

Zur Diskussion/A discuter

Zum Reko-Entscheid «Berner Zeitung AG, Tamedia AG / Wettbewerbskommission»

STEFAN KELLER*

Der Entscheid der Reko Wef zur Beteiligung der Berner Zeitung an der Pendlerzeitung 20 Minuten wirft grundlegende materiell- und verfahrensrechtliche Fragen im Kartellrecht auf. Im vorliegenden Aufsatz werden die reformatorische Entscheidungsfindung der Reko Wef, die Auslegung des Begriffs der Marktbeherrschung im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses sowie die Thematik des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt kritisch beleuchtet.

La décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence concernant la participation de la Berner Zeitung dans le quotidien gratuit 20 Minutes soulève à la fois des questions de fond et de procédure. La présente contribution porte un regard critique sur le processus décisionnel révisé de la Commission de recours pour les questions de concurrence, sur l'interprétation de la notion de «position dominante» dans le cadre d'une concentration d'entreprises ainsi que sur la thématique de la concurrence actuelle et potentielle sur le marché en cause.

- I. Einleitung**
 - II. Sachverhalt**
 - III. Die reformatorische Entscheidung durch die Reko Wef**
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Die Kognition der Reko Wef
 - 3. Die Anwendung der Kognition der Reko Wef im vorliegenden Fall
 - 4. Zwischenergebnis
 - IV. Der Marktbeherrschungsbegriff im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses**
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Der Marktbeherrschungsbegriff im Allgemeinen
 - 3. Der Marktbeherrschungsbegriff in Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 KG im Vergleich
 - V. Die Voraussetzung aktuellen Wettbewerbs vor dem Zusammenschluss**
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Zwingende Prüfung potenziellen Wettbewerbs
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Am 4. Mai 2006 hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko Wef) den Beschwerdeentscheid in Sachen Berner Zeitung AG, Tamedia AG / Wettbewerbskommission gefällt¹. Dieser Entscheid wirft nicht nur grundlegende kartellrechtliche Verfahrensfragen auf, sondern betritt auch materiellrechtliches Neuland. Der vorliegende Aufsatz wird sich mit einigen dieser Fragen beschäftigen: Nach einer kurz gehaltenen Zusammenfassung² des Sachverhalts (nachfolgend II.), soll die verfahrensrechtliche Frage der Zulässigkeit der reformatorischen Entscheidungsfindung durch die Reko Wef im vorliegenden Fall untersucht werden (III.). Die von der Reko Wef vorgenommene Auslegung des Begriffs der Marktbeherrschung im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses bildet Thema der anschliessenden Überlegungen (IV.), bevor auf die Thematik aktuellen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt eingegangen wird (V.). Eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse soll den Abschluss der nachfolgenden Betrachtungen bilden (VI.).

¹ Vgl. RPW 2006/2, 347 ff.

² Die ausserordentlich ausführlichen Entscheide der Reko Wef und der Wettbewerbskommission umfassen in der Zeitschrift RPW 43 Seiten sowie 41 Seiten (Tamedia AG / 20 Minuten [Schweiz] AG) bzw. 53 Seiten (Berner Zeitung AG / 20 Minuten [Schweiz] AG), sie eignen sich aufgrund ihrer Länge nicht für einen Abdruck.

II. Sachverhalt

Die beiden Unternehmen Tamedia AG³ und Berner Zeitung AG⁴ beabsichtigten im Jahre 2003, durch ihr geplantes Gemeinschaftsunternehmen Express Zeitung AG⁵, bis anhin eine alleinige Tochtergesellschaft der Tamedia, die Kontrolle über die Zeitung 20 Minuten (Schweiz) AG⁶ zu erwerben. Die mit der Zusammenschlusskontrolle befassete Wettbewerbskommission (Weko) genehmigte dieses Vorhaben in der Folge teilweise, indem sie der Tamedia bzw. ihrer Tochtergesellschaft Express Zeitung den Kontrollerwerb über 20 Minuten ohne Auflagen erlaubte⁷, eine Beteiligung der Berner Zeitung an der Express Zeitung und damit an 20 Minuten jedoch untersagte⁸. Die Weko begründete die erstmalige Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens in der Schweiz im Ergebnis damit, dass die Espace Media Groupe als Mutter der Berner Zeitung durch diese Beteiligung an 20 Minuten auf dem (Zeitung-) Leser- und Werbemarkt im Raum Bern eine marktbeherrschende Stellung begründe, welche den wirksamen Wettbewerb auf diesen Märkten beseitige. Die von der Tamedia und der Berner Zeitung angerufene Reko Wef hob in teilweiser Gutheissung der Beschwerde den Entscheid der Weko auf und erlaubte die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten, verbunden mit der Auflage, sich künftig weder direkt noch indirekt um die Konzessionsvergabe für den «Anzeiger Region Bern», das offizielle amtliche Publikationsorgan der Stadt und Region Bern ohne redaktionellen Teil, zu bewerben. Welcher Entscheid, derjenige der Weko oder jener der Reko Wef richtig oder richtiger erscheint, kann hier freilich dahingestellt bleiben⁹.

III. Die reformatorische Entscheidung durch die Reko Wef

1. Vorbemerkungen

Die Reko Wef hat im Beschwerdeverfahren Berner Zeitung, Tamedia/Weko nicht nur den Entscheid der Weko aufgehoben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, sondern die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten zugelassen und mit einer Auflage versehen. Die Reko Wef hat damit nicht kassatorisch entschieden, sondern reformatorisch, d.h. in der Sache selbst¹⁰. Von Interesse wird nachfolgend die Frage sein, inwiefern und v.a. inwieweit die Reko Wef befugt war, im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen reformatorischen Entscheid zu fällen. Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage bildet der Umfang der Kognitionsbefugnis der Reko Wef.

