengattungen über weite Strecken miteinander substituierbar. Es ist aber eher eine einseitige Bewegung: Zielgruppenspezifische Werbung ist von Anfang an medienübergreifend austauschbar. Wenn ‚nicht-zielgruppenspezifische Werbung‘ teurer wird, wird sie mit ‚zielgruppenspezifischer Werbung‘ substituiert. Hingegen wird kaum ein Werbetreibender seine bestehende ‚zielgruppenspezifische Werbung‘ substituieren. Er wird zuerst versuchen ‚zielgruppenspezifische Werbung‘ in anderen Medien zu steigern. Vermutlich wird man dann eher auf Werbung verzichten, als grosse Streuverluste in Kauf zu nehmen.“ Antworten Fragebogen Arosa Tourismus, Antwort auf Frage 10.

⁹⁸ So gibt bspw. [...] hier zu Frage 10 als Antwort: „Wegen unterschiedlicher Charakteristika lassen sich Kanäle nicht wegen 5-10 % Konditionenänderung gegeneinander austauschen. Bei der Wahl des Kanals ist nicht der Preis das primäre Kriterium sondern die Zielgruppe sowie die jeweiligen Stärken eines Mediums (z.B. TV -> Emotionalisierung über Bewegtbild). Sofern eine Zielgruppe über einen Kanal nicht erreicht werden kann, so wird dieser auch nicht genutzt – unabhängig vom Preis.“ ALDI SUISSE sagt aus: „Wir achten auf einen ausgewogenen Mix, welcher zuerst von den Faktoren Reichweite, Affinität, Zeit (Tageszeit/Jahreszeit) und Preis des Mediums zusammensetzt. Wenn sich ein Medium bei diesen Faktoren nicht mehr eignet, kann es durch ein geeigneteres ersetzt werden.“ Antworten Fragebogen für Werbetreibende von ALDI SUISSE.

⁹⁹ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Akten.

¹⁰⁰ Eingabe der Parteien vom 25. November 2015, S. 10.

¹⁰¹ Es gibt verwertbare Fragebögen, in denen diese Tabelle nicht ausgefüllt wurde und bei denen auch im Text eine Substituierbarkeit nicht erkennbar ist. Das sind bei den Media- und Werbeagenturen deren 11 und bei den Werbetreibenden deren 3, also 14 an der Zahl. Subtrahiert man diese von den 64 verwertbaren Fragebögen, erhält man als Basis für diese spezifische Fragestellung 50 Fragebögen und damit einen Anteil der Bejahung einer Substituierbarkeit zwischen zielgerichteter TV- und zielgerichteter Online-Werbung von 29/50 bzw. 58.00 %.

¹⁰² https://de.wikipedia.org/wiki/Over-the-top_content, aufgerufen am 1. Dezember 2015.

¹⁰³ Auch über ein Kabelnetz gibt es in der Schweiz noch kein bestehendes Angebot zur zielgerichteten TV-Werbung.

Sender. Live-TV über Zattoo oder Wilmaa erlauben „nur“ die zielgruppenspezifische Werbung auf der OTT-Plattform selbst (also bspw. im Webfenster von Zattoo oder Wilmaa) oder als Zwischenschaltung beim Wechseln des TV-Kanals. Hierbei erfolgt allerdings die Vermarktung des zwischengeschalteten Werbespots nicht durch den Programmveranstalter, sondern durch den Betreiber der Plattform. Das TV-Signal bleibt durch das Zwischenschalten von Werbung beim Programmwechsel unbeeinflusst.

144. Im Hinblick auf die Effektivität bzw. Wirksamkeit von zielgruppenspezifischer TV-Werbung, unabhängig davon ob linear oder nicht-linear (1. Dimension) oder OTT bzw. über ein Kabelnetz bzw. IPTV (2. Dimension), spielt auch die 3. Dimension, der Typ des Endgeräts, eine wichtige Rolle: Es kann davon ausgegangen werden, dass diesbezüglich ein Fernsehgerät einen besonderen Stellenwert einnimmt. Praktisch jeder Schweizer Haushalt verfügt über ein Fernsehgerät und über 90% der Schweizer Bevölkerung nutzen das Fernsehprogramm auf digitalem Weg.¹⁰⁴ TV-Konsum über ein Fernsehgerät ist multisensorisch und besonders emotional; Informationen können bild- und tonhaft transportiert werden und dadurch Menschen bewegen.¹⁰⁵ Die hohe Reichweite und die multisensorische, emotionale Wirkung werden ergänzt durch die Ansprache in gewohnter häuslicher und relativ entspannter Umgebung. Dadurch werden sowohl eine hohe Akzeptanz und Aufmerksamkeit als auch eine relativ hohe Erinnerung an die Inhalte erreicht.¹⁰⁶ Es ist davon auszugehen, dass sowohl der Inhalt des (linearen oder nicht-linearen) TV-Programms als auch das persönliche „Setting“ bzw. die Gemütslage beim TV-Konsum über ein Fernsehgerät anders ausfällt, als über ein anderes Endgerät. Eine weitere zu beachtende Dimension (4. Dimension) wäre hier auch die Zielgruppe, die TV konsumiert: Währendem ein möglicher Zuschauer im Rentenalter sich beispielsweise eher für lineare Tiersendungen über einen Kabel- oder IP-Netzbetreiber interessiert, interessiert sich ein 30-jähriger Berufstätiger eher für das nicht-lineare OTT-Streaming einer Newssendung über sein Mobile auf den Nachhauseweg im Zug.

145. Die Zusammenschlussparteien zitieren in diesem Zusammenhang eine repräsentative Online-Studie des Marktforschungsinstituts TNS Infratest im Auftrag des Internet-TV-Anbieters Zattoo, die 800 Schweizerinnen und Schweizer ab 15 Jahren im Frühjahr 2015 befragte. Nach dieser sehen gut 75 % der Fernsehzuschauer gelegentlich Fernsehen über das Internet. Mehr als 25 % nutzt überwiegend Internet-Angebote. Knapp 14 % der Befragten schauen ausschliesslich über das Internet fern. Dabei ist zu bemerken, dass gemäss dieser Studie vor allem das jüngere Publikum zwischen 15 und 29 Jahren - mit einem Anteil von 34 % an überwiegend über das Internet fernsehenden Nutzern - überdurchschnittlich viel Online-TV konsumiert. Dagegen nutzen 31 % der 50 bis 69-Jährigen nie Internet-TV-Angebote. 45 % der Befragten würden sich derweil vorstellen können, künftig gänzlich auf einen Kabel- oder Satellitenanschluss zu verzichten und nur noch via Internet TV zu konsumieren.¹⁰⁷ Zudem würden Erhebungen der Swisscom zeigen, dass gratis Internet-TV von ihren

Abonnenten wie ein zweiter Fernseher im Haushalt genutzt würde.¹⁰⁸

146. Schlussendlich lässt sich feststellen, dass die Wirksamkeit von zielgruppenspezifischer TV-Werbung von (mindestens) vier Dimensionen abhängt, wobei deren Kombinationen bzw. Kreuzungen nicht gleichverteilt im Universum der einzelnen TV-Zielgruppen sein dürften.

147. Damit ist derzeit noch unklar ob und inwiefern die heute existierende zielgruppenspezifische Werbung auf OTT-TV-Plattformen ein Substitut zu der von Swisscom geplanten zielgruppenspezifischen TV-Werbung, welche Teil des TV-Programms sein wird, darstellen wird. Als unsicher muss zudem dabei gelten, inwiefern eine Zielgruppe auch über das Fernsehgerät, und damit im entsprechenden „Setting“ bzw. der entsprechenden Empfanglichkeit für die jeweilige Werbung, via OTT-TV erreicht werden kann.

148. Nachfolgend wird, wo nicht anders definiert, unter TV-Werbung die Ausstrahlung von Werbung innerhalb von TV-Programmen der einzelnen Sender über ein Netz (IPTV oder Kabelnetz) verstanden.

B.3.1.2.4. Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht von TV-Sendern

149. Betrachtet man die Perspektive der TV-Sender, so möchten 9 von 11 befragten TV-Sender ihren Werbekunden in der Zukunft zielgerichtete Werbung anbieten.¹⁰⁹ 3 Plus Group geht davon aus, dass im Bereich der Werbung der Print-Bereich zu Gunsten von TV und Online verlieren wird, wobei grundsätzlich von einem für die nächsten zwei bis drei Jahre stagnierenden Werbemarkt über alle Medien ausgegangen wird.¹¹⁰ Der Markt wird sich aber gemäss 3 Plus Group inhaltlich verändern, so dass zukünftig zielgerichtete TV-Werbung als neuer Markt die herkömmliche TV-Werbung ablösen wird.¹¹¹ Auch die SevenOne Media (Schweiz) geht davon aus, dass sich das Produkt für zielgerichtete Werbung signifikant entwickeln wird.¹¹²

¹⁰⁴ Media Guide 2015 von Publisuisse, S. 20.

¹⁰⁵ Media Guide 2015 von Publisuisse, S. 20.

¹⁰⁶ Media Guide 2015 von Publisuisse, S. 24.

¹⁰⁷ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Akten.

¹⁰⁸ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Akten.

¹⁰⁹ Vgl. Eingabe 3 Plus Group vom 12. Oktober 2015, Antwort auf Frage 7 und 8; Eingabe Mediengruppe RTL Deutschland GmbH vom 7. Oktober 2015, Antwort auf Frage 7 und 8; Eingabe der ProSieben-Sat.1 Media SE vom 12. Oktober 2015, Antwort auf Frage 8; Eingabe NZZ Mediengruppe vom 8. Oktober 2015 für Tele Ostschweiz und Tele 1, Antwort auf Frage 8, Eingabe Schärer Rechtsanwälte vom 7. Oktober 2015 für Tele M1, TeleZüri und TeleBärn, Antwort auf Fragen 7 und 8; Eingabe Somedia AG vom 8. Oktober 2015, Antworten auf Fragen 7 und 8.

¹¹⁰ Eingabe 3 Plus Group vom 31. August 2015, Antwort auf Frage 7.

¹¹¹ Eingabe 3 Plus Group vom 31. August 2015, Antwort auf Frage 11.

¹¹² Eingabe SevenOne Media (Schweiz) vom 31. August 2015, S. 2.

150. Damit gehen die befragten Anbieter von TV-Programmen davon aus, dass die zielgerichtete und nicht-zielgerichtete Ausstrahlung von TV-Programmen und TV-Werbung nicht als gleichwertig anzusehen sind und Werbetreibende diese Leistungen zusätzlich nachfragen. Folglich ist davon auszugehen, dass TV-Sender in Zukunft sowohl zielgerichtete als auch nicht-zielgerichtete Vermittlung von TV-Werbung als separate Produkte bei TV-Vermittlern nachfragen werden. Dies bedeutet aber auch, dass die Nachfrage nach Vermittlungsdienstleistungen für zielgerichtete und nicht-zielgerichtete TV-Werbung aus Sicht der TV-Sender unterschiedliche Bedürfnisse der Werbetreibenden abbilden und für TV-Sender nicht austauschbar sind.

151. Erste Erfahrungen von Sky Media mit zielgerichteter TV-Werbung (Sky AdSmart) im Vereinigten Königreich und Irland zeigen, dass zielgerichtete TV-Werbung seit der Lancierung dieses Produkts im Januar 2014 Einfluss im Bereich der TV-Werbung hat: In einem Jahr wurden 1'000 Kampagnen von 357 Werbetreibenden durchgeführt. Der Vorquartalsvergleich im Oktober 2014 zeigte ein Wachstum bei der zielgerichteten Werbung von 48 %. Die absoluten Umsatzzahlen sind, soweit ersichtlich, nur indirekt zu eruieren und lassen dieses starke Wachstum im Vergleich zum Vorquartal etwas verhaltener aussehen: So betrug die Gesamtwerbeeinnahmen von Sky Media im entsprechenden Quartal 108 Mio. britische Pfund und im Vorjahresquartal 102 Mio. britische Pfund (+ 5.88 %). Dies sei auf einen höheren Marktanteil und den erstmaligen Beitrag von AdSmart zurückzuführen. Im Oktober 2015, also 1 Jahr später, zählte Sky Media 500 Werbetreibende und 3200 Kampagnen, wobei die Gesamtwerbeeinnahmen um 5 % im Vergleich zum Vorjahresquartal gestiegen sind.¹¹³

152. Im Verhältnis zu den gesamt Umsatzzahlen in der TV-Werbung im vereinigten Königreich, welcher im Jahr 2014 ca. 3.84 Mrd.¹¹⁴ erreichte, machte die mutmassliche zielgerichtete TV-Werbung von Sky allerdings nur einen Marktanteil von ca. 1 %¹¹⁵ des Gesamtwerbeumsatzes im Vereinigten Königreich aus.

153. Mit der Einführung von AdSmart wurden auch neue Werbekunden, die zuvor keine klassische TV-Werbung tätigten, akquiriert. Dies kann dahingehend gedeutet werden, dass zielgerichtete TV-Werbung für Werbetreibende, gerade auch für kleinere und mittlere Unternehmen, neue Werbemöglichkeiten über das TV-Medium eröffnet und daher eine andere Nachfrage bedient als klassische TV-Werbung. Eine wichtige Rolle mag hier wohl gerade auch die Kombination von Zielgerichtetheit in Kombination mit der relativ grossen Reichweite sein. Sky Media expandiert die zielgerichtete TV-Werbung auch in das On Demand-Geschäft und ist bestrebt mehr Kanäle durch Kooperation mit Medienpartner anzubieten und die Technologie weiterzuentwickeln.¹¹⁶ Dies lässt das innovative Potenzial dieser neuen Werbeform erkennen, wobei die Entwicklung von AdSmart in absoluten Zahlen anhand des veröffentlichten Datenmaterials schwierig bzw. eher verhaltener einzuschätzen ist. [...].

154. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Marktabgrenzungspraxis der WEKO aufgrund der technischen Entwicklungen in den vergangenen Jahren

sowie des Auftretens von internationalen Playern wie Google oder Facebook gemeinhin als überholt gelte.¹¹⁷ So sei eine Unterscheidung zwischen Verkauf und Vermittlung von Werbeflächen kaum noch möglich, da die Grenzen wegen der zunehmenden Digitalisierung nicht mehr gezogen werden könnten. Die beiden Trends – Analogabschaltung und Zuwachs des IPTV-Konsums – würden eine Zunahme des CH-Signalanteils bewirken. Zudem würden Substitutionsprodukte SVOD (Subscription Video-on-Demand) und TVOD (Transactional Video-on-Demand) in den Markt eintreten. Folglich sei eine scharfe Trennung zwischen Vermittlungstätigkeit sowie der direkten Vermarktung des Werberaums in Eigenregie nicht mehr möglich.

155. Die WEKO hat in ihrer jüngsten Praxis anerkannt, dass eine Unterscheidung zwischen Vermittlung und Vermarktung von Werberaum aufgrund der Marktgegebenheiten kaum möglich ist und grenzt Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum ab. Dennoch muss zwischen der Vermittlung und Vermarktung von Werberaum und dem Vertrieb von werbefreien aber kostenpflichtigen Inhalten unterschieden werden. Hierzu gehören z.B. SVOD und TVOD. Der über den Verkauf solcher Inhalte erzielte Umsatz wird in keinem Fall den Märkten für die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum zugeordnet.

B.3.1.2.5. Schlussfolgerungen aus den Vorbemerkungen zu den einzelnen Werbemärkten

156. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sowohl Media- und Werbeagenturen als auch Werbetreibende gewisse Substitutionsmöglichkeiten zwischen den einzelnen Werbekanälen, insbesondere zwischen zielgerichteter TV-Werbung und zielgerichteter Online-Werbung sehen. Zudem kann eine gewisse Substituierbarkeit von zielgerichteter TV-Werbung über ein Kabel- oder IPTV-Netz mit zielgerichteter TV-Werbung auf OTT-Plattformen, die vom TV-Programm unabhängig ist, nicht ausgeschlossen werden. Am wenigsten wird gemäss Umfrage eine Substituierbarkeit von zielgruppenspezifischer TV-Werbung seitens der TV-Sender gesehen. Sie haben ein Interesse daran, den Werbetreibenden bzw. Media- und Werbeagenturen die Möglichkeit der zielgruppenspezifischen TV-Werbung über ihre Sender zusätzlich zu ermöglichen. Ob und inwiefern eine solche Substituierbarkeit besteht, wird sich allerdings erst im

¹¹³ Siehe <https://corporate.sky.com/media-centre/our-blog/2015/sky-adsmart-1000-campaigns-later> (aufgerufen am 24. November 2015) und <https://corporate.sky.com/investors/latest-results> (aufgerufen am 15. Dezember 2015).

¹¹⁴ <http://www.statista.com/statistics/236916/tv-net-advertising-revenue-in-the-uk/> (aufgerufen am 18. Dezember 2015).

¹¹⁵ Quartalsumsatz in Höhe von CHF 108 Mio. aufgerechnet auf das Jahr, was CHF 432 Mio. ergibt. Hiervon geschätzt 10 % des Werbeumsatzes mit zielgerichteter TV-Werbung ergibt einen Umsatz von 4.3 Mio. CHF.

¹¹⁶ Siehe <http://www.iptv-news.com/2015/01/ces-2015-sky-shows-off-adsmart-success/> (aufgerufen am 24. November 2015) und <https://corporate.sky.com/media-centre/our-blog/2015/sky-adsmart-1000-campaigns-later> (aufgerufen am 24. November 2015).

¹¹⁷ Meldung vom 10. August 2015, Rz 122.

Verhalten der Werbetreibenden bzw. Media- und Werbeagenturen zeigen. Die WEKO schliesst aus den Antworten der Marktteilnehmer, dass die geplante zielgruppenspezifische TV-Werbung über das Swisscom TV-Netz, wenn auch nicht vollständig, so doch einen gewissen Wettbewerbsdruck durch andere Werbekanäle erfahren könnte, insbesondere durch die zielgruppenspezifische Online-Werbung und die zielgruppenspezifische OTT-TV-Werbung. Bei der Analyse der Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb wird in Zukunft auch die konvergente Nutzung einzelner Medienkanäle zu berücksichtigen sein. Für den Bereich der neuen zielgruppenspezifischen TV-Werbung über ein IP- oder Kabelnetz kann die Marktabgrenzung aber für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen werden.

B.3.1.3 Vorbemerkungen zu den Märkten für die Vermittlung und Vermarktung Werberaum und -zeit als Plattformmärkte

157. Die Vermittlungs- und Vermarktungsmärkte von Werberaum und -zeit sind zwei- oder mehrseitige Märkte.¹¹⁸ Die WEKO hat sich schon verschiedentlich mit Fragestellungen im Zusammenhang mit Plattformmärkten auseinandergesetzt.¹¹⁹

158. Plattformmärkte haben das grundsätzliche Charakteristikum, dass die auf ihnen agierenden Plattformen, wie im vorliegenden Fall die Werbevermittler bzw. -vermarkter, *verschiedene Nachfrage- bzw. Anbietergruppen*, hier die Werbetreibenden und die Anbieter von Werberaum und -zeit, zusammenbringen und eine beobachtbare oder nicht-beobachtbare *Transaktion zwischen diesen Gruppen ermöglichen*.

159. Eine Plattform generiert durch die Internalisierung von so genannten *indirekten Netzwerkeffekten* einen ökonomischen Mehrwert: Die Nachfrage- bzw. Angebotsgruppen profitieren davon, dass andere Gruppen auf der Plattform anzutreffen sind, mit welchen eine ökonomische Austauschbeziehung eingegangen werden kann. Je grösser dabei eine einzelne Gruppe ist (also je mehr potenzielle Austauschpartner für die anderen Gruppen vorhanden sind), desto attraktiver erscheint die Plattform für die anderen Gruppen, die an einer Austauschbeziehung mit dieser interessiert sind.

160. Die Plattform hat damit ein Interesse, *die Gruppengrössen optimal aufeinander abzustimmen*. In den meisten Fällen sollten diese maximiert werden. Es kann aber auch der Fall sein, dass die Gruppengrösse eine kritische Grenze nicht erreichen sollte, da dann die indirekten Netzwerkeffekte negativ werden.¹²⁰

161. Auf Plattformmärkten, auf welchen starke indirekte Netzwerkeffekte auftreten, kann durch ebendiese ein stärkerer Konzentrierungsgrad auf wenige darauf agierende Plattformen volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein.

162. Über die Gestaltung der Preishöhe und der *Preisstruktur* beeinflusst die Plattform die Zusammensetzung und Grössen der auf ihr agierenden Gruppen. So kann sie einerseits für den Zutritt auf die Plattform eine Gebühr verlangen und diese gruppen- bzw. teilnehmerspezifisch festlegen. Andererseits kann sie, sofern möglich bzw. beobachtbar, die Transaktionen, die zwischen den Gruppen stattfinden, „besteuern“ und damit bei beiden

oder einer der an der Transaktion beteiligten Seiten eine, ebenfalls gruppen- bzw. teilnehmerspezifisch ausgestaltete, Kommissionsgebühr erheben.

163. Die *Preisstruktur* nimmt sodann auch die Rolle des Kernelements bei mehrseitigen Märkten an. Sie ist bei Plattformen typischerweise *nicht-neutral*: Das Transaktionsvolumen wird durch die Preisstruktur beeinflusst. Das Nachfrage- bzw. Angebotsverhalten der einzelnen Gruppen wird dabei von der Plattform simultan und unter der Gewinnmaximierungsprämisse berücksichtigt. Dabei wird, bspw. bei zweiseitigen Plattformmärkten, oftmals nur eine Seite mit einer Kommissions- und/oder Zutrittsgebühr belastet und die andere Seite gar nicht oder nur geringfügig belastet. Zu beobachten ist dann eine „schiefe“ Preisstruktur. Diese gewährleistet in diesem Fall, dass die subventionierte Seite ausreichend gross ist und damit für die weniger preissensitive und/oder durch das Budget restringierte Seite attraktiv ist, womit diese wiederum selbst auf der Plattform präsent ist.

164. Bei einer isolierten Betrachtung der Marktseiten könnte dabei der Fehlschluss gezogen werden, dass die Preise exzessiv zu hoch bzw. zu tief angesetzt werden (*excessive oder predatory pricing*), obwohl dies eine unter Gewinnmaximierungsaspekten logische Folge der Zweiseitigkeit des Marktes ist.

165. Die *Nicht-Neutralität der Preisstruktur* ist damit auch die hinreichende Bedingung dafür, dass der Markt zwei- bzw. mehrseitig ist. Sie ist typischerweise bei zwei- oder mehrseitigen Nicht-Transaktionsmärkten gegeben, auf welchen die beiden Seiten nicht direkt und/oder unmittelbar in ein Austauschverhältnis eintreten und Verhandlungen zu Ausgleichszahlungen, die die Preisstruktur „neutralisieren“, weniger wahrscheinlich sind.¹²¹

166. Bei mehrseitigen Märkten gilt es die Marktseiten sowohl separat zu analysieren als auch ihre Interdependenzen zu berücksichtigen. Dies wird im Rahmen der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gemacht.

167. Hier fungieren die Vermittler- bzw. Vermarkter als Plattformen, die die Interaktion zwischen den Werbetreibenden und den Anbietern von Werberaum und -zeit (nachfolgend: Werbeinventar) vereinfachen. Letztere sind Medien (TV, Radio, Websites, Print), die ihrerseits

¹¹⁸ JEAN-CHARLES ROCHET UND JEAN TIROLE, Platform Competition in Two-Sided Markets, 2003, Journal of the European Economic Association, 1(4), 990-1029.

¹¹⁹ Vgl. RPW 2007/2, 283 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2005/2, 312 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten-Interchange Fee*; RPW 2011/1, 96 ff., *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹²⁰ So bspw. auf Partyveranstaltungen für Singles, die typischerweise überschaubar sein sollten und auf welchen beide Geschlechter in einem angemessenen Verhältnis auftreten sollten.

¹²¹ So definieren Jean-Charles Rochet und Jean Tirole zweiseitige Märkte als Märkte, auf welchen eine Plattform das Transaktionsvolumen variieren kann, indem sie die eine Marktseite mehr und die andere Marktseite um den gleichen Betrag weniger belastet. Mit anderen Worten ist ein Markt dann zweiseitig, wenn die Preisstruktur relevant ist und die Plattformen sie so gestalten müssen, damit sie beide Seiten „on Board“ kriegen (JEAN-CHARLES ROCHET UND JEAN TIROLE, Two-Sided Markets: A Progress Report, 2006, The RAND Journal of Economics, 664 f.).

Zuschauerinnen und Zuschauer, Zuhörerinnen und Zuhörer sowie Leserinnen und Leser als Konsumentinnen bzw. Konsumenten (nachfolgend: Nutzer) bedienen.

168. Die Nutzer sind die eigentlichen Adressaten des Werbeinhalts von Werbetreibenden.

169. Zweck der Werbung ist es, dass die Nutzer den Werbeinhalt beachten und sich damit die Kaufwahr-

scheinlichkeit des beworbenen Produkts durch einen Nutzer erhöht.

170. Daraus resultiert ein den Vermittlungsmarkt umfassender mehrseitiger Markt für Werbekonsum auf welchem die Nutzer (und damit die Werbeadressaten) und Werbetreibende über Vermittler bzw. Medien zusammengebracht werden. Die nachfolgende Abbildung illustriert diese Zusammenhänge.

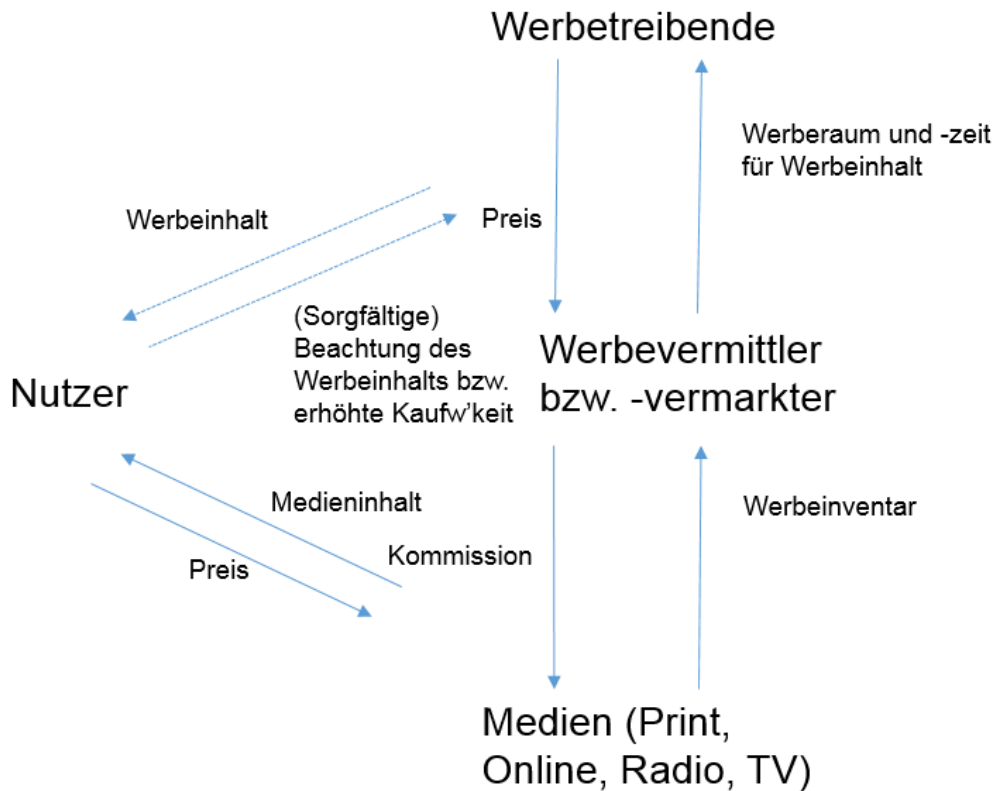


Abbildung 1: Schematische Darstellung des Zusammenspiels auf dem Markt für Werbevermittlung und -vermarktung.

171. Der Mehrwert aus Werbetätigkeit, den die Werbevermittler bzw. -vermarkter und die Medien generieren, entsteht durch das Zusammenbringen von Werbetreibenden und für den jeweiligen Werbeinhalt möglichst empfängliche Nutzern, sodass diese interagieren können, ohne sich vorher lange suchen zu müssen (Reduktion der Transaktionskosten).

172. Die Werbetreibenden erhalten die Möglichkeit, ihre Werbung beim Nutzer zu platzieren und damit eine erhöhte Kaufbereitschaft zu realisieren. Die Nutzer werden über potenzielle Kaufmöglichkeiten informiert.

173. Die Werbetreibenden haben dabei ein Interesse daran, dass der Nutzerkreis möglichst umfassend und für die Werbebotschaft möglichst empfänglich ist. Je mehr Nutzer als potenzielle Käuferinnen bzw. Käufer des Produkts durch die Werbung erreicht werden können, desto höher der Nutzen für Werbetreibende aus ihrer Werbung. M.a.W.: Es resultiert ein positiver indirekter Netzwerkeffekt für die Werbetreibenden aus der Größe des Netzwerks von Nutzern bzw. von potenziellen Käufern.

174. Sowohl die Weite des Nutzerkreises als auch das Wissen um dessen Empfänglichkeit für die Werbebotschaft werden durch die Werbevermittler bzw. Medien beeinflusst. Einerseits bieten diese Zugang zu einem Pool an Nutzern (Leserschaft, Zuhörerinnen und Zuhörer, Zuschauerinnen und Zuschauer), andererseits ermöglichen die Kernaktivitäten der Medien im audiovisuellen, im Online- und im Printmedienbereich die Akkumulation von umfangreichen und inhaltlich diversen Daten zu Personen, die deren Nutzungsverhalten und/oder Hintergrundinformationen zu deren Merkmalen (Wohnort, Haushaltgröße, Alter, Geschlecht, Einkommen etc.) abbilden. Nachfolgend werden diese Nutzer- und Nutzungsdaten mit „Nutzungsdaten“ bezeichnet. Durch die Nutzungsdaten können die Bedürfnisse der einzelnen Nutzer besser eruiert und die Werbung damit gezielter platziert werden.

175. Konkret: Durch die Kombination dieser Nutzungsdaten können Werberaum und -zeit effektiver genutzt werden – es resultiert ein attraktiveres Angebot von Werberaum und -zeit. Werbeinhalte können inhaltlich und zeitlich zielgerichteter nach den einzelnen Nutzer bzw. Nutzergruppen ausgerichtet werden (Targeted

Advertising). Dies betrifft auch die Auswahl und/oder die Kombination der jeweiligen Plattformen (TV, Radio, Online oder Print), die für eine bestimmte Kampagne eines Werbetreibenden zum Einsatz kommen sollen. Dazu bedarf es entsprechender Technologien und Expertise – für das Sammeln, Aufbereiten, Kombinieren, Analysieren und den zielgerichteten Einsatz im spezifischen Werbeprozess.

176. Es sind somit das Volumen und die Qualität der Nutzungsdaten als auch die Verarbeitungs-, Analyse- und Einsatztechnologien sowie die Expertise (nachfolgend: Technologien), die den Mehrwert im Targeted Advertising und damit auch die relative Attraktivität des Werbevermittlers bzw. der Medien bestimmen.

177. Es sei angemerkt, dass für die Nutzer durch die Werbebotschaft bzw. deren Informationsgehalt nicht unbedingt ein positiver Mehrwert entstehen muss. Man kann sogar argumentieren, dass der Konsum von Werbung netto einen negativen Nutzen stiftet (Nutzer von Medien mögen Werbung oftmals nicht bzw. deren Scha-

den überwiegt den Nutzen von Information). Zudem ist es nicht unwahrscheinlich, dass einige Nutzer einer extensiven Weiterverwendung ihrer Nutzerdaten zu Werbezwecken eher ablehnend gegenüberstehen (Datenschutz, Persönlichkeitsschutz). Damit müsste man auch von negativen indirekten Netzwerkeffekten sprechen, die durch das Zusammenbringen von Werbetreibenden und Nutzern auf der Nutzerseite resultiert.

178. Diese negativen Effekte werden aber typischerweise durch die positiven Effekte auf Seiten der Werbetreibenden kompensiert. Die Werbeinnahmen der Werbevermittler bzw. -vermarkter und der Medien können letztendlich auch dazu verwendet werden, die Nutzer für diese negativen Effekte zu entschädigen (bspw. freie Nutzung der Medien [Gratiszeitungen etc.] bzw. tieferer Medienpreis, der durch Werbeeinnahmen ermöglicht wird).

179. Die folgende Abbildung gibt einen erweiterten Überblick über die Beziehungen der involvierten Marktteilnehmer auf dem beschriebenen Markt.