2. Die Kognition der Reko Wef

Die Reko hält in ihrem Entscheid fest, dass sie über dieselbe Kognition verfüge wie die Vorinstanz, mithin volle Kognition¹¹. Dem ist, einerseits mit Blick auf das Verfahrensrecht¹², andererseits aufgrund der Tatsache, dass die Reko Wef eine Spezialrekurskommission mit dem notwendigen Fachwissen in Wettbewerbsfragen darstellt, zuzustimmen¹³. Von grösserer Bedeutung ist nun freilich, wie die Reko

³ Nachfolgend Tamedia.

⁴ Nachfolgend Berner Zeitung.

⁵ Nachfolgend Express Zeitung.

⁶ Nachfolgend 20 Minuten.

⁷ Entscheid Tamedia AG /20 Minuten (Schweiz) AG, RPW 2004, 583 ff.

⁸ Berner Zeitung AG /20 Minuten (Schweiz) AG, RPW 2004, 529 ff.

⁹ P. Gauch, Argumente. Ein Geburtstagsbrief, recht 2000, Sondernummer für Wolfgang Wiegand, 91, führte im Zusammenhang der Methodik zur Gesetzesauslegung Folgendes aus: «Da wir gewohnt sind, in einer «Richtig-Falsch-Achse» zu denken, verwenden wir einen Grossteil unserer Energie darauf, nach solchen Beweisen zu suchen. Für einmal bin ich von dieser Anstrengung befreit, was jedoch nicht heissen will, dass mich der ganze Fragenkomplex unberührt lässt» – ich will es vorliegend mit Gauch halten.

¹⁰ A. Kölz / I. Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 1005.

¹¹ E. 2, RPW 2006/2, 355.

¹² Die volle Kognition gründet auf Art. 39 KG, der – mangels besonderer Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz – die Verfahrensbestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes für anwendbar erklärt. Nach Art. 71a Abs. 2 VwVG gelten diese Verfahrensbestimmungen auch für Rekurskommissionen. Art. 49 VwVG sieht nun vor, dass die Beschwerdeführer die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreiten oder Missbrauch des Ermessens (lit. a), und die unrichtige oder unvollständige Erhebung des Sachverhalts rügen (lit. b), die Rekurskommissionen schliesslich auch die Unangemessenheit eines Entscheides überprüfen können (lit. c).

¹³ So führte das Bundesgericht in BGE 130 II 452 E. 4.1 aus, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Spezialrekurskommission sei, für nur wenige Spezialgebiete zuständig sei und demnach über das notwendige Fachwissen in diesen Gebieten verfüge, so dass kein Grund für eine besondere Einschränkung der Kognition bestehe. Vgl. hierzu auch P. Uebersax, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes – ein rechtliches Risiko?, in: T. Sutter-Somm (Hg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, 690.

Wef von ihrer vollen Kognition in der Praxis Gebrauch macht, konkret, ob und falls ja in welchem Ausmass und nach welchen Kriterien sich die Reko Wef Zurückhaltung in der Entscheidungsfindung auferlegt – oder aufzuerlegen hat.

Die Reko Wef hat sich in der Vergangenheit verschiedentlich – letztmals im November 2005 – (und in Kenntnis der von ihr nun erstmals zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴) zur Frage der eigenen Kognitionsausübung geäussert¹⁵. Sie hielt dabei im Wesentlichen fest, dass sie «ihre Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde» ausübe und weitere Sachverhaltsabklärungen nicht selbst treffe, sondern «die mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraute oder sachlich kompetentere Behörde» entscheiden lasse, was «insbesondere auf die personell für solche Aufgaben ausreichend ausgestattete Wettbewerbskommission zu[treffe], welche mit der Konkretisierung der materiellrechtlichen Vorschriften des KG und demzufolge mit der Formulierung der Wettbewerbspolitik vertraut ist»¹⁶.

Das Bundesgericht hat in verschiedenen Entscheiden zur Anwendung der vollen Kognition von Rekurskommissionen in der Praxis festgehalten, dass eine blosser Willkürprüfung oder eine Beschränkung auf eine reine Rechtskontrolle, mithin ein Verzicht auf Überprüfung von Ermessensfragen, nicht ausreichend sei, ja gar eine formelle Rechtsverweigerung darstelle¹⁷. Dass die Reko Wef durch diese Rechtsprechung verpflichtet wird, «ihre Kognition auszuschöpfen», wie sie im Beschwerdeentscheid ausführt¹⁸, ist in dieser Absolutheit wohl zu relativieren. Das Bundesgericht räumt den Rekurskommissionen nämlich durchaus die Möglichkeit ein, «in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz respektieren» zu dürfen¹⁹ und namentlich nur unangemessene Entscheidungen zu korrigieren, «der Vorinstanz [allerdings] die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen» zu lassen²⁰. Dies insbesondere bei Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, dem sogenannten technischen Ermessen, wo die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, so dass die Rekurskommissionen «nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen» haben²¹. Dabei hat die Reko Wef selbstredend vorgängig die Angemessenheit der von der Weko vorgeschlagenen Lösung zu prüfen, um entscheiden zu können, ob der vorinstanzliche Entscheid zu schützen ist oder nicht.

¹⁴ Hierzu sogleich III/3.a.

¹⁵ Beschwerdeentscheid i.S. Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss + Appetito AG / Weko vom 22. November 2005, RPW 2005, 707, wonach es «nicht Aufgabe der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sein kann, als Gerichtsinstanz versäumte Untersuchungshandlungen von derart grosser Tragweite nachzuholen sowie selbst vorzunehmen und – in Abweichung von der funktionellen Zuständigkeitsordnung – als Erstinstanz [...] zu befinden».

Beschwerdeentscheid i.S. Telekurs Multipay / Weko vom 9. Juni 2005, RPW 2005, 556 f.: «Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz befugt ist, weitere Sachverhaltsabklärungen selbst zu treffen, soll die mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraute oder sachlich kompetentere Behörde über die Angelegenheit entscheiden [...]. Das trifft insbesondere auf die personell für solche Aufgaben ausreichend ausgestattete Wettbewerbskommission zu, welche mit der Konkretisierung der materiellrechtlichen Vorschriften des KG und demzufolge mit der Formulierung der Wettbewerbspolitik vertraut ist».