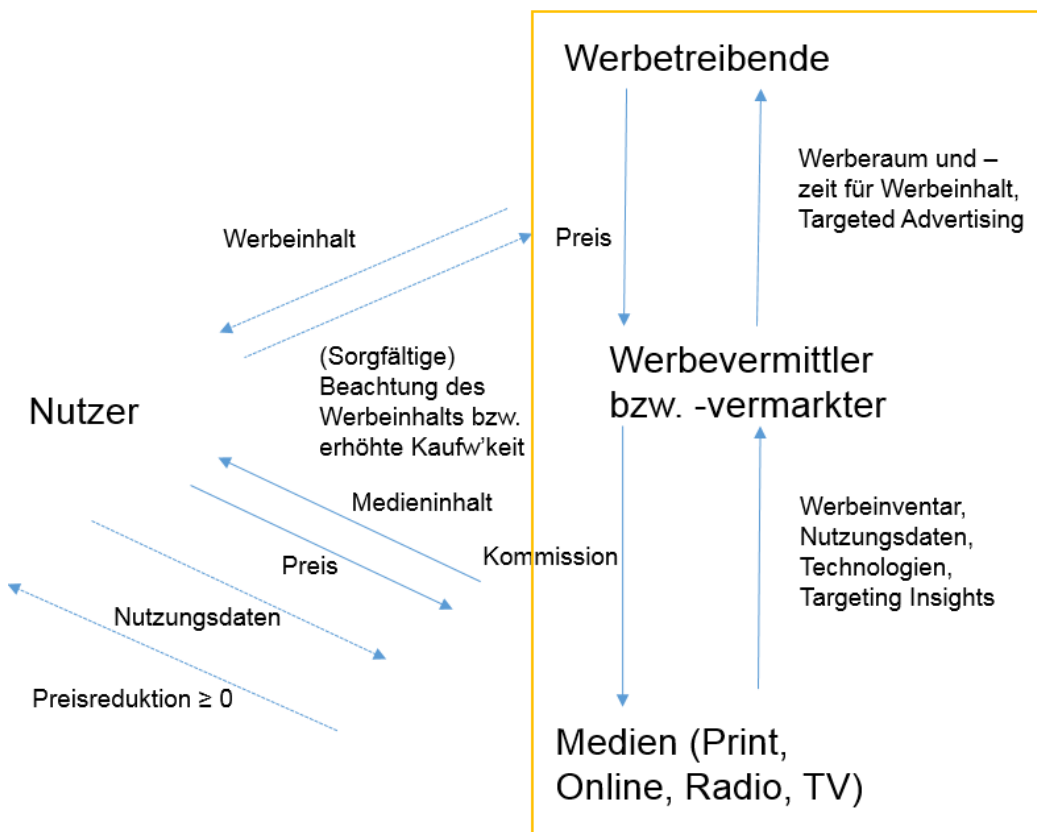


Abbildung 2: Schematische Darstellung der Marktteilnehmer im Bereich Werbevermittlung und -vermarktung inkl. weiterer Zahlungsströme

180. Aus dem vorgängig Festgehaltenen ist auch zu schliessen, dass der Umfang und die Qualität von Werbeinventar, von Nutzungsdaten und von Technologien, wichtige Determinanten in der relativen Marktstellung von Werbevermittler bzw. -vermarkter und Medien sind. Insofern ist beim Antizipieren der voraussichtlichen Stellung des JV auf den relevanten Werbemärkten auch die Beachtung der nicht gelb umrahmten Nutzerseite in der vorangehenden Abbildung von Bedeutung.

181. Dies sollte bei den nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Märkten für die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum und -zeit (im engeren Sinne nur der gelb umrahmte Bereich in der vorangehenden Abbildung) beachtet werden: Die drei Parteien verfügen über einen sehr umfassenden Zugang zu Nutzungsdaten sowie zu Technologien aus ihren Kernaktivitäten, der eine bestimmte bestehende Marktstellung auf den einzelnen betroffenen Märkten über starke (indirekte) Netzwerkeffekte aufgrund umfassender und breiter Nut-

zerdaten, marktübergreifender Verbundeffekte (bspw. Koppelungs- bzw. Bündelungsstrategien) und/oder anderer nicht genauer identifizierten Synergieeffekten multiplizieren könnte.

B.3.1.3.1. Funktionsweise zielgerichteter TV-Werbung

182. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass zielgerichtete TV-Werbung nicht mit zielgerichteter Online-Werbung eins zu eins vergleichbar sei, da der Granularitätsgrad bei TV-Werbung viel gröber sei.¹²² So könne online quasi personenbezogen individualisierte Werbung ausgeliefert werden. Dies sei für TV-Werbung technisch nicht realisierbar. [...]. Demzufolge könne auf einer Online-Plattform theoretisch eine unbegrenzte Anzahl an individualisierter Werbung in Echtzeit ausgeliefert werden. Entsprechend seien die Anforderungen an die Granularität der Daten bzw. Insights bei der zielgerichteten TV-Werbung weniger hoch als bei der dynamischen Online-Werbung.

183. Die Zusammenschlussparteien geben daher an, dass es zahlreiche alternative Bezugsquellen für vergleichbare Nutzungsdaten mit einer ähnlichen Datentiefe und Datenqualität gebe.¹²³ [...] Es sei zudem zu erwarten, dass andere Netzbetreiber wie UPC Cablecom in den Markt einsteigen würden, wenn es eine entsprechende Nachfrage gäbe.¹²⁴

184. Hierzu ist festzuhalten, dass die Aufbereitung von entsprechenden Kundendaten zur Segmentierung der Kunden in einzelne Kundengruppen aus technischer Sicht durch verschiedene Akteure, die einen Zugang zum Kunden haben, bewerkstelligt werden kann. So kann beispielsweise jeder Betreiber einer Internetplattform Kundendaten sammeln und diese dazu verwenden, dem Kunden entsprechende individualisierte Werbung auf der Webseite anzuzeigen. Dabei verfügt der Betreiber der Website hierbei nicht nur über die Zusatzinformationen zum Kunden, die es ihm erlauben, diesen in bestimmte Kategorien einzuordnen, sondern er kann den Kunden (z.B. über ein Login oder ein Cookie) auch identifizieren, so dass beim nächsten Aufruf die entsprechende Werbung ausgeliefert wird. Daher ist der Aufbau von verschiedenen Markmalen, die eine Unterscheidung von Zielgruppen ermöglichen, nur dann sinnvoll, wenn zum Zeitpunkt der Aussendung der Werbung die der Zielgruppe zugeordnete Person wieder identifiziert werden kann. Im Online-Bereich erfolgt dies oft über Cookies oder über Zugangsdaten.

185. Beim TV-Konsum kann solche Werbung nur dann erfolgen, wenn der Werbetreibende den der Zielgruppe zugeordneten Kunden auf irgendeine Art und Weise identifizieren kann. Dies ist nach derzeitigem Kenntnisstand – im Gegensatz zur Online-Werbung – nur dem Netzbetreiber möglich, weshalb der Aufbau von ähnlichen Nutzerdaten im Hinblick auf die Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung nutzlos ist, solange die TV-Werbung danach nicht zielgerichtet ausgeliefert werden kann. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zur Online-Werbung, bei welcher jeder Betreiber einer Internetseite unabhängig vom Internetprovider den Zugang zum Endkunden hat und diesen individualisiert ansprechen kann, solange er über die entsprechenden Nutzerdaten verfügt. Ein TV-Sender kann allerdings

ohne die Hilfe des Netzbetreibers den Fernsehzuschauer nicht identifizieren und ihm daher auch keine zielgerichtete Werbung zustellen. Daher sind die Vorbringen der Zusammenschlussparteien im Hinblick auf den Aufbau eines Kundendatensatzes für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht zielführend.

B.3.1.4 Schlussfolgerungen aus den Vorbemerkungen

186. Die Nutzerseite bzw. das Kerngeschäft der Parteien bleibt durch das Zusammenschlussvorhaben unberührt. Daher werden auch keine Nutzermärkte abgegrenzt. Vorbehalten bleiben indirekte Verbundeffekte von der Nutzerseite (Nutzungsdaten) auf die Vermittlungs- bzw. Vermarktungstätigkeit des geplanten Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmens.

187. Die Zusammenschlussparteien agieren vor dem Zusammenschluss im Online-, Print-, Radio- und nicht-zielgerichteten TV-Werbebereich nicht als Vermittlungsplattformen: Sie vermarkten ihr Inventar selbst oder über Dritte. Der Zusammenschluss bewirkt daher auf diesen Märkten nur auf der Seite der Werbetreibenden unmittelbar Marktanteilsadditionen.

188. Im Bereich der nicht-zielgerichteten TV-Werbung fungiert Swisscom mit der Swisscom TV-Plattform zudem als Fernmeldediensteanbieter, der zur Verbreitung von nicht-zielgerichteten TV-Programmen (inkl. nicht-zielgerichteter TV-Werbung) verpflichtet ist.¹²⁵

189. Mit der Innovation der zielgerichteten TV-Werbung entsteht potenziell ein neuer zweiseitiger Markt, auf welchem, nebst dem geplanten Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmen als Plattform, sowohl Werbetreibende als auch Werbekanäle (TV-Sender) agieren werden.

B.3.1.5 Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung

190. Betreffend den Zugang zu Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung bestehen soweit ersichtlich keine spezialgesetzlichen Vorschriften, welche

¹²² Eingabe Zusammenschlussparteien vom 7. Oktober 2015, Rz 47 ff.

¹²³ Eingabe Zusammenschlussparteien vom 7. Oktober 2015, Rz 48.

¹²⁴ Eingabe Zusammenschlussparteien vom 7. Oktober 2015, Rz 49 ff.

¹²⁵ Gemäss Art. 59 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) ist in erster Linie diejenige Fernmeldediensteanbieterin, die im Versorgungsgebiet bereits Programme verbreitet und dabei am meisten Haushalte erreicht zur Verbreitung verpflichtet. Das Bundesamt kann im gleichen Versorgungsgebiet mehr als eine Fernmeldediensteanbieterin verpflichten, wenn dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass ein Programm von der Allgemeinheit empfangen werden kann. Gemäss Art. 8a der Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen (SR 784.401.11) muss eine Fernmeldediensteanbieterin alle Fernsehprogramme nach Art. 59 und 60 RTVG digital anbieten, wenn sie Programme über Leitungen digital verbreitet. Zudem sind diejenigen programmverbreitenden Fernmeldediensteanbieterinnen gemäss Art. 54 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV; SR 784.401) zur Verbreitung verpflichtet, die mindestens 100 Haushalte erreichen. Swisscom ist eine Fernmeldediensteanbieterin, die Programme über ihr Netz verbreitet und mehr als 100 Haushalte erreicht. Somit ist Swisscom zur Verbreitung verpflichtet.

Swisscom zur zielgerichteten Verbreitung von TV-Programmen und TV-Werbung auf ihrem Netz verpflichten würden.

191. Beim Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung bietet Swisscom als Betreiber einer Netzwerkinfrastruktur Dienstleistungen an, welche die zielgerichtete Übertragung von Fernsehsignalen inklusive TV-Werbung zu Fernsehzuschauern, welche nach bestimmten Zielgruppen kategorisiert werden, ermöglicht.

192. In der Vergangenheit wurde ein Markt für die Übertragung bzw. Verteilung von Fernsehsignalen abgegrenzt und es wurde nicht zwischen zielgerichteter und nicht-zielgerichteter Verbreitung unterschieden.¹²⁶ Durch die geplante Innovation von Swisscom, den Veranstaltern von TV-Programmen eine zielgerichtete Feinverteilung des TV-Signals und der damit verbundenen TV-Werbung zu ermöglichen, werden neben der reinen Verteilung des TV-Signals auch die Identifikation der TV-Nutzer über die Set-Top-Boxen seitens Swisscom sowie die Lieferung von Zusatzinformationen zum TV-Nutzer (mittels durch sog. Targeting Insights konzipierter zielgerichteter Werbung [Targeted Advertising] und interaktiver, zusätzlich abrufbarer Werbeinhalte [...]) ermöglicht. Diese Zusatzdienstleistung, die zielgerichtete Feinverteilung des TV-Signals und die damit verbundene Ermögli-

chung einer zielgenaueren TV-Werbung, fällt nach derzeitigem Kenntnisstand nicht unter die Verbreitungspflicht gemäss RTVG. Allerdings ist es erst über diese Zusatzdienstleistung möglich innerhalb eines Netzes die zielgerichtete Feinverteilung eines TV-Programms inklusive Werbung zu realisieren.

193. Neben Swisscom bieten auch andere Netzwerkbetreiber (insbesondere die Kabelnetzbetreiber) die Übertragung bzw. Verbreitung von Fernsehsignalen über ihr Netz an. Da allerdings die Endkunden in der Regel nicht über mehrere Netze gleichzeitig ein Fernsehprogramm konsumieren, stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Netze hinsichtlich der zielgerichteten Übertragung von TV-Programmen (inkl. Werbung) untereinander austauschbar sind oder nicht. In den Umfragen im Rahmen der Prüfung wurden die TV-Sender, die Werbetreibenden und die Media- und Werbeagenturen gefragt, ob die einzelnen TV-Anbieter für die Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung aus der Sicht der Werbetreibenden Alternativen darstellen würden, oder ob zielgerichtete TV-Werbung über alle TV-Anbieter ausgestrahlt werden müsste, um das Werbeziel zu erreichen.¹²⁷

194. Die Antworten der Media- und Werbeagenturen ergeben folgende tabellarische Zusammenfassung:

Substitut (Ersatz)			Komplement (Ergänzung)		
1 1 Angabe	2 1 Angabe	3 1 Angabe	4 6 Angaben	5 8 Angaben	6 12 Angaben

Tabelle 11: Austauschbarkeit der Netze für zielgerichtete TV-Werbung aus Sicht der Media- und Werbeagenturen

195. Für die Werbetreibenden zeigt eine analoge tabellarische Übersicht folgendes Resultat:

Substitut (Ersatz)			Komplement (Ergänzung)		
1 1 Angabe	2 0 Angaben	3 3 Angabe	4 2 Angaben	5 12 Angaben	6 5 Angaben

Tabelle 12: Austauschbarkeit der Netze für zielgerichtete TV-Werbung aus Sicht der Werbetreibenden

¹²⁶ Vgl. RPW 2002/4, 575 Rz 36 ff., *Teleclub AG vs. Cablecom GmbH*.

¹²⁷ Der genaue Wortlaut der Frage lautet für TV-Sender: Gehen Sie davon aus, dass die einzelnen TV-Anbieter (Swisscom-TV, Cablecom etc.) für die Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung aus Sicht der Werbetreibenden Alternativen darstellen (Substitut) oder sind Sie der Meinung, dass zielgerichtete TV-Werbung über alle TV-Anbieter (Swisscom-TV, Cablecom etc.) ausgestrahlt werden müsste (Komplement), um das Werbeziel zu erreichen? Veranschaulichen Sie Ihre Einschätzung bitte anhand der untenstehenden Tabelle, wobei „1“ am ehesten ein Substitut und „6“ am ehesten ein Komplement bedeuten. Mit den Ziffern „2“ bis „5“ kann entsprechend zwischen Substitut und Komplement abgestuft werden.

Der genaue Wortlaut der Frage lautet für Werbetreibende und Media- und Werbeagenturen: TV-Zuschauerinnen und TV-Zuschauer, welche mit zielgruppenspezifischer Werbung über eine geeignete Vorrichtung ihres TV-Anbieters erreicht werden können, haben typischerweise nur

einen TV-Anbieter (z.B. konsumiert ein Kunde von Swisscom-TV typischerweise nicht gleichzeitig auch ein TV-Angebot eines Kabelnetzbetreibers). Gehen Sie davon aus, dass dies grundsätzlich gilt. (*Anmerkung:* Einige Befragte haben diesen Satz als Frage interpretiert, woraufhin die meisten dieser Befragten diese Feststellung bejaht haben).

Gehen Sie davon aus, dass die einzelnen TV-Anbieter (Swisscom-TV, Cablecom etc.) für die Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung Alternativen darstellen (Substitut) oder sind Sie der Meinung, dass zielgerichtete TV-Werbung über alle TV-Anbieter (Swisscom-TV, Cablecom etc.) ausgestrahlt werden müsste (Komplement), um das Werbeziel zu erreichen? Veranschaulichen Sie Ihre Einschätzung bitte anhand der untenstehenden Tabelle, wobei „1“ am ehesten ein Substitut und „6“ am ehesten ein Komplement bedeuten. Mit den Ziffern „2“ bis „5“ kann entsprechend zwischen Substitut und Komplement abgestuft werden.

196. Aus der Sicht der TV-Sender¹²⁸ ergibt sich folgendes Resultat:

Substitut (Ersatz)			Komplement (Ergänzung)		
1 2 Angaben	2 1 Angabe	3 0 Angabe	4 1 Angabe	5 3 Angaben	6 3 Angaben

Tabelle 13: Austauschbarkeit der Netze für zielgerichtete TV-Werbung aus Sicht der TV-Sender

197. Aus diesen Angaben der Marktteilnehmer kann zumindest gefolgert werden, dass die Swisscom TV-Kunden hinsichtlich der Verbreitung von zielgruppenspezifischer TV-Werbung nicht vollständig durch andere Netzendkunden ersetzbar sind. Die Mehrheit der Befragten hat daher eine Substitutionsbeziehung abgelehnt oder eher abgelehnt. Damit wäre allenfalls von imperfekten Substituten auszugehen.

198. Die Zusammenschlussparteien machen zu diesem Teil der Umfragen geltend, dass es aus diesen Antworten nicht möglich sei, zu beurteilen, ob zielgerichtete TV-Werbung über TV-Plattformen der Kabelnetzbetreiber ein Substitut oder ein Komplement zur zielgerichteten TV-Werbung über Swisscom-TV darstellt.¹²⁹ Dies einerseits, [...], weil ein Komplement mit „Ergänzung“ gleichgesetzt würde. Dem ist zu entgegnen, dass die Frage implizit davon ausgeht, dass zielgerichtete TV-Werbung über einzelne Netze möglich wäre und ob in diesem Fall das Werbeziel nur bei gleichzeitiger Ausstrahlung von zielgerichteter TV-Werbung über alle Netze erreicht werden könne. Die Fragestellung spricht auch nicht von vollkommenen Substituten bzw. Komplementen, sondern davon, ob die TV-Anbieter am „ehesten“ ein Substitut bzw. ein Komplement darstellen würden. Mit der Skalierung wird die Möglichkeit gegeben, dem Grad der Unvollkommenheit der Substituierbarkeit Rechnung zu tragen. Unabhängig davon, ob mit der tabellarischen Klammerbemerkung „Ergänzung“ das Komplement nun als unvollkommenes Komplement oder „am ehesten“ als Komplement zur Geltung kommt, zeigen die Resultate, dass die vollkommene Substitution zwischen den einzelnen TV-Anbietern nicht bejaht werden kann.

199. Die Antworten der Marktteilnehmer sind vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass sie den Kundestamm von Swisscom TV als wichtigen Adressaten für eine effektive zielgerichtete TV-Werbekampagne betrachten. Dies dürfte im Wesentlichen auf dessen relativ grosse Reichweite zurückzuführen sein – einem Kriterium, das die Substituierbarkeit bzw. die Wahl von Werbekanälen wesentlich beeinflusst (vgl. Rz 139). Die Austauschbarkeit von Werbekanälen hängt aus Sicht der Werbetreibenden insbesondere auch von der erzielten Reichweite ab.¹³⁰

200. Die Zusammenschlussparteien machen diesbezüglich geltend, dass kein auf die Swisscom TV-Abonnenten beschränkter Markt für zielgerichtete TV-Werbung abgegrenzt werden sollte, da aus Sicht der Werbetreibenden die TV-Zuschauer austauschbar seien. Wenn ein Werbetreibender für eine bestimmte Kampagne bspw. Eltern

mit kleinen Kindern ansprechen möchte, will er eine Gruppe ansprechen und nicht spezifische TV-Zuschauer bzw. Swisscom TV-Abonnenten. Die Austauschbarkeit resp. Substituierbarkeit aus Sicht der Nachfrager auf einem „Markt“ für den Zugang zu Endkunden für zielgerichtete Werbung unterscheidet sich damit wesentlich von demjenigen für die Terminierung im Bereich Mobilfunk.

201. Im Hinblick auf die mögliche Abgrenzung eines Marktes für den Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung machen die Parteien weiter geltend, dass jeder TV-Plattformanbieter in Bezug auf das von ihm betriebene Netz über eine besondere Position verfüge.¹³¹ Das gelte für die Kabelnetzbetreiber wie UPC Cablecom, Sunrise oder Quickline sowie für Wilmaa, Zattoo, Teleboy in gleicher Weise wie für Swisscom. Eine derart enge Marktabgrenzung würde dazu führen, dass selbst kleinste lokale Kabelnetzbetreiber als marktbeherrschende Unternehmen zu qualifizieren wären.

202. Hierzu ist anzufügen, dass auch bei kleinsten lokalen Kabelnetzbetreibern der Zugang zum Endkunden nur über den Kabelnetzbetreiber erfolgen kann. Zwar können TV-Sender eventuell auf die zielgerichtete Durchleitung ihres TV-Signals bei kleinsten Kabelnetzbetreibern verzichten, wenn sie nur einen kleinen Bruchteil ihrer Zielgruppe auf diese Weise erreichen. Daher dürfte die nachfrageseitige Verhandlungsmacht der TV-Sender gegenüber den kleinsten lokalen Kabelnetzbetreibern entsprechend gross sein und ihre Möglichkeiten, sich unabhängig zu verhalten, eingeschränkt sein. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass sie über den exklusiven Zugang zu ihren Endkunden verfügen und es sich daher – je nach abzuklärendem Sachverhalt – die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes rechtfertigen kann. Anders stellt sich die Situation allerdings bei Swisscom dar, die über die mit Abstand grösste Anzahl Endkunden verfügt, die aufgrund der heutigen Technologie und Ausstattung potenziell mit zielgruppenspezifischer TV-Werbung erreicht werden kann.

¹²⁸ Basierend auf 11 verwertbaren Angaben; der Fragebogen für den VSM enthält diese Frage nicht.

¹²⁹ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Akten.

¹³⁰ Die Reichweite einer Mediengattung spielt auch in der Marktabgrenzungspraxis der Bundeskartellbehörde eine wichtige Rolle (vgl. Gutachten Prof. Dr. R. Podszun im Auftrag der KE Media GmbH, S. 6 und 7).

¹³¹ Stellungnahme der Parteien vom 7. Oktober 2015, Rz. 61 (II).

203. Die Zusammenschlussparteien machen zur möglichen Abgrenzung eines Marktes für den Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Werbung weiter geltend, dass dieser Markt noch gar nicht entstanden sei und das Zusammenschlussvorhaben an den Wettbewerbsverhältnissen ohnehin nichts ändere.¹³² Hierbei muss aber bedacht werden, dass bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zu prüfen ist, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Die Prüfung erfolgt im Gegensatz zu Untersuchungen gemäss Art. 7 KG prospektiv für einen Zeitraum von ca. zwei bis drei Jahren. In diesem Fall ist die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung zu prüfen. Irrelevant ist dabei, ob diese Begründung auf einem schon existierenden Markt oder auf einem sich mit dem Zusammenschlussvorhaben ergebenden Markt eintreffen kann (siehe auch Rz 113).

204. In diesem Zusammenhang sind auch ausreichende Hinweise gegeben, dass sich ein Angebot und eine Nachfrage für zielgruppenspezifische TV-Werbung auch tatsächlich materialisieren können: Wie vorangehend in Abschnitt B.3.1.2.1 aufgezeigt wird, besteht seitens der Werbetreibenden und TV-Sender das Bedürfnis und die Nachfrage, zielgerichtete TV-Werbung zu tätigen bzw. zu verbreiten. Zudem geben die Zusammenschlussparteien in der Meldung des Zusammenschlusses an, [...] Unsicher ist der genaue Zeitpunkt der Einführung der Möglichkeit, zielgerichtete TV-Werbung über das Netz von Swisscom ausstrahlen zu können. [...].

205. Aufgrund der vorangehenden Ausführungen hinsichtlich der möglicherweise bestehenden, wenn auch unvollkommenen, Substituierbarkeit des Zugangs zu Swisscom TV-Endkunden mit zielgruppenspezifischer Werbung über andere Kanäle bzw. Netze [...] ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht im Detail abschätzbar, wie ein allfälliger Markt abzugrenzen wäre. Wenn eine allfällige enge Marktabgrenzung vorgenommen würde, ist heute nicht auszuschliessen, dass der Wettbewerb auf den anderen Werbevermittlungsmärkten (insb. im Bereich Online/Digital) zumindest in der Angangphase auch in einem eng abgegrenzten Markt disziplinierend auf das geplante Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmen wirken würde. Eine zukünftige Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in diesem Bereich innerhalb des massgeblichen Betrachtungszeitraums erscheint daher unwahrscheinlich. Aus diesen Gründen kann die Marktabgrenzung für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen werden.

B.3.1.6 Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit

206. Auf den Märkten für die Vermittlung und Vermarktung von TV-Werbezeit gegenüber TV-Sendern stehen sich auf der Angebotsseite Werbevermittler und auf der Nachfrageseite TV-Sender, die ihre TV-Werbeblöcke vermarkten wollen, gegenüber.

207. In der Schweiz kann grundsätzlich zwischen drei Typen von Anbietern von TV-Werbezeit unterschieden werden: den öffentlich-rechtlichen TV-Sendern der SRG, den privaten Schweizer TV-Sendern und den privaten ausländischen TV-Sendern mit einem Werbefenster für

die Schweiz. Auf der Nachfrageseite fragen die Werbetreibenden TV-Werbezeit nach, die mehrheitlich für die Ausstrahlung von klassischen TV-Werbespots aber auch für andere Werbeformen, wie z.B. das Sponsoring von TV-Sendungen, genutzt werden.

208. Ein Schweizer Werbefenster entsteht dadurch, dass in einem in der Schweiz verbreiteten TV-Programm gezielt auf das Schweizer Publikum ausgerichtete Werbung eingesetzt wird. Dies geschieht bei einem in der Schweiz verbreiteten TV-Programm aus dem Ausland durch den gezielten Ersatz der Original-Werbung durch auf das Schweizer Publikum ausgerichtete Werbung.

209. In der Regel lassen sich TV-Sender exklusiv vermarkten, so dass nur ein einziger Vermarkter für die Vertretung des TV-Senders genutzt wird. Im Rahmen der Befragung durch die WEKO gaben die einzelnen TV-Sender an, dass dies insbesondere auf Effizienzgründe zurückzuführen sei und die Vermarktung eines TV-Senders durch mehrere Vermittler wirtschaftlich nicht lohnenswert und damit keine zufriedenstellende Alternative darstelle. Der Vermarkter bzw. Vermittler vertritt die bei ihm unter Vertrag stehenden TV-Sender gegenüber Werbekunden und verkauft TV-Werbezeit. Vom Vermarkter bzw. Vermittler abzugrenzen sind die Werbeagenturen, welche einzelne Werbekampagnen definieren und produzieren sowie die Mediaagenturen, welche Werbekampagnen planen, den für den Kunden optimalen Mix an Werbeträgern erarbeiten sowie mit den verschiedenen Medien bzw. mit deren Vermarkter Verhandlungen führen und entsprechende Buchungen vornehmen.

210. Beim Markt für Vermarktung und Vermittlung von TV-Werbezeit handelt es sich somit um einen zweiseitigen Markt. Die Werbetreibenden bzw. ihre beauftragten Mediaagenturen fragen beim Vermarkter bzw. Vermittler die TV-Werbezeit nach. Die TV-Sender bieten die TV-Werbezeit über den Vermarkter bzw. Vermittler an. Daher ist zwischen den beiden Marktgegensetzten TV-Sender und Werbetreibende zu unterscheiden.

211. Die Preisfestsetzungshoheit für TV-Werbezeit liegt grundsätzlich beim jeweiligen TV-Sender. Der Preis für die Ausstrahlung eines TV-Werbespots hängt von mehreren Faktoren ab. Massgebend sind die Spotdauer, die Anzahl Zuschauer, die den Werbeblock voraussichtlich sehen werden, der Tausend-Kontakt-Preis, die Zeitschiene sowie saisonale Faktoren.¹³³

212. Die Vermarkter bzw. Vermittler, die nicht zum gleichen Unternehmen wie die beauftragenden TV-Sender gehören, werden für ihre Vermarktungsdienstleistung mittels Kommission entschädigt.¹³⁴

213. Bei TV-Programmen sowie der darin gezeigten Werbung kann grundsätzlich zwischen den einzelnen Sprachregionen unterschieden werden, auch wenn die

¹³² Stellungnahme zur Beschlussbegründung von Kellerhals Carrard, Rz 61 f.

¹³³ Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Rz 24 (mit Verweis darin auf Media Guide Publisuisse (Fn 18, S. 31)).

¹³⁴ Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Rz 23.

meisten TV-Programme schweizweit empfangen werden können. Es entspricht ebenfalls der Praxis der WEKO die entsprechenden Märkte sprachregional abzugrenzen, weshalb für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von sprachregionalen Märkten auszugehen ist.

B.3.1.7 Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von Radio-Werbezeit

214. Radiowerbezeit wird sowohl für die Ausstrahlung klassischer Radiowerbespots als auch für andere Werbeformen wie z.B. das Sponsoring von Radiosendungen genutzt. In der Schweiz können rund 50 Privatradios terrestrisch empfangen werden, in denen Werbung geschaltet werden kann.¹³⁵ Den öffentlich-rechtlichen Radioprogrammen der SRG ist die Ausstrahlung von klassischen Radiowerbespots verboten, das Sponsoring von Radiowerbung ist hingegen erlaubt (Art. 14 RTVG). Zudem existieren verschiedene über das Internet ausgestrahlte Radiosender, wobei bei diesen nicht ersichtlich ist, ob und inwieweit ausländische über das Internet in der Schweiz empfangene Radiosender ein Schweizer Werbefenster anbieten. Unter Radiowerbung wird nachfolgend sowohl die Ausstrahlung klassischer Radiowerbespots als auch andere Werbeformen wie z.B. das Sponsoring von Radiosendungen verstanden.

215. Neben den öffentlich-rechtlichen Sendern der SRG erreicht kein in der Schweiz über das terrestrische Signal empfangbarer Radiosender eine nationale Abdeckung. Da die Sendegebiete der einzelnen Privatradios durch die jeweilige Konzession klar vorgegeben sind, kann mit Werbung in einem einzelnen Privatradio immer nur eine lokal begrenzte Reichweite erzielt werden.¹³⁶ Durch den Zusammenschluss zu sogenannten Radiowerbepools erreichen die einzelnen Privatradios eine bessere Abdeckung bzw. höhere Hörerreichte, die das Medium Radio für die Schaltung von Werbung insgesamt attraktiver macht. Für die einzelnen Radiosender erhöht sich damit die Chance, für überregionale und nationale Werbekampagnen eingesetzt zu werden. Aktuell gibt es in der Schweiz insgesamt 32 regionale bzw. sprachregionale Radiopools.¹³⁷

216. Werbezeit in dem Programm eines bestimmten Radiosenders oder bei einem Radiowerbepool kann entweder direkt beim Sender oder Werbepool bzw. der entsprechenden Vermarktungsorganisation oder aber über einen Vermarkter bzw. Vermittler von Radiowerbezeit gebucht werden. Vermarkter bzw. Vermittler von Radiowerbezeit fungieren hierbei als Mittler zwischen den Werbekunden bzw. deren Mediaagenturen auf der einen Seite und den Radiosendern bzw. Radiowerbepools auf der anderen Seite. Anders als TV-Vermarkter bzw. -Vermittler besitzen Radiowerbe-Vermarkter bzw. -Vermittler in der Regel keine Exklusivität; der Radiosender kann also noch andere Vermarkter bzw. -Vermittler beauftragen.

217. Beim Markt für Vermarktung und Vermittlung von Radiowerbezeit handelt es sich um einen zweiseitigen Markt. Die Werbetreibenden bzw. ihre beauftragten Mediaagenturen fragen beim Vermarkter bzw. Vermittler die Radiowerbezeit nach. Die Radio-Sender bzw. die Radiowerbepools bieten die Radiowerbezeit über den Vermarkter bzw. Vermittler an.

218. Die Vermarkter bzw. Vermittler erhalten für ihre Dienstleistung von den Radiosendern einen prozentualen Anteil des von ihnen generierten Werbeumsatzes in Form einer Kommission.¹³⁸

219. Die Preisfestsetzungshoheit für Radiowerbezeit liegt bei den einzelnen Sendern, wobei sich die Tarife für die Schaltung von Radiowerbespots insbesondere nach den Hörerzahlen und der Spotdauer sowie dem Ausstrahlungszeitpunkt richten.¹³⁹

B.3.1.8 Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von Online-Werbeflächen

220. Gemäss Praxis der WEKO ist zwischen einem Markt für die Bereitstellung von Online-Firmenwerbung und einem Markt für die Vermittlung von Online-Firmenwerbung zu unterscheiden. Bei beiden Märkten wird wiederum zwischen Märkten für die Bereitstellung von statischen sowie von dynamischen Online-Werbeflächen resp. Märkten für die Vermittlung von statischen sowie von dynamischen Online-Werbeflächen unterschieden.¹⁴⁰

221. Auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen stehen gemäss Praxis der WEKO auf der Anbieterseite die Vermittler von Online-Werbeflächen, die mit ihren Dienstleistungen versuchen, Anbieter (Betreiber von Websites) von Online-Werbeflächen und Nachfrager (Werbetreibende) nach Online-Werbeflächen zusammen zu bringen. Auf der Nachfrageseite befinden sich einerseits Werbetreibende und andererseits Betreiber von Websites und damit Anbieter von Online-Werbeflächen, die miteinander ins Geschäft kommen wollen. Da beide Nachfragegruppen nicht in einem Substitutionsverhältnis zueinander stehen, sondern komplementär sind, muss der Anbieter der Vermittlungsdienstleistung beide Nachfragegruppen separat bedienen und einen Austausch zwischen den beiden Nachfragegruppen vermitteln. Damit ist der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen ein typischer zweiseitiger Markt und kann in die beiden Teilmärkte Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden und Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites unterteilt werden.