Beschwerdeentscheid i.S. X AG / Weko vom 12. November 1998, RPW 1998 677, wo die Reko Wef die von ihr verlangten hohen Anforderungen betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Sachverhaltsabklärung und die materiellrechtliche Begründung damit rechtfertigte, «dass die Rekurskommission der Wettbewerbskommission bei der materiellen Beurteilung einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum einzuräumen gewillt ist. Die Rekurskommission handhabt ihre Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde. Es soll prinzipiell Sache der Wettbewerbskommission sein, die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG zu konkretisieren und die Wettbewerbspolitik zu formulieren.» Vgl. hierzu auch Beschwerdeentscheid i.S. Vertrieb von Tierarzneimitteln vom 26. September 2002, RPW 2002, 723 sowie Beschwerdeentscheid i.S. Schweizerische Meteorologische Anstalt / Weko vom 15. August 2000, RPW 2000, 476.

¹⁶ Vgl. die in Fn. 15 angeführten Beschwerdeentscheide.

¹⁷ BGE 130 II 452 E. 4.1.

¹⁸ E. 2, RPW 2006/2, 355.

¹⁹ BGE 130 II 452 E. 4.1.

²⁰ BGE 127 II 242 E. 3b. aa.

²¹ BGE 116 Ib 273 E. 3b; ähnlich argumentiert Uebersax (Fn. 13), 692 (m.H.): «Angesichts der weit gefassten Kompetenzen sowie des vorhandenen technischen und rechtlichen Ermessens und des Umstands, dass die Fachkommissionen zwangsläufig über bessere Sachkenntnisse verfügen als die Rechtsmittelinstanzen, bleibt diesen kaum eine andere Wahl, als sich Zurückhaltung bei der Überprüfung der angefochtenen Entscheide aufzuerlegen».

3. Die Anwendung der Kognition der Reko Wef im vorliegenden Fall

a) Abweichung von der bisherigen Praxis

Die Reko Wef weicht im vorliegenden Fall von ihrer langjährigen Praxis unter Berufung auf BGE 130 II 449²² ab. Wie festgestellt worden ist, kann aus diesem Entscheid keine Verpflichtung der Reko Wef abgeleitet werden, ihre volle Kognition in jedem Fall bzw. hinsichtlich jeder Einzelfrage vollständig auszuschöpfen. Der von der Reko Wef als «weniger weit gehend» angeführte BGE 131 II 680 relativiert diesen von ihr angenommenen Zwang zur Kognitionsausschöpfung noch weiter, indem nach Auffassung des Bundesgerichts «im Zweifel» die eigene Einschätzung nicht «an die Stelle jener der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Fachinstanz» gesetzt werden solle²³. Da die Reko Wef im vorliegenden Entscheid offenbar gemäss bundesgerichtlicher Praxis sich nicht im Zweifel befindet und eine Not verspürt, von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen, stellt sich die Frage, was die Reko Wef am vorinstanzlichen Entscheid zu beanstanden hat und wie sie zu einer neuen Entscheidungsfindung gelangt.

b) Neue Marktabgrenzungen

Zum einen ordnet die Reko Wef die Zeitung 20 Minuten einem separaten Pendlerzeitungsmarkt zu, während die Weko die Marktabgrenzung letztlich offengelassen hatte. Hinsichtlich der Abgrenzung des Werbemarktes schied die Reko Wef drei Werbeteilmärkte, einen Anzeigenraum für Firmenwerbung, Rubrikanzeigen sowie Ankündigungsanzeigen, aus, die Weko einen Markt für regionale und lokale Anzeigen.

Die Abgrenzung eines separaten Pendlerzeitungsmarktes stützt die Reko Wef auf die Erscheinungsweise, die Unterschiede bei der Breite und Tiefe der Berichterstattung, bei der Art und Darstellung der gewählten Nachrichten sowie auf den fehlenden signifikanten Rückgang bei den Abonnements- und Einzelverkäufen der regionalen Tageszeitungen und schliesslich auf die Tatsache, dass 20 Minuten namentlich junge Gelegenheitsleser gewonnen habe²⁴.

Die Neuabgrenzung des Werbemarktes erfolgte aufgrund der von der Reko Wef formulierten Ausgangsfrage, welche werbetechnischen Alternativen den Inserenten nach Vollzug des Beteiligungserwerbs der Berner Zeitung an 20 Minuten offenstünden²⁵. Entsprechend bemängelt die Reko Wef, die Weko habe die in der regionalberner Ausgabe von 20 Minuten erschienenen Inserate mit rein regionalem oder lokalem Bezug nicht analysiert, um die Inserentenstruktur und deren Werbebedürfnisse zu ermitteln. Ferner habe sie nicht ausschliesslich diese Inserenten nach den für sie bestehenden Ausweichmöglichkeiten, sondern stattdessen auch landesweit²⁶ tätige Werbetreibende befragt, welche bis anhin nie ausschliesslich in der Regionalausgabe Bern von 20 Minuten inseriert hätten. Dies habe zur Folge, dass deren Antworten

auf den sogenannten SSNIP-Test²⁷ «keine wesentliche Aussagekraft und Signifikanz beanspruchen können»²⁸. Die Antworten der interessierenden Marktgegenseite seien deshalb nicht repräsentativ, zudem stellten sie nicht «mehr als unverbindliche Absichtserklärungen» dar²⁹.

²² Vgl. den bereits zitierten BGE 130 II 449 E. 4.1.

²³ Mit Bezug auf die mit der Reko Wef vergleichbare Spielbankenkommission führte das Bundesgericht in BGE 131 II 680. E. 2.3.3 aus, dass diese in einem Bereich wirke, «in dem sich Fachfragen technischer, ökonomischer, gesellschaftspolitischer und verhaltenspsychologischer Natur stellen. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, wenn die Rekurskommission deren Praxis gegenüber eine gewisse Zurückhaltung übt und im Zweifel nicht ihre eigene – notwendigerweise auf Einzelfällen beruhende und in keinem Gesamtzusammenhang stehende – Einschätzung an die Stelle jener der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Fachinstanz stellt». In diesem Sinne auch Uebersax (Fn. 13), 692; eine andere Ansicht vertritt offenbar R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 1090 f. (m.H.), der eine Zurückhaltung der Reko Wef bei der Überprüfung materiellrechtlicher Bestimmungen als problematisch betrachtet.

²⁴ E. 7.2.3, RPW 2006/2, 372 f.

²⁵ E. 8.1.3, RPW 2006/2, 379.

²⁶ D.h. in allen deutschsprachigen Regionalausgaben von «20 Minuten» inserierende Werbetreibende.

²⁷ SSNIP-Test bedeutet «small but significant nontransitory increase in price»-Test. Der Test erlaubt es, herauszufinden, welche Produkte dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Untersucht wird dabei konkret, ob und in welchem Ausmass die Marktgegenseite bei einer geringen, aber dauerhaften Preiserhöhung auf andere Produkte ausweicht. Im Rahmen dieses Tests wurden im vorliegenden Fall die Werbetreibenden etwa nach ihrem künftigen Werbeverhalten gefragt, wenn die Insertionspreise in der Zeitung 20 Minuten dauerhaft um 10% erhöht würden.

c) Die Begründung der neuen Marktabgrenzung

Die Reko Wef blieb ihrer bisherigen Rechtsprechung im Ergebnis insofern treu, als sie angesichts «ihrer funktionellen Zuständigkeit und ihrer im Vergleich zur Wettbewerbskommission äusserst beschränkten personellen Mittel»³⁰ auf die Sachverhaltsabklärungen der «sachlich kompetentere[n] Behörde» und der «personell für solche Aufgaben ausreichend ausgestattete[n] Wettbewerbskommission»³¹ abstellte und auf weitere Sachverhaltsabklärungen verzichtete. Allerdings, und dies ist vorliegend von Bedeutung, kritisierte die Reko Wef die von der Weko getroffenen Sachverhaltsabklärungen in casu als unzureichend und mangelhaft³². Gleichwohl vermied sie es, den Fall an die Weko zur weiteren Abklärung des Sachverhalts zurückzuweisen, sondern traf einen reformatorischen Entscheid – gestützt auf die unzureichenden und mangelhaften Sachverhaltsabklärungen: die Abgrenzung eines Anzeigenraums für Firmenwerbung stützte die Reko Wef auf den kritisierten SSNIP-Test³³, die Teilmärkte Anzeigenräume Rubrikanzeigen, sowie Ankündigungsanzeigen «auf werbepsychologische Plausibilitätsüberlegungen, welche Anhaltspunkte in den Akten haben»³⁴.

4. Zwischenergebnis

Die Vorgehensweise der Reko Wef zur reformatorischen Entscheidungsfindung erweckt insofern Bedenken, als diese innerhalb der von ihr beanspruchten Verfahrenszeit von beinahe 28 Monaten³⁵ nicht nachgeholt hat, was die Vorinstanz ihrer Ansicht nach zu tun unterliess. Dieses Faktum ist umso erstaunlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass dieselbe Reko Wef gut elf Monate vor ihrer Entscheidungsfällung, mithin nach 17 Monaten Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens, betonte, dass sich eine «Rückweisung zu neuem Entscheid [...] vor allem dann als angebracht [erweist,] wenn die Klärung des massgeblichen Sachverhalts weitere Abklärungen erfordert und gegebenenfalls ein umfangreiches Beweisverfahren nötig ist»³⁶. Die Reko Wef wäre somit aufgrund der von ihr selber kritisierten ungenügenden Entscheidungsgrundlage gut beraten gewesen, auf einen reformatorischen Entscheid in casu zu verzichten.

IV. Der Marktbeherrschungsbegriff im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses

1. Vorbemerkungen

Art. 10 Abs. 2 KG³⁷ verlangt für die Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses oder dessen Zulassung mit Bedingungen und Auflagen unter anderem, dass durch den Zusammenschluss «eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt» wird. Die Reko Wef hält diesbezüglich im vorliegenden Entscheid ziemlich unspektakulär und selbstverständlich fest³⁸, dass mit dieser Formulierung eine qualifizierte Form der Marktbeherrschung gemeint sei, die nicht mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung in Art. 4 Abs. 2 KG bzw. Art. 7 Abs. 1 KG gleichgesetzt werden könne.

Ob im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle tatsächlich eine qualifizierte Form der Marktbeherrschung vorausgesetzt wird, stellt eine weitreichende und wichtige Frage dar, die es verdient, im Folgenden etwas genauer beleuchtet zu werden, zumal sie im schweizerischen Schrifttum kontrovers diskutiert wird und sich hierzu bis anhin weder die Reko Wef noch das Bundesgericht geäussert haben.

²⁸ E. 8.1.4, RPW 2006/2, 379.

²⁹ E. 8.1.4, RPW 2006/2, 380.

³⁰ Beschwerdeentscheid i.S. X AG / Weko vom 12. November 1998, RPW 1998, 677.

³¹ Cf. supra III/2.

³² So etwa in E. 8.1.4, RPW 2006/2, 379.

³³ E. 8.3.3, RPW 2006/2, 382.

³⁴ E. 8.3.2 und 8.3.3, RPW 2006/2, 382 f.

³⁵ Der vorinstanzliche Entscheid erging am 19. Januar 2004, der Entscheid der Reko Wef am 4. Mai 2006.

³⁶ Beschwerdeentscheid i.S. Telekurs Multipay / Weko vom 9. Juni 2005, RPW 2005, 556.

³⁷ «Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt».

³⁸ E. 6.3.6., RPW 2006/2, 366.