222. 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

¹³⁵ Vgl. <www.swissradioworld.ch> unter Radio -> Privatradiomarkt Schweiz (zuletzt besucht am 20. Juli 2015).

¹³⁶ Dies gilt nicht für den Webradiokonsum der jeweiligen Sender. Gemäss der Sonderpublikation „Webradiostudie 2011“ zeigte sich, dass der Radiokonsum über das Internet erst wenig genutzt wird. Hauptsächlich jüngere Radiohörer verwendeten zu diesem Zeitpunkt Webradio. Dies meistens um Sender zu hören, die sie sonst nicht empfangen konnten. Über das Mobiltelefon wurde nur wenig Webradio gehört (<https://www.mediapulse.ch/de/radio/publikationen.html>, zuletzt besucht am 4. September 2015).

¹³⁷ Vgl. <www.swissradioworld.ch> unter Radio -> Privatradiomarkt Schweiz (zuletzt besucht am 20. Juli 2015).

¹³⁸ Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Rz 30.

¹³⁹ Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Rz 31.

¹⁴⁰ RPW 2012/1, 153 Rz 89 ff., *NZZ/Ringier/Tamedis/CXense/PPN*. RPW 2014/3, 523 Rz 61 ff., *Swisscom/Publigruppe*.

die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen unterteilt.¹⁴¹ 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 Online-Werbeflächen 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 den Werbetreibenden. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite 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.

223. Da die Definition des sachlich relevanten Marktes als Teil der Sachverhaltsabklärung aus Sicht der Marktgegenseite erfolgt, ist massgebend, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragesicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.¹⁴²

224. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist zu prüfen ob durch die Gründung der Joint Venture-Gesellschaft und der von den Zusammenschlussparteien einzubringenden Werbevermittlungstätigkeit eine marktbeherrschende Stellung begründet werden kann. Nachfrager nach dem von der Joint Venture-Gesellschaft vermittelten Werberaum sind Werbetreibende bzw. deren Mediaagenturen, die im Online-Bereich Werbung schalten möchten. Für diese sind grundsätzlich vermittelte oder direkt verkaufte Online-Werbeflächen als austauschbar anzusehen, weshalb für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der Markttabgrenzung auf die Unterscheidung zwischen der direkten Vermarktungstätigkeit der Webseitenbetreiber und der Vermittlungstätigkeit von Online-Werberaum verzichtet wird.

225. Hingegen wird zwischen statischen und dynamischen Werbeformen sowie Suchmaschinenwerbung unterschieden, da für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens und im Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO nicht davon ausgegangen wird, dass zwischen diesen Werbeformen eine Substitutionsbeziehung besteht.¹⁴³ Da die Joint Venture-Gesellschaft nicht im Bereich Suchmaschinenwerbung tätig sein wird, werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die beiden Märkte für die Vermittlung und Vermarktung von statischen Online-

Werbeflächen und die Vermittlung und Vermarktung von dynamischen Online-Werbeflächen unterschieden.

B.3.1.8.1. Markt für die Vermittlung und Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen

226. Auf dem Markt für die Vermittlung und Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen stehen sich auf der Angebotsseite Betreiber von Websites oder Vermittler, die auf Webseiten Werberaum zur Verfügung stellen, ohne dass das Aufschalten dieses Werberaums an Bedingungen gebunden wäre, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende gegenüber. Oftmals wird diese Werbeform mit der Methode CPM („cost-per-mille“ bzw. „pay-per-1000-page-impressions“) abgerechnet. Gewisse Unternehmen assoziieren mit diesen Werbeformen tendenziell eine Breitenwirkung bzw. ein sogenanntes „Branding“.¹⁴⁴

B.3.1.8.2. Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von dynamischen Online-Werbeflächen

227. Auf dem Markt für die Vermittlung und Vermarktung von dynamischen Online-Werbeflächen stehen sich auf der Angebotsseite Betreiber von Websites oder Vermittler, die auf Webseiten Werberaum zur Verfügung stellen, wobei die Aufschaltung der Werbung aufgrund gewisser Bedingungen und eines vorher durchlaufenen Evaluationsprozesses erfolgt, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende gegenüber. Der Evaluationsprozess kann sowohl personenbezogen als auch kontextbezogen durchgeführt werden. Üblicherweise werden diese Werbeformen mit der Methode PPC („pay-per-click“) abgerechnet und es wird mit dieser Werbeform eher eine Tiefenwirkung bzw. sogenannte „Performance“ angestrebt.¹⁴⁵

228. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO in ihrer Praxis bisher von einem schweizweiten Markt ausgegangen, auch wenn dieser grundsätzlich eine internationale Dimension annehmen kann. Dennoch ist davon auszugehen, dass nur in einer Minderzahl ausländische Werbetreibende in der Schweiz lebende Internetnutzer ansprechen wollen, so dass durchaus von einer schweizweiten oder sprachregionalen räumlichen Dimension ausgegangen werden kann. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird von einem schweizweiten Markt ausgegangen.

B.3.1.8.3. Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien

229. Auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Werberaum in Print-Erzeugnissen stehen sich auf der Anbieterseite Verleger von Printmedien und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechende

¹⁴¹ RPW 2013/4 354 Rz. 33 f., *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/1 98 Rz. 43, *Publigruppe/ImproveDigital*; RPW 2012/1 156 Rz. 121, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2012/1, 153 Rz 89 ff., *NZZ/Ringier/Tamedis/CXense/PPN*. RPW 2014/3, 523 Rz 64 ff., *Swisscom/Publigruppe*.

¹⁴² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (=RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

¹⁴³ RPW 2012/1, 153 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁴⁴ RPW 2012/1, 153 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁴⁵ RPW 2012/1, 153 Rz 98, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

Werbeanzeigen in Printmedien schalten möchten. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die einzelnen Lesermärkte und die damit korrespondierenden Märkte für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Inserate- und Werberaum themenspezifisch abgegrenzt.¹⁴⁶

230. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich u. a. zwischen Lesermärkten (bzw. Hörer-, Zuschauer-, Nutzermärkten) und Werbemärkten (Bereitstellung und Vermittlung von Werbung). 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. Die nach Praxis der WEKO 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. Bei der Marktabgrenzung für Special-Interest-Titel wird praxisgemäss von den Titelgruppen der sogenannten WEMF-Klassifikation ausgegangen.¹⁴⁷

231. Die Zusammenschlussparteien sind in den Print- Erzeugnissen gemäss Meldung auf den nachfolgenden Märkten tätig:

Lesermärkte	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien
Lesermarkt für Frauen und Peoplepresse	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in der Frauen- und Peoplepresse
Lesermarkt für Modemagazine für weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Modemagazinen für weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise
Lesermarkt für Konsumthemen	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Presseerzeugnisse zu Konsumthemen
Lesermarkt für Land und Heimat	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Presserzeugnissen für Land und Heimat
Lesermarkt für Programmpresse	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Presseerzeugnisse für Programmpresse
Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Presseerzeugnisse für Finanz- und Wirtschaftspresse
Lesermarkt für News- und Themenpresse	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in News- und Themenpresse
Lesermarkt für Tageszeitungen	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Tageszeitungen
Lesermarkt für Pendlerzeitungen	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Pendlerzeitungen
Lesermarkt für Sonntagszeitungen	Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Sonntagszeitungen

Tabelle 14: Märkte im Bereich Print

¹⁴⁶ Vgl. RPW 2009/3, 266 Rz 162 ff., *Tamedia/PPSR*; RPW 20012/1, 146 Rz 44 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

¹⁴⁷ RPW 2012/1, 117 Rz 53 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

232. Da sich die Marktbeschreibungen der einzelnen Märkte für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien im Hinblick auf die Anbieter und Nachfrager in den einzelnen Kategorien ähneln wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine sachliche Beschreibung der einzelnen Märkte verzichtet.

233. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO in ihrer Praxis diese Märkte grundsätzlich nach Sprachregionen abgegrenzt. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird im Einklang mit der Praxis der WEKO von je sprachregionalen Märkten für die Deutschschweiz, die französischsprachige Schweiz und die italienischsprachige Schweiz ausgegangen.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

234. 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.

235. Nach Angaben der Zusammenschlussparteien ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für das Jahr 2014:

Markt	Marktanteil			betroffen	Marktanteils-addition
	Swisscom	Ringier	SRG		
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz	[0-10]%	[0-10]%	[20-30]%	Ja	gering
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz	[0-10]%	[10-20]%	[40-50]%	Ja	Ja
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10]%	[0-10]%	[90-100]%	Ja	gering
Markt für die Vermittlung und den Vertrieb von Radio-Werbezeit in der Gesamtschweiz	0%	[10-20]%	[0-10]%	Nein	Ja
Markt für die Vermittlung und den Vertrieb von Radio-Werbezeit in der Deutschschweiz	0%	[10-20]%	[0-10]%	Ja	Ja
Markt für die Vermittlung und den Vertrieb von Radio-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz	0%	0%	[10-20]%	Nein	Nein
Markt für die Vermittlung und den Vertrieb von Radio-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz	0%	0%	[0-20]%	Nein	Nein
Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von statischen Online-Werbeflächen	[10-20]%	[0-10]%	0%	Nein	Ja

Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von dynamischen Online-Werbeflächen	[0-10]%	[0-10]%	0%	Nein	Ja
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der deutschsprachigen Frauen- und Peoplepresse	0%	[50-60]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der französischsprachigen Frauen- und Peoplepresse	0%	[60-70]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in deutschsprachigen Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in französischsprachigen Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der deutschsprachigen Publikumspresse für Konsumthemen	0%	[80-90]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der deutschsprachigen Presse für Land und Heimat	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der deutschsprachigen Programmpresse	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der französischsprachigen Programmpresse	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der deutschsprachigen Finanz- und Wirtschaftspresse	0%	[60-70]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der französischsprachigen Finanz- und Wirtschaftspresse	0%	[20-30]%	0%	Nein	Nein

Werbemärkte Print-Firmenwerbung in der französischsprachigen News- und Themenpresse	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in deutschsprachigen Tageszeitungen	0%	[0-10]%	0%	Nein	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in französischsprachigen Tageszeitungen	0%	[10-20]%	0%	Nein	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in deutschsprachigen Pendlerzeitungen	0%	[10-20]%	0%	Nein	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in deutschsprachigen Sonntagszeitungen	0%	[20-30]%	0%	Nein	Nein
Werbemärkte Print-Firmenwerbung in italienischsprachigen Sonntagszeitungen	0%	[90-100]%	0%	Ja	Nein

Tabelle 15: Marktanteile der Zusammenschlussparteien

236. Meldepflichtige Zusammenschlüsse werden in der vertieften Prüfung dahingehend geprüft, ob der Zusammenschluss auf den relevanten Märkten zu einer Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder kollektiven marktbeherrschenden Stellung führt (Art. 10 Abs. 2 KG).

237. Damit werden gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU und Rz 235 die Märkte für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz, für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz, für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz sowie für die Vermittlung und den Vertrieb von Radio-Werbezeit in der Deutschschweiz einer genaueren Prüfung unterzogen.

238. Da die Geschäftstätigkeit der Joint Venture-Gesellschaft allerdings eine neuartige Form der Vermittlung von TV-Werberaum implementieren möchte, wird zudem auf die spezifischen Eigenschaften der zielgerichteten Vermarktung von TV-Werbung eingegangen und es wird im Rahmen der vertieften Prüfung die Auswirkung des Zusammenschlussvorhabens auf allfällige zukünftige Märkte für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung, für die Vermittlung und Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit gegenüber TV-Sendern und Werbetreibenden untersucht.

B.3.2.1 Vorbemerkungen zur potenziellen Wirkung der Kooperation von Ringier, SRG und Swisscom im Rahmen der Joint Venture-Gesellschaft auf die Marktverhältnisse¹⁴⁸

239. Bevor die in Rz 235 identifizierten betroffenen Märkte einzeln einer Prüfung unterzogen werden, sind in diesem Abschnitt Vorbemerkungen zur allgemeinen potenziellen Wirkung der JV-Gesellschaft aufgeführt.

240. Die Joint Venture-Gesellschaft hat die beiden strategischen Ziele, (a) im Bereich Targeted Advertising wettbewerbsfähige Angebote zu lancieren und (b) mit konvergenten Werbeprodukten im TV-, Print- und Online-Bereich eine grösstmögliche Reichweite bereitzustellen.

241. Das Erreichen beider Ziele fördert die Erlangung einer „kritischen Masse“ an Kunden, welche gerade für Werbevermittler bzw. Werbevermarkter als zweiseitige Plattformen essenziell ist. Die Stärke der dabei auftretenden indirekten Netzwerkeffekte hängt von der Grösse des Kundenstamms sowohl auf der Seite der Werbetreibenden als auch auf der Seite der Werbekonsumenten ab. Diese indirekten Netzwerkeffekte tragen per se, nebst anderen Faktoren wie bspw. spezifischen Targeting-Möglichkeiten, positiv zur Attraktivität eines Werbevermittlers bzw. Werbevermarkters bei.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Vergleich zum Ganzen, Antworten zum Auskunftsbegehren an Kellerhals Anwälte (gestellt am 13. August 2015).

¹⁴⁹ Vgl. DAVID S. EVANS, How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups, in Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses, Evans, Competition Policy International (CPI) (Hrsg.), 2011, 48-71.

242. Zur Erreichung des Ziels (a) [...]. Dabei dürften, auch bedingt durch die Digitalisierung in den Medienmärkten, hohe Investitionskosten und Unsicherheiten zu bewältigen sein: Der Zugang zu entsprechend Technologie, Expertise und Daten erscheint essenziell. Die von den Zusammenschlussparteien dazu eingebrachten Assets sind in Abschnitt A.3, Rz 30 ff., genau umschrieben. [...].

243. Das Erreichen einer grösstmöglichen Reichweite (b) wird auch durch Verbund- und Synergieeffekte mittels Bereitstellung von Werbeprodukten über die verschiedenen Werbekanäle getrieben sein. Die Attraktivität dieses Angebots hängt auch von der Preisgestaltung und damit auch von möglichen Koppelungs- und Bündelgeschäften ab. [...].

244. Im Hinblick auf die simultane Erreichung der Ziele (a) und (b), also der Erhalt qualitativ hochstehender und umfangreicher Targeting Insights und dem möglichst attraktiven Angebot an Werbeprodukten über verschiedene Werbekanäle, ist deshalb auch die Frage zentral, ob sich das JV auch durch einen sehr breiten Pool an Nutzungsdaten, umfangreiches technisches Know-how, bereits vorhandene Systeme, noch nicht scharf abzugrenzende Synergie- und Verbundeffekte sowie dem Auftreten von indirekten Netzwerkeffekten eine marktbe-

herrschende Stellung verschaffen kann, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte (siehe Rz 181). Diese Frage wird bei der Beurteilung der Stellung auf den einzelnen Werbevermarktungs- bzw. Vermittlungsmärkten nachfolgend mitberücksichtigt.

B.3.2.2 Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der Deutschschweiz

B.3.2.2.1. Aktueller Wettbewerb

245. In der Schweiz betragen die Bruttowerbeausgaben im Jahr 2014 insgesamt CHF 4'886 Mio., wovon auf TV-Werbeausgaben CHF 1'606 Mio. entfielen. Davon entfielen CHF 1'196 Mio. auf die deutsche Schweiz, CHF 380 Mio. auf die französischsprachige Schweiz und CHF 31 Mio. auf die italienischsprachige Schweiz.¹⁵⁰ Neben Publisuisse welche den TV-Werberaum der öffentlich-rechtlichen TV-Sender vertreibt, sind Goldbach Media, Publicitas und Belcom weitere Vermarkter von TV-Werberaum in der Schweiz.

246. Goldbach Media ist der wichtigste Mitwettbewerber in der Vermarktung von Schweizer Werbefenstern von privaten ausländischen TV-Sendern¹⁵¹ sowie von Schweizer Privatsendern.¹⁵²

Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz							
Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Ringier	Swisscom	SRG	Goldbach	Dritte
2014	Umsatz in Mio. CHF	1'196	0	[0-10]	358	784	[50-60]
	In %	100%	0%	[0-10]%	29.91%	65.5%	[0-10]%
2013	Umsatz in Mio. CHF	1'182	0	[...]	319	808	[50-60]
	In %	100%	0%	[0-10]%	26.99%	68.36%	[0-10]%
2012	Umsatz in Mio. CHF	1'211	0	[...]	333	824	[50-60]
	In %	100%	0%	[...]	27.5%	68.1%	[0-10]%

Tabelle 16: Marktanteile und Umsätze im Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz¹⁵³

¹⁵⁰ Meldung vom 10. August 2015, Beilage 14, Geschäftsbericht 2014 der Publisuisse, S.10 (angegebene Quelle: MediaFocus, exklusive Medieneigenwerbung, alle Medien gemäss aktuellem Stand).

¹⁵¹ Namentlich 6ter, Cartoon Network, DMAX, kabel eins, M6, N24, n-tv, ProSieben, ProSieben MAXX, RTL, RTL9, RTL II, RTL NITRO, SAT.1, SAT.1 GOLD, sixx, SUPER RTL, VOX und W9 (Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Fn 8).

¹⁵² Namentlich 3+, 4+, 5+, Comedy Central, MTV, Nickelodeon, Rouge TV, Teleclub Sport, TVM3 und VIVA CH sowie (ab 1.1.2015) TV24 (Schlussbericht 32-0246: Goldbach Group TV-/Radiovermarktung, Fn 9).

¹⁵³ Geschäftsberichte 2014 und 2013 der Publisuisse, jeweils S. 7.

247. Auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz sind vor allem SRG und Goldbach Media die dominierenden beiden Wettbewerber, wobei derzeit Goldbach Media mit einem Marktanteil von über 65 % (vgl. Tabelle 16) der stärkere Marktteilnehmer zu sein scheint. Vergleicht man hingegen die schweizweiten Zahlen, welche die Stiftung Werbestatistik Schweiz veröffentlicht, so scheint SRG gerechnet auf die Netto-Werbeumsätze mit einem Marktanteil von ca. 49.9 % der etwas stärkere Marktteilnehmer zu sein.¹⁵⁴ Somit stehen sich auf diesem Markt SRG und Goldbach Media als aktuelle Wettbewerber gegenüber.

248. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zudem kaum zu Marktanteiladditionen. Die von Swisscom im Markt vermarkteten Werbefenster generieren nach Angaben der Zusammenschlussparteien lediglich einen Umsatz in Höhe von CHF [0-10] Mio., was einem Marktanteil von [0-10]% entspricht. Rein aufgrund der Veränderung der Marktanteile kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben kaum zu Veränderungen der Marktkonzentration.

249. Somit führt das Zusammenschlussvorhaben aufgrund des Einbringens der einzelnen Geschäftstätigkeiten der an der Joint Venture-Gesellschaft beteiligten Zusammenschlussparteien zu keinen massgeblichen Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt.

B.3.2.2.2. Berücksichtigung der Zuschauermärkte

250. Bei den Zuschauermärkten wird gemäss Praxis der WEKO zwischen Pay-TV und Free-TV unterschieden, wobei für die Reichweite der ausgestrahlten Werbung in der Regel nur Free-TV-relevant ist, da im Pay-TV meist keine Werbung gezeigt wird. Daher wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Markt für Free-TV in der Deutschschweiz als zum Markt für Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz korrespondierender Zuschauermarkt für die Analysen herangezogen.

251. Ringier ist auf dem Markt für Free-TV lediglich mit den beiden Sendern Energy TV und LandLiebe TV tätig, deren Marktanteil allerdings kleiner als [0-10] % sind. SRG ist mit den Sendern SRF 1, SRF zwei, SRF info, RTS Un, Rts Deux sowie RSA LA 1 und RSI LA 2 tätig. Die Sender der SRG in der Deutschschweiz vereinigen einen Marktanteil von insgesamt 24.4 % auf sich, wobei die beiden Sender SRF 1 und SRF zwei die Nummer 1 und Nummer 2 im Markt für Free-TV in der Deutschschweiz sind. Da es durch das Zusammenschlussvorhaben aber auf dem Markt für Free-TV nicht zu Veränderungen der Marktverhältnisse kommt und aufgrund der Sendervielfalt auch nicht davon auszugehen ist, dass die Zusammenschlussparteien im Markt für Free-TV eine marktbeherrschende Stellung innehaben, scheinen die für zweiseitige Märkte typischen Wechselwirkungen zwischen beiden Marktgegensenden durch das Zusammenschlussvorhaben nicht wesentlich verändert zu werden.

B.3.2.2.3. Potenzieller Wettbewerb

252. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass in den Statistiken zum TV-Werbemarkt Schweiz

verschiedene internationale Player wie Google inkl. Youtube und Facebook nicht berücksichtigt würden, obwohl diese mit audiovisueller Werbung erhebliche Umsätze generieren würden. Die Zusammenschlussparteien sind sogar der Meinung, dass diese richtigerweise bei der Marktabgrenzung berücksichtigt werden müssten.

253. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann offen gelassen werden, ob verschiedene Streamingdienste wie Youtube ebenfalls zum relevanten Markt hinzugezählt werden müssten, da das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbung in der Deutschschweiz nicht zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führt.

B.3.2.2.4. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung

254. Auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der Deutschschweiz sind fast ausschliesslich Publisuisse (bzw. zukünftig die Joint Venture-Gesellschaft) sowie Goldbach Media tätig. Gemeinsam vermitteln bzw. vermarkten sie mehr als 90 % der TV-Werbezeit in der Schweiz. Zudem lassen TV-Programmanbieter ihre TV-Werbung in der Regel exklusiv von einem Werbevermittler vermittelt bzw. vermarktet.

255. Da allerdings durch das Zusammenschlussvorhaben die Marktverhältnisse zwischen Publisuisse [...] sowie Goldbach Media nicht verändert werden, kommt es vorderhand zu keiner Veränderung einer möglicherweise bereits heute bestehenden kollektiven Marktbeherrschung. Allerdings ist es möglich, dass sich die beiden Wettbewerber durch die Innovation der zielgerichteten Wertung unterschiedlich entwickeln und sich so eine Veränderung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung ergeben könnte.

B.3.2.2.5. Mögliche Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung aus dem exklusiven Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung auf andere Märkte

256. Swisscom verfügt aufgrund ihrer Netzwerkinfrastruktur über die vollständige Kontrolle betreffend den Zugang zu den Endkunden für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Werbung. Daher könnte Swisscom durch die exklusive Vergabe von Übertragungsrechten für TV-Programmen und TV-Werbung ihre marktbeherrschende Stellung auf nachgelagerte Märkte ausweiten, indem sie durch vertikale Integration ihre Geschäftstätigkeit auf den Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbung ausweitet und den TV-Sendern die Durchleitung ihrer TV-Signale verweigern könnte, wenn diese ihre Werbeinventare nicht durch die vertikal integrierte Geschäftstätigkeit vermitteln bzw. vermarkten würden. Gemäss Art. 59 Abs. 4 und 5 RTVG ist allerdings die Durchleitung reguliert, so dass einem allfälligen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

¹⁵⁴ Stiftung Werbestatistik, Werbeaufwand Schweiz 2015, S. 19 f.

durch eine Fernmeldediensteanbieterin, die TV-Programme in ihrem Versorgungsgebiet verbreitet, vorgebeugt werden kann.

257. Vor dem Hintergrund der Regulierung ist daher von keiner Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung aus dem Markt für den Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung auf den Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz auszugehen.

B.3.2.2.6. Mögliche Verbund- und Synergieeffekte aus dem exklusiven Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung und aus dem Fundus an Targeting Insights

258. Sowohl einzelne befragte Werbetreibende als auch die meisten befragten Media- und Werbeagenturen und TV-Sender würden es aufgrund der Exklusivität des zielgerichteten TV-Werbezugangs zu Swisscom-Kunden als sehr wahrscheinlich erachten, dass von der Joint Venture-Gesellschaft Bündelangebote (Vermarktung ihres gesamten Werbeinventars in den Bereichen TV, Print, Online/Digital und Radio und/oder Planung der gesamten Werbekampagne über die Joint Venture-Gesellschaft) nachgefragt werden.¹⁵⁵

259. Die Zusammenschlussparteien machen bezüglich der Fragen 19 und 20 im Fragebogen für Media- und Werbeagenturen und der Frage III.2 in jenem für TV-Sender geltend, dass diese die unzulässige Annahme treffen, dass Swisscom TV-Kunden ausschliesslich über das geplante Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmen mit TV-Werbung (zielgerichtete und konventionelle TV-Werbung) erreicht werden können. Dies treffe nicht für die konventionelle TV-Werbung zu. Aus diesem Grund seien die Antworten verzerrt und nicht verwertbar.¹⁵⁶ Diese Annahme trifft in der Realität tatsächlich nicht für die konventionelle TV-Werbung zu. Mit der dazugehörigen Anschlussfrage, welche Rolle dabei die exklusive Möglichkeit zielgerichtete TV-Werbung schalten zu können spielt, wird jedoch versucht, den „isolierten“ Sogeffekt von zielgerichteter TV-Werbung abschätzen zu können. In der Tat betrachten viele Befragte diese Möglichkeit als den entscheidenden Faktor, der sie, ausgehend vom Angebot TV-Werbung buchen zu können, dazu veranlassen würde bei der Joint Venture-Gesellschaft Bündelangebote nachzufragen.¹⁵⁷

260. Aus der Einschätzung der relativen Attraktivität des voraussichtlichen Fundus' an Nutzer- und Nutzungsdaten sowie der Werbetechnologien und der Expertise der Joint Venture-Gesellschaft gegenüber anderen Werbevermittlern bzw. -vermarktern resultiert, dass der Grossteil der befragten TV-Sender, Werbetreibenden und Media- und Werbeagenturen diese als sehr bzw. überdurchschnittlich attraktiv erachten und auch aus diesem Grund bereit wäre, Bündelangebote bei der Joint Venture-Gesellschaft nachzufragen bzw. ihre gesamten Werbekampagnen über die Joint Venture-Gesellschaft zu tätigen.¹⁵⁸

261. Wenngleich sich durch diese Sogwirkungen ausgehend von der Möglichkeit zielgruppenspezifische TV-

Werbung und der Einschätzung der relativen Attraktivität des voraussichtlichen Fundus' an Nutzer- und Nutzungsdaten sowie der Werbetechnologien und der Expertise der Joint Venture-Gesellschaft gegenüber anderen Werbevermittlern bzw. -vermarktern alleine keine marktbeherrschende Stellung auf den dadurch gebundenen Vermarktungs- und Vermittlungsmärkten für Werberaum und -zeit auf den Print-, Online/Digital- und Radioplattformen ableiten lassen, kann davon ausgegangen werden, dass diese Nachfrage nach Bündelangeboten die Marktstellung der Joint Venture-Gesellschaft auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen und TV-Werbung verstärkt. Diese Verstärkung ist mit Unsicherheit zu quantifizieren und wird von der WEKO hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Marktverhältnisse dementsprechend defensiv eingeschätzt.

262. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass sämtliche TV-Sender aufgrund der exklusiven Möglichkeiten der zielgerichteten TV-Werbung, auch die Vermarktung der nicht-zielgerichteten TV-Werbung auf die Joint Venture-Gesellschaft übertragen. In dieser Hinsicht ist zwar auch auf dem Markt für nicht-zielgerichtete TV-Werbung mit einer Verstärkung einer allenfalls bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung der Joint Venture-Gesellschaft [...] bzw. der Begründung einer solchen marktbeherrschenden Stellung zu rechnen, wobei aufgrund der Auskünfte der befragten Marktteilnehmer allerdings die Möglichkeiten der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als nicht gegeben angesehen werden.

263. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass es auf den einzelnen Märkten kaum zu Marktanteilsadditionen komme und daher das Zusammenschlussvorhaben auch keine marktübergreifenden Synergie- und Verbundeffekte haben werde, die den Wettbewerb beseitigen könnten.¹⁵⁹ In Bezug auf Synergie- und Verbundeffekte müsse berücksichtigt werden, dass Ringer, SRG und Swisscom mit einem konsolidierten Gesamtumsatz in Höhe von CHF [...] kombiniert derzeit bloss etwa [10-20] % des brutto Gesamtwerbeumsatzes Schweiz in Höhe von CHF 4'893'872'000.- ausmacht, wobei die tatsächlichen Umsatzzahlen auf den Online-Märkten deutlich höher sein dürften.¹⁶⁰

264. Das Verhältnis zwischen dem konsolidierten Gesamtwerbeumsatz der Zusammenschlussparteien und des Brutto-Gesamtwerbeumsatzes in der Schweiz ist

¹⁵⁵ Siehe dazu bspw. die Antworten auf die Fragen 19 und 20 im Fragebogen für Media- und Werbeagenturen der Havas Media AG oder von Dentsu Aegis Network. Für TV-Sender siehe bspw. die Antworten auf die Frage III.2 von 3 Plus Group AG oder der [...]. Für Werbetreibende siehe bspw. die Antworten auf die Frage 15 der Kuoni Reisen AG oder der Cornèr Bank AG.

¹⁵⁶ Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Akten.

¹⁵⁷ [...]

¹⁵⁸ Siehe dazu bspw. die Antworten auf die Frage 21 im Fragebogen für Media- und Werbeagenturen der Havas Media AG oder von Dentsu Aegis Network. Für TV-Sender siehe bspw. die Antworten auf die Frage III.3 von 3 Plus Group AG oder [...]. Für Werbetreibende siehe bspw. die Antworten auf die Frage 16 der Kuoni Reisen AG oder der Cornèr Bank AG.

¹⁵⁹ Stellungnahme Parteien vom 7. Oktober 2015, Rz 79 f.

¹⁶⁰ Stellungnahme Parteien vom 7. Oktober 2015, Rz 82.

nicht aussagekräftig, da es auf der einen Seite nicht zwischen den einzelnen und spezifischen Werbeformen, die für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in separaten Märkten abgegrenzt werden, unterscheidet und auf der anderen Seite die Prozentzahl zu niedrig sein dürfte, da konsolidierte Umsätze zu Bruttoumsätzen ins Verhältnis gesetzt werden.

B.3.2.2.7. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

265. Gemäss dem oben Ausgeführten ist das Zusammenschlussvorhabens nicht geeignet auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der Deutschschweiz eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder eine bereits bestehende allenfalls kollektiv marktbeherrschende Stellung zu verstärken, durch die auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

lung zu verstärken, durch die auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.3.2.3 Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz

B.3.2.3.1. Aktueller Wettbewerb

266. Die Ausgaben für TV-Werbung lagen in der französischsprachigen Schweiz im Jahr 2014 bei CHF 380 Mio. und im Jahr 2013 bei CHF 334 Mio. Hiervon entfielen ca. [10-20] % der Werbeausgaben auf Ringier mit der Vermarktung der Werbung auf TF1. Die restlichen [80-90] % des Marktvolumens teilten sich SRG und Goldbach Media im Wesentlichen auf, wobei TF1 bisher über Goldbach Media vermarktet wurde.

Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz ¹⁶¹							
Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Ringier (TF1)	Swisscom	SRG	Goldbach	Dritte
2014	Umsatz in Mio.	380	[50-60]	[0-10]	[150-200]	[150-200]	[0-10]
	In %	100%	[10-20]%	[0-10]%	[40-50]%	[40-50]%	[0-10]%
2013	Umsatz in Mio.	334	[50-60]	[...]	[150-200]	[100-150]	[0-10]
	In %	100%	[10-20]%	[0-10]%	[40-50]%	[30-40]%	[0-10]%
2012	Umsatz in Mio.	282	[10-20]	[...]	[150-200]	[100-150]	[0-10]
	In %	100%	[0-10]%	[0-10]%	[40-50]%	[30-40]%	[0-10]%

Tabelle 17: Marktanteile und Umsätze im Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz

267. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann es grundsätzlich zu erheblichen Marktanteilsadditionen zugunsten der Joint Venture-Gesellschaft kommen, wenn TF1 neu über die Joint Venture-Gesellschaft ver-

marktet werden sollte. Ein Wechsel erscheint von TF1 zur Joint Venture-Gesellschaft aufgrund der Beteiligungsverhältnisse als wahrscheinlich.

Konzentrationsmass	Vermarktung von TF1 durch Ringier
HHI vor dem Zusammenschluss und Wechsel von TF1	[3000-4000]
HHI nach dem Zusammenschluss und Wechsel von TF1	[5000-6000]
Δ HHI	[1000-2000]

Tabelle 18: Veränderung HHI-Index auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz

¹⁶¹ Geschäftsberichte 2014 und 2013 der Publisuisse, jeweils S. 7.

268. Würde TF1 neu durch die Joint Venture-Gesellschaft vermarktet, würde es durch das Zusammenschlussvorhaben zu erheblichen Marktanteilsadditionen seitens der Joint Venture-Gesellschaft kommen. Dennoch bleibt mit Goldbach Media weiterhin ein starker Wettbewerber im Markt, so dass weiterhin von einer gewissen aktuellen Konkurrenz ausgegangen werden kann.

B.3.2.3.2. Berücksichtigung der Zuschauermärkte

269. Auf dem Markt für Free-TV in der französischsprachigen Schweiz ist die SRG mit dem grössten (RTS Un) und viertgrössten (RTS Deux) TV-Sendern vertreten, die einen Marktanteil von 25.5 % auf sich vereinigen. Daneben ist die Nummer zwei, der Fernsehsender TF1, mit einem Marktanteil von 12.2 % vertreten. Würde TF1 durch die Joint Venture-Gesellschaft vermarktet, so könnte über diese ein Zuschaueranteil von 37.7 % in der französischsprachigen Schweiz erreicht werden. Demgegenüber käme Goldbach Media auf einen Zuschaueranteil von ca. 25 % wobei diejenigen von Goldbach Media vermarkteten TV-Sender, die einen Zuschaueranteil von mehr als 1% habe zusammen einen Marktanteil von 23.3 % ausmachen würden.

270. Damit könnte durch das Zusammenschlussvorhaben die Reichweite an TV-Zuschauern von ca. 25.5 % auf ca. 37.7 % erhöht werden.

B.3.2.3.3. Potenzieller Wettbewerb

271. Betreffend potenzieller Wettbewerb kann auf die Ausführungen in Rz 252 ff. verwiesen werden, die analog für den Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz anwendbar ist.

B.3.2.3.4. Kollektive Marktbeherrschung

272. Auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz sind fast ausschliesslich Publisuisse [...] sowie Goldbach Media tätig. Gemeinsam vermitteln bzw. vermarkten sie [90-100] % der TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz. Zudem wird TV-Werbung in der Regel exklusiv vermittelt bzw. vermarktet.

B.3.2.3.5. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

273. Durch das Einbringen der TV-Vermarktung von TF1 in die Joint Venture-Gesellschaft würde es zu Marktanteilsadditionen im Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz kommen. Dennoch bestünde mit Goldbach Media nach wie vor ein weiterer Marktteilnehmer mit einem Marktanteil von mehr als 40 %.

274. Das Zusammenschlussvorhaben ist für eine Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bzw. die Verstärkung einer möglicherweise bereits bestehenden kollektiv marktbeherrschenden Stellung zwischen Publisuisse und Goldbach Media nicht kausal.

275. Im Hinblick auf eine mögliche Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung aus dem Markt für den Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen kann auf die Ausführungen in Kapitel B.3.2.2.5 sowie für die

möglichen Verbund- und Synergieeffekte kann auf die Ausführungen in Kapitel B.3.2.2.6 verwiesen werden, die für diesen Markt ebenso gelten.

276. Zusammenfassend ist das Zusammenschlussvorhabens nicht geeignet auf dem Markt für die nicht-zielgerichtete Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der französischsprachigen Schweiz eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder eine bereits bestehende allenfalls kollektive marktbeherrschende Stellung zu verstärken, durch die auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.3.2.4 Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz

B.3.2.4.1. Aktueller Wettbewerb

277. In der italienischsprachigen Schweiz wird neben den beiden Sendern der SRG RSI LA 1 und RSI LA der regionale TV-Sender Teleticino ausgestrahlt, der ein eigenes Werbefenster für das Tessin vermarktet. Gemäss Aussagen der Zusammenschlussparteien werden keine weiteren ausländischen Werbefenster für die italienischsprachige Schweiz vermarktet. Daher sind auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeiten in der italienischsprachigen Schweiz lediglich SRG, die Umsätze in Höhe von CHF [30-40] Mio. im Jahr 2014, CHF [30-40] Mio. im Jahr 2013 und CHF [20-30] Mio. im Jahr 2012 erzielt hat, und Teleticino, der einen Umsatz mit TV-Werbung in Höhe von ca. CHF [0-10] Mio. pro Jahr erzielt, tätig.¹⁶² Somit beläuft sich der Marktanteil der SRG auf ca. [80-90] % während derjenige von Teleticino gemäss Schätzungen der Zusammenschlussparteien ca. [10-20] % beträgt.

278. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeiten in der italienischsprachigen Schweiz zu keinen Marktanteilsadditionen, so dass es rein durch das Einbringen der Geschäftstätigkeit in die Joint Venture-Gesellschaft zu keinen massgeblichen Veränderungen der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt kommt.

B.3.2.4.2. Berücksichtigung der Zuschauermärkte

279. Die Fernsehsender der SRG haben auf dem Markt für Free-TV in der italienischsprachigen Schweiz einen Marktanteil von ca. 36.8 %. Der Rest verteilt sich auf verschiedene vorwiegend italienische TV-Sender. Der lokale TV-Sender Teleticino erreicht einen Marktanteil von ca. 1 %. Damit ist SRG auch auf dem Zuschauermarkt in der italienischsprachigen Schweiz recht stark. Dennoch ist nicht zu erwarten, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Einfluss die Marktverhältnisse auf dem Markt für Free-TV in der italienischsprachigen Schweiz haben wird.

¹⁶² Geschäftsberichte 2014 und 2013 der Publisuisse, jeweils S. 7.

B.3.2.4.3. Potenzieller Wettbewerb

280. Grundsätzlich wäre es denkbar, dass die ausländischen italienischsprachigen Sender im Tessin ein spezielles Werbefenster einführen, wodurch mehr Wettbewerbsdruck entstehen könnte. Derzeit ist dies wohl aus wirtschaftlichen Überlegungen noch nicht der Fall, weshalb der potenzielle Wettbewerb auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz eher als gering eingestuft wird.

B.3.2.4.4. Kollektive Marktbeherrschung

281. Der derzeit dominante Akteur ist Publisuisse, welcher einen Marktanteil von ca. [80-90] % erzielt. Daneben ist Teleticino mit [10-20] % Marktanteil eher auf den Lokalbereich ausgerichtet. Eine kollektive Marktbeherrschung zwischen den einzigen beiden im Markt tätigen Akteuren erscheint aufgrund der unterschiedlichen Ausrichtung unwahrscheinlich.

B.3.2.4.5. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

282. Aufgrund des oben Ausgeführten kann davon ausgegangen werden, dass durch das Einbringen der Geschäftstätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung begründet wird, bzw. dass eine allenfalls bereits bestehende marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz nicht verstärkt wird.

283. Im Hinblick auf eine mögliche Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung aus dem Markt für den Zugang zu den Endkunden von Swisscom für die nicht-zielgerichtete Übertragung von TV-Programmen kann auf die Ausführungen in Kapitel B.3.2.2.5 sowie für die möglichen Verbund- und Synergieeffekte auf die Ausführungen in Kapitel B.3.2.2.6 verwiesen werden, die für diesen Markt ebenso gelten.

284. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhabens nicht geeignet ist, um auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit in der italienischsprachigen Schweiz eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder eine bereits bestehende allenfalls kollektive marktbeherrschende Stellung zu verstärken, durch die auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.3.2.5 Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit

285. Die Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit ist derzeit im Entstehen begriffen und es existieren in der Schweiz noch keine Angebote, die sich mit den von den Zusammenschlussparteien geplanten Angeboten in diesem Bereich vergleichen lassen. Daher kann über den bestehenden Wettbewerb im Bereich der Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit noch keine Aussage gemacht werden.

286. Als Anbieter von zielgerichteter TV-Werbezeit kommen derzeit nur Vermarkter von TV-Werbezeit in Frage, die Zugang zu den entsprechenden Nutzerinfor-

mationen haben und die Feinverteilung der zielgerichteten TV-Werbung über den Fernmeldediensteanbieter durchführen lassen können.

287. [...]. Vor diesem Hintergrund kommt derzeit als Anbieter von Vermarktungs- bzw. Vermittlungsdienstleistungen von zielgerichteter TV-Werbezeit gegenüber den Endkunden von Swisscom nur die Joint Venture-Gesellschaft in Frage.

288. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass es auch anderen Unternehmen offen stehe, zielgerichtete Formen der TV-Werbung anzubieten und in diesen Markt einzutreten. So könne der Stellungnahme von UPC Cablecom entnommen werden, dass UPC Cablecom zurzeit nicht von einer genügenden Nachfrage nach zielgerichteter TV-Werbung ausgehe. So könnte UPC Cablecom alleine oder über den Branchenverband SUISSEDIGITAL versuchen, zusammen mit Goldbach Media oder direkt mit in- und ausländischen Privatsendern ein Konkurrenzangebot aufzubauen.

289. Die Befragung hat ergeben, dass die meisten Werbetreibenden und TV-Sender die Ausstrahlung von Werbung über die unterschiedlichen Netzbetreiber nicht als vollständige Substitute ansehen (vgl. Rz 193 f.). Vor diesem Hintergrund könnte nicht notwendigerweise von einem gleichwertigen Konkurrenzangebot gesprochen werden. Dies wäre auch nur dann der Fall, wenn eine für die Werbetreibenden relevante Zielgruppe in einem für sie austauschbaren Masse sowohl über die Kabelnetzbetreiber als auch über die Infrastruktur von Swisscom erreicht werden könnte. Ob dies in Zukunft der Fall sein wird oder ob zwischen den beiden Angeboten keine Substitutionsmöglichkeiten vorhanden sind, kann heute noch nicht abschliessend beurteilt werden.

290. Die Parteien gehen von einem langsam wachsenden Markt für zielgerichtete Werbung aus und schätzen, dass im Jahr [...] zielgerichtet ausgeliefert wird. Bei [...] entsprechen. [...].

291. Weiter bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass es sich hierbei um einen potenziellen Markt handelt, den es derzeit in der Schweiz noch gar nicht gibt und der erst noch entstehen soll. So sehe der grobe Zeitplan vor, dass [...]. Gleichzeitig mahnen die Zusammenschlussparteien an, dass im Hinblick auf die Einführung neuer Produkte und Dienstleistungen auf neuen und dynamischen Märkten Zurückhaltung geübt werden sollte und nicht schon im Vorherein neue Produkte und Dienstleistungen bereits als separate Produktmärkte qualifiziert werden sollten. So sollten Unternehmen, die in die Entwicklung neuer Produkte und Dienste investieren, nicht vor Lancierung dieser mit der Marktbeherrschungsqualifikation bedroht werden.

292. In Zusammenschlussvorhaben ist grundsätzlich die Frage der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann vorausschauend, abzuklären. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen im Entstehen befindlichen oder bereits etablierten Markt handelt. Zwar ist bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben, welche die Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen bezwecken, besondere Vorsicht geboten. Dennoch können solche Unternehmenszu-

sammenschlüsse nicht a priori von einer Prüfung ausgeschlossen werden (siehe dazu auch Rz 113 und 203). Doch selbst wenn die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens zum Schluss kommt, dass keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamen Wettbewerb beseitigt werden kann, so bleibt die Möglichkeit eines späteren Eingriffs basierend auf Art. 7 KG und die Verfügung vorsorglicher Massnahmen nach wie vor offen.

B.3.2.5.1. Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit gegenüber Werbetreibenden

293. Im Rahmen der Befragung gaben die meisten Werbetreibenden an, dass in Zukunft zielgerichtete Werbung immer wichtiger werde, da auf diese Weise Werbung effizienter gestaltet werden könne. Dies gelte auch für TV-Werbung. Allerdings sind die meisten Werbetreibenden im Hinblick auf die Nachfrage nach zielgerichteter TV-Werbung noch abwartend. Die meisten sind bereit diese neue Werbeform zu testen, um zu einem späteren Zeitpunkt über Art und Umfang des Einsatzes zu entscheiden. Dennoch scheint eine gewisse konstante Nachfrage nach nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit seitens der Werbetreibenden weiterhin zu bestehen.

294. Die Erläuterungen in den Abschnitten B.3.1.2.2 und B.3.1.2.4 zu den Substitutionsmöglichkeiten zwischen Werbekanälen bzw. innerhalb des TV-Bereichs aus der Sicht der Werbetreibenden und Media-Agenturen zeigen auch, dass die einzelnen Werbekanäle grundsätzlich disziplinierende Wettbewerbseffekte aufeinander ausüben können (insbesondere innerhalb der zielgruppenspezifischen Werbekanäle Online und TV) und dass die zielgerichtete OTT-TV-Werbung ebenfalls in einem gewissen (unvollständigen) Substitutionsverhältnis zur zielgerichteten TV-Werbung über ein Kabel- bzw. IP-Netz stehen, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese eine gewisse disziplinierende Wirkung ausübt.

295. Im Hinblick auf die Frage, ob die Werbetreibenden zielgerichtete TV-Werbung gegenüber den Kunden von Swisscom und den Kabelnetzbetreibern als Substitut oder als Komplement (im Sinne einer Ergänzung) ansehen, entschieden sich die Meisten gegen ein Substitut. Wichtig sei es für die Werbetreibenden eine gewisse Zielgruppe zu erreichen. Wenn diese nur dann erreicht werden kann, wenn über mehrere Netze Werbung ausgestrahlt wird, dann seien diese nicht gegenseitig ersetzbar.

296. In der Schweiz existiert im Moment nur die Joint-Venture-Gesellschaft, die in Zukunft zielgerichtete TV-Werbung im Markt vermitteln bzw. vermarkten wird. Als möglicher direkter Wettbewerber käme wie auf den Märkten für die Vermittlung bzw. Vermarktung von nicht-zielgerichteter TV-Werbezeit auch Goldbach Media in Frage. Hierzu müsste allerdings Goldbach Media entsprechende Dienstleistungen aufbauen und einen Zugang zu den Targeting Insights von Swisscom sowie die Feinverteilungsdienstleistungen oder eine Möglichkeit erhalten basierend auf eigenen Kundeninformationen entsprechende Feinverteilungsdienstleistungen erhalten.

297. Zum jetzigen Zeitpunkt ist allerdings noch völlig unklar, wie sich ein möglicher Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit gegenüber Werbetreibenden entwickeln wird. Insbesondere ist unklar, welchen Stellenwert diese Werbung in Zukunft haben wird und wie gut sich diese Werbeform gegenüber den anderen, insbesondere zielgerichteten, Werbemöglichkeiten abgrenzen und durchsetzen wird. Vor diesem Hintergrund kann nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit beurteilt werden, ob das Zusammenschlussvorhaben in einem solchen möglichen Markt zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs droht.

B.3.2.5.2. Vermittlung bzw. Vermarktung von zielgerichteter TV-Werbezeit gegenüber TV-Programmanbietern

298. Auch gegenüber TV-Programmanbietern bestehen zum jetzigen Zeitpunkt in der Schweiz noch keine Angebote zur Ausstrahlung von zielgerichteten TV-Sendern bzw. zielgerichteter TV-Werbung. Daher wird im Moment diese Art der TV-Werbung noch nicht vermittelt. [...].

299. Die einzelnen TV-Sender geben an, dass sie ihren Kunden in der Zukunft allesamt zielgerichtet TV-Werbung ermöglichen möchten. Hierzu benötigen sie allerdings einen entsprechenden Datensatz, der es ihnen bzw. ihrem Werbevermarkter bzw. -vermittler ermöglicht, die Interessen der Zuschauerinnen und Zuschauer zu kennen und gleichzeitig die Werbung entsprechend den Interessen an die Zuschauerinnen und Zuschauer auszuliefern.

300. Die Vermarktung von zielgerichteter Werbung an Fernsehzuschauer, die über das Netzwerk von Swisscom TV-Programme konsumieren, soll über die Joint Venture-Gesellschaft erfolgen. [...]. Somit hat die Joint Venture-Gesellschaft über die exklusive Zusammenarbeit mit Swisscom einen exklusiven Zugang zu den Übermittlungskapazitäten des Netzes von Swisscom zur zielgerichteten Übertragung von TV-Werbung, wodurch sie vorerst als einziger Anbieter dieser Werbeform auftreten kann.

301. Dies wird allerdings auch zur Folge haben, dass TV-Sender, welche ihren Kunden zielgerichtete TV-Werbung anbieten möchten (die Mehrzahl der befragten TV-Sender möchte dies, siehe Rz 149), diese zwingend bei der Joint Venture-Gesellschaft nachfragen müssen, da sie dies beim bisherigen Wettbewerber Goldbach Media mangels Angebot nicht nachfragen können. Zwar könnte Goldbach Media zusammen mit den Kabelnetzbetreibern eine ähnliche Dienstleistung auf die Beine stellen. Deren Einführungszeitpunkt und wettbewerbliche Wirkung auf das Angebot des Joint Venture-Gemeinschaftsunternehmens ist derzeit allerdings noch ungewiss. Zudem kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob ein vergleichbares Angebot von Goldbach Media zusammen mit den Kabelnetzbetreibern als Substitut zu dem Angebot der Joint Venture-Gesellschaft angesehen werden würde.

B.3.2.5.3. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

302. Aufgrund des oben Ausgeführten kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben kaum Prognosen über eine Marktentwicklung im Bereich zielgerichteter TV-Werbung möglich sind. Da zielgerichtete TV-Werbung ein zusätzliches Angebot zu den bestehenden TV-Werbeangeboten darstellt, ist grundsätzlich noch offen, ob es dem TV-Werbemarkt zuzuordnen wäre. Die durchgeführten Erhebungen deuten allerdings auch darauf hin, dass zielgerichtete TV-Werbung in einem gewissen Masse mit zielgerichteter Online-Werbung substituiert werden könnte, so dass auch eine Zuordnung zu einem Markt für zielgerichtete Online-Werbung möglich wäre. Vor diesem Hintergrund wird die Marktabgrenzung offen gelassen.

303. Aufgrund der möglicherweise bestehenden Substituierbarkeit bzw. teilweisen Substituierbarkeit zielgerichteter TV-Werbung mit zielgerichteter Online-Werbung und der Tatsache, dass mit der zielgerichteten TV-Werbung ein neues Produkt eingeführt wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht absehbar, ob dies zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen kann. Auch wenn eine solche Möglichkeit theoretisch besteht, so erscheint sie bei einer auf einen Zeitraum von ca. 3 Jahren vorausschauenden Betrachtung unwahrscheinlich.

304. Aufgrund der somit bestehenden Unsicherheiten betreffend die Wettbewerbswirkung durch die Einführung von zielgerichteter TV-Werbung rechtfertigt sich kein Eingriff der WEKO aufgrund von Art. 10 Abs. 2 KG. Vielmehr drängt sich eine laufende Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der zielgerichteten TV-Werbung im Sinne von Art. 45 Abs. 1 KG auf, um im Falle von Anhaltspunkten eines Missbrauchs einer allfällig marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG ein Verfahren zu eröffnen.

B.3.2.6 Markt für die Vermittlung und Vermarktung von Radio-Werbezeit in der Deutschschweiz

B.3.2.6.1. Aktueller Wettbewerb

305. Gestützt auf die Angaben der Zusammenschlussparteien entfällt auf den Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeiten in der Deutschschweiz ein Umsatz von CHF 196 Mio. Der SRG ist es gemäss Konzession nicht erlaubt Radiowerbung zu schalten. Hingegen erzielte sie im Jahr 2014 mittels Radiosponsoring einen Gesamtertrag von CHF [5-15] Mio. in der Deutschschweiz, was einem Marktanteil von ca. [0-10] % entspricht. Ringier erzielte in der Deutschschweiz mit Radiowerbung einen Umsatz in Höhe von CHF [30-40] Mio., was einen Marktanteil von ca. [10-20] % entspricht. Damit erreichen die Zusammenschlussparteien knapp [10-20] % Marktanteil.

306. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf diesem Markt nur zu geringen Marktanteilsadditionen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass es der SRG durch die Konzession nicht erlaubt ist, klassische Radiowerbung zu verkaufen. Sie kann lediglich in geringem Ausmass durch Radiosponsoring Einnahmen erzie-

len. Damit hat das Zusammenschlussvorhaben kaum Auswirkungen auf die aktuellen Wettbewerbsverhältnisse in diesem Markt.

B.3.2.6.2. Berücksichtigung der Hörermärkte

307. Auf dem Hörermarkt nimmt die SRG in der Deutschschweiz mit einem Marktanteil von [60-70] % eine sehr starke Stellung ein. Ringer kommt zudem auf einen Marktanteil in Höhe von [0-10] %, so dass sich ein gemeinsamer Marktanteil in Höhe von [60-70] % ergeben würde, der über die gemeinsame Werbevermarktung erreicht werden könnte. Diese Zahlen sind allerdings dahingehend zu relativieren, da die SRG keine Radiowerbung im klassischen Sinn schalten darf. Damit sind auch die Marktanteile der SRG bei der Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeit kaum relevant.

B.3.2.6.3. Potenzieller Wettbewerb

308. Da die Radiofrequenzen in der Schweiz limitiert sind und zum Betrieb eines Radios über das terrestrische Signal eine entsprechende Konzession vorausgesetzt wird, sind die Möglichkeiten von Marktzutritten und damit neuem Radio-Werbeaum relativ überschaubar. Es ist daher davon auszugehen, dass kaum potenzieller Wettbewerb im Markt herrscht, der auf die bisherigen Vermarktungsstrukturen einen starken Einfluss hätte.

B.3.2.6.4. Kollektive Marktbeherrschung

309. Radiowerbung wird in der Regel nicht exklusiv vertrieben. So können grundsätzlich sowohl Goldbach Media als auch Publisuisse bzw. andere Dritte die Vermarktung von Radio-Werbeaum des jeweils gleichen Senders vornehmen. Aufgrund dieser Tatsache erscheint eine kollektive Marktbeherrschung eher unwahrscheinlich.

B.3.2.6.5. Mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

310. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Radio-Werbezeiten in der Deutschschweiz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.3.2.7 Zwischenergebnis

311. Gemäss den obigen Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form keine marktbeherrschende Stellung entsteht, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

312. Dies begründet sich durch die Unsicherheit bzgl. der Entwicklungen und Substituierbarkeit der neuen Möglichkeit der zielgruppenspezifischen TV-Werbung und der von dieser, den Targeting Insights und der crossmedialen Vermarktungstätigkeit ausgehenden möglichen Verbund- und Synergieeffekte.

313. Die Wettbewerbsverhältnisse in den sich digitalisierenden und konvergierenden Medien- bzw. Werbevermarktungs- und -vermittlungsmärkten sind sehr dynamisch und verlangen angesichts des erst zukünftigen Angebots von zielgruppenspezifischer Werbung Zurückhaltung bei möglichen Eingriffen zum jetzigen Zeitpunkt. Vorbehalten bleiben allerdings Eingriffe im Sinne von

Art. 7 KG, falls sich dereinst herausstellen sollte, dass die Joint Venture-Gesellschaft eine allfällig marktbeherrschende Stellung missbrauchen sollte.

B.4 Schlussfolgerungen

314. Die WEKO kommt nach vertiefter Prüfung des Zusammenschlussvorhabens 41-0772 Swisscom/SRG/Ringier zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form mit grosser Wahrscheinlichkeit in einem Betrachtungshorizont von zwei bis drei Jahren

zu keiner marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

315. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom/SRG/Ringier hat nach der vertieften Prüfung ergeben, dass der Zusammenschluss in der gemeldeten Form ohne Auflagen und Bedingungen zugelassen werden kann.

B 3
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3 **1. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden**

Urteil B-6830/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2016 in Sachen X. AG, Y. AG und Z. AG gegen Präsident Wettbewerbskommission betreffend Ausstand von Sekretariatsmitarbeitenden.

Sachverhalt

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 6. Dezember 2013 zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (letztere nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gegen die X. AG, mit Sitz in M., die Y. AG, mit Sitz in M., und gegen die Z., mit Sitz in N. (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen). Die Untersuchung bezweckte im Wesentlichen zwei Abklärungen. Zunächst sollte geprüft werden, ob es der Y. AG und der Z. AG aufgrund ihrer Marktstellung möglich war, die (...)hersteller dazu zu bewegen, ihre elektronischen (...)informationen in die Datensammlungen der Y. AG einzubringen und dazu die Geschäftsbeziehungen zu dieser Gesellschaft aufrecht zu erhalten oder neue Geschäftsbeziehungen mit ihr einzugehen. Sodann sollte abgeklärt werden, inwiefern die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zu einer Behinderung von Wettbewerbern auf den verschiedenen Stufen führten. Das galt insbesondere für den Bereich der Kommerzialisierung von (...)informationen, der liberalisiert wurde.

Mit der Untersuchung wurden drei Mitarbeitende des Dienstes K. des Sekretariats beauftragt. Es handelte sich um A., (Angaben zur Funktion), sowie B. und C..

B.

Im Verlauf des Untersuchungsverfahrens kamen die Parteien überein, Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) gemäss Art. 29 KG (zit. in E. 1) zu führen. Nach den von den Beschwerdeführerinnen unterzeichneten Rahmenbedingungen beschränkte sich der Gegenstand der Verhandlungen von vornherein auf die Zukunft.

C.

Am 9. Juni 2015 teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, es sei zur Überzeugung gelangt, dass zwischen seiner Position und jener der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Verhandlungen über eine EVR keine Einigung mehr gefunden werden könne. Für den Fall, dass dies zutrefte und das Sekretariat nichts missverstanden habe, werde es die Verhandlungen als gescheitert ansehen. Mit Schreiben vom 19. Juni 2015 brachten die Beschwerdeführerinnen ihre Überraschung zum Ausdruck. Sie hätten den Eindruck, dass die Aussagen des Sekretariats das Ergebnis der Untersuchung

in apodiktischer Weise vorweg nehmen würden, obschon für sie die Fortführung der Verhandlungen über eine EVR nach wie vor vorstellbar sei. Am 10. Juli 2015 teilte das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen mit, dass deren bisher schriftlich formulierten "Stossrichtungen" weit über ihre eigenen Vorstellungen hinausgingen. Die grundsätzliche Bereitschaft der Beschwerdeführerinnen, eine EVR im Einklang mit dem künftigen Regulierungsrahmen zu redigieren, ändere nichts daran, dass das Sekretariat weitere Verhandlungen nicht als zielführend erachte.

D.

Mit Eingabe vom 10. August 2015 an die WEKO beantragten die Beschwerdeführerinnen, die WEKO solle A., B. und C. verpflichten, im Untersuchungsverfahren in den Ausstand zu treten. Am 21. August 2015 teilte der stellvertretende Direktor des Sekretariats mit, dass die genannten Mitarbeitenden keine abschliessende, nicht mehr änderbare Position bezogen hätten und deshalb keine Ausstandsgründe vorliegen würden. Mit Schreiben vom 27. August 2015 hielten die Beschwerdeführerinnen am Ausstandsgesuch fest und beantragten zusätzlich, es seien sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen die drei Sekretariatsmitarbeitenden mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen. Ferner beantragten sie, das laufende Untersuchungsverfahren sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Ausstand zu sistieren.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 21. September 2015 wies der Präsident der WEKO das Ausstandsgesuch ab. Der Antrag, wonach sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente seit dem 9. Juni 2015, an denen die drei Sekretariatsmitarbeitenden mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien, wies er ab, soweit er darauf eintrat. Auf Antrag um Sistierung des Untersuchungsverfahrens trat er nicht ein. Schliesslich wurden die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

F.

Dagegen erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 22. Oktober 2015 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und es seien A., B. und C. zu verpflichten, in der Untersuchung (...) des Sekretariats in den Ausstand zu treten, wobei sämtliche Verfahrensschritte und Dokumente, an denen sie seit dem 9. Juni 2015 mitgewirkt hätten, aus den Akten zu weisen seien. Eventualiter beantragen sie, die Sache sei zur Neubeurteilung an den Präsidenten der WEKO zurückzuweisen. Schliesslich beantragen sie, dass ihnen der

Entscheid im Falle einer Publikation vorgängig zugestellt werde, damit sie ihn auf allfällige Geschäftsgeheimnisse prüfen könnten.

G.

Mit Vernehmlassung vom 25. November 2015 beantragt der Präsident der WEKO die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ein weiterer Schriftwechsel wurde nicht durchgeführt und die Beschwerdeführerinnen haben auch nicht von sich aus weitere Eingaben eingereicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägungen:

1.

Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig. Diese Verfügungen können später nicht mehr angefochten werden (Art. 45 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) i.V.m. Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die u.a. von den eidgenössischen Kommissionen erlassen werden (Art. 33 Bst. f VGG). Darunter fällt die vorliegende, vom Präsidenten der WEKO erlassene Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

Als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung sind die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Rechtsvertreter verfügen über eine rechtsgültige Vollmacht. Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten.

Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde hingegen, soweit die Beschwerdeführerinnen sich auf Sachverhalte aus dem Jahr 2012 berufen (Beschwerde, Rz. 16 f.); sofern sie der Auffassung sein sollten, dass diese Umstände einen Ausstandsgrund zu begründen vermöchten, hätten sie umgehend ein Ausstandsgesuch einreichen müssen. Insoweit erweisen sich diese Rügen als verspätet.

2.

Die Zuständigkeit des Präsidenten der WEKO zum Erlass der vorliegenden Verfügung wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Sie ist jedoch von Amtes wegen zu prüfen.

2.1 Nach Art. 39 KG sind auf die Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Der Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern ist im KG nicht geregelt. Er richtet sich somit nach Art. 10 Abs. 2 VwVG. Diese Norm bestimmt, dass über

streitige Ausstandsgesuche die Aufsichtsbehörde entscheidet.

2.2 Gemäss Art. 20 KG erlässt die WEKO ein Geschäftsreglement; darin regelt sie insbesondere die Einzelheiten der Organisation, namentlich die Zuständigkeiten des Präsidiums, der einzelnen Kammern und der Gesamtkommission. Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. e des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO, SR 251.1) übt der Präsident der WEKO die unmittelbare Aufsicht über das Sekretariat aus. Aus dieser Aufsichtskompetenz folgt, dass der Präsident der WEKO für die Behandlung von Ausstandsgesuchen gegen Mitarbeitende des Sekretariats zuständig ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch diese Zuständigkeit implizit bejaht (Urteil B-7483/2010 vom 9. Juni 2011). Daran ist festzuhalten. Der Umstand, dass in der Literatur die Auffassung vertreten wird, es sei die WEKO als Kollegialbehörde, welche die Aufsicht über das Sekretariat wahrnehme (vgl. etwa SIMON BANGERTER in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 19 N 42 m.w.H., Art. 22 N 58 sowie Art. 23 N 27; PETER HÄNNI, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, nach Art. 43 N 118), vermag daran nichts zu ändern. Art. 20 KG gibt nämlich der WEKO die in Art. 28 Abs. 1 Bst. e GR-WEKO wahrgenommene Kompetenz, die direkte Aufsicht über das Sekretariat an den Präsidenten der WEKO zu delegieren und sich nur auf eine Funktion als faktische Oberaufsichtsbehörde zu beschränken.

2.3 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Präsident der WEKO zuständig war, die angefochtene Verfügung zu erlassen.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass das Sekretariat (bzw. deren mit der Untersuchung beauftragten drei Mitarbeitenden) mit Schreiben vom 9. Juni 2015, mit dem die Verhandlungen als gescheitert bezeichnet würden, zumindest implizit eine Voreingenommenheit in Bezug auf den Ausgang des Verfahrens bekundet habe. Die fraglichen drei Mitarbeitenden des Sekretariats hätten mit erwähntem Schreiben ohne Relativierung kundgetan, dass sie das Verhalten der Beschwerdeführerinnen als problematisch und unzulässig erachteten. Dies ergebe sich insbesondere aus folgendem Satz: "Vor diesem Hintergrund und im Einklang mit der geltenden Regulierung haben die Zulassungsinhaberinnen ausschliesslich für die Kosten in Zusammenhang mit der ihnen obliegenden Publikationspflicht und damit der Bereitstellung der (...)informationen via (...) ohne weitere anschliessende Strukturierung/Codierung aufzukommen." Diese Aussage sei apodiktisch und ohne Vorbehalt einer ursprünglich vorgesehenen weiteren Untersuchungshandlung – konkret einer Besichtigung vor Ort – erfolgt. Das Sekretariat habe damit zum Ausdruck gebracht, dass es die inhaltliche Beurteilung in einem wesentlichen Punkt bereits endgültig vorgenommen habe und fest entschlossen sei, das Verfahren möglichst rasch mit einer Sanktionsverfügung abzuschliessen. Dies gelte umso mehr, als die zuständigen Mitarbeitenden sich stets geweigert hätten, neben den Zulassungsinhabern auch die Leistungserbringer im schweizeri-

schen (...)markt (Aufzählung von Leistungserbringern) anzuhören, obschon die Beschwerdeführerinnen dies mehrfach verlangt hätten. Im Schreiben vom 10. Juli 2015 habe das Sekretariat mitgeteilt, dass das aktuelle Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 weit von seinen Vorstellungen abweichen würde und dass die Untersuchung nun im ordentlichen Verfahren rasch und wettbewerbskonform abgeschlossen werden solle; es habe damit implizit bereits abschliessend einen Kartellrechtsverstoss festgestellt. Die drei Mitarbeitenden des Sekretariats hätten damit ihre Pflicht zur Zurückhaltung verletzt und könnten in der Sache nicht mehr als unbefangen gelten. Zudem hätten die zwei Sekretariatsmitarbeitenden D. und E. sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO mitgewirkt. Dies verletze das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit, das auch für Sekretariatsmitarbeitende gelte.