2. Der Marktbeherrschungsbegriff im Allgemeinen

Ausgangspunkt bildet Art. 4 Abs. 2 KG, welcher diejenigen Unternehmen als marktbeherrschend definiert, «die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten». Zu unterscheiden ist die Marktbeherrschung von der Marktmacht³⁹, die in Art. 2 Abs. 1 KG erwähnt, jedoch nicht definiert wird. Marktbeherrschung setzt Marktmacht voraus. Blosser Marktmacht (nicht jedoch Marktbeherrschung) liegt – verkürzt formuliert – dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem relevanten Markt einen hohen Marktanteil besitzt, sich jedoch aufgrund (geringer) aktueller oder allenfalls potenzieller Konkurrenz nicht von den anderen derzeitigen oder künftigen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. Dieser qualifizierte Markteinfluss⁴⁰, der von der Marktmacht ausgeht, reicht allerdings nicht aus, den Markt tatsächlich zu beherrschen und sich damit von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten⁴¹. Ein marktmächtiges Unternehmen ist somit nicht zwingend marktbeherrschend, ein marktbeherrschendes jedoch immer marktmächtig. Die Marktbeherrschung wird denn auch als qualifizierte Marktmacht bezeichnet⁴².

3. Der Marktbeherrschungsbegriff in Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 KG im Vergleich

a) Ausgangslage

Nun ist freilich weder Marktmacht noch Marktbeherrschung nach schweizerischem Kartellrecht per se unzulässig. Entscheidend und kartellrechtlich relevant sind vielmehr gewisse Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens: Nach Art. 7 Abs. 1 KG ist der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung unzulässig, um damit andere (derzeitige oder künftige Konkurrenz-) Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen.

Nach Art. 10 Abs. 2 KG kann ein Zusammenschluss des Weiteren untersagt oder nur mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden, wenn durch diesen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Ein Unterschied zwischen den beiden Artikeln besteht einmal darin, dass in Art. 7 ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung stattfinden muss, während im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle bereits deren Begründung oder Verstärkung genügen soll. Der Grund liegt darin, wettbewerbsfeindliche Marktstrukturen schon vor deren Entstehung zu verhindern⁴³.

b) Die Bedeutung des Kriteriums der möglichen Wettbewerbsbeseitigung

Stein des Anstosses und Grund der vorliegenden Kontroverse bildet in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG nun die Beifügung zum Begriff der marktbeherrschenden Stellung, nämlich dass durch diese Stellung «wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann». Ein Teil der Lehre⁴⁴ sowie nun offensichtlich auch die Reko Wer⁴⁵ schliessen aus dieser Wendung, dass damit mehr verlangt werde als in Art. 7 Abs. 1 KG, nämlich eine Wettbewerbsbeseitigung und nicht bloss die Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Demzufolge sei von einem unterschiedlichen Marktbeherrschungsgrad auszugehen: bei Art. 7 KG liege eine einfache, bei Art. 10 KG entsprechend eine qualifizierte Marktbeherrschung vor⁴⁶.

³⁹ Missverständlich statt vieler: Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 569.

⁴⁰ Zäch (Fn. 23), N 573.

⁴¹ T. Ulrich, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Diss. Zürich 2004, 14.

⁴² Zäch (Fn. 23), N 573.

⁴³ J. Borer, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9–11 KG, in: R. Zäch (Hg.), Das neue Schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 71.

⁴⁴ Zäch (Fn. 23), N 781 ff.; S. Venturi, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Genf et al. 2002, KG 10 N 19 ff. und 56 f.; Borer (Fn. 43), 73 und 75; F. Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Diss. Zürich 1996, 318; F. Hoffet, Unternehmenskonzentration, in: T. Geiser et al. (Hg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. 9, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel et al. 2005, N 10.40 ff.

⁴⁵ E. 6.3.6, RPW 2006/2, 366.

⁴⁶ Mit ausführlicher Begründung Zäch (Fn. 23), N 784; ferner: Venturi (Fn. 44), N 56 f.; Hoffet (Fn. 44), N 10.40 f.; so auch schon die Botschaft 1994 (Fn. 39), 583 f.

Es erscheint plausibel, wie Zäch anführt, dass ein «unterschiedlicher Wortlaut [...] auf eine unterschiedliche Bedeutung [deutet]». Allerdings wird durch den Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG der wahre Sinn und Inhalt der Norm nur unzureichend wiedergegeben. Entscheidend ist, und dies scheint von den Verfechtern unterschiedlicher Marktbeherrungsgrade nicht beachtet zu werden, dass eine marktbeherrschende Stellung bereits eine Behinderung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs voraussetzt⁴⁷. Man sollte damit aber nicht so weit gehen wie von Ballmoos oder Borer, die bei Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung generell eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bejahen⁴⁸. Dies würde zum wohl nicht zutreffenden Ergebnis führen, dass auf jedem Markt, auf dem sich ein marktbeherrschendes Unternehmen findet, der wirksame Wettbewerb bereits beseitigt ist. Dies würde die weitere Frage nach sich ziehen, weshalb gemäss Art. 7 KG nur der Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung kartellrechtlich relevant sein soll, wo doch schon die – per se zulässige – marktbeherrschende Stellung an sich zur unerwünschten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt hätte. Richtiger Ansicht nach führt die marktbeherrschende Position nicht automatisch zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, zwingend jedoch zur Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb beseitigen zu können⁴⁹. Dies wird schon daraus ersichtlich, dass der Verhaltensspielraum eines marktbeherrschenden Unternehmens vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrolliert wird⁵⁰. Mehr als die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG im Übrigen auch nicht verlangt.

Somit kann festgehalten werden, dass das in Art. 10 Abs. 2 KG verwendete Kriterium der «möglichen Wettbewerbsbeseitigung» jeder marktbeherrschenden Stellung inhärent ist. Da eine Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle zugleich niemals einzig aus einer statischen, sondern immer auch dynamischen Sicht – mit Blick in die Zukunft – zu beurteilen ist⁵¹, kann aus dem Kriterium auch kein eigenständiges zeitliches Moment abgeleitet werden⁵².

Es kann demnach mit von Ballmoos gefolgert werden, dass die Wendung, wonach durch den Unternehmenszusammenschluss wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, lediglich einen «beschreibende[n] Zusatz ohne eigenständige analytische Bedeutung» darstellt⁵³. Damit scheidet auch die zwischen Zäch und von Ballmoos vermittelnde Meinung von Ulrich aus, welcher zwar eine eigenständige Prüfung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ablehnt, dennoch diesem Kriterium die Bedeutung einer qualifizierenden Beschreibung der Marktbeherrschung zumessen will⁵⁴.

Weiter wird namentlich von Zäch das Argument vorgebracht, dass in Art. 9 Abs. 4 KG⁵⁵, welcher eine generelle Meldepflicht⁵⁶ für Unternehmen festlegt, die von der Weko in einem früheren Verfahren als marktbeherrschend eingestuft wurden, nicht nur eine Meldepflicht, sondern eine generelle Untersagung von Zusammenschlussvorhaben dieser Unternehmen statuiert werden müsste, würde der Marktbeherrschungsbegriff in Art. 7 und Art. 10 KG gleichgesetzt⁵⁷. Dies gilt es abschliessend zu prüfen.

Obwohl dieses Argument prima vista einzuleuchten vermag, stellt es sich bei Lichte betrachtet als unzutreffend heraus. So kann die festgestellte Marktbeherrschung des meldepflichtigen Unternehmens auf einem Verfahren nach Art. 7 oder Art. 10 KG beruhen: Art. 9 Abs. 4 KG spricht nämlich von «einem Verfahren nach diesem Gesetz», was sowohl das Untersuchungsverfahren nach Art. 7 KG als auch das Fusionskontrollverfahren einschliesst, wie die Botschaft im Übrigen auch explizit betont⁵⁸.

⁴⁷ P. Ducrey, SIWR V/2, 293.

⁴⁸ T. von Ballmoos, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, AJP 1999, 296; Borer (Fn. 43), 83.

⁴⁹ In diesem Sinne dann auch von Ballmoos (Fn. 48), 301, in den zusammenfassenden Schlussfolgerungen.

⁵⁰ So auch Ulrich (Fn. 41), 17.

⁵¹ Borer (Fn. 43), 83 f.; Ducrey (Fn. 47), 292 ff.; von Ballmoos (Fn. 48), 297 ff.; Ulrich (Fn. 41), 22.

⁵² von Ballmoos (Fn. 48), 297; so jedoch etwa Borer (Fn. 43), 83 f., aber auch die Botschaft 1994 (Fn. 39), 584; Ducrey (Fn. 47), 294, sieht allenfalls einen eigenständigen Anwendungsbereich in einer «Analyse der Marktentwicklung, welche über den zeitlichen Horizont der Analyse der potenziellen Konkurrenz hinausgeht».

⁵³ von Ballmoos (Fn. 48), 301.

⁵⁴ Nach Ulrich (Fn. 41), 24, soll mit diesem Zusatz «ausgedrückt werden, dass für ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen ein erhebliches Mass an Marktbeherrschung vorliegen muss».

⁵⁵ Zur Kritik an der Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 4 KG Ducrey (Fn. 47), 257 f.

⁵⁶ Mithin eine unabhängig von den in Art. 9 Abs. 1–3 KG verankerten Aufgreifschwelen bestehende Meldepflicht.

⁵⁷ Zäch (Fn. 23), N 789 f.

⁵⁸ Botschaft 1994 (Fn. 39), 580.

Auch wenn somit verschiedene Marktbeherrschungsbegriffe Anwendung finden würden, unterläge ein «marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 10 KG» der Meldepflicht.

Ausserdem verlangt die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung, wie aus den vorstehenden Ausführungen zum Marktbeherrschungsbegriff deutlich geworden ist, eine dynamische Betrachtungsweise. Da Art. 9 Abs. 4 KG keine zeitliche Beschränkung inhärent ist, wie lange die einmal festgestellte Marktbeherrschung zu vermuten ist⁵⁹, drängt sich im Zeitverlauf je nach Entwicklung der betroffenen Märkte eine Neubeurteilung auf, wozu die Wettbewerbsbehörden übrigens nach Art. 10 Abs. 4 KG ausdrücklich verpflichtet sind, indem sie die «Marktentwicklung» bei der Beurteilung des Zusammenschlusses zu berücksichtigen haben.

c) Zwischenergebnis

Richtigerweise wird im Zusammenhang mit dem Fusionskontrollverfahren in Art. 10 KG gerade nicht ein unterschiedlicher Marktbeherrschungsgrad im Vergleich zu Art. 7 KG hingegen vorausgesetzt. Der Unterschied der beiden Bestimmungen besteht vielmehr darin, dass im Rahmen des Art. 10 KG eine durch externes, quasi zugekauft Wachstum, entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung zu beurteilen ist, in Art. 7 KG hingegen eine organische, durch internes Wachstum entstandene Marktbeherrschung. Da Letzteres in einer wohl unangefochtenen Wettbewerbswirtschaft grundsätzlich zulässig sein muss, wird diesfalls folgerichtig nur die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung kartellrechtlich verfolgt.

Die von der Botschaft⁶⁰ und einem Teil der Lehre⁶¹ geforderten hohen Hürden, um ein Zusammenschlussvorhaben untersagen zu können, bestehen zwar tatsächlich, jedoch nicht aufgrund einfacher oder qualifizierter Marktbeherrschungsgrade, sondern allein aufgrund der Tatsache – womit wir wieder bei der Unterscheidung zwischen Marktmacht und Marktbeherrschung angelangt sind – dass für die Marktbeherrschung nicht nur auf hohe Marktanteile abzustellen, sondern namentlich auch der potenzielle Wettbewerb im In- und Ausland in Betracht zu ziehen ist⁶².