3.2 Der Präsident der WEKO verneint den Anschein der Befangenheit der drei Mitarbeitenden. Er begründet dies im Wesentlichen wie folgt: Der Abbruch der Verhandlungen zu einer EVR könne keinen Ausstandsgrund begründen. In seinem Schreiben vom 9. Juni 2015 habe das Sekretariat die Auffassung vertreten, dass die Entgeltlichkeit gewisser Leistungen der Beschwerdeführerinnen zu Lasten der Zulassungsinhaberinnen das Kartellrecht verletze. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht darlegen können, ob und inwieweit das Aufkommen der Zulassungsinhaberinnen für eine Strukturierung und Codierung der künftigen (...)gesetzgebung sowie internationalen Standards entsprechen würde. Offenbar wäre das Sekretariat bereit gewesen, die künftige (...)gesetzgebung oder internationale Standards bereits in eine EVR einfließen zu lassen. Da eine Übereinstimmung des Geschäftsmodells mit diesen Rechtsgrundlagen nicht habe festgestellt werden können, habe das Sekretariat keinen Anlass für weitere Verhandlungen gesehen. Zudem habe das Sekretariat dargelegt, es sei zum Schluss gekommen, "dass es für die Y. AG zentral ist, mehr oder weniger ihrer Kosten im bisherigen Umfang den Zulassungsinhaberinnen und Leistungserbringern in Rechnung zu stellen und somit an ihrem Finanzierungsmodell festzuhalten", was nicht seiner Position entsprochen habe. Um sicher zu sein, dass ihre Schlussfolgerungen zuträfen, hätten die Sekretariatsmitarbeitenden den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Beschwerdeführerinnen hätten in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2015 den Schlussfolgerungen nicht widersprochen, aber gleichwohl eine Grundlage für weitere Verhandlungen bejaht. Das Sekretariat habe diese Auffassung nicht geteilt und in der Folge die Verhandlungen abgebrochen. Dieses Vorgehen sei korrekt und in keiner Weise willkürlich gewesen. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Einschätzung ihres vergangenen Verhaltens vornehmen würden, sei dies vorliegend unbeachtlich; eine EVR habe nur künftiges Verhalten zum Gegenstand.

Der in den Schreiben vom 9. Juni bzw. 10. Juli 2015 in Aussicht gestellte bzw. erklärte Abbruch der Verhandlungen zu einer EVR und die ihm zugrundeliegende rechtliche Einschätzung stünden im Einklang mit den gesetzlichen Aufgaben des Sekretariats. Die kommuni-

zierte Einschätzung eines Verhaltens nach dem Kartellrecht sei im Hinblick auf Verhandlungen über eine EVR nach Art. 29 KG gar zwingend erforderlich. Dies vermöge keine Zweifel an der Unbefangenheit der jeweiligen Mitarbeitenden des Sekretariats zu begründen. In den beanstandeten beiden Schreiben des Sekretariats fänden sich keine Hinweise darauf, dass die verantwortlichen Mitarbeitenden nicht bereit gewesen seien, ihre vorläufige Schlussfolgerung im weiteren Verlauf des Verfahrens zu überdenken und nötigenfalls zu ändern. Im Gegenteil ergebe sich aus dem Schreiben vom 9. Juni 2015, dass das Sekretariat habe sicherstellen wollen, dass seiner Einschätzung und Sachverhaltsdarstellung kein Missverständnis zu Grunde gelegen habe.

Mit dem kommunizierten Abbruch der Verhandlung seien auch weitere Sachverhaltsabklärungen im Hinblick auf eine EVR hinfällig geworden. Die Weigerung der Sekretariatsmitarbeitenden, die von den Beschwerdeführerinnen geforderten Beweismassnahmen durchzuführen, bilde keinen Ablehnungsgrund. Sollte eine Verfahrenspartei der Auffassung sein, dass ihre Beweisanträge zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien, könne sie sich mit Beschwerde zur Wehr setzen oder diese Anträge gegebenenfalls vor der WEKO erneut stellen. Vorliegend fehlten Hinweise darauf, dass das Sekretariat prozessuale Rechte der Beschwerdeführerinnen verletzt hätte.

Zusammenfassend kommt der Präsident der WEKO zum Schluss, dass das Sekretariat keinerlei, auch nicht kleine, Irregularitäten begangen habe. Entsprechend könnten die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Punkte auch nicht in ihrer Summe den Anschein der Befangenheit der fraglichen Sekretariatsmitarbeitenden begründen.

Was schliesslich den Vorwurf der Verletzung des Unabhängigkeitserfordernisses für Sekretariatsmitarbeitende im Rahmen der Behandlung des Ausstandsbegehrens betrifft, bestreitet der Präsident der WEKO auch diesbezüglich das Vorliegen von Ausstandsgründen. In Frage komme lediglich der Ausstandsgrund der Vorbefassung nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG. Für nicht richterliche Behörden seien die Anforderungen für die Annahme einer Vorbefassung höher anzusetzen als für Gerichte. Zudem hätten die beiden Mitarbeiter jeweils im Auftrag und unter Instruktion der jeweiligen Entscheidungsträger (stellvertretender Direktor des Sekretariats einerseits und Präsident der WEKO andererseits) gehandelt. Es diene ferner dem effizienten Einsatz von personellen Ressourcen, Mitarbeitende mit Aufgaben zu betrauen, die mit der konkreten Thematik bereits vertraut seien. Ein Ausstandsgrund gegen D. und E. liege nicht vor.

4.

4.1 Nach Art. 39 KG sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Für den vorliegend strittigen Ausstand von Angehörigen des Sekretariats ist Art. 10 VwVG massgebend, da Art. 22 KG lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern regelt (Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.1; Urteil des BVer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 2.2).

4.2 Art. 10 VwVG regelt in Konkretisierung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes (BGE 132 II 485 E. 4.2). Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. a VwVG), mit einer Partei verwandtschaftlich besonders verbunden sind (Art. 10 Abs. 1 Bst. b und bbis VwVG), sich mit der Sache als Parteivertreter bereits beschäftigt haben (Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG). Vorliegend berufen sich die Beschwerdeführerinnen einzig auf den letztgenannten Ausstandsgrund; da keine Anhaltspunkte für weitere Ausstandsgründe vorliegen, wird nachfolgend nur das Vorliegen eines Ausstandsgrundes nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG geprüft.

4.3 Mit den Ausstandsregeln soll die objektive Prüfung durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleistet werden. Die Ausstandsvorschriften sind sowohl auf Personen anwendbar, die einen Entscheid alleine oder zusammen mit anderen zu fällen haben, als auch auf Personen, die an einem Entscheid in irgendeiner Form mitwirken und auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss nehmen können, sei es beratend oder instruierend (vgl. statt vieler BGE 137 II 431 E. 5.2; Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, die objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (BGE 137 II 431 E. 5.2). Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt; es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (BGE 137 II 431 E. 5.2 m.H.).

Art. 10 VwVG ist zwar auch auf die WEKO bzw. dessen Sekretariat anwendbar, doch gelten für nicht-richterliche Behörden tendenziell weniger hohe Anforderungen an die (persönliche) Unabhängigkeit ihrer Mitglieder als für Gerichtspersonen (dazu näher nachfolgende Erwägung).

4.4 Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG ist ein Auffangtatbestand. Um welche Gründe es sich bei den "anderen Gründen" handelt, ist jeweils unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei nicht der gleich strenge Massstab wie für unabhängige richterliche Behörden; gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen

Verwaltungsbehörde (vgl. Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.2.1 m.H.; Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.7 m.H.) bzw. der Funktion und Zuständigkeiten der jeweils betroffenen Personen gewichtet werden (BGE 137 II 431 E. 5.2 m.H.). Der objektiv sich aufdrängende Anschein der Befangenheit ist indessen stets zu vermeiden, selbst wenn für Unbefangenheit und Unparteilichkeit nicht die für ein Gerichtsmitglied geltenden Massstäbe anzuwenden sind (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2C_583/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 4.2). Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. nur BGE 134 I 238 E. 2; 133 I 89 E. 3.3). Dasselbe gilt für Ratschläge an eine Partei, insbesondere solche, die nicht genügend abstrakt formuliert sind. Zur begründeten Besorgnis der Befangenheit kann auch das Zusammentreffen verschiedener Umstände führen, welche für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für die Annahme einer Ausstandspflicht aufweisen (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 3.1 m.H.).

4.5 Die in Art. 10 VwVG genannten Gründe sind obligatorische Ausstandsgründe. Sie führen zwingend zum Ausstand, ohne dass es einer Geltendmachung durch Beteiligte bedarf. Dementsprechend muss die entscheidende Behörde von Amtes wegen prüfen, ob eines oder mehrere ihrer Mitglieder in den Ausstand zu treten haben (STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 94 zu Art. 10). Ist der Ausstand hingegen streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitglieds einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds (Art. 10 Abs. 2 VwVG). Es ist eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen. Die Vorinstanz hat sich an diese prozessualen Vorgaben gehalten.

5.

Zu prüfen ist zunächst, ob gegen die mit der Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen innerhalb des Sekretariats beauftragten drei Mitarbeitenden des Dienstes K. A., B. und C. ein Ausstandsgrund vorliegt bzw. glaubhaft dargelegt wurde. Das ist aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen.

5.1 Die Funktion des Sekretariats bei kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27-30 KG ist u.a. dadurch gekennzeichnet, dass es dem Sekretariat und seinen Mitarbeitenden obliegt, einmal eröffnete Untersuchungen selbständig durchzuführen und Entscheidungen zuhanden der WEKO vorzubereiten (Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff., 2024). Die Entscheidfällung steht indessen nicht in der Kompetenz des Sekretariats. Dafür ist die WEKO zuständig, die auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG). Nach der Antragsstellung durch das Sekretariat liegt die Verfahrensherrschaft ausschliesslich bei der WEKO. Art. 30 Abs. 2 KG gibt den am Verfahren Beteiligten im

Verfahren vor der WEKO das Recht, zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung zu nehmen, bevor die WEKO ihren Entscheid trifft (sog. erweiterter Anspruch auf rechtliches Gehör; vgl. etwa JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz [KG], 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 30 N 5 m.H.). Die Bestimmung gewährt insbesondere ein umfassendes Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (vgl. JÜRIG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 32 N 60). Damit wird sichergestellt, dass ein betroffenes Unternehmen als falsch erachtete tatsächliche Feststellungen bzw. aus ihrer Sicht falsche Beweiswürdigungen im Rahmen der Ausübung dieses Anhörungsrechts wirksam rügen, weitere Beweiserhebungen beantragen oder neue Beweise einreichen kann. Wenn das Sekretariat nach Abschluss seiner Untersuchung der WEKO einen Antrag zum Entscheid unterbreitet, hat die WEKO die Möglichkeit, korrigierend in die Untersuchung des Sekretariats einzugreifen und eine direkte Anhörung der Beteiligten zu beschliessen. Auch kann sie das Sekretariat anhalten, weitere Untersuchungshandlungen vorzukehren (Art. 30 Abs. 2 KG; vgl. Urteil des BGER 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3 m.H.). Ein Antrag des Sekretariats an die WEKO stellt somit nur den Ausgangspunkt für die Fortführung des Erkenntnisprozesses dar. Angesichts der weitreichenden Korrekturmöglichkeiten seitens der abschliessend verfügenden WEKO hat es das Bundesgericht abgelehnt, ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Befangenheit bei den einzelnen Instruktionshandlungen des Sekretariats diese auf Vorrat wiederholen zu lassen (vgl. Urteil des BGER 2C_732/2008 vom 24. März 2009 E. 2.3.3). Da die WEKO an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden sei, bleibe der Ausgang des Verfahrens unbesehen der jeweiligen Äusserungen offen und könne nicht als ausschlaggebend vorbestimmt betrachtet werden (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011 E. 5.7 unter Hinweis auf BGE 134 I 238 E. 2.3).

5.2 Art. 29 Abs. 1 KG lautet wie folgt: "Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen." Aus der Formulierung der Norm ("erachtet") und ihrem Sinn und Zweck ergibt sich, dass das Sekretariat vor Einleitung von Verhandlungen über eine einvernehmliche Lösung ihre Auffassung kundtun können muss, dass nach ihrem gegenwärtigen Kenntnisstand eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (sog. negative Entscheidprognose als Voraussetzung für das Verfahren der EVR; vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 29 N 85 f.). Aus der Kann-Regelung folgt zudem, dass dem Sekretariat ein erhebliches Ermessen darüber zusteht, ob es eine einvernehmliche Regelung anstreben will (in diesem Sinne auch ZIRLICK/TAGMANN, a.a.O., Art. 29 N 69 f.). Dies gilt sowohl in Bezug auf die Einleitung von entsprechenden Verhandlungen als auch für deren allfälligen späteren Abbruch. Bei einem Abbruch von Verhandlungen ist das Sekretariat nach dem Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör verpflichtet, die Gründe für diesen Schritt nachvollziehbar zu begründen. Es kommt dann nicht darum herum, die nach ihrer Auffas-

sung fortdauernde Wettbewerbsbeschränkung (erneut) zu benennen, was naturgemäss eine Sachverhaltswürdigung voraussetzt. Wie die Rechtsprechung festgehalten hat (vgl. E. 5.1), vermögen solche Meinungsäusserungen des Sekretariats keinen Ausstandsgrund zu begründen, sofern der Ausgang des Verfahrens offen bleibe. Weil das Sekretariat keine Entscheidungsbefugnis hat, kommt seine Befangenheit infolge klarer Meinungsäusserung wohl nur in Betracht, wenn es zum Ausdruck bringt, seine Meinung ungeachtet allfälliger zu Gunsten der Beteiligten sprechenden Sachverhaltselementen nicht mehr ändern zu wollen. Das ist vorliegend nicht der Fall, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt. Vielmehr hat sich das Sekretariat auf die Würdigung der Verhandlungen über eine EVR beschränkt und weder das Endergebnis des gesamten Verfahrens noch die allfällige Sanktionierung abschliessend vorweggenommen. Ob das aktuelle Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin 2 kartellrechtskonform ist oder nicht, wird gegebenenfalls von der WEKO bzw. den Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden sein.

5.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Ausstandsbegehren gegen A., B. und C. offensichtlich unbegründet ist und die Beschwerde angesichts der klaren Rechtslage zumindest an Trölerei grenzt.

6.

Weiter ist zu prüfen, ob der Umstand, dass die zwei Sekretariatsmitarbeiter D. und E. sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO mitgewirkt haben, ihren Ausstand begründet. Das ist zu verneinen.

6.1 Zunächst ist hier auf die in E. 5.1 hiervor dargelegte Rechtsprechung zu verweisen, die höhere Anforderungen an die Annahme einer Befangenheit des Sekretariats stellt als für richterliche Behörden. Diese Rechtsprechung muss entsprechend für Fälle von Vorbefassung gelten.

6.2 Sodann hat sich das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die FINMA zu einem Sachverhalt geäussert, der mit dem vorliegend zu beurteilenden vergleichbar ist.

Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich im Urteil B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 eingehend mit den für die FINMA geltenden Ausstandsvorschriften, namentlich mit der Tragweite von Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 VwVG und Art. 11 Abs. 1 des Verhaltenskodexes der FINMA vom 19. November 2008 (insb. E. 2.1-2.7, E. 3.5 und E. 5.1-5.4). Es erachtete es als zulässig, dass ein Mitarbeiter der FINMA, der im Rahmen der sog. laufenden Aufsicht eine führende Rolle bei den Sachverhaltsabklärungen ausgeübt hatte, bei einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden eingreifenden Verfahren (Enforcementverfahren) in tragender Funktion als Fachspezialist mitwirkte. Entscheidend war dabei nach Auffassung des Gerichts insbesondere, dass die Entscheidkompetenz nicht bei ihm, sondern beim Enforcement-Ausschuss der FINMA lag (Urteil des BVGer B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5.1 und 5.4 f.).

6.3 An der mit dieser Rechtsprechung eingeschlagenen Richtung ist festzuhalten. Die Mitwirkung der zwei Sek-

retariatsmitarbeiter D. und E. sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats zum Ausstandsgesuch als auch am angefochtenen Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO erfüllt nicht den Ausstandsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG. Beide Sekretariatsmitarbeiter handelten auf Anweisung und nach Instruktion des stellvertretenden Direktors des Sekretariats bzw. des Präsidenten der WEKO. Es kam ihnen keinerlei Entscheidfunktion zu, sondern sie bereiteten lediglich die Entscheidungsgrundlagen vor. Entscheidend sind dabei jedoch die folgenden zwei Aspekte: Das Schreiben des stellvertretenden Direktors des Sekretariats vom 21. August 2015, an dem beide Sekretariatsmitarbeiter mitgewirkt haben, gab die Auffassung von A., B. und C. wieder, welcher sich der stellvertretende Direktor anschloss. Sodann ist von Bedeutung, dass das ursprüngliche Ausstandsgesuch offensichtlich unbegründet oder gar trölerisch war, weshalb darauf möglicherweise gar nicht hätte eingetreten werden müssen. Bei offensichtlich unbegründeten Ausstandsgesuchen, die erkennbar eine Verzögerung bezwecken, sind höhere Anforderungen an den Ausstandsgrund der Vorbefassung zu stellen, die vorliegend nicht erfüllt sind.

6.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass auch das Ausstandsgesuch gegen die Mitarbeiter des Sekretariats D. und E. unbegründet ist.

7.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Für die gestellten Eventualanträge verbleibt somit kein Raum.

Da der vorliegende Entscheid offensichtlich keine Geschäftsgeheimnisse enthält oder auch nur erwähnt, ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf vorgängige Zustellung des Urteils(-Entwurfs) abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den unterliegenden Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien

(Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr zwischen Fr. 200.– und Fr. 5'000.–. Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse sieht Art. 4 VGKE nach Höhe des jeweiligen Streitwerts abgestufte Rahmen vor. Ob die vorliegende Beschwerde eine Streitigkeit mit oder ohne Vermögensinteresse darstellt, kann indessen offen gelassen werden, zumal sich ein allfälliger Streitwert zum jetzigen Zeitpunkt kaum beziffern liesse und Gerichtsgebühren von je Fr. 1'000.– im Lichte der in Art. 2 Abs. 1 VGKE genannten Bemessungskriterien in jedem Fall als angemessen erscheinen. Die am 2. November 2015 geleisteten Kostenvorschüsse werden zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Obschon obsiegend, kann der Vorinstanz keine Parteientschädigung ausgerichtet werden (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um vorgängige Zustellung des Urteils(-Entwurfs) im Hinblick auf dessen Überprüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von je Fr. 1'000.– werden den Beschwerdeführerinnen, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag, auferlegt. Die einbezahlten Kostenvorschüsse werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

5.

[Eröffnung]

[Rechtsmittelbelehrung]

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

D 1	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek)
-----	--

Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek)

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 (BBI 2015 6048)

Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: die WEKO) erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

- I. Gemäss Artikel 6 Absatz 1 KG¹ kann die WEKO in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.
- II. Die vorliegende Bekanntmachung basiert auf der KFZ-Bekanntmachung 2002², welche sich an die KFZ-GVO 2002 der EU³ anlehnte.
- III. Die KFZ-GVO 2002 der EU wurde am 1. Juni 2010 durch die KFZ-GVO 2010 der EU⁴ ersetzt. Die KFZ-GVO 2010 der EU regelt seit dem 1. Juni 2010 die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie für den Vertrieb von Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge (Sekundärmarkt). Für den Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen (Primärmarkt) gilt hingegen gemäss der KFZ-GVO 2010 der EU seit 1. Juni 2013 die Vertikal-GVO der EU.⁵
- IV. Die KFZ-Bekanntmachung 2002 wurde seit ihrem Inkrafttreten am 1. November 2002 nicht geändert. Hingegen veröffentlichte die WEKO zweimal Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung, welche den Praxiserfahrungen der Wettbewerbsbehörden und dem neuen rechtlichen Rahmen auf europäischer Ebene Rechnung trugen.⁶ Ausserdem wurde, nach Inkrafttreten am 1. April 2004 der Teilrevision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003, die

Vertikalbekanntmachung⁷ am 2. Juli 2007 und zuletzt am 28. Juni 2010 revidiert.

- V. Die aktuelle Revision der KFZ-Bekanntmachung trägt der Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden, den neuen Markt- und Technikentwicklungen sowie den Anpassungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht Rechnung, insbesondere orientiert sie sich im Sekundärmarkt an der KFZ-GVO 2010 der EU. Sie berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen. Die WEKO will damit weiterhin den Interbrand- und Intra-brandwettbewerb auf den Märkten des Vertriebs neuer Kraftfahrzeuge, des Vertriebs von Ersatzteilen und der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge fördern, wettbewerbsschädliche vertikale Abreden verhindern, eine Isolierung des schweizerischen Automobilmarkts vermeiden und Rechtssicherheit schaffen.

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

² Bekanntmachung der WEKO vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung 2002).

³ Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 203 vom 1.8.2002 S. 30 (nachfolgend: KFZ-GVO 2002 der EU).

⁴ Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 129 vom 28.5.2010 S. 52 (nachfolgend: die KFZ-GVO 2010 der EU).

⁵ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (nachfolgend: Vertikal-GVO der EU).

⁶ Vgl. RPW 2004/3, 964 ff.; RPW 2010/3, 624 ff.

⁷ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

-
- VI. Die Vertikalbekanntmachung in der jeweils gültigen Form findet auf vertikale Abreden beim Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen und Ersatzteilen sowie bei der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen insoweit Anwendung, als die vorliegende Bekanntmachung keine Vorschriften enthält.
 - VII. Bei der Anwendung der in dieser KFZ-Bekanntmachung dargelegten Grundsätze ist auf die tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Einzelfalls abzustellen. Die Wettbewerbsbehörden werden die Bestimmungen der KFZ-Bekanntmachung angemessen, flexibel und mit Berücksichtigung auf die Praxiserfahrungen anwenden.
 - VIII. Diese Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.
-

A. Begriffe

Art. 1 Kraftfahrzeuge

¹ Kraftfahrzeuge sind Fahrzeuge mit Selbstantrieb und mindestens drei Rädern, die für den Verkehr auf öffentlichen Strassen bestimmt sind.

² Kraftfahrzeuge im Sinne der vorliegenden Bekanntmachung sind namentlich:

- a. Personenkraftwagen, die der Beförderung von Personen dienen und zusätzlich zum Fahrersitz nicht mehr als acht Sitze aufweisen;
- b. Leichte Nutzfahrzeuge, die der Beförderung von Waren oder Personen dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen nicht überschreitet;
- c. Lastkraftwagen, die der Beförderung von Waren dienen und deren zulässige Gesamtmasse 3,5 Tonnen überschreitet;
- d. Busse, die der Beförderung von Personen dienen.

³ Motorräder sind von der vorliegenden Bekanntmachung nicht erfasst.

Art. 2 Kraftfahrzeuganbieter

Unter Kraftfahrzeuganbieter sind der Hersteller von Kraftfahrzeugen oder seine zugelassenen Importeure in der Schweiz zu verstehen.

Art. 3 Zugelassener Händler

Ein zugelassener Händler ist ein Händler von neuen Kraftfahrzeugen oder Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge, der dem von einem Kraftfahrzeuganbieter eingerichteten Vertriebssystem angehört.

Art. 4 Zugelassene Werkstatt

Eine zugelassene Werkstatt ist ein Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der dem von einem Kraftfahrzeuganbieter eingerichteten Vertriebssystem angehört.

Art. 5 Unabhängiger Händler

¹ Ein unabhängiger Händler ist ein Händler von neuen Kraftfahrzeugen oder Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge, der nicht dem von einem Kraftfahrzeuganbieter eingerichteten Vertriebssystem angehört.

² Als unabhängiger Händler im Sinne dieser Bekanntmachung gilt auch ein zugelassener Händler im Vertriebssystem eines Kraftfahrzeuganbieters, soweit er neue Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile für Kraftfahrzeuge vertriebt, für die er nicht Mitglied des Vertriebssystems des entsprechenden Kraftfahrzeuganbieters ist.

Art. 6 Unabhängige Werkstatt

¹ Eine unabhängige Werkstatt ist ein Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der nicht dem von einem Kraftfahrzeuganbieter, dessen Kraftfahrzeuge er instand setzt oder wartet, eingerichteten Vertriebssystem angehört.

² Als unabhängige Werkstätten im Sinne dieser Bekanntmachung gelten auch zugelassene Werkstätten im Vertriebssystem eines Kraftfahrzeuganbieters, soweit sie Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für

Kraftfahrzeuge erbringen, für die sie nicht Mitglied des Vertriebssystems des entsprechenden Kraftfahrzeuganbieters sind.

Art. 7 Unabhängige Marktteilnehmer

Als unabhängige Marktteilnehmer im Sinne der vorliegenden Bekanntmachung gelten neben den unabhängigen Händlern und Werkstätten auch Ersatzteilhersteller und -händler, Hersteller von Werkstattausrüstungen oder Werkzeugen, Herausgeber von technischen Informationen, Automobilclubs, Pannenhilfsdienste, Anbieter von Inspektions- und Prüfdienstleistungen und Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung für Werkstattmitarbeiter.

Art. 8 Mitglieder eines Vertriebssystems

Als Mitglieder eines Vertriebssystems im Sinne der vorliegenden Bekanntmachung gelten zugelassene Händler und zugelassene Werkstätten von einem Vertriebssystem eines Kraftfahrzeuganbieters.

Art. 9 Ersatzteile

Ersatzteile sind Waren, die in ein Kraftfahrzeug eingebaut oder an ihm angebracht werden und ein Bauteil dieses Fahrzeugs ersetzen. Dazu zählen auch Waren wie Schmieröle, die für die Nutzung des Kraftfahrzeugs erforderlich sind, mit Ausnahme von Treibstoffen.

Art. 10 Originalersatzteile oder -ausrüstungen

¹ Originalersatzteile oder -ausrüstungen sind Teile oder Ausrüstungen, die nach den Spezifikationen und Produktionsnormen gefertigt werden, die der Kraftfahrzeughersteller für die Fertigung von Teilen oder Ausrüstungen für den Bau des betreffenden Kraftfahrzeugs vorschreibt.

² Als Originalersatzteile oder -ausrüstungen gelten auch solche Ersatzteile und Ausrüstungen, die auf der gleichen Produktionsanlage hergestellt wurden wie die Teile oder Ausrüstungen für den Bau des Kraftfahrzeugs.

³ Es ist bis zum Nachweis des Gegenteils davon auszugehen, dass Ersatzteile Originalersatzteile sind, wenn der Ersatzteilhersteller bescheinigt, dass die Ersatzteile die gleiche Qualität aufweisen wie die für den Bau des betreffenden Fahrzeugs verwendeten Bauteile und nach den Spezifikationen und Produktionsnormen des Kraftfahrzeugherstellers gefertigt wurden.

Art. 11 Qualitativ gleichwertige Ersatzteile

Ersatzteile können als qualitativ gleichwertige Ersatzteile angesehen werden, wenn sie so beschaffen sind, dass ihre Verwendung das Ansehen des betreffenden Netzes zugelassener Werkstätten nicht gefährdet. Der Kraftfahrzeughersteller kann den Nachweis erbringen, dass ein bestimmtes Ersatzteil diese Voraussetzung nicht erfüllt.

B. Regeln

Art. 12 Geltungsbereich

¹ Diese Bekanntmachung gilt für vertikale Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen und Ersatzteilen sowie bei der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen.

² Die Anwendung der vorliegenden Bekanntmachung schliesst nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG qualifiziert oder von Artikel 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der vorliegenden Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen.

Art. 13 Verhältnis zu der Vertikalbekanntmachung

Die vorliegende Bekanntmachung geht der Vertikalbekanntmachung vor. Soweit sich die vorliegende Bekanntmachung nicht äussert, sind die Vorschriften der Vertikalbekanntmachung anwendbar.

Art. 14 Qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen

¹ Abreden werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie eine der in den Artikeln 15 bis 19 aufgeführten Beschränkungen zum Gegenstand haben.

² Auch bei diesen qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigungen sind die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung und die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Einzelfall zu prüfen.

Art. 15 Beschränkungen betreffend den Bestimmungsort des Kraftfahrzeugs und die Garantie

Als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind zu betrachten:

1. Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und zugelassenen Händlern, die den Verkauf von Kraftfahrzeugen durch zugelassene Händler an Endverbraucher einschränken, indem beispielsweise:
 - a. die Vergütung des zugelassenen Händlers oder der Verkaufspreis vom Bestimmungsort des Kraftfahrzeugs oder vom Wohnort des Endverbrauchers abhängig gemacht wird;
 - b. eine auf den Bestimmungsort des Kraftfahrzeugs bezogene Prämienregelung oder jede Form einer diskriminierenden Produktlieferung an zugelassene Händler vereinbart wird.
2. Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und zugelassenen Werkstätten, die diese verpflichten, der gesetzlichen Herstellergarantie sowie der kostenlosen Wartung und sämtlichen Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen in Bezug auf jedes in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum verkaufte Kraftfahrzeug der betroffenen Marke nicht nachzukommen.
3. Abreden zwischen den Kraftfahrzeuganbietern und zugelassenen Händlern oder zugelassenen Werkstätten, die die gesetzliche oder erweiterte Herstellergarantie davon abhängig machen, dass der Endverbraucher nicht unter die Garantie fallende Instandsetzungs- und Wartungsdienste nur innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten ausführen lässt oder dass bei nicht unter die Garantie fallenden Austauschmassnahmen nur Ersatzteile mit Markenzeichen des Kraftfahrzeuganbieters verwendet werden.

Art. 16 Vertrieb von Ersatzteilen, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen

Als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind zu betrachten:

- a. die Verpflichtung einer zugelassenen Werkstatt, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen mit dem Vertrieb von Ersatzteilen oder mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen zu verknüpfen;
- b. die Verpflichtung eines zugelassenen Händlers, den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen mit der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen oder dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen;
- c. die Beschränkung der Möglichkeit eines zugelassenen Händlers, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen an zugelassene Werkstätten untervertraglich weiter zu vergeben. Der Kraftfahrzeuganbieter kann jedoch verlangen, dass der zugelassene Händler dem Endverbraucher vor Abschluss des Kaufvertrags den Namen und die Anschrift der zugelassenen Werkstatt(ätten) mitteilt und, sollte sich eine der zugelassenen Werkstätten nicht in der Nähe der Verkaufsstelle befinden, den Endverbraucher über die Entfernung der fraglichen Werkstatt(ätten) von der Verkaufsstelle unterrichtet;
- d. die Verpflichtung eines für den Vertrieb von Ersatzteilen zugelassenen Händlers, die Tätigkeiten von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen aufzunehmen;
- e. die Beschränkung der Möglichkeit eines zugelassenen Händlers, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen als unabhängige Werkstatt für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbietern zu erbringen;
- f. die Beschränkung des Verkaufs von Ersatzteilen durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems an unabhängige Werkstätten, welche diese Teile für die Instandsetzung und Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden;
- g. die Beschränkung der Möglichkeit eines Herstellers von Ersatzteilen, Instandsetzungsgeräten, Diagnose- oder Ausrüstungsgegenständen, diese Waren an Mitglieder eines Vertriebssystems, unabhängige Marktteilnehmer oder an Endverbraucher zu verkaufen;
- h. die Beschränkung der Möglichkeit eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Originalersatzteile und ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden. Davon unberührt bleibt das Recht der Kraftfahrzeuganbieter für Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen die Verwendung von Originalersatzteilen, die vom Kraftfahrzeughersteller bezogen wurden, vorzuschreiben.

Art. 17 Zugang zu technischen Informationen, Werkzeugen und fachliche Unterweisungen

¹ Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und Mitgliedern eines Vertriebssystems, die den Zugang von unabhängigen Marktteilnehmern zu den für die Instandsetzung und Wartung von Kraftfahrzeugen oder für Umweltschutzmassnahmen erforderlichen technischen Informationen, Diagnosegeräte sowie anderen Geräten und Werkzeugen nebst einschlägiger Software oder die fachlichen Unterweisungen verweigern, sind als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu betrachten.

² Absatz 1 umfasst insbesondere folgende Informationen und Werkzeuge:

- a. elektronische Kontroll- und Diagnosesysteme eines Kraftfahrzeugs und deren Programmierung gemäss den Standardverfahren des Kraftfahrzeuganbieters;
- b. Servicehandbücher und elektronische Servicehefte;
- c. Instandsetzungs- und Wartungsanleitungen;
- d. Informationen über Bauteile, Diagnose- und Wartungsgeräte (z.B. untere und obere Grenzwerte für Messungen) sowie über sonstige Ausrüstungen;
- e. Schaltpläne;
- f. Fehlercodes des Diagnosesystems (einschliesslich herstellerspezifischer Codes);
- g. die für den Fahrzeugtyp geltende Kennnummer der Softwarekalibrierung;
- h. Informationen über Datenspeicherung und bidirektionale Kontroll- und Prüfdaten.

Art. 18 Mehrmarkenvertrieb

Die Verpflichtung eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile konkurrierender Kraftfahrzeuganbietern nicht zu verkaufen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter nicht zu erbringen, ist als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten.

Art. 19 Vertragsauflösung

Bestimmungen über Vertragsauflösungen sind als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu betrachten, wenn sie den folgenden Kündigungsmodalitäten nicht entsprechen:

1. bei befristeten Verträgen von mindestens fünf Jahren die Nichtverlängerung mindestens sechs Monate im Voraus anzukündigen;
2. bei unbefristeten Verträgen eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Jahren einzuhalten;
3. bei unbefristeten Verträgen eine verkürzte Kündigungsfrist von mindestens einem Jahr einzuhalten, sofern die Kündigung schriftlich begründet ist und
 - a. der Kraftfahrzeuganbieter aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder aufgrund besonderer Absprachen bei Vertragsbeendigung eine angemessene Entschädigung zu zahlen hat, oder
 - b. sich für den Kraftfahrzeuganbieter die Vertragsbeendigung durch die Notwendigkeit ergibt, das Vertriebsnetz insgesamt oder zu einem wesentlichen Teil umzustrukturieren.

Art. 20 Aufhebung der bisherigen Bekanntmachung

Mit dem Inkrafttreten dieser Bekanntmachung wird die KFZ-Bekanntmachung 2002 aufgehoben.

Art. 21 Übergangsregelung

Diese Bekanntmachung soll während der Periode zwischen dem 1. Januar 2016 und dem 31. Dezember 2016 auf all diejenigen Vereinbarungen nicht zur Anwendung kommen, welche vor dem 1. Januar 2016 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen Bekanntmachung entsprachen, nicht hingegen den Kriterien vorliegender Bekanntmachung genügen.