V. Die Voraussetzung aktuellen Wettbewerbs vor dem Zusammenschluss

1. Ausgangslage

Nach der Erkenntnis, dass Art. 10 Abs. 2 KG keine qualifizierte Marktbeherrschung voraussetzt, ist eine weitere, von der Reko Wef aufgestellte These im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle zu untersuchen, die (soweit ersichtlich) im Schrifttum noch nie geäussert worden ist. Die Reko Wef stellt zunächst fest, dass sich die durch ein Zusammenschlussvorhaben begründete oder verstärkte marktbeherrschende Stellung aufgrund aktuellen Wettbewerbs, potenziellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite beurteile und in einer dynamischen Betrachtungsweise abgeschätzt werden müsse⁶³. Dagegen ist freilich nichts einzuwenden. In der Folge führt die Reko Wef jedoch Folgendes aus:

«Die Untersagung eines Vorhabens oder die Zulassung unter Bedingungen und Auflagen setzen voraus, dass aktueller Wettbewerb vor dem Zusammenschluss existiert. Das Vorhaben muss für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (d.h. für die Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen) kausal sein [...]. Fehlt aktueller Wettbewerb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben, kann er durch das Vorhaben auch nicht beseitigt werden. Das Vorhaben führt dann nicht zu einer wettbewerbsbeseitigenden beherrschenden Stellung, weshalb es ohne weiteres zuzulassen ist»⁶⁴.

Die Reko Wef betont mit anderen Worten, dass im Falle nicht vorhandenen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb nicht beseitigen könne und deshalb ohne weiteres zulässig sei. Wie im Folgenden auszuführen ist, verkennt die Reko Wef damit den

⁵⁹ Nach Ducrey (Fn. 47), 257 f., besteht die Frist solange, bis eine gegenteilige Verfügung oder Entscheidung im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses ergeht.

⁶⁰ Botschaft 1994 (Fn. 39), 584.

⁶¹ So etwa Zäch (Fn. 23), N 788 (m.H.).

⁶² Hierzu noch infra V/b.

⁶³ E. 6.3.6 (m.H. auf das Schrifttum), RPW 2006/2, 366.

⁶⁴ E. 6.3.6 RPW 2006/2, 367.

grundlegenden Zusammenhang zwischen aktueller und potenzieller Konkurrenz im Rahmen der Fusionskontrolle.

2. Zwingende Prüfung potenziellen Wettbewerbs

Die Ausführungen der Reko Wef sind brisant. Sie unterstreichen, dass sie auf dem aufgezeigten falschen Verständnis eines eigenständigen Kriteriums der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG beruhen. Die Reko Wef verlangt, dass der Unternehmenszusammenschluss «für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kausal sein» muss, und beruft sich dabei auf verschiedene Quellen im Schrifttum. Die zitierten Autoren führen jedoch allesamt und – entscheidend – differenziert aus, dass das Zusammenschlussvorhaben für die marktbeherrschende Stellung der zusammengeschlossenen Unternehmen kausal sein muss⁶⁵, nicht (wie von der Reko Wef behauptet) für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Die marktbeherrschende Stellung kann freilich zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, nur ist dies für eine Untersagung des Vorhabens nicht vorausgesetzt, vielmehr reicht die Möglichkeit hierzu aus. Entscheidend ist somit nicht einzig, ob auf dem relevanten Markt der Wettbewerb bereits beseitigt ist, sondern zusätzlich, ob durch das Zusammenschlussvorhaben künftiger Wettbewerb auf diesem Markt beseitigt werden kann.

Die falsche Verknüpfung der Kausalität bewirkt in einem Folgefehler die irrige Meinung, dass fehlender aktueller Wettbewerb im Zeitpunkt des Zusammenschlusses zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – da nicht vorhanden – führen könne und das Vorhaben deshalb «ohne weiteres» zuzulassen sei. Diese Annahme beruht bereits auf zwei grundsätzlichen Fehlüberlegungen: Zum einen auf der bereits erwähnten (falschen) Voraussetzung, dass der wirksame Wettbewerb tatsächlich beseitigt werden muss (die Möglichkeit hierzu reicht aus!), zum anderen auf der Ausblendung des potenziellen Wettbewerbs. Damit setzt sich die Reko Wef nicht nur in Widerspruch zu ihren vorstehenden Ausführungen⁶⁶ betreffend Notwendigkeit einer dynamischen Betrachtungsweise im Sinne der momentanen, aber auch der künftigen Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt, sondern auch zu den unmittelbar anschliessenden Erwägungen, wonach das Gewicht potenzieller Wettbewerber zu ermitteln sei, falls «die aktuelle Konkurrenzsituation nicht ausreicht, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschliessen»⁶⁷. Die Prüfung der potenziellen Konkurrenz ist schon deshalb wesentlich, weil sich, wie die Reko Wef zusätzlich ausführt, «selbst ein Monopolist in einem bestimmten Markt nicht unabhängig verhalten kann, wenn er den Markteintritt neuer Wettbewerber fürchten muss»⁶⁸.

Da die Reko Wef im vorliegenden Fall leserseitig einen eigenen Pendlerzeitungsmarkt mit dem einzigen Marktteilnehmer, die Pendlerzeitung 20 Minuten, abgrenzt⁶⁹, erlangen diese – falschen – dogmatischen Ausführungen praktische und entscheidungsrelevante Bedeutung. Die Reko Wef liess das Zusammenschlussvorhaben deshalb zu, weil auf dem abgegrenzten Pendlerzeitungsmarkt⁷⁰ keine Marktanteilsadditionen stattfänden, zumal die Berner Zeitung ihre Aktivitäten auf einen neuen Markt ausdehnen möchte. Aus der fehlenden Marktanteilsaddition schliesst die Reko Wef, dass eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt werden könne, nachdem die Zeitung 20 Minuten «bereits den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern konkurrenzlos beherrscht, also dort gegenwärtig keinerlei Wettbewerb um dieselben Pendler herrscht, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könnte»⁷¹. Abgesehen davon, dass entgegen der von der Reko Wef, geäusserten Auffassung Marktanteilsadditionen keineswegs das alleinige Beurteilungskriterium für eine marktbeherrschende Position der beteiligten Unternehmen darstellen können⁷², unterlässt es damit die Reko Wef, die potenzielle Konkurrenz nach dem Zusammenschluss oder – hier entscheidend – die durch das Vorhaben allenfalls wegfallende potenzielle Konkurrenz zu untersuchen, na-

⁶⁵ So etwa Zäch (Fn. 23), N 812; Ulrich (Fn. 41), 45; Venturi (Fn. 44), KG 10 N 47.