Art. 22 Inkrafttreten und Geltungsdauer

¹ Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2016 in Kraft.

² Sie gilt bis zum 31. Dezember 2022.

29. Juni 2015

D 1	2. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek)
-----	--

Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek)

Zweck der Erläuterungen

1. Nachfolgende Bestimmungen erläutern die wichtigsten Grundsätze, die im Rahmen der Umsetzung der KFZ-Bekanntmachung zur Anwendung kommen und die für die Beurteilung spezifischer Fragen im Zusammenhang mit vertikalen Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Ersatzteilen nach Artikel 5 KG¹ massgeblich sind. Sie sollen den Wettbewerbsbehörden sowie den Unternehmen als Orientierungshilfe für die Konformitätsprüfung solcher Vereinbarungen mit dem Kartellgesetz dienen.

2. Diese Erläuterungen versuchen Klarheit über die Auslegung einzelner Bestimmungen der KFZ-Bekanntmachung zu schaffen. Sie beantworten Fragen, die für die Marktbeteiligten, insbesondere Kraftfahrzeuganbieter, zugelassene Händler sowie zugelassene und unabhängige Werkstätten, in der Praxis voraussichtlich von Bedeutung sind.

3. Die Erläuterungen enthalten keine Wettbewerbsregeln und keine detaillierten Kommentare zu jeder Bestimmung der KFZ-Bekanntmachung.

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen

4. Die in den Artikeln 15 bis 19 der KFZ-Bekanntmachung aufgeführten Beschränkungen, die direkt oder indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen, können als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG qualifiziert werden und können zu einer Sanktion nach Artikel 49a KG führen.²

Sachliche Marktabgrenzung

5. Bei der Feststellung des sachlich relevanten Marktes ist der Markt für Kraftfahrzeuge, insbesondere Personenkraftwagen, weiter zu segmentieren.³ Zu diesem Zweck kann von sachlichen Märkten für „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“, „Luxusklasse“ und „Nutzfahrzeuge“ ausgegangen werden.⁴

6. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: die WEKO) hat sich in ihrer bisherigen Praxis nicht näher mit der Abgrenzung von Märkten für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen auseinandergesetzt.

Prämienregelungen (zu Art. 15 Ziff. 1 Bst. b KFZ-Bek)

7. Um jede Diskriminierung zwischen dem Verkauf in der Schweiz und dem Verkauf im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zu verhindern, dürfen Prämienregelungen oder andere Regelungen finanzieller Art oder sonstige Anreize betreffend die Produktlieferung nicht vom Wohn-

oder Niederlassungsort des Käufers oder dem Ort, an dem das Fahrzeug zugelassen werden soll, abhängig gemacht werden, sondern es müssen alle Verkäufe berücksichtigt werden.

8. Gewährt ein Kraftfahrzeuganbieter Kaufprämien, sind diese nach der Anzahl der neuen Kraftfahrzeuge zu berechnen, die bei diesem gekauft wurden, und zwar unabhängig von deren Endbestimmung (Verkauf an Endverbraucher oder an zugelassene Händler des Netzes). Die Berücksichtigung der Endbestimmung der Kraftfahrzeuge würde eine indirekte Einschränkung für Querlieferungen darstellen.

9. Ausserdem darf der Kraftfahrzeuganbieter bei den Verkaufszielsetzungen für die zugelassenen Händler die Zielverwirklichung nicht an die Anzahl neuer Kraftfahrzeuge koppeln, welche beim offiziellen Importeur erworben wurden.

10. Im Gegensatz hierzu können die Kraftfahrzeuganbieter den zugelassenen Händlern sogenannte Mengenrabatte einräumen, d.h. Rabatte im Verhältnis zur absoluten Menge der beim Kraftfahrzeuganbieter getätigten Bezüge.

Garantie, unentgeltlicher Kundendienst, Rückrufaktionen (zu Art. 15 Ziff. 2 und 3 KFZ-Bek)

11. Die KFZ-Bekanntmachung bezweckt unter anderem, der Abschottung des schweizerischen Marktes für den Kraftfahrzeughandel entgegenzuwirken. Ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im EWR oder in der Schweiz haben die zugelassenen Werkstätten die Verpflichtung, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die gesetzliche Herstellergarantie zu gewähren sowie die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob das Kraftfahrzeug bei einem zugelassenen Händler, durch einen bevollmächtigten Vermittler (siehe Rz 17 ff.) oder bei einem unabhängigen Händler gekauft wurde.

12. Die gesetzlichen Herstellergarantien müssen unter denselben Bedingungen im gesamten EWR und in der Schweiz Gültigkeit haben. Davon zu unterscheiden sind vom Verkäufer vertraglich zugesicherte Leistungen (sog. Gewährleistungen), die gegenüber diesem geltend zu machen sind.

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

² Vgl. RPW 2012/3, 581 f., Rz 321 ff, BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

³ Vgl. RPW 2012/3, 560 f., Rz 175 ff, BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

⁴ Vgl. RPW 2012/3, 561, Rz 184, BMW (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

13. Sofern sich Ansprüche aus der Garantie ergeben, sind diese auf zivilrechtlichem Weg durchzusetzen. Auch die Frage, ob im Einzelfall ein Garantieanspruch oder ein sachlicher Grund zur Verweigerung der Garantieleistung besteht, ist grundsätzlich von einem Zivilrichter zu beurteilen. Die WEKO prüft hingegen, ob Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Kraftfahrzeugimporteur bzw. seine zugelassenen Händler oder Werkstätten Parallel- und Direktimporte allenfalls durch die Verweigerung von Leistungen aus der gesetzlichen Herstellergarantie behindern.

14. Die gesetzliche und die erweiterte Herstellergarantie verfallen nicht, wenn ein Endverbraucher sein Kraftfahrzeug durch eine unabhängige Werkstatt während ihrer Dauer reparieren oder unterhalten lässt (einschließlich der Reparaturen aufgrund eines Unfalles), es sei denn, die entsprechenden Arbeiten seien fehlerhaft durchgeführt worden. Dies gilt auch, wenn die unabhängige Werkstatt für nicht unter die gesetzliche und die erweiterte Herstellergarantie fallenden Reparaturen qualitativ gleichwertige Ersatzteile verwendet.

15. Ein Endverbraucher ist somit nicht verpflichtet, sein Kraftfahrzeug während der Garantiedauer ausschliesslich innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten unterhalten oder reparieren zu lassen.

Selektive Vertriebssysteme für zugelassene Händler (zu Art. 3 KFZ-Bek)

16. Gemäss Ziffer 12 Absatz 2 Buchstaben c) und d) der Vertikalbekanntmachung⁵ werden Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems sowie Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs betrachtet.

17. Der Begriff „Endverbraucher“ umfasst Verbraucher, die ihren Kauf über einen Vermittler tätigen. Als bevollmächtigte Vermittler gelten Personen und Unternehmen, die im Auftrag und auf Rechnung eines bestimmten Verbrauchers ein neues Kraftfahrzeug beziehen, ohne Mitglied des jeweiligen Vertriebssystems zu sein. Ein bevollmächtigter Vermittler darf nicht mit einem unabhängigen Händler gleichgesetzt werden, der ein neues Kraftfahrzeug zum Weiterverkauf erwirbt und nicht im Namen eines bestimmten Verbrauchers tätig wird. Ferner ist er von einem Handelsvertreter zu unterscheiden, der Endkunden für einen oder mehrere Händler findet.

18. Die Kraftfahrzeuganbieter können von ihren zugelassenen Händlern verlangen, dass der bevollmächtigte Vermittler im Besitz eines Vermittlungsvertrags mit dem Endverbraucher ist.

19. Die Nutzung des Internets, um Kunden für eine bestimmte Palette von Kraftfahrzeugen zu gewinnen und elektronisch erteilte Aufträge von diesen Kunden zu erhalten, berührt nicht den Vermittlerstatus.

20. Als Endverbraucher im Sinne der KFZ-Bekanntmachung gelten auch Leasingunternehmen. Die zugelassenen Händler dürfen nicht daran gehindert werden, neue Kraftfahrzeuge an Leasingunternehmen ihrer Wahl zu verkaufen, sofern diese die Fahrzeuge nicht als neue

Kraftfahrzeuge weiterverkaufen. Ein Kraftfahrzeuganbieter kann daher von einem zugelassenen Händler verlangen, vor dem Verkauf an ein bestimmtes Unternehmen die allgemeinen Bedingungen des Leasings zu überprüfen, um sicherzustellen, dass es sich bei dem betreffenden Unternehmen tatsächlich um ein Leasingunternehmen und nicht um einen nicht zugelassenen Wiederverkäufer handelt. Die Anforderung des Kraftfahrzeuganbieters, vor dem Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen an Leasingunternehmen Kopien von jeder Leasingvereinbarung vorzulegen, könnte hingegen als mittelbare Verkaufsbeschränkung erachtet werden.

21. Der Kraftfahrzeuganbieter kann jedoch den zugelassenen Händlern verbieten, neue Kraftfahrzeuge an unabhängige Händler zu verkaufen. Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Ersatzteilverkaufs an unabhängige Werkstätten und der Pflicht, unabhängigen Marktteilnehmern sämtliche für die Instandsetzung und Wartung der Kraftfahrzeuge und für Umweltschutzmassnahmen erforderlichen technischen Informationen, Diagnoseausrüstungen, Geräte und fachliche Unterweisung zur Verfügung zu stellen.

Selektive Vertriebssysteme für zugelassene Werkstätten (zu Art. 4 KFZ-Bek)

22. In der Regel haben all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden. Dies umfasst insbesondere die zugelassenen Händler, deren Händlervertrag aufgelöst wurde, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollen. Kraftfahrzeuganbieter sind vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

23. Die Kraftfahrzeuganbieter sind in der Wahl und der Festlegung der durch die Bewerber zu erfüllenden qualitativen Kriterien grundsätzlich frei. Sie können unter anderem fordern, dass die zugelassenen Werkstätten in der Lage sind, Reparatur- oder Wartungsarbeiten von einer bestimmten Qualität und innerhalb fest definierter Fristen ausführen zu können.

24. Die Kriterien der Kraftfahrzeuganbieter werden sich auf die Eignung der zugelassenen Werkstätten beziehen, die Garantien zu gewähren, die kostenlose Wartung durchzuführen und sich an Rückrufaktionen der Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke zu beteiligen, die im EWR oder in der Schweiz verkauft wurden.

25. Bestimmte qualitative Anforderungen tragen indirekt dazu bei, die Anzahl der Bewerber zu begrenzen. Die Kraftfahrzeuganbieter können allerdings in der Regel die Anzahl der zugelassenen Werkstätten nicht derart begrenzen, wie dies im Bereich des Verkaufs der Fall ist. Somit dürfen die entsprechenden qualitativen Kriterien nicht über das hinausgehen, was eine sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten erfordert.

⁵ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

26. Ausnahmsweise dürfen die Kraftfahrzeuganbieter quantitative Kriterien festlegen, wenn sie nachweisen können, dass die Durchführbarkeit und die sachgemäße Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung von weiteren Werkstätten in ihrem Netz gefährdet wären (z.B. wenn die zugelassenen Werkstätten in einem bestimmten Gebiet oder in einer bestimmten Aktivitätszone die wirtschaftlich verträgliche, maximale Anzahl erreicht haben).

27. Die Kraftfahrzeuganbieter legen identische qualitative Kriterien fest, welche auf dieselbe Art und Weise auf alle Werkstätten (Bewerber oder bereits zugelassene Werkstätten), die sich in einer ähnlichen Lage befinden (Grundsatz der Nichtdiskriminierung), anzuwenden sind. Aus wirtschaftlichen Gründen (z.B. Aktivitätszone, Art von Kundschaft) können differenzierte Kriterien festgesetzt werden. Diese Kriterien dürfen ebenfalls nicht diskriminierend angewendet werden.

28. Andererseits müssen dieselben Kriterien sowohl auf zugelassene Werkstätten, die zugleich zugelassene Händler neuer Kraftfahrzeuge der entsprechenden Marke sind, als auch auf jene, die nicht zugelassene Händler der entsprechenden Marke sind, angewandt werden.

29. Den Interessenten (Händler, Werkstatt) muss es möglich sein, die von ihnen zu erfüllenden Anforderungen in Erfahrung zu bringen. Nur so ist es diesen möglich, die geforderten Voraussetzungen tatsächlich zu erfüllen.

30. Eine Werkstatt kann eine zugelassene Werkstatt mehrerer Marken werden, wenn sie in der Lage ist, sämtliche der entsprechenden qualitativen Kriterien zu erfüllen.

31. Die unter Randziffern 22–30 erwähnten Grundsätze finden ebenfalls Anwendung, wenn der Kraftfahrzeuganbieter ein Netz zugelassener Karosseriewerkstätten errichtet hat.

Trennung von Verkauf und Kundendienst (zu Art. 16 Bst. a–d KFZ-Bek)

32. Die Tätigkeiten von Verkauf und Kundendienst sind grundsätzlich zu trennen. Ebenso dürfen die Verkaufstätigkeiten für neue Kraftfahrzeuge sowie die Kundendiensttätigkeiten nicht mit denjenigen des Vertriebs von Ersatzteilen verbunden werden. Ein zugelassener Händler kann seine Tätigkeit demzufolge ausschliesslich auf einen dieser Bereiche beschränken.

33. Falls ein Kraftfahrzeuganbieter ein Netz zugelassener Originalersatzteilhändler gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren möchte, müssen die Bewerber zu diesem Netz demnach nicht die Tätigkeiten von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen aufnehmen. Eine Koppelung der Tätigkeiten des Ersatzteilhandels und des Kundendienstes wird als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung betrachtet.

34. Ein zugelassener Händler kann ausserdem als unabhängige Werkstatt bezüglich neuer Kraftfahrzeuge, die er verkauft hat, auftreten. Ein Anspruch auf Vergütung vom Kraftfahrzeuganbieter für Arbeiten im Rahmen der Garantie, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen besteht grundsätzlich nicht.

35. Ebenso hat ein zugelassener Händler die Möglichkeit seine Verkaufsaktivitäten aufzugeben, um sich auf die Aktivitäten als zugelassene Werkstatt zu konzentrieren.

36. Die gemeinsame Ausübung von Verkauf und Kundendienst als zugelassener Händler und zugelassene Werkstatt bleibt auf Wunsch des Händlers stets möglich.

Ersatzteilhandel (zu Art. 16 Bst. f–h KFZ-Bek)

37. Beschränkungen des Zugangs zu Ersatzteilen stellen eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar. Eine unabhängige Werkstatt darf Originalersatzteile, die nur über den Kraftfahrzeuganbieter oder die Mitglieder seines Vertriebssystems verkauft werden (captive parts), bei zugelassenen Händlern und zugelassenen Werkstätten beziehen, um sie für Reparaturen und Unterhaltsarbeiten zu verwenden. Beim Verkauf darf es keine Diskriminierung der unabhängigen gegenüber den zugelassenen Werkstätten geben. Ein zugelassener oder unabhängiger Händler und eine zugelassene oder unabhängige Werkstatt darf Originalersatzteile oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile bei Dritten (Ersatzteilherstellern) direkt im EWR und in der Schweiz beschaffen und diese für Reparaturen oder den Unterhalt von Kraftfahrzeugen benutzen.

38. Ersatzteलगrosshändler müssen die Möglichkeit haben, die benötigten Originalersatzteile direkt von den Ersatzteilherstellern beziehen zu können.

39. Der Kraftfahrzeuganbieter kann durch einen Zuliefervertrag mit einem Ersatzteilhersteller ein für die Herstellung bestimmter Ersatzteile erforderliches Werkzeug zur Verfügung stellen, sich an den Produktionsentwicklungskosten beteiligen oder erforderliche Rechte des geistigen Eigentums bzw. erforderliches Know-how beisteuern. Der Kraftfahrzeuganbieter kann den Ersatzteilhersteller in diesem Zuliefervertrag verpflichten, diesen Beitrag nicht für die Herstellung von Ersatzteilen zu verwenden, die direkt an unabhängige Marktteilnehmer und Endverbraucher verkauft werden. Für die gewerblichen Aktivitäten im Rahmen eines solchen Zuliefervertrages wird der Zulieferer nicht als unabhängiger Hersteller angesehen. Allerdings kann ein Ersatzteilhersteller nicht verpflichtet werden, das Eigentum an einem solchen Werkzeug, die Rechte des geistigen Eigentums oder das Know-how zu übertragen, wenn der Kraftfahrzeuganbieter nur einen geringen Teil der Produktentwicklungskosten übernimmt oder keine erforderlichen Werkzeuge und Rechte des Eigentums bzw. kein erforderliches Know-how bereitstellt.

Zugang zu technischen Informationen (zu Art. 17 KFZ-Bek)

40. Den unabhängigen Marktteilnehmern ist der Zugang zu denselben technischen Informationen, Aus- und Weiterbildungen, Werkzeugen und Ausrüstungen wie zugelassenen Händlern und zugelassenen Werkstätten zu gewähren. Der Begriff „technische Information“ ist anhand des technologischen Fortschritts auszulegen. Es handelt sich dabei um sämtliche notwendigen Informationen, wie insbesondere Software, Fehlercodes, weitere Parameter und entsprechende Updates, Kraftfahrzeug-Identifizierungsnummern und andere Kraftfahrzeug-Identifizierungsmethoden, Ersatzteilkataloge, Ersatzteil-

nummern und weitere erforderliche Identifikationsdetails für die Ermittlung von Ersatzteilen, Instandsetzungs- und Wartungsverfahren, Arbeitslösungen, Rückrufanzeigen und sonstige Mitteilungen über Reparaturarbeiten, die zur Ausführung von Reparatur- und Unterhaltsarbeiten und für darüber hinausgehende von den Kraftfahrzeuganbietern als notwendig erachtete Massnahmen in diesem Rahmen erforderlich sind.

41. Der Zugang zu technischen Informationen ist ohne ungebührliche Verzögerung zu gewähren. Die Angaben sind den unabhängigen Marktteilnehmern gleich wie den zugelassenen Händlern und zugelassenen Werkstätten verwendungsfähig zur Verfügung zu stellen. Der Preis für den Zugang sollte die unabhängigen Marktteilnehmer nicht vom Zugang abschrecken.

42. Ein Kraftfahrzeuganbieter ist jedoch berechtigt, technische Angaben vorzuenthalten, die Dritten die Umgehung oder Ausschaltung eingebauter Diebstahlschutzvorrichtungen, die Neueichung elektronischer Anlagen oder die Manipulierung beispielsweise von Geschwindigkeitsbegrenzungsvorrichtungen ermöglichen könnten, soweit ein Schutz gegen Umgehung, Ausschaltung, Neueichung oder Manipulierung solcher Vorrichtungen nicht durch andere weniger restriktive Mittel verwirklicht werden kann.

Mehrmarkenvertrieb (zu Art. 18 KFZ-Bek)

43. Dem zugelassenen Händler oder der zugelassenen Werkstatt einer Marke ist erlaubt, zugelassener Händler oder zugelassene Werkstatt einer oder mehrerer weiterer Marken zu werden, ohne dass diese Anzahl beschränkt ist.

44. Einige qualitative Selektionskriterien müssen gelockert oder vollständig aufgegeben werden, sofern diese den Mehrmarkenvertrieb in der Praxis erschweren, wie zum Beispiel:

- Verpflichtungen des zugelassenen Händlers oder der zugelassenen Werkstatt, den Vertrieb oder die Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für jede einzelne Marke über eine eigene unabhängige juristische Person zu organisieren, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in verschiedenen Ausstellungsräumen zu verkaufen oder zu warten und für verschiedene Kraftfahrzeugmarken markenspezifisches Verkaufs- oder Wartungspersonal zu beschäftigen;
- die Verwendung einer markenspezifischen Empfangstheke, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschwert;

- überhöhte Anforderungen, welche an die einer Marke vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge gestellt werden.

45. Allgemein verwendbare Ausrüstungen und andere Einrichtungen dürfen nicht einer spezifischen Marke vorbehalten werden.

46. Ein Kraftfahrzeuganbieter ist jedoch berechtigt, zugelassene Händler zu verpflichten, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung der Marken zu vermeiden.

47. Ein zugelassener Händler oder eine zugelassene Werkstatt einer oder mehrerer Marken kann Kraftfahrzeuge anderer, konkurrierender Marken als unabhängiger Händler verkaufen. Hierbei wird er als bevollmächtigter Vermittler handeln müssen, um sich innerhalb des Netzes zugelassener Händler der fraglichen Marke zu versorgen. Er kann sich gleichermassen ausserhalb des offiziellen Vertriebsnetzes einer Marke versorgen. Tut er dies, darf ihm der Status als zugelassener Händler oder zugelassene Werkstatt nur allein deshalb nicht entzogen werden. Er darf auch nicht auf andere Weise benachteiligt werden.

Vertragsauflösung (zu Art. 19 KFZ-Bek)

48. Ein zugelassener Händler, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs neuer Kraftfahrzeuge und des Kundendienstes tätig ist, darf eine dieser Tätigkeiten beenden, ohne über einen neuen Vertrag mit dem Kraftfahrzeuganbieter für die verbleibende Tätigkeit verhandeln zu müssen.

49. Ein zugelassener Händler, der einen Vertrag geschlossen hat, der sowohl den Verkauf als auch den Kundendienst umfasst, und wünscht, sich von der Verkaufstätigkeit neuer Kraftfahrzeuge zurückzuziehen, um seine Tätigkeit als zugelassene Werkstatt fortzuführen oder umgekehrt, darf dies aufgrund der zwischen ihm und seinem Kraftfahrzeuganbieter bereits bestehenden Vereinbarung tun.

50. Die schriftliche Kündigung nach Artikel 19 Ziffer 3 KFZ-Bekanntmachung soll verhindern, dass die Kraftfahrzeuganbieter wegen an sich von der KFZ-Bekanntmachung geschützter Verhaltensweisen kündigen. Die Vorschriften in Artikel 19 KFZ-Bekanntmachung regeln in erster Linie die Anforderungen an Bestimmungen über Form und Inhalt von Kündigungen in den Vereinbarungen der Kraftfahrzeuganbieter mit den zugelassenen Händlern, zugelassenen Werkstätten und zugelassenen Ersatzteilhändlern.

D 1

3. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Communication automobile, CommAuto)

Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Communication automobile, CommAuto)

Décision de la Commission de la concurrence du 29 juin 2015 (FF 2015 5522)

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) arrête la présente communication:

- I. Conformément à l'art. 6 al. 1 LCart¹, la COMCO peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application analogique de l'art. 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- II. La présente communication se base sur la Communication automobile 2002², qui s'appuie elle-même sur le REC Accords automobile 2002 de l'UE.³
- III. Le REC Accords automobile 2002 de l'UE a été remplacé le 1^{er} juin 2010 par le REC Accords automobile 2010 de l'UE.⁴ Depuis le 1^{er} juin 2010, le REC Accords automobile 2010 de l'UE régit les marchés des services de réparation et d'entretien ainsi que les marchés de la distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles (marché secondaire). Pour la vente de véhicules automobiles neufs (marché primaire), c'est en revanche le REC Accords verticaux automobile de l'UE⁵ qui s'applique depuis le 1^{er} juin 2013, en vertu du REC Accords automobile 2010 de l'UE.
- IV. La Communication automobile 2002 n'a pas été modifiée depuis son entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2002. La COMCO a toutefois publié à deux reprises des notes explicatives portant sur la Communication automobile, qui prenaient en compte les expériences pratiques des autorités de la concurrence ainsi que le nouveau cadre juridique européen.⁶ En outre, suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 de la révision partielle de la LCart du 20 juin 2003, la Communication sur les accords verticaux⁷ a été révisée le 2 juillet 2007 ainsi que le 28 juin 2010.
- V. La révision actuelle de la Communication automobile prend en compte la pratique des autorités de la concurrence, l'évolution des marchés et de la technologie ainsi que les adaptations en droit cartellaire européen et suisse. Concernant le marché secondaire, la révision est en particulier basée sur le REC Accords automobile 2010 de l'UE. Elle tient compte des conditions légales et éco-

nomiques qui prévalent en Suisse. Par ce biais, la COMCO veut continuer à encourager la concurrence intermarques et intramarque sur les marchés de la distribution de véhicules automobiles neufs, de la distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles, prévenir les accords verticaux néfastes pour la concurrence, éviter l'isolement du marché automobile suisse et assurer la sécurité juridique.

- VI. La Communication sur les accords verticaux dans sa forme actuellement en vigueur s'applique aux accords verticaux en matière de distribution de véhicules automobiles neufs et de pièces de rechange, ainsi qu'en matière de services de réparation et d'entretien, dans la mesure où la présente communication ne contient pas de dispositions applicables.
- VII. Il doit être tenu compte des circonstances factuelles et légales de chaque cas lors de l'application des principes énoncés dans la présente Communication automobile. Les autorités de la concurrence vont appliquer les dispositions de la Communication automobile de façon appropriée, avec flexibilité et en tenant compte de l'expérience pratique.
- VIII. Cette communication ne lie ni les tribunaux civils, ni le Tribunal administratif fédéral ou encore le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des dispositions de droit des cartels.

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

² Communication de la COMCO du 21 octobre 2002 concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile 2002).

³ Règlement (CE) no 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO L 203 du 1.8.2002 p. 30 (ci-après : REC Accords automobile 2002 de l'UE).

⁴ Règlement (UE) no 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO L 129 du 28.5.2010 p. 52 (ci-après : REC Accords automobile 2010 de l'UE).

⁵ Règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102 du 23.4.2010 p. 1 (ci-après : REC Accords verticaux automobile de l'UE).

⁶ Voir DPC 2004/3, 964 ss ; DPC 2010/3, 624 ss.

⁷ Communication de la COMCO du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert).

A. Définitions

Art. 1 Véhicules automobiles

¹ Par véhicules automobiles, on entend les véhicules autopropulsés à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique.

² Par véhicules automobiles au sens de la présente communication, on entend notamment:

- a. les voitures particulières destinées au transport de personnes et ne comprenant pas plus de huit sièges, outre celui du conducteur;
- b. les véhicules utilitaires légers destinés au transport de marchandises ou de personnes et dont le poids ne dépasse pas 3,5 tonnes;
- c. les camions destinés au transport de marchandises et dont le poids maximal autorisé dépasse 3,5 tonnes;
- d. les bus destinés au transport de personnes.

³ Les motocycles ne sont pas visés par la présente communication.

Art. 2 Fournisseur de véhicules automobiles

Par fournisseurs de véhicules automobiles, on entend le constructeur de véhicules automobiles ou ses importateurs agréés en Suisse.

Art. 3 Distributeur agréé

Un distributeur agréé est un distributeur de véhicules automobiles neufs ou de pièces de rechange pour véhicules automobiles qui agit au sein d'un réseau de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles.

Art. 4 Réparateur agréé

Un réparateur agréé est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un réseau de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles.

Art. 5 Distributeur indépendant

¹ Un distributeur indépendant est un distributeur de véhicules automobiles neufs ou de pièces de rechange pour véhicules automobiles qui n'agit pas au sein d'un réseau de distribution créé par le fournisseur des véhicules automobiles.

² Est également réputé distributeur indépendant au sens de la présente communication un distributeur agréé appartenant au réseau de distribution d'un fournisseur de véhicules automobiles, dans la mesure où il distribue des véhicules automobiles neufs ou des pièces de rechange pour véhicules automobiles provenant d'un autre fournisseur de véhicules automobiles au réseau de distribution duquel il n'appartient pas.

Art. 6 Réparateur indépendant

¹ Un réparateur indépendant est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'agit pas au sein du réseau de distribution créé par le fournisseur des véhicules automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien.

² Sont également réputés réparateurs indépendants au sens de la présente communication les réparateurs agréés agissant au sein du réseau de distribution d'un fournisseur de véhicules automobiles, dans la mesure où ils fournissent des services de réparation ou d'entretien de véhicules automobiles provenant d'un autre fournisseur de véhicules automobiles au réseau de distribution duquel il n'appartient pas.

Art. 7 Opérateurs indépendants

Outre les distributeurs et réparateurs indépendants, sont également réputés opérateurs indépendants au sens de la présente communication les fabricants et distributeurs de pièces de rechange, les fabricants d'équipements d'entretien ou d'outils, les éditeurs d'informations techniques, les clubs automobiles, les services de dépannage, les fournisseurs de services d'inspection et d'essai ainsi que les opérateurs assurant la formation des réparateurs.

Art. 8 Membres d'un réseau de distribution

Sont réputés membres d'un réseau de distribution au sens de la présente communication les distributeurs et réparateurs agréés par le réseau de distribution d'un fournisseur de véhicules automobiles.

Art. 9 Pièces de rechange

Les pièces de rechange sont des biens destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile afin de remplacer des composants de ce véhicule. En font également partie des biens tels que les lubrifiants nécessaires à l'utilisation du véhicule automobile, à l'exception du carburant.

Art. 10 Pièces de rechange d'origine ou équipements d'origine

¹ Par pièces de rechange d'origine ou équipements d'origine, on entend les pièces de rechange ou équipements fabriqués selon les spécifications et normes de production prescrites par le constructeur de véhicules automobiles pour la fabrication de pièces ou d'équipements nécessaires à la construction du véhicule en question.

² Sont également réputés pièces de rechange d'origine ou équipements d'origine les pièces de rechange et les équipements qui ont été fabriqués sur les mêmes installations de production que les pièces ou les équipements ayant servi à la construction du véhicule automobile.

³ Jusqu'à preuve du contraire, il est présumé que les pièces de rechange sont d'origine si le fabricant des pièces de rechange certifie que celles-ci sont de même qualité que celles ayant servi à la construction du véhicule automobile concerné et qu'elles ont été fabriquées selon les spécifications et normes de production prescrites par le constructeur automobile.

Art. 11 Pièces de rechange de qualité équivalente

Les pièces de rechange peuvent être considérées de qualité équivalente, si elles sont conçues de telle manière à ce que leur utilisation ne porte pas atteinte à la réputation du réseau concerné de réparateurs agréés. Le constructeur de véhicules automobiles peut apporter

la preuve qu'une pièce de rechange particulière ne remplit pas cette condition.

B. Règles

Art. 12 Champ d'application

¹ Cette communication s'applique aux accords verticaux en matière de concurrence portant sur la distribution de véhicules automobiles neufs et de pièces de rechange ainsi que sur la fourniture de services de réparation et d'entretien.

² L'application de la présente communication n'exclut pas qu'un état de fait soit totalement ou partiellement qualifié d'accord horizontal en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart ou qu'il tombe sous le coup de l'art. 7 LCart. Dans un tel cas, l'état de fait doit être apprécié conformément aux dispositions correspondantes de la LCart et indépendamment de la présente communication.

Art. 13 Relation avec la Communication sur les accords verticaux

La présente communication prime la Communication sur les accords verticaux. A défaut de disposition dans la présente communication, la Communication sur les accords verticaux s'applique.

Art. 14 Atteintes qualitativement graves

¹ Sont considérés comme qualitativement graves les accords ayant pour objet les restrictions figurant aux articles 15 à 19.

² Le caractère notable de la restriction à la concurrence ainsi que l'existence d'un motif justificatif pour raison d'efficacité économique sont aussi à examiner concrètement dans ces cas d'atteintes qualitativement graves.

Art. 15 Restrictions portant sur la destination des véhicules automobiles et la garantie

Sont considérées comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence:

1. Les accords entre fournisseurs de véhicules automobiles et distributeurs agréés qui restreignent la vente de véhicules automobiles par les distributeurs agréés aux utilisateurs finaux, notamment:
 - a. en faisant dépendre la rémunération du distributeur agréé ou le prix de vente de la destination du véhicule automobile ou du lieu de résidence de l'utilisateur final;
 - b. en convenant d'un système de primes basé sur la destination du véhicule automobile ou toute autre forme d'approvisionnement discriminatoire du distributeur agréé.
2. Les accords entre fournisseurs de véhicules automobiles et réparateurs agréés qui obligent ces derniers à ne pas prendre en charge la garantie légale du constructeur ainsi que l'entretien gratuit et tous travaux requis dans le cadre de campagnes de rappel pour chaque véhicule automobile de la marque concernée vendu en Suisse ou dans l'Espace économique européen.

3. Les accords entre fournisseurs de véhicules automobiles et distributeurs ou réparateurs agréés qui font dépendre la garantie légale ou étendue du constructeur du fait que l'utilisateur final effectue les services de réparation et d'entretien ne tombant pas sous la garantie seulement au sein du réseau de réparateurs agréés ou que seules des pièces de rechange de la marque du fournisseur de véhicules automobiles soient utilisées pour les remplacements qui ne sont pas couverts par la garantie.

Art. 16 Distribution de pièces de rechange, services de réparation et d'entretien

Sont considérées comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence:

- a. l'obligation pour un réparateur agréé de lier la fourniture de services de réparation et d'entretien avec la distribution de pièces de rechange ou avec la distribution de véhicules automobiles neufs;
- b. l'obligation pour un distributeur agréé de lier la distribution de véhicules automobiles neufs avec la fourniture de services de réparation et d'entretien ou la distribution de pièces de rechange;
- c. la restriction pour un distributeur agréé de la possibilité de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à un réparateur agréé. Le fournisseur de véhicules automobiles peut toutefois exiger que le distributeur agréé communique à l'utilisateur final le nom et l'adresse du ou des réparateurs agréés avant la conclusion du contrat de vente. Si aucun réparateur agréé ne se trouve à proximité du point de vente, le fournisseur peut également exiger que le distributeur agréé communique à l'utilisateur final la distance séparant le point de vente du ou des réparateurs agréés en question;
- d. l'obligation pour un distributeur agréé de pièces de rechange de prendre également en charge les activités de services de réparation et d'entretien;
- e. la restriction pour un distributeur agréé de la possibilité de fournir à titre de réparateur indépendant des services de réparation et d'entretien à des véhicules de fournisseurs concurrents;
- f. la restriction pour les membres d'un réseau de distribution sélectif de vendre des pièces de rechange aux réparateurs indépendants qui nécessitent ces pièces pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles;
- g. la restriction pour les fabricants de pièces de rechange, d'appareils de réparation, d'équipements de diagnostic ou d'autres équipements de la possibilité de vendre ces marchandises aux membres d'un réseau de distribution, à des opérateurs indépendants ou à des utilisateurs finaux;
- h. la restriction pour les membres d'un réseau de distribution de la possibilité d'obtenir, de la part d'un fabricant ou d'un distributeur, des pièces de

rechange originales et des équipements originaux ou des pièces de rechange de qualité équivalente de son choix, et d'utiliser ces pièces pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles. Le fournisseur de véhicules automobiles conserve toutefois le droit d'imposer l'utilisation de pièces de rechange originales fournies par le fabricant de véhicules automobiles pour les réparations sous garantie, le service gratuit et lors de rappels de véhicules.

Art. 17 Accès aux informations techniques, aux outils ainsi qu'aux instructions spécifiques

¹ Les accords entre fournisseurs de véhicules automobiles et membres d'un réseau de distribution qui empêchent les opérateurs indépendants d'accéder aux informations techniques, aux systèmes de diagnostic ainsi qu'aux autres appareils et outils, y compris les logiciels appropriés ou les instructions spécifiques nécessaires à la réparation et l'entretien de véhicules automobiles ou à la mise en œuvre de mesures de protection de l'environnement, sont considérés comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence.

² L'alinéa 1 comprend en particulier les informations et les outils suivants:

- a. les systèmes électroniques de contrôle et de diagnostic des véhicules automobiles et leur programmation conformément aux procédures standards des fournisseurs de véhicules automobiles;
- b. les manuels d'entretien et les livrets de service électroniques;
- c. les instructions de réparation et d'entretien;
- d. les informations concernant les composants, les appareils de diagnostic et d'entretien (par ex. les valeurs théoriques minimales et maximales pour les mesures) ainsi que les autres équipements;
- e. les schémas de câblage;
- f. les codes de diagnostic d'anomalie (y compris les codes spécifiques des constructeurs);
- g. le numéro d'identification de calibrage du logiciel selon le type de véhicule;
- h. l'information technique et la surveillance bidirectionnelle ainsi que les données d'essai.

Art. 18 Multimarquisme

L'obligation pour un membre d'un réseau de distribution de ne pas vendre de véhicules automobiles ou de pièces de rechange de fournisseurs de véhicules automobiles

concurrents ou de ne pas fournir des services de réparation et d'entretien à des véhicules automobiles de fournisseurs de véhicules concurrents est considérée comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence.

Art. 19 Résiliation des contrats

Les clauses se rapportant à la résiliation de contrats sont considérées comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence si les modalités de résiliation suivantes ne sont pas respectées:

1. pour les contrats d'une durée déterminée de cinq ans au minimum, un délai de notification de non-renouvellement du contrat de six mois au minimum;
2. pour les contrats de durée indéterminée, un délai de résiliation de deux ans au minimum;
3. pour les contrats de durée indéterminée, un délai de résiliation raccourci à un an au minimum si la résiliation est motivée par écrit et que
 - a. le fournisseur de véhicules automobiles est tenu de verser une indemnité appropriée lors de l'expiration du contrat en vertu de dispositions légales ou d'une convention particulière, ou que
 - b. le fournisseur de véhicules automobiles résilie l'accord en raison de la nécessité de restructurer l'ensemble ou une partie substantielle du réseau de distribution.

Art. 20 Abrogation de la communication en vigueur

La Communication automobile 2002 est abrogée dès l'entrée en vigueur de la présente communication.

Art. 21 Disposition transitoire

Du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2016, cette communication ne s'applique pas aux accords entrés en vigueur avant le 1^{er} janvier 2016 et qui satisfont aux critères de la communication abrogée, mais non à ceux de la présente communication.

Art. 22 Entrée en vigueur et durée de validité

¹ Cette communication entre en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

² Elle s'applique jusqu'au 31 décembre 2022.

29 juin 2015

D 1

4. Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Note explicative CommAuto)

Note explicative de la Commission de la concurrence du 29 juin 2015 relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Note explicative CommAuto)

But de la Note explicative

1. Les dispositions qui suivent énoncent les principes fondamentaux appliqués dans le cadre de la mise en œuvre de la Communication automobile et sur lesquels se fonde l'appréciation des questions spécifiques en lien avec les restrictions verticales au sens de l'art. 5 LCart¹ dans des accords de vente et de réparation de véhicules automobiles ainsi que de distribution de pièces de rechange. Elles sont destinées à aider les autorités de la concurrence et les entreprises dans l'examen de la conformité de tels accords avec la Loi sur les cartels.

2. La présente Note explicative vise à apporter davantage de clarté à l'interprétation de dispositions spécifiques de la Communication automobile. Elle apporte des réponses à des questions ayant une portée pratique potentiellement importante pour les opérateurs, en particulier pour les fournisseurs de véhicules automobiles, les distributeurs agréés ainsi que les réparateurs agréés et indépendants.

3. La Note explicative ne contient ni des règles de concurrence ni des commentaires approfondis de chaque disposition de la Communication automobile.

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions

4. Les restrictions figurant aux art. 15 à 19 de la Communication automobile qui conduisent directement ou indirectement à une protection territoriale absolue peuvent être qualifiées d'accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 en lien avec l'al. 1 LCart et peuvent faire l'objet d'une sanction au sens de l'art. 49a LCart.²

Marché de produits

5. En ce qui concerne la détermination du marché de produits, le marché des véhicules automobiles, en particulier celui des voitures particulières, doit être ultérieurement segmenté.³ A cet effet, les marchés de produits de «microvoitures», «petites voitures», «classe moyenne inférieure», «classe moyenne supérieure», «classe supérieure», «classe de luxe» et «véhicules utilitaires» peuvent entrer en considération.⁴

6. Jusqu'à présent, la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) n'a jamais abordé dans sa pratique la question de la délimitation des marchés de services de réparation et d'entretien.

Systèmes de primes (ad art. 15 al. 1 let. b CommAuto)

7. Afin de prévenir toutes les discriminations entre la vente en Suisse et la vente dans l'Espace économique

européen (ci-après: l'EEE), les systèmes de primes ou toutes autres réglementations de nature financière ou incitations relatives à la livraison des produits ne doivent pas être liés au lieu de domicile ou d'établissement de l'acheteur ou au lieu d'immatriculation du véhicule, mais doivent concerner toutes les ventes.

8. Si un fournisseur de véhicules automobiles accorde des primes à l'achat, ces dernières sont à calculer selon le nombre de véhicules automobiles neufs achetés auprès de lui, et ce indépendamment de la destination finale des véhicules (vente aux utilisateurs finaux ou aux distributeurs agréés du réseau). La prise en compte de la destination finale des véhicules automobiles constituerait une restriction indirecte aux livraisons croisées.

9. Par ailleurs, si le fournisseur de véhicules automobiles fixe à ses distributeurs agréés des objectifs de vente, la réalisation de ces objectifs ne peut être liée au nombre de véhicules neufs acquis auprès de l'importateur officiel.

10. En revanche, les fournisseurs de véhicules automobiles peuvent octroyer aux distributeurs agréés des rabais de quantité relatifs au volume absolu acheté auprès d'eux.

Garantie, service après-vente gratuit, campagnes de rappel (ad art. 15 al. 2 et 3 CommAuto)

11. La Communication automobile a notamment pour but de lutter contre le cloisonnement du marché suisse de la distribution automobile. Quel que soit le lieu d'achat d'un véhicule automobile, l'EEE ou la Suisse, les réparateurs agréés ont l'obligation de réparer tous les véhicules automobiles de la marque en question, d'honorer la garantie légale du constructeur ainsi que d'effectuer l'entretien gratuit et de réaliser les travaux nécessaires dans le cadre de campagnes de rappel, indépendamment du fait que ceux-ci aient été acquis auprès d'un distributeur agréé, par un intermédiaire agréé (voir N 17 ss) ou auprès d'un distributeur indépendant.

12. Les garanties légales du constructeur doivent être valables aux mêmes conditions dans l'ensemble de l'EEE et en Suisse. Ces garanties sont à différencier des garanties accordées contractuellement par le vendeur, à faire valoir auprès de celui-ci.

¹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

² Voir DPC 2012/3, 581 s. N 321 ss, BMW (la décision n'est pas encore entrée en force).

³ Voir DPC 2012/3, 560 s. N 175 ss, BMW (la décision n'est pas encore entrée en force).

⁴ Voir DPC 2012/3, 561, N 184, BMW (la décision n'est pas encore entrée en force).

13. Dans la mesure où des réclamations en relation avec la garantie surviennent, celles-ci sont à faire valoir par la voie civile. Il appartient également au juge civil de déterminer si, pour un cas donné, il existe un droit de bénéficiaire de la garantie ou une raison objective au refus d'honorer la garantie. La COMCO examine pour sa part s'il existe des indices selon lesquels l'importateur de véhicules automobiles, respectivement ses distributeurs ou réparateurs agréés entravent les importations parallèles et directes en refusant, le cas échéant, d'honorer des prestations liées à la garantie du constructeur.

14. Si un utilisateur final fait réparer ou entretenir (y compris les réparations consécutives à un accident) son véhicule automobile par un réparateur indépendant pendant la durée des garanties légale et étendue, celles-ci ne tombent pas, sauf si les travaux réalisés sont défectueux. Cela vaut également si le réparateur indépendant a utilisé des pièces de rechange de qualité équivalente pour effectuer des réparations ne tombant pas sous les garanties légale et étendue du constructeur.

15. Un utilisateur final n'a donc pas l'obligation de faire entretenir ou réparer son véhicule automobile exclusivement au sein du réseau de réparateurs agréés durant la période de validité de la garantie.

Systèmes de distribution sélectifs pour distributeurs agréés (ad art. 3 CommAuto)

16. En vertu du chiffre 12 al. 2 let. c) et d) de la Communication sur les accords verticaux⁵, les restrictions des ventes actives et passives aux utilisateurs finaux par les membres d'un système de distribution sélectif qui agissent en tant que détaillants sur le marché ainsi que les restrictions de fournitures croisées entre distributeurs au sein d'un système de distribution sélectif sont considérées comme des restrictions qualitativement graves de la concurrence.

17. Le terme «utilisateur final» comprend les utilisateurs qui réalisent leur achat en passant par un intermédiaire. Sont intermédiaires mandatés les personnes et les entreprises qui acquièrent un véhicule automobile neuf au nom et pour le compte d'un consommateur déterminé, sans toutefois faire partie du système de distribution en question. Un intermédiaire mandaté ne doit pas être assimilé à un distributeur indépendant, qui achète un véhicule automobile neuf pour le revendre et n'opère pas pour le compte d'un consommateur déterminé. Il doit de plus être distingué de l'agent, qui trouve des clients pour un ou plusieurs distributeurs.

18. Les fournisseurs de véhicules automobiles peuvent exiger de leurs distributeurs agréés que l'intermédiaire mandaté soit en possession d'un contrat de mandat conclu avec l'utilisateur final.

19. L'utilisation d'Internet en tant que moyen d'attirer une clientèle pour une gamme déterminée de véhicules automobiles et de recueillir de leur part des mandats électroniques n'a pas d'incidence sur le statut d'intermédiaire.

20. Les sociétés de leasing sont aussi considérées comme utilisateurs finaux au sens de la Communication automobile. Les distributeurs agréés ne doivent pas être empêchés de vendre des véhicules automobiles neufs à

des sociétés de leasing de leur choix, pour autant que celles-ci ne revendent pas les véhicules comme véhicules neufs. Un fournisseur de véhicules automobiles peut ainsi exiger d'un distributeur agréé qu'il contrôle, avant la vente d'un véhicule automobile à une société donnée, les conditions générales du leasing appliquées de manière à s'assurer que la société en cause est effectivement une société de leasing et non pas un revendeur non agréé. Par contre, l'obligation faite par un fournisseur de véhicules automobiles à son distributeur agréé de fournir une copie de chaque contrat de leasing avant la vente de véhicules automobiles neufs à des sociétés de leasing pourrait être considérée comme une restriction indirecte des ventes.

21. Le fournisseur de véhicules automobiles peut toutefois interdire au distributeur agréé de vendre des véhicules automobiles neufs à des distributeurs indépendants. Ceci n'exclut toutefois pas la vente de pièces de rechange à des réparateurs indépendants ainsi que l'obligation de mettre à disposition des opérateurs indépendants les informations techniques, les équipements de diagnostic, les appareils et les instructions spécifiques nécessaires à la réparation et l'entretien de véhicules automobiles ainsi qu'à la mise en œuvre de mesures de protection de l'environnement.

Systèmes de distribution sélectifs pour réparateurs agréés (ad art. 4 CommAuto)

22. En principe, tous les réparateurs qui sont en mesure de satisfaire aux critères qualitatifs fixés par le fournisseur de véhicules automobiles ont la possibilité d'être intégrés au réseau de réparateurs en tant que réparateurs agréés. Cela inclut en particulier les distributeurs agréés dont le contrat de distribution a été résilié, mais qui souhaitent poursuivre leur activité en tant que réparateurs agréés. Les fournisseurs de véhicules automobiles sont légitimés à examiner si les candidats satisfont aux critères avant de conclure un contrat de concession avec eux.

23. Les fournisseurs de véhicules automobiles sont en principe libres dans le choix et la détermination des critères qualitatifs que doivent remplir les candidats. Ils peuvent entre autres exiger que les réparateurs agréés soient en mesure d'exécuter des travaux de réparation ou d'entretien d'une qualité définie et dans des délais fixes.

24. Les critères des fournisseurs de véhicules automobiles porteront sur l'aptitude des réparateurs agréés à honorer les garanties, à effectuer les entretiens gratuits et à participer aux campagnes de rappel des véhicules automobiles de la marque en question vendus dans l'EEE ou en Suisse.

25. Certaines exigences qualitatives limitent de façon indirecte le nombre de candidats capables de les remplir. Toutefois et en règle générale, les fournisseurs de véhicules automobiles ne peuvent pas limiter le nombre

⁵ Communication de la COMCO du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert).

de réparateurs agréés, comme cela est le cas dans le domaine de la vente. Ainsi, les critères qualitatifs exigibles ne doivent pas aller au-delà de ce que requiert une bonne exécution des travaux de réparation et d'entretien.

26. Exceptionnellement, les fournisseurs de véhicules automobiles peuvent définir des critères quantitatifs, s'ils sont en mesure de prouver que la praticabilité et la bonne exécution des travaux de réparation et d'entretien seraient mises en péril par l'admission de réparateurs supplémentaires dans leur réseau (par ex. si le nombre maximal économiquement supportable de réparateurs agréés a été atteint sur un territoire donné ou une zone d'activité donnée).

27. Les fournisseurs de véhicules automobiles définissent des critères qualitatifs identiques et applicables de la même manière à tous les réparateurs (candidats ou d'ores et déjà réparateurs agréés) se trouvant dans une situation similaire (principe de non-discrimination). Des critères différenciés peuvent être définis pour des raisons économiques (par ex. zones d'activité, type de clientèle). Cependant, ces critères doivent être appliqués de façon non discriminatoire.

28. D'autre part, les critères doivent être les mêmes pour les réparateurs agréés qui sont aussi des revendeurs agréés de véhicules automobiles neufs de la marque considérée, que pour ceux qui ne le sont pas.

29. Les personnes intéressées (distributeurs, réparateurs) doivent avoir la possibilité de connaître les exigences à remplir. C'est la seule façon pour eux d'être à même de remplir effectivement les conditions requises.

30. Un réparateur peut devenir réparateur agréé de plusieurs marques, s'il est en mesure de remplir les critères qualitatifs exigés par chacune d'elles.

31. Les principes énoncés aux N 22–30 s'appliquent également lorsque le fournisseur de véhicules automobiles a instauré un réseau de carrossiers agréés.

Séparation de la vente et du service après-vente (ad art. 16 let. a–d CommAuto)

32. Les activités de vente et de service après-vente doivent en principe être dissociées. De même, les activités de vente de véhicules automobiles neufs et de service après-vente ne peuvent être liées à celles de la distribution de pièces de rechange. Un distributeur agréé peut donc limiter son activité exclusivement à l'un de ces domaines.

33. Si un fournisseur de véhicules automobiles souhaite organiser un réseau de distributeurs agréés de pièces de rechange originales sur la base d'un système de distribution sélectif, les candidats à ce réseau ne doivent dès lors pas se charger des activités de services de réparation et d'entretien. Le fait de lier les activités de distribution de pièces de rechange avec celles du service après-vente est considéré comme une restriction qualitativement grave de la concurrence.

34. En outre, un distributeur agréé peut agir comme réparateur indépendant de véhicules automobiles neufs qu'il a vendus. Cependant, il n'a pas de droit à être rémunéré par le fournisseur de véhicules automobiles pour

les réparations effectuées sous garantie, pour les services gratuits ou lors de campagnes de rappel.

35. De même, chaque distributeur agréé a la possibilité d'abandonner son activité de vente pour se concentrer uniquement sur celle de réparateur agréé.

36. L'exercice conjoint des activités de vente et de service après-vente comme distributeur et réparateur agréé reste toujours possible, si le distributeur le souhaite.

Distribution de pièces de rechange (ad art. 16 let. f–h CommAuto)

37. Le fait de limiter l'accès aux pièces de rechange constitue une restriction qualitativement grave de la concurrence. Afin de les utiliser pour des réparations et travaux d'entretien, un réparateur indépendant peut se fournir auprès de distributeurs et réparateurs agréés en pièces de rechange originales qui ne sont vendues que par le biais du fournisseur de véhicules automobiles ou des membres de son réseau de distribution (*captive parts*). Les réparateurs indépendants ne doivent pas subir de discrimination par rapport aux réparateurs agréés lors de la vente. Qu'il soit agréé ou indépendant, un distributeur ou un réparateur doit pouvoir se fournir en pièces de rechange originales ou de qualité équivalente auprès de tiers (fabricants de pièces de rechange) dans l'EEE et en Suisse, et utiliser celles-ci pour des réparations ou travaux d'entretien sur des véhicules automobiles.

38. Les grossistes en pièces de rechange doivent avoir la possibilité d'obtenir les pièces de rechange originales directement auprès des fabricants de pièces de rechange.

39. Par contrat de sous-traitance conclut avec un fabricant de pièces de rechange, le fournisseur de véhicules automobiles peut mettre à disposition un outil qui est nécessaire pour la production de certaines pièces de rechange, contribuer aux coûts de développement du produit ou apporter les droits de propriété intellectuelle nécessaires ou le savoir-faire. Sur la base de ce contrat de sous-traitance, le fournisseur de véhicules automobiles peut obliger le fabricant de pièces de rechange à ne pas utiliser cette contribution pour la fabrication de pièces de rechange qui sont directement vendues à des opérateurs indépendants et des utilisateurs finaux. Le sous-traitant n'est pas considéré comme un fabricant indépendant pour l'activité commerciale menée dans le cadre de tels contrats de sous-traitance. Toutefois, un fabricant de pièces de rechange n'est pas tenu de céder la propriété d'un tel outil, les droits de propriété intellectuelle ou le savoir-faire, si le fournisseur de véhicules automobiles ne partage qu'une partie insignifiante des coûts de développement du produit, ou qu'il n'apporte aucun outil nécessaire, aucun droit de propriété intellectuelle ou aucun savoir-faire.

Accès aux informations techniques (ad art. 17 CommAuto)

40. Les opérateurs indépendants doivent avoir accès aux mêmes informations techniques, formations et perfectionnements, outils et équipements que les distributeurs et les réparateurs agréés. La notion d'«information technique» doit être interprétée conformément aux déve-

loppements technologiques. Il s'agit de l'ensemble des informations – comme en particulier les logiciels, les codes d'erreur, les autres paramètres et mises à jour correspondantes, les numéros d'identification des véhicules automobiles et autres méthodes d'identification, les catalogues de pièces de rechange, les numéros des pièces de rechange et autres détails nécessaires à l'identification de pièces de rechange, les procédures de réparation et d'entretien, les solutions de travail, les avis de rappel et les autres avis signalant les réparations – nécessaires à l'exécution des services de réparation et d'entretien ainsi que toutes les autres mesures jugées nécessaires dans ce cadre par le fournisseur de véhicules automobiles.

41. L'accès aux informations techniques doit être accordé sans retard injustifié. Les opérateurs indépendants doivent pouvoir accéder aux données et les exploiter, de la même manière que les distributeurs et réparateurs agréés. Le prix demandé pour accéder aux informations techniques ne doit pas être dissuasif pour les opérateurs indépendants.

42. Un fournisseur de véhicules automobiles est toutefois légitimé à refuser l'accès aux informations techniques qui permettraient à un tiers de déjouer ou de neutraliser les dispositifs antivols installés à bord, de recalibrer les dispositifs électroniques ou de manipuler les dispositifs qui, par exemple, limitent la vitesse des véhicules, à moins que la protection contre le vol, le recalibrage ou la manipulation ne puisse être assurée par d'autres moyens moins restrictifs.

Multimarquisme (ad art. 18 CommAuto)

43. Le distributeur ou réparateur agréé d'une marque est autorisé à devenir distributeur ou réparateur d'une ou de plusieurs autres marques, sans que le nombre en soit limité.

44. Certaines exigences qualitatives doivent être assouplies ou abandonnées entièrement si elles rendent le multimarquisme difficile en pratique, par exemple:

- l'obligation pour les distributeurs ou réparateurs agréés d'organiser pour chaque marque la distribution ou les services de réparation et d'entretien sous forme d'une entité juridique indépendante, de vendre ou d'entretenir les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des espaces d'exposition séparés et d'employer des vendeurs et du personnel de maintenance spécifique à chaque marque de véhicules automobiles;
- la mise en place d'un bureau d'accueil spécifique à chaque marque, si la pénurie d'espace ou

d'autres considérations pratiques rendent la mise en place d'autres bureaux d'accueil excessivement difficile;

- des exigences trop élevées concernant la surface d'exposition à mettre à disposition par marque ou le nombre de véhicules à exposer.

45. Les équipements d'utilité commune et autres structures ne doivent pas être réservés à une marque donnée.

46. Un fournisseur de véhicules automobiles est toutefois autorisé à obliger les distributeurs agréés de vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des zones de vente séparées à l'intérieur de la salle d'exposition afin d'éviter toute confusion entre les marques.

47. Un distributeur ou un réparateur agréé d'une ou de plusieurs marques peut vendre des véhicules automobiles d'autres marques concurrentes en tant que distributeur indépendant. Dès lors, il devra agir comme intermédiaire mandaté s'il entend s'approvisionner au sein du réseau officiel d'une marque sans pour autant encourir le risque de perdre sa qualité de distributeur ou de réparateur agréé ou d'être pénalisé d'une façon ou d'une autre.

Résiliation des contrats (ad art. 19 CommAuto)

48. Un distributeur agréé qui est actif à la fois dans la vente de véhicules automobiles neufs et du service après-vente doit pouvoir mettre un terme à l'une de ces activités sans être contraint de négocier un nouveau contrat avec son fournisseur de véhicules automobiles pour l'activité restante.

49. Un distributeur agréé ayant conclu un accord portant sur la vente et sur le service après-vente, et qui souhaite se retirer de son activité de vente de véhicules automobiles neufs tout en conservant son activité de réparateur agréé (ou l'inverse), doit être libre de le faire sur la base de la convention conclue avec son fournisseur de véhicules automobiles.

50. Les modalités de résiliation stipulées à l'art. 19 al. 3 Communication automobile visent à empêcher que les fournisseurs de véhicules automobiles résilient le contrat en raison d'un comportement licite au vu de la Communication automobile. Les dispositions de l'art. 19 Communication automobile règlent en premier lieu les exigences sur la forme et le contenu des résiliations des conventions entre le fournisseur de véhicules automobiles et les distributeurs agréés, les réparateurs agréés et les distributeurs agréés de pièces de rechange.

D 1	5. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (Comunicazione autoveicoli, ComAuto)
------------	---

Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (Comunicazione autoveicoli, ComAuto)

Decisione della Commissione della concorrenza del 29 giugno 2015 (FF 2015 4937)

La Commissione della concorrenza (qui di seguito: COMCO) pubblica la presente comunicazione:

- I. Ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LCart¹ la COMCO può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la COMCO può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.
- II. La presente comunicazione si basa sulla Comunicazione autoveicoli 2002², che a sua volta si ispira al REC Autoveicoli 2002 dell'UE.³
- III. Il REC Autoveicoli 2002 dell'UE è stato sostituito il 1° giugno 2010 dal REC Autoveicoli dell'UE del 2010.⁴ Il REC Autoveicoli 2010 dell'UE regola dal 1° giugno 2010 i mercati per i servizi di riparazione e manutenzione così come la distribuzione di pezzi di ricambio (cosiddetto mercato secondario). Per la vendita di autoveicoli nuovi (mercato primario) vale invece dal 1° giugno 2013, secondo il REC Autoveicoli 2010 dell'UE, il REC Accordi verticali dell'UE.⁵
- IV. Dalla sua entrata in vigore il 1° novembre 2002 la Comunicazione autoveicoli 2002 non è stata modificata. La COMCO ha invece pubblicato due volte degli opuscoli esplicativi relativi alla Comunicazione autoveicoli, i quali tenevano conto della prassi delle autorità in materia di concorrenza e del nuovo quadro giuridico a livello europeo.⁶ Inoltre, dopo l'entrata in vigore della revisione parziale il 1° aprile 2004 della Legge sui cartelli del 20 giugno 2003, venne rivista prima il 2 luglio 2007 e infine il 28 giugno 2010 la Comunicazione sugli accordi verticali.⁷
- V. L'attuale revisione della Comunicazione autoveicoli tiene conto della prassi delle autorità in materia di concorrenza, dello sviluppo del mercato e delle tecnologie così come degli adattamenti nel diritto sui cartelli europeo e svizzero ed in particolare si orienta, per quanto riguarda il mercato secondario, al REC Autoveicoli 2010 dell'UE. Essa prende in considerazione le condizioni economiche e giuridiche vigenti in Svizzera. La COMCO vuole così ulteriormente favorire la concorrenza all'interno di una marca (intra-brand) e tra le differenti marche (inter-brand) sul mercato del commercio di autoveicoli nuovi, del commercio di pezzi di ricambio e della fornitura di servizi di riparazione e manutenzione, impedire gli accordi verticali che hanno degli effetti nocivi sulla concorrenza, evitare l'isolamento del mercato svizzero degli autoveicoli e garantire la sicurezza giuridica.
- VI. La Comunicazione sugli accordi verticali vigente si applica agli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli e pezzi di ricambio così come della fornitura di servizi di riparazione e manutenzione, nella misura in cui la presente comunicazione non contiene prescrizioni in merito.
- VII. I principi esposti nella Comunicazione autoveicoli vanno applicati alle circostanze specifiche, di fatto e di diritto, proprie ad ogni fattispecie. Le autorità in materia di concorrenza applicheranno le disposizioni della Comunicazione autoveicoli in maniera ragionevole, flessibile e tenendo conto dell'esperienza acquisita in questo ambito.
- VIII. La presente comunicazione non vincola né i tribunali civili, né il Tribunale federale amministrativo, né il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del dritto sui cartelli.

¹ Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

² Comunicazione della COMCO del 21 ottobre 2002 riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (qui di seguito: Comunicazione autoveicoli 2002).

³ Regolamento (CE) N. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, GU L 203 dell'1.8.2002 p. 30 (qui di seguito: REC Autoveicoli 2002 dell'UE).

⁴ Regolamento (UE) n. 461/2010 della Commissione, del 27 maggio 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, GU L 129 del 28.5.2010 p. 52 (qui di seguito: REC Autoveicoli 2010 dell'UE).

⁵ Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, GU L 102 del 23.4.2010 p. 1 (qui di seguito: REG accordi verticali autoveicoli dell'UE).

⁶ Cfr. DPC 2004/3, 964 ss; DPC 2010/3, 624 s.

⁷ Comunicazione della COMCO del 28 giugno 2010 sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert).

A. Definizioni

Art. 1 Autoveicoli

¹ Per autoveicolo si intende un veicolo destinato a circolare su strade pubbliche mosso dal proprio motore, munito di tre o più ruote.

² Autoveicoli ai sensi della presente comunicazione sono in particolare:

- a. le autovetture destinate al trasporto di passeggeri e dotate di non più di otto posti oltre a quello del conducente;
- b. veicoli commerciali leggeri destinati al trasporto di beni o passeggeri con una massa massima non superiore a 3,5 tonnellate;
- c. gli autocarri destinati al trasporto di beni con una massa massima non superiore a 3,5 tonnellate;
- d. gli autobus destinati al trasporto di passeggeri.

³ I motocicli non sono inclusi nella presente comunicazione.

Art. 2 Fornitore di autoveicoli

Per fornitore di autoveicoli si intende il costruttore di autoveicoli o i suoi importatori autorizzati di autoveicoli in Svizzera.

Art. 3 Distributori autorizzati

Un distributore autorizzato è un distributore di nuovi autoveicoli o pezzi di ricambio per autoveicoli, il quale opera nell'ambito di un sistema di distribuzione predisposto da un fornitore di autoveicoli.

Art. 4 Riparatore autorizzato

Un riparatore autorizzato è un fornitore di servizi di riparazione e manutenzione di autoveicoli che opera nell'ambito del sistema di distribuzione predisposto da un fornitore di autoveicoli.

Art. 5 Distributore indipendente

¹ Un distributore indipendente è un distributore di autoveicoli nuovi o di pezzi di ricambio per autoveicoli che non opera nell'ambito del sistema di distribuzione predisposto da un fornitore di autoveicoli.

² Per distributori indipendenti ai sensi della presente comunicazione si intendono anche i distributori autorizzati che fanno parte del sistema di distribuzione di un dato fornitore di autoveicoli, nella misura in cui essi distribuiscono nuovi autoveicoli o pezzi di ricambio per autoveicoli di un altro fornitore di autoveicoli, pur non essendo membri del sistema di distribuzione di quest'ultimo.

Art. 6 Riparatore indipendente

¹ Per riparatore indipendente si intende un fornitore di servizi di riparazione e manutenzione di autoveicoli, che non opera nell'ambito del sistema di distribuzione predisposto da un fornitore degli autoveicoli per il quale fornisce servizi di riparazione e manutenzione.

² Per riparatori indipendenti ai sensi della presente comunicazione si intendono anche i riparatori autorizzati che fanno parte del sistema di distribuzione di un dato

fornitore di autoveicoli, nella misura in cui essi forniscono servizi di riparazione e di manutenzione per autoveicoli di un altro fornitore di autoveicoli, pur non essendo membri del sistema di distribuzione di quest'ultimo.

Art. 7 Operatori indipendenti

Ai fini della presente comunicazione per operatori indipendenti si intendono, oltre ai distributori e ai riparatori indipendenti, anche i fabbricanti e i distributori di pezzi di ricambio, i fabbricanti di apparecchiature o strumenti per la riparazione, gli editori di informazioni tecniche, i club automobilistici, le imprese di assistenza su strada, gli operatori che offrono servizi di revisione e test e gli operatori che offrono formazione per i riparatori.

Art. 8 Membri di un sistema di distribuzione

Per i membri di un sistema di distribuzione ai sensi della presente comunicazione si intendono distributori e riparatori autorizzati del sistema di distribuzione di un fornitore di autoveicoli.

Art. 9 Pezzi di ricambio

Per pezzi di ricambio si intendono i beni che vengono incorporati o montati in o su un autoveicolo per sostituirne delle parti componenti. Sono compresi anche beni, quali i lubrificanti, necessari all'utilizzo di un autoveicolo, ad eccezione dei carburanti.

Art. 10 Pezzi di ricambio e apparecchiature originali

¹ Per pezzi di ricambio e apparecchiature originali si intendono parti o apparecchiature costruite conformemente alle specifiche tecniche e norme di produzione fornite dal costruttore dell'autoveicolo per la produzione di parti o apparecchiature per l'assemblaggio dell'autoveicolo in questione.

² Per pezzi di ricambio e apparecchiature originali si intendono anche i pezzi di ricambio e le apparecchiature prodotti sulla medesima linea di produzione dei pezzi di ricambio o delle apparecchiature utilizzati per la costruzione dell'autoveicolo in questione.

³ Salvo prova contraria, si presume che dei pezzi di ricambio siano pezzi di ricambio originali, se il fabbricante di pezzi di ricambio certifica che questi hanno qualità equivalente a quelli utilizzati per l'assemblaggio dell'autoveicolo in questione e sono stati costruiti conformemente alle specifiche e alle norme previste dal costruttore di autoveicoli.

Art. 11 Pezzi di ricambio di qualità corrispondente

I pezzi di ricambio possono essere considerati di qualità corrispondente se sono stati prodotti in modo che il loro utilizzo non comprometta la reputazione della rete di riparatori autorizzati in questione. Il costruttore di autoveicoli può dimostrare che un dato pezzo di ricambio non soddisfa tale condizione.