⁶⁶ Supra V/1.

⁶⁷ E. 6.3.6, RPW 2006/2, 367.

⁶⁸ E. 6.3.6, RPW 2006/2, 367.

⁶⁹ E. 7.2.6, RPW 2006/2, 375.

⁷⁰ Dies gilt gemäss Reko Wef auch für die relevanten Werbemärkte, vgl. hierzu die Ausführungen in den E. 10.1.1–10.1.4, RPW 2006/2, 387 ff.

⁷¹ E. 9.2, RPW 2006/2, 386.

⁷² Neben den Marktanteilen sind etwa die Marktzutrittschranken und der potenzielle Wettbewerb, die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, der Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten, die Entwicklung von Angebot und Nachfrage, Substitutionswettbewerb sowie Berücksichtigung gegengewichtiger Marktmacht zu prüfen, vgl. umfassend Ulrich (Fn. 41), 59 ff., mit weiteren Kriterien; Zäch (Fn. 23), N 796; ebenso die Reko Wef im vorliegenden Fall, vgl. E. 6.3.1–6.3.4, RPW 2006/2, 363 ff., sie wendet diese Kriterien jedoch nicht in concreto an.

mentlich die Möglichkeit der Berner Zeitung oder Dritter⁷³, einen eigenen Pendlerzeitungstitel zu lancieren.

Zusammenfassung

Der dargestellte Rekursentscheid zum Beteiligungserwerb der Berner Zeitung an 20 Minuten zeigt – unabhängig vom Ergebnis – die Problematik einer reformatorischen Entscheidung durch die Reko Wef in aller Deutlichkeit auf. Die Reko Wef beanspruchte für ihren Entscheid mehr als zwei Jahre, während der Vorinstanz nach Art. 32 Abs. 1 KG für das Vorprüfverfahren ein Monat und gemäss Art. 33 Abs. 3 KG für das eigentliche Prüfungsverfahren weitere vier Monate, insgesamt somit fünf Monate zur Verfügung standen, um sämtliche notwendigen Untersuchungshandlungen und deren Auswertung vorzunehmen. Trotz der langen Verfahrensdauer stützte sich die Rekursinstanz für die Entscheidung vollumfänglich auf die von der Weko erhobenen, von der Reko Wef jedoch als unzureichend taxierten Daten ab. Ein reformatorischer Entscheid wäre freilich nur angebracht gewesen, falls die Weko nach Ansicht der Reko Wef aus der genügenden Datenlage falsche Schlussfolgerungen gezogen hätte.

Materiellrechtlich kann der Entscheid ebenfalls nicht überzeugen. Die Frage der Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens wurde ohne stringente Auseinandersetzung mit den kontroversen Meinungen im Schrifttum und im Ergebnis – so zumindest die hier vertretene Auffassung – unrichtig entschieden, indem von einem gegenüber Art. 7 KG qualifizierten Marktbeherrschungsbegriff ausgegangen wird. Dass dem in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG verwendeten Kriterium der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine eigenständige Bedeutung zugemessen wird, führt zur fragwürdigen, von der Reko Wef im vorliegenden Entscheid aber vertretenen Konsequenz, dass bei fehlendem aktuellem Wettbewerb auf dem relevanten Markt ein Zusammenschlussvorhaben ohne weiteres zuzulassen ist, da der bereits beseitigte Wettbewerb nicht mehr beseitigt werden kann.

Résumé

La décision sur recours concernant l'acquisition par la Berner Zeitung d'une participation dans le journal 20 Minutes démontre très clairement – et cela indépendamment de son résultat – le caractère problématique du processus décisionnel révisé de la Commission de recours pour les questions de concurrence. Il aura fallu attendre plus de deux ans pour qu'elle rende sa décision. La première instance, quant à elle, n'aura eu qu'un mois à disposition pour la phase préliminaire de contrôle et quatre mois, conformément à l'art. 33 al. 3 LCart, pour la phase principale d'évaluation; cela fait donc au total cinq mois pour tous les examens nécessaires et leur évaluation. Pour prendre sa décision, et malgré cette durée de procédure prolongée, l'instance de recours s'est uniquement basée sur les données recueillies par la Comco, bien qu'elle les ait jugées insuffisantes. Une décision en réforme aurait évidemment été utile uniquement si la Commission de recours avait estimé que la Comco avait tiré des conclusions erronées sur la base des données recueillies.

Sur le fond, la décision n'est pas non plus convaincante. A notre sens, la décision qui a été rendue concernant l'interprétation de la notion de position dominante dans le cadre d'une concentration d'entreprises est erronée, dans la mesure où elle se fonde, par comparaison avec l'art. 7 LCart, sur une notion de position dominante qualifiée; cette décision ne discute d'ailleurs même pas, ce qui aurait pourtant été nécessaire, les controverses qui existent en doctrine à ce sujet. Le fait d'attribuer un sens autonome au critère de la capacité de supprimer une concurrence efficace – critère prévu à l'art. 10 al. 2 let. a LCart – a pour conséquence douteuse, et pourtant défendue par la Commission de recours, d'autoriser une concentration d'entreprises en l'absence d'une concurrence actuelle au motif que la concurrence qui a déjà été supprimée ne peut plus l'être.

* lic. iur., Buchberg / Freiburg i. Ue.

⁷³ Dies ist denn auch per 15. Mai 2006 mit der Lancierung der Pendlerzeitung «heute» durch Ringier geschehen.