B. Regole

Art. 12 Campo d'applicazione

¹ Questa comunicazione si applica agli accordi verticali in materia di concorrenza concernenti la distribuzione di autoveicoli nuovi e di pezzi di ricambio, così come la fornitura di servizi di riparazione e manutenzione.

² L'applicazione della presente comunicazione non esclude che una fattispecie costituisca, del tutto o in parte, un accordo orizzontale in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart o sia prevista dell'articolo 7 LCart. In tal caso questa fattispecie deve essere esaminata, indipendentemente dalla presente comunicazione, secondo le pertinenti disposizioni della legge sui cartelli.

Art. 13 Relazione con la Comunicazione sugli accordi verticali

La presente comunicazione prevale sulla Comunicazione sugli accordi verticali. Nella misura in cui la presente comunicazione non si esprime, sono applicabili le prescrizioni della Comunicazione sugli accordi verticali.

Art. 14 Intralci qualitativamente gravi

¹ Sono considerati qualitativamente gravi gli accordi che hanno quale oggetto una delle restrizioni elencate agli articoli da 15 a 19.

² Il carattere notevole della restrizione alla concorrenza e la possibilità di una giustificazione per motivi di efficienza economica devono essere esaminati in modo concreto ugualmente in questi casi di intralci qualitativamente gravi.

Art. 15 Restrizioni riguardanti il luogo di destinazione dell'autoveicolo e la garanzia

Sono considerati intralci qualitativamente gravi alla concorrenza:

1. gli accordi tra fornitori di autoveicoli e i distributori autorizzati che limitano la vendita di autoveicoli attraverso i distributori autorizzati a utilizzatori finali, segnatamente:
 - a. facendo dipendere la remunerazione del distributore autorizzato o il prezzo d'acquisto dal luogo di destinazione dei veicoli venduti o dalla residenza degli utilizzatori finali;
 - b. concordando un sistema di bonus basato sul luogo di destinazione dell'autoveicolo o qualsiasi forma di fornitura discriminatoria dei prodotti ai distributori autorizzati.
2. gli accordi tra fornitori di autoveicoli e riparatori autorizzati che obbligano questi ultimi a non prestare la garanzia legale del costruttore così come le manutenzioni gratuite così come tutti i lavori richiesti nel quadro di campagne di richiamo riguardanti ogni autoveicolo della marca in questione venduto in Svizzera o nello Spazio economico europeo.
3. gli accordi tra fornitori di autoveicoli e distributori o riparatori autorizzati che fanno dipendere la garanzia, legale o estesa, del costruttore dal fatto che l'utilizzatore finale faccia effettuare i servizi di riparazione e manutenzione non coperti dalla garanzia solo nell'ambito della rete di riparatori autorizzati o che vengano utilizzati solo dei pezzi di ricambio del marchio del fornitore degli autoveicoli per le sostituzioni non coperte dalla garanzia.

Art. 16 Distribuzione di pezzi di ricambio, fornitura di servizi di riparazione e manutenzione

Sono considerati intralci qualitativamente gravi alla concorrenza:

- a. l'obbligo per un riparatore autorizzato di associare la fornitura di servizi di riparazione e manutenzione alla distribuzione di pezzi di ricambio o alla distribuzione di autoveicoli nuovi;
- b. l'obbligo per un distributore autorizzato di associare la distribuzione di autoveicoli nuovi alla fornitura di servizi di riparazione e manutenzione o alla distribuzione di pezzi di ricambio;
- c. la restrizione della facoltà del distributore autorizzato di subappaltare la fornitura dei servizi di riparazione e manutenzione a riparatori autorizzati. Il fornitore di autoveicoli può tuttavia esigere che il distributore autorizzato comunichi all'utente finale il nome e l'indirizzo di uno o più riparatori autorizzati prima della stipulazione del contratto di vendita. Se nessun riparatore autorizzato si trova nei pressi del punto di vendita, il fornitore può ugualmente esigere che il distributore autorizzato comunichi all'utilizzatore finale la distanza tra il punto di vendita e del riparatore o dei riparatori autorizzati in questione;
- d. l'obbligo per un distributore autorizzato di pezzi di ricambio di assumere anche le attività di servizi di riparazione e manutenzione;
- e. la restrizione della possibilità per un distributore autorizzato di fornire, a titolo di riparatore indipendente, dei servizi di riparazione e manutenzione a degli autoveicoli di fornitori concorrenti;
- f. la restrizione per i membri di un sistema di distribuzione selettivo di vendere pezzi di ricambio a riparatori indipendenti che necessitano di questi pezzi per la riparazione e la manutenzione di autoveicoli;
- g. la restrizione per un fabbricante di pezzi di ricambio, di attrezzature di riparazione o di diagnostica o altre apparecchiature di vendere tali beni ai membri di un sistema di distribuzione, a operatori indipendenti o a utilizzatori finali.
- h. la restrizione per i membri di un sistema di distribuzione della possibilità di ottenere, da parte di un fabbricante o un distributore, dei pezzi di ricambio o apparecchiature originali o dei pezzi di ricambio di qualità equivalente di sua scelta e di utilizzare tali pezzi per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli. Il fornitore di autoveicoli conserva tuttavia il diritto di imporre l'utilizzo di pezzi di ricambio originali forniti dal costruttore di autoveicoli per le riparazioni in garanzia, il servizio gratuito e le campagne di richiamo.

Art. 17 Accesso alle informazioni tecniche, agli strumenti e alle istruzioni specifiche

¹ Gli accordi tra fornitori di autoveicoli e i membri di un sistema di distribuzione che impediscono agli operatori indipendenti di accedere alle informazioni tecniche, sistemi di diagnostica, così come altre apparecchiature e altri strumenti, compresi i software rilevanti o le istruzioni specifiche necessari per la riparazione e la manutenzione

ne di autoveicoli o per le misure di tutela dell'ambiente, sono considerati intralci qualitativamente gravi alla concorrenza.

² Il capoverso 1 comprende in particolare le informazioni e gli strumenti seguenti:

- a. sistemi di controllo elettronico e di diagnostica di autoveicoli e la loro programmazione secondo le procedure standard del fornitore;
- b. manuali d'uso e manutenzione, così come libretti di servizio elettronico;
- c. istruzioni di riparazione e di manutenzione;
- d. informazioni sulle componenti, le apparecchiature di diagnostica e di manutenzione (come ad esempio i valori di misurazione teorici minimi e massimi) così come le altre apparecchiature;
- e. schemi di cablaggio;
- f. codici diagnostici di guasto (compresi i codici specifici dei costruttori);
- g. numero di identificazione della calibratura del software applicabile a un tipo di veicolo;
- h. informazioni tecniche sui registri di dati e dati bidirezionali di monitoraggio e prova.

Art. 18 Multimarchismo

È considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza l'obbligo per un membro di un sistema di distribuzione di non vendere autoveicoli o pezzi di ricambio di fornitori di autoveicoli concorrenti o a non fornire servizi di riparazione e manutenzione per autoveicoli di fornitori concorrenti.

Art. 19 Scioglimento del contratto

Le disposizioni relative allo scioglimento dei contratti sono considerate un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, se le seguenti modalità di disdetta non sono rispettate:

1. per i contratti di almeno cinque anni, un termine di notifica del mancato rinnovo del contratto di almeno sei mesi;
2. per i contratti di durata indeterminata, un termine di disdetta di almeno due anni;
3. per i contratti di durata indeterminata, un termine di disdetta ridotto almeno a un anno se la disdetta è motivata per iscritto e
 - a. il fornitore di autoveicoli deve pagare un'indennità adeguata in base a determinate disposizioni legali o in base ad accordi particolari conclusi alla scadenza del contratto oppure
 - b. per il fornitore di autoveicoli la scadenza del contratto risulta dalla necessità di ristrutturare completamente, o in misura preponderante, la rete di distribuzione.

Art. 20 Abrogazione della comunicazione precedente

Con l'entrata in vigore della presente comunicazione è abrogata la Comunicazione autoveicoli 2002.

Art. 21 Disposizioni transitorie

La presente comunicazione non trova applicazione nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2016 e il 31 dicembre 2016 per tutti gli accordi entrati in vigore prima del 1° gennaio 2016 e che soddisfano i criteri della comunicazione abrogata, ma non quelli della presente comunicazione.

Art. 22 Entrata in vigore e periodo di validità

¹ La presente comunicazione entra in vigore il 1° gennaio 2016.

² Essa è valida fino al 31 dicembre 2022.

29 giugno 2015

D 1

6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (Opuscolo esplicativo ComAuto)

Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza del 29 giugno 2015 relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli (Opuscolo esplicativo ComAuto)

Scopo dell'Opuscolo esplicativo

1. Le disposizioni seguenti illustrano i principi più importanti che sono applicati nell'attuazione della Comunicazione autoveicoli e nella valutazione ai sensi dell'articolo 5 LCart¹ di questioni particolari inerenti alle restrizioni verticali previste da accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio. Esse servono ad aiutare le autorità della concorrenza così come le imprese nella verifica della conformità di tali accordi con la Legge sui cartelli.

2. Il presente Opuscolo esplicativo tenta di fornire chiarimenti sull'interpretazione di singole disposizioni della Comunicazione autoveicoli. Esso risponde alle questioni che potrebbero avere una portata potenzialmente importante per gli operatori del mercato, in particolare per i fornitori di autoveicoli, i distributori autorizzati così come i riparatori autorizzati e indipendenti.

3. L'Opuscolo informativo non contiene né regole in materia di concorrenza né commenti dettagliati riguardanti ogni singola disposizione della Comunicazione autoveicoli.

Limitazioni alla concorrenza sanzionabili

4. Le restrizioni elencate agli articoli da 15 a 19 della Comunicazione autoveicoli che comportano direttamente o indirettamente una protezione territoriale assoluta, possono esser considerati come accordi illeciti in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 4 in relazione al capoverso 1 LCart ed essere soggetti ad una sanzione ai sensi dell'articolo 49 LCart.²

Delimitazione del mercato rilevante

5. Nella determinazione del mercato rilevante materiale occorre segmentare ulteriormente il mercato degli autoveicoli, in particolare gli autoveicoli destinati al trasporto di persone.³ A questo scopo possono ad esempio essere presi in considerazione i mercati rilevanti «micro automobili», «piccole automobili», «classe media inferiore», «classe media superiore», «classe superiore», «classe di lusso» e «veicoli commerciali».⁴

6. Stando alla prassi attuale, la Commissione della concorrenza (qui di seguito: COMCO) non si è mai occupata fino ad ora della delimitazione dei mercati relativi ai servizi di riparazione e alla manutenzione.

Sistemi di bonus (ad art. 15 cpv. 1 lett. b ComAuto)

7. Al fine di impedire ogni sorta di discriminazione tra le vendite in Svizzera e le vendite nello Spazio economico europeo (SEE), i sistemi di bonus o altre regolamentazioni di carattere finanziario o altri incentivi relativi alla

fornitura di prodotti non possono dipendere dal domicilio o dal luogo di stabilimento dell'acquirente o dal luogo in cui l'autoveicolo è stato immatricolato, bensì devono tener conto di tutte le vendite.

8. Se un fornitore di autoveicoli accorda dei bonus d'acquisto, questi ultimi sono da calcolare sulla base del numero dei nuovi autoveicoli acquistati presso il fornitore in questione, e ciò indipendentemente dalla destinazione finale di questi autoveicoli (vendita ad utenti finali o a distributori autorizzati della rete di distribuzione). La presa in considerazione della destinazione finale degli autoveicoli rappresenta una restrizione indiretta per le forniture incrociate.

9. Inoltre, se il fornitore di autoveicoli fissa per i distributori autorizzati degli obiettivi di vendita, la loro realizzazione non deve dipendere dal numero di autoveicoli nuovi acquistati presso l'importatore ufficiale.

10. I fornitori di autoveicoli possono invece concedere ai distributori autorizzati dei ribassi di quantità relativi al volume assoluto di autoveicoli acquistati presso di loro.

Garanzia, servizio gratuito, campagne di richiamo (ad art. 15 cpv. 2 e 3 ComAuto)

11. La Comunicazione autoveicoli mira, tra l'altro, a impedire l'isolamento del mercato svizzero della distribuzione di autoveicoli. Indipendentemente dal luogo di acquisto di un autoveicolo, nel SEE o in Svizzera, i riparatori autorizzati hanno l'obbligo di riparare tutti gli autoveicoli della relativa marca, di onorare la garanzia legale del costruttore e di effettuare il servizio di assistenza gratuito e l'esecuzione di tutti i lavori nell'ambito delle campagne di richiamo. A tale proposito non ha alcuna importanza il fatto che questi autoveicoli siano stati acquistati presso un distributore autorizzato, tramite un intermediario incaricato (vedi N 17 segg.) o presso un distributore indipendente.

12. Le garanzie legali del costruttore devono rimanere valide alle stesse condizioni in tutto lo SEE e in Svizzera. Occorre distinguere le garanzie accordate contrattualmente dal venditore (garanzie contrattuali), che si devono far valere nei suoi confronti.

13. Nella misura in cui risultano dei diritti legati alla garanzia, essi possono essere fatti valere mediante una procedura di diritto civile. In linea di massima spetta

¹ Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251).

² Cfr. DPC 2012/3, 581 s., cifra 321 ss, BMW (decisione non ancora cresciuta in giudicato).

³ Cfr. DPC 2012/3, 560 s., cifra 175 ss, BMW (decisione non ancora cresciuta in giudicato).

⁴ Cfr. DPC 2012/3, 561, cifra 184, BMW (decisione non ancora cresciuta in giudicato).

inoltre a un giudice civile valutare la questione di sapere se, in un determinato caso, esiste un diritto di beneficiare della garanzia o un motivo oggettivo del rifiuto di onorare la garanzia. La COMCO invece esamina se esistono degli indizi secondo cui un importatore di autoveicoli rispettivamente i suoi distributori o riparatori autorizzati impediscono le importazioni parallele e dirette, rifiutando le prestazioni legate alla garanzia legale del costruttore.

14. Se, durante il periodo di validità della garanzia rilasciata dal fornitore di autoveicoli, un utilizzatore finale fa eseguire delle riparazioni o delle manutenzioni (comprese le riparazioni causate da un incidente) sul suo autoveicolo da un riparatore indipendente, la garanzia legale ed estesa del costruttore non decade, a meno che i lavori effettuati siano difettosi. Questo vale anche quando il riparatore indipendente utilizza dei pezzi di ricambio di qualità equivalente per effettuare delle riparazioni al di fuori della garanzia legale ed estesa del costruttore.

15. Di conseguenza, durante il periodo di validità della garanzia, un utilizzatore finale non è obbligato a far eseguire le manutenzioni e le riparazioni del suo autoveicolo esclusivamente all'interno della rete di riparatori autorizzati.

Sistemi di distribuzione selettivi per distributori autorizzati (ad art. 3 ComAuto)

16. Secondo la cifra 12 cpv. 2 let. c e d della Comunicazione sugli accordi verticali⁵ le restrizioni delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte di membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio così come la restrizione delle forniture incrociate tra commercianti nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, sono considerate restrizioni alla concorrenza qualitativamente gravi.

17. Il termine di «utilizzatori finali» copre anche i consumatori che acquistano attraverso un intermediario. Sono intermediari incaricati le persone e le imprese che acquistano un nuovo autoveicolo a nome e per conto di un determinato consumatore, senza tuttavia appartenere alla rete di distribuzione in questione. Occorre distinguere l'intermediario incaricato dal distributore indipendente, che acquista un autoveicolo al fine di rivenderlo e non agisce per conto di un particolare consumatore. Egli deve essere inoltre distinto dall'agente, il quale si incarica di trovare dei clienti per uno o più distributori.

18. I fornitori di autoveicoli possono esigere dai loro distributori autorizzati di assicurarsi che l'intermediario incaricato sia in possesso di un contratto di mandato concluso con l'utilizzatore finale.

19. L'uso di Internet come modo per richiamare clienti per una data gamma di autoveicoli e per raccogliere da parte loro mandati elettronici non incide sullo statuto di intermediario.

20. Le società di leasing sono considerate come utilizzatori finali ai sensi della Comunicazione autoveicoli. Non è possibile impedire ai distributori appartenenti a sistemi di distribuzione selettiva di vendere autoveicoli nuovi ad imprese di leasing di loro scelta, se queste non rivendono i veicoli come autoveicoli nuovi. Un fornitore di autoveicoli può quindi chiedere che un distributore autorizzato, prima della vendita a una data impresa, verifichi le

condizioni generali di leasing applicate, in modo tale da accertare che l'impresa in questione sia effettivamente un'impresa di leasing e non un distributore indipendente. Tuttavia, obbligare un concessionario a dare al fornitore le copie di ogni accordo di leasing prima di vendere un veicolo a un'impresa di leasing potrebbe equivalere a una restrizione indiretta delle vendite.

21. Il fornitore di autoveicoli può tuttavia vietare ai distributori autorizzati di vendere degli autoveicoli nuovi a distributori indipendenti. Ciò non esclude la possibilità della vendita di pezzi di ricambio a dei riparatori indipendenti e l'obbligo di mettere a disposizione degli operatori indipendenti le informazioni tecniche, le apparecchiature di diagnostica, gli strumenti e le informazioni specifiche necessarie alla riparazione e alla manutenzione degli autoveicoli o alle misure di tutela dell'ambiente.

Sistemi di distribuzione selettiva per riparatori autorizzati (ad art. 4 ComAuto)

22. Di regola, tutti i riparatori che soddisfano i criteri qualitativi fissati dai fornitori di autoveicoli hanno la possibilità di essere ammessi alla rete di riparatori in qualità di riparatori autorizzati. Questo vale in particolare per i distributori autorizzati il cui contratto di distribuzione è stato rescisso, ma che intendono continuare la loro attività in qualità di riparatori autorizzati. I fornitori di autoveicoli sono autorizzati ad esaminare se i candidati soddisfano i criteri previsti prima di concludere il relativo contratto di riparatore.

23. I fornitori di autoveicoli sono sostanzialmente liberi di scegliere e di definire i criteri qualitativi che i candidati devono soddisfare. Essi possono tra l'altro esigere che i riparatori autorizzati siano in grado di eseguire lavori di riparazione o di manutenzione di una determinata qualità ed entro scadenze ben definite.

24. I criteri dei fornitori di autoveicoli si baseranno sull'idoneità dei riparatori autorizzati a onorare le garanzie, ad effettuare la manutenzione gratuita e a partecipare alle campagne di richiamo di autoveicoli della marca in questione venduti nello SEE o in Svizzera.

25. Alcuni criteri qualitativi limitano indirettamente il numero di candidati in grado di soddisfarli. Tuttavia, di regola i fornitori di autoveicoli non possono limitare in tal modo il numero di riparatori autorizzati come è il caso nel settore della vendita. Pertanto i criteri qualitativi non devono essere sproporzionati rispetto a quanto richiesto da un'adeguata esecuzione dei lavori di riparazione e di manutenzione.

26. Eccezionalmente, i fornitori di autoveicoli possono definire dei criteri quantitativi, se essi sono in grado di provare che la praticabilità e l'adeguata esecuzione dei lavori di riparazione e di manutenzione sarebbero compromessi con l'ammissione di riparatori supplementari nella loro rete (p.es. se il numero massimo economicamente sopportabile di riparatori autorizzati è stato raggiunto in un dato territorio o in una data zona di attività).

⁵ Comunicazione della COMCO del 28 giugno 2010 sulla valutazione degli accordi verticali (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert).

27. I fornitori di autoveicoli definiscono criteri qualitativi identici e li applicano nello stesso modo per tutti i riparatori (candidati o già riparatori autorizzati) che si trovano in una situazione simile (principio di non discriminazione). Tuttavia, è possibile stabilire dei criteri differenti per motivi economici (per es. zona d'attività, tipo di clientela). Anche tali criteri dovranno essere applicati in maniera non discriminatoria.

28. D'altronde i criteri devono essere gli stessi sia per i riparatori autorizzati, che sono pure distributori autorizzati di autoveicoli nuovi della marca in questione, sia per quelli che non sono distributori autorizzati della marca in questione.

29. Le persone interessate (distributori, riparatori) devono avere la possibilità di conoscere le esigenze che occorre soddisfare. Soltanto in questo modo essi possono effettivamente essere in grado di soddisfare le condizioni richieste.

30. Un riparatore può diventare riparatore autorizzato di diverse marche, se egli è in grado di soddisfare tutti i criteri qualitativi richiesti per ognuna di essa.

31. I principi menzionati alle cifre 21 – 28 si applicano pure quando il fornitore di autoveicoli ha istituito una rete di carrozzerie autorizzate.

Separazione della vendita e del servizio di assistenza alla clientela (ad art. 16 lett. a – d ComAuto)

32. Di regola, le attività di vendita e di servizio di assistenza alla clientela devono essere separate tra loro. Allo stesso modo le attività di vendita di autoveicoli nuovi così come il servizio di assistenza alla clientela non possono essere legate a quelle della distribuzione di pezzi di ricambio. Di conseguenza un distributore autorizzato può limitare la sua attività esclusivamente a uno di questi settori.

33. Se un fornitore di autoveicoli intende organizzare una rete di distributori autorizzati di pezzi di ricambio originali basandosi su un sistema di distribuzione selettivo, i candidati a questa rete non devono dunque assumere le attività di servizio di riparazione e manutenzione. Il fatto di far dipendere le attività di distribuzione di pezzi di ricambio dal servizio di assistenza alla clientela è considerata una restrizione qualitativamente grave alla concorrenza.

34. Un distributore autorizzato può inoltre agire in qualità di riparatore indipendente per gli autoveicoli nuovi che ha venduto. Tuttavia, egli non ha diritto ad essere rimborsato dal fornitore di autoveicoli per le riparazioni eseguite in garanzia, per i servizi di assistenza gratuiti o per i lavori di revisione in caso di campagne di richiamo.

35. Allo stesso modo, un distributore autorizzato ha la possibilità di rinunciare alla sua attività di vendita per concentrarsi unicamente su quella di riparatore autorizzato.

36. L'esercizio congiunto dell'attività di vendita e del servizio di assistenza alla clientela in qualità di distributore e riparatore autorizzato resta sempre possibile.

Distribuzione di pezzi di ricambio (ad art. 16 lett. f – h ComAuto)

37. Limitazioni all'accesso ai pezzi di ricambio costituiscono una restrizione qualitativamente grave alla concorrenza. Un riparatore indipendente può rifornirsi presso distributori e riparatori autorizzati di pezzi di ricambio originali che sono venduti unicamente tramite il fornitore di autoveicoli o i membri della sua rete di distribuzione (captive parts), allo scopo di utilizzarli per delle riparazioni o delle manutenzioni. All'occasione della vendita i riparatori indipendenti non devono subire alcuna discriminazione rispetto ai riparatori autorizzati. Che sia autorizzato o indipendente, un distributore o un riparatore devono potersi rifornire direttamente di pezzi di ricambio originali o di qualità equivalente presso terzi (fabbricanti di pezzi di ricambio) nello SEE e in Svizzera, e utilizzarli per la riparazione o la manutenzione di autoveicoli.

38. I grossisti di pezzi di ricambio devono avere la possibilità di ottenere i pezzi di ricambio originali necessari direttamente presso i fabbricanti di pezzi di ricambio.

39. Mediante un contratto di subfornitura stipulato con il fabbricante di pezzi di ricambio, il fornitore di autoveicoli può mettere a disposizione un'apparecchiatura necessaria per la produzione di determinati pezzi di ricambio, contribuire ai costi di produzione o apportare necessari diritti di proprietà intellettuale o know-how. Sulla base del contratto di subfornitura, il fornitore di autoveicoli può obbligare il fabbricante di pezzi di ricambio a non utilizzare tale contributo per la produzione di pezzi destinati ad essere venduti direttamente agli operatori indipendenti e agli utenti finali. Il subfornitore non è da considerare come fabbricante indipendente per le attività commerciali esercitate nel quadro di tali contratti di subfornitura. Tuttavia un fabbricante di pezzi di ricambio non è tenuto a cedere la proprietà di una tale apparecchiatura, i diritti di proprietà intellettuale o il know-how, se il fornitore di autoveicoli sostiene solo una parte trascurabile dei costi di produzione del prodotto o se non apporta alcuno strumento necessario e alcun diritto di proprietà intellettuale o know-how necessari.

Accesso alle informazioni tecniche (ad art. 17 ComAuto)

40. Gli operatori indipendenti devono avere accesso alle stesse informazioni tecniche, formazioni e perfezionamenti, apparecchiature e strumenti come i distributori ed i riparatori autorizzati. Il termine "informazioni tecniche" deve essere interpretato considerando i progressi della tecnologia. Si tratta in particolare di software, codici di errore, altri parametri, ivi compresi aggiornamenti, numeri di identificazione di autoveicoli e altri metodi di identificazione di autoveicoli, cataloghi dei pezzi di ricambio, codici dei pezzi di ricambio e ulteriori dettagli necessari per l'identificazione dei pezzi di ricambio, procedure di riparazione e manutenzione, soluzioni di lavoro, avvisi di ritiro e altri avvisi riguardanti le riparazioni necessarie per la realizzazione dei servizi di riparazione e di manutenzione così come tutte le altre misure giudicate necessarie dal fornitore di autoveicoli in quest'ambito.

41. L'accesso alle informazioni tecniche deve essere accordato senza ritardi ingiustificati. Gli operatori indipendenti attivi sul mercato devono poter accedere alle informazioni in una forma utilizzabile così come i distributori e i riparatori autorizzati. Il prezzo richiesto per accedere alle informazioni tecniche non deve scoraggiare gli operatori indipendenti del mercato.

42. Un fornitore di autoveicoli è tuttavia legittimato a negare l'accesso alle informazioni tecniche, se queste permettono a un terzo di aggirare i dispositivi antifurto o di disattivarli e di ricalibrare dispositivi elettronici o manomettere i dispositivi che, per esempio, limitano la velocità degli autoveicoli o le prestazioni degli autoveicoli, a meno che la protezione contro furti, ricalibrature o manomissioni possa essere ottenuta con mezzi meno restrittivi.

Multimarchismo (ad art. 18 ComAuto)

43. Ad un distributore o ad un riparatore autorizzato di una determinata marca è permesso diventare distributore o riparatore autorizzato di una o più marche, senza che il loro numero sia limitato.

44. Alcuni criteri qualitativi di selezione dovranno essere attenuati o abbandonati completamente se rendono difficoltosa in pratica la vendita di marche diverse, per esempio:

- L'obbligo per i distributori o per i riparatori autorizzati di organizzare per ogni marca la distribuzione o i servizi di riparazione e di manutenzione tramite una persona giuridica indipendente, di vendere o di mantenere gli autoveicoli di altri fornitori negli spazi di esposizioni separati e di impiegare venditori e personale di manutenzione specifico per ogni marca di autoveicoli;
- L'esigenza di disporre di un ufficio di accoglienza specifico per una determinata marca, se la mancanza di spazio o altre considerazioni pratiche rendessero eccessivamente difficoltoso l'approntamento di ulteriori uffici di accoglienza;
- Delle esigenze eccessive concernenti la superficie di esposizione riservata a una determinata marca o il numero di autoveicoli da esporre.

45. Le attrezzature di uso comune e altre installazioni non devono mai essere riservate a una marca specifica.

46. Un fornitore di autoveicoli può tuttavia obbligare i distributori autorizzati a vendere autoveicoli di altri fornitori in zone della superficie di esposizione appositamente separate, al fine di evitare una confusione delle marche.

47. Un distributore autorizzato o un riparatore autorizzato di una o più marche può vendere autoveicoli di altre marche concorrenti in qualità di distributore indipendente. Di conseguenza egli dovrà agire in qualità di intermediario incaricato se intende rifornirsi della marca in questione all'interno della rete dei distributori autorizzati. Egli può anche rifornirsi al di fuori della rete di distribuzione ufficiale di una marca. Se agisce in questo modo, egli non corre il rischio di perdere soltanto per questo motivo la qualità di distributore autorizzato o di riparatore autorizzato. Egli non può essere penalizzato neanche in un'altra maniera.

Scioglimento del contratto (ad art. 19 ComAuto)

48. Un distributore autorizzato che è attivo sia nell'ambito della vendita di autoveicoli nuovi che del servizio di assistenza deve essere in grado di interrompere una di queste attività senza esser costretto a negoziare un nuovo contratto con il fornitore di autoveicoli per l'attività rimanente.

49. Un distributore autorizzato che ha concluso un contratto relativo alla vendita e al servizio di assistenza alla clientela e che desidera ritirarsi dall'attività di vendita di autoveicoli nuovi allo scopo di proseguire la propria attività di riparatore autorizzato, o viceversa, deve esser in grado di farlo basandosi sul contratto già esistente conclusa con il suo fornitore di autoveicoli.

50. Le modalità di disdetta secondo l'articolo 19 paragrafo 3 ComAuto sono destinate ad evitare che i fornitori di autoveicoli disdicano il contratto a causa di un comportamento di per sé lecito dal punto di vista della Comunicazione autoveicoli. Le disposizioni nell'articolo 19 ComAuto disciplinano in primo luogo le esigenze relative alle disposizioni sulla forma e sul contenuto delle disdette nelle convenzioni tra i fornitori di autoveicoli e i distributori autorizzati, i riparatori autorizzati nonché i distributori autorizzati di pezzi di ricambio.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	H	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
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 5, 86 f.
 - Abrede 3 ff., 14, 67 f., 70, 79 ff., 101 f., 107, 113, 115 ff., 126 f., 167, 171, 190, 199, 205, 212 f., 219, 262, 283, 285, 290 f., 297, 305, 344 ff.,
 - Acquiring -
 - Anhörung 7, 67, 76, 78 f., 134, 166 ff., 181, 191, 194, 199, 209, 293, 302, 305, 342
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 6
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste 130, 135, 176, 179 f.
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 4, 69, 115, 119, 322
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 3, 8, 11, 13, 86, 190, 342
 - Erheblichkeit 5, 107, 347
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte 160, 170, 194
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee 6, 38, 54, 91, 316
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 69, 121 ff., 281 ff., 333 ff.
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 91, 173, 211, 219, 246, 253, 257, 262 f., 285, 289
 - Koppelungsgeschäft -
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer 6
 - Kreditkarten 6, 83, 89, 91 ff., 100, 106, 316
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -91, 106
- L**
- legitimate business reasons -123, 186
- M**
- Marktaufteilung -
 - marktbeherrschende Stellung 4 ff., 69, 80, 120 ff., 129 f., 171 f., 177 179, 185 f., 189, 191, 193, 205, 208, 213, 217, 221, 240, 243 f., 248 ff., 259, 266 f., 274, 276, 278, 281 ff., 307, 322, 324, 329 ff.
 - Marktgegenseite 66, 68 f., 82, 990 ff., 96, 101 f., 111 ff., 121 ff., 130, 171 ff., 176, 185 f., 189 f., 192, 195 f., 199, 213, 223, 231, 267 f., 270, 287, 307 f., 322, 324, 330
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 100, 109, 120, 173, 176, 203, 264
 - Marktzutrittsschranken –
 - Meldepflicht 65 f., 220 f., 257, 261, 265 ff., 286 f., 307, 328
 - Missbrauch 2, 4 f., 7 f., 10, 70, 87, 120, 123 ff., 129 f., 168, 171 f., 185 f., 189 f., 193, 195 f., 199, 201, 203, 205, 213, 330, 336 f.
- N**
- Netzwerk 68, 91 ff., 111 ff., 130, 135 ff., 140 f., 143 ff., 160, 165 ff., 173 ff., 182, 184 f., 187 f., 191, 193, 203, 218 ff., 228 ff., 248 f., 251 ff., 256, 270, 277 f., 287, 289, 313, 316 ff., 320, 324, 328 ff., 335
 - Netzwerkkosten 140 f., 150, 169
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb 69, 111, 121, 183, 278, 281, 330, 333 ff.
 - Preisabrede 3, 5, 7 f., 90, 119
 - Preisbindung zweiter Hand 89, 103, 107
- Q**
- Quersubventionierung 106, 197, 200, 205
- R**
- Rabatte 3 f., 73, 86, 114, 159, 167, 192, 288, 349
 - Reduktion der Sanktion -

S	V
Sanktionen 3 f., 11, 13 f., 1§24, 203, 205 f., 209 ff.	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Senkung Herstellkosten -	Veröffentlichung 5, 76, 278
Submission 5, 14, 82	Verschulden 206 ff.
Submissionskartell -	Vierparteiensysteme -
T	vorbehaltene Vorschriften 67, 82, 129, 171, 265, 286, 307
Tarife 5, 100, 323	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tarifvertrag -	
Tierärzte/innen -	W
Transparenzmassnahmen -	Wettbewerb um den Markt -
U	X
Umstossung der Vermutung -	Y
Untersuchung 2 ff., 67, 73 ff., 80, 82, 86, 90 f. 99 f., 107, 110, 115, 120, 126 ff., 130 f., 133 f., 139, 149, 164 f., 167 ff., 176 f., 181, 190, 196, 198 ff., 205 ff., 210 ff., 214 ff., 226, 231, 237, 242, 248, 251, 292 ff., 297 f., 322, 324, 338 ff.	Z
unzulässige Wettbewerbsabrede 67, 80, 82, 115, 120, 126 f., 349	Zahlungsmittel 6 zweiseitige Märkte 94, 287, 316, 330