Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.327/2006 /leb

Urteil vom 22. Februar 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger, Müller, Karlen,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
Wettbewerbskommission,
Beschwerdeführerin,

gegen

Berner Zeitung AG,
Tamedia AG,
Beschwerdegegnerinnen,
beide vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. Eugen Marbach und Dr. Katharina Schindler,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen,

Gegenstand
Unternehmenszusammenschluss,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006.

Sachverhalt:

A.a Die Tamedia AG (mit Sitz in Zürich) ist im Verlagswesen (”Tages-Anzeiger”, ”Sonntagszeitung” usw.), in den elektronischen Medien (Radio 24 AG, Telezüri AG und Radio Basilisk Betriebs AG) sowie in der graphischen Industrie tätig; zudem verfügt sie über verschiedene Internet-Plattformen. Die Tamedia AG hält 49 % der Aktien der Berner Zeitung AG (mit Sitz in Bern).
A.b Die Berner Zeitung AG ist ebenfalls im Verlagsgeschäft tätig und gibt die ”Berner Zeitung” heraus. Sie ist eine Konzerntochter der Espace Media Groupe, einer Holdinggesellschaft, welche Beteiligungen an Medienunternehmen bzw. Betrieben der graphischen Industrie hält und neben anderen Medienangeboten die Splitausgaben der ”Berner Zeitung” (”Thuner Zeitung”, ”Berner Oberländer” und ”Solothurner Tagblatt”) verlegt. Die Espace Media Groupe verfügt über 51 % der Aktien der Berner Zeitung AG; sie ist zudem mit 97,9 % an der Berner Bär Verlags AG beteiligt und hält weiter unter anderem Beteiligungen an der TeleBärn AG (81,1 %) und an Radio Extrabern AG (79,9 %).
A.c Die 20 Minuten (Schweiz) AG (mit Sitz in Zürich) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Medienerzeugnissen, Informationsvermittlung und Kommunikation auf allen Stufen; sie gibt die Pendlerzeitung ”20 Minuten” heraus, welche als nationaler Titel in sechs Regionalausgaben erscheint.
A.d Der Anzeiger der Stadt Bern wird von einem Verein aus der Stadt Bern und 14 Gemeinden der Region getragen. Bis Ende 2005 war die Bund Verlags AG (BVA) Konzessionsnehmerin für den Anzeiger; in der Folge wurden die Aufträge an die Bieler Gassmann AG (Druckvorstufe), die Vogt-Schild/Habegger Medien in Solothurn (Druck), die Publicitas (Inserateverwaltung) und die Post (Spedition) vergeben.
B.

Am 15. April 2003 kündeten die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ihre Absicht an, durch die Express Zeitung AG (eine Tochtergesellschaft der Tamedia AG) die Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG zu übernehmen; am 6. Mai 2003 vervollständigten sie ihre Mitteilung. Die beiden Unternehmen sahen in einem Aktienkaufvertrag vom 21. März 2003 vor, die Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit 17,5 % zu beteiligen, und legten in einem Aktionärsbindungsvertrag vom gleichen Tag fest, dass für wichtige Entscheide der Express Zeitung AG jeweils Übereinstimmung zu erzielen sei. Ebenfalls am 21. März 2003 wurde ein Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag zwischen der 20 Minuten Holding AG und der Express Zeitung AG geschlossen, wonach diese gestaffelt von der 20 Minuten Holding AG alle Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG (zuerst 49,5 %, dann weitere 25,25 % und schliesslich die restlichen Titel) übernehmen würde. Der Vollzug der Verträge wurde von der Zustimmung der Wettbewerbsbehörden abhängig gemacht. Am 5. Juni 2003 beschloss die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben vertieft zu prüfen.

C.

Am 5. August 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung, die Espace Media Groupe wolle von der "Freie(n) Presse Holding AG" - einer Tochtergesellschaft der "Neue(n) Zürcher Zeitung AG" - eine Minderheitsbeteiligung von 40 % des Aktienkapitals an der Bund Verlag AG erwerben. Am 15. September 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission die Übernahme der 20 Minuten (Schweiz) AG durch die Tamedia AG beziehungsweise durch deren Tochtergesellschaft, Express Zeitung AG; den Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG unterstellte sie jedoch vorsorglich dem kartellgesetzlichen Vollzugsverbot: Indem die Espace Media Groupe eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwerben wolle, schliesse sich der bis anhin wichtigste Konkurrent der Berner Zeitung mit deren Konzernmutter zusammen, womit sich die Verhältnisse auf den regionalen Medienmärkten in Bern wesentlich veränderten, weshalb sich die Berner Zeitung AG einstweilen nicht an der Express Zeitung AG beteiligen dürfe. Am 16. Oktober 2003 beschloss die Wettbewerbskommission, die entsprechende Beteiligung vertieft zu prüfen.

D.

Mit Verfügung vom 19. Januar 2004 erklärte die Wettbewerbskommission den Einstieg der Espace Media Groupe bei der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Bund Verlag AG als im Sinne der "Failing Company Defense" gerechtfertigt und liess den Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" unter der Bedingung zu, dass vor dessen Vollzug eine Tochtergesellschaft der Bund Verlag AG, die den Lokalradiosender Radio BE 1 betrieb, aus der Espace Media Groupe ausgegliedert werde. Am gleichen Tag untersagte die Wettbewerbskommission hingegen der Berner Zeitung AG, sich an der Express Zeitung AG bzw. 20 Minuten (Schweiz) AG zu beteiligen; der Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia AG und der Berner Zeitung AG dürfe nicht vollzogen werden (Ziffer 1 des Dispositivs). Die Wettbewerbskommission begründete diesen Entscheid damit, dass die Gratiszeitung "20 Minuten" nach dem Einstieg der Espace Media Groupe bei der Bund Verlag AG das mit Abstand wichtigste verbleibende Konkurrenzprodukt zur "Berner Zeitung" und zum "Bund" auf dem Leser- und dem Werbemarkt bilde. Durch den Einstieg der Berner Zeitung AG (BZ) bei der 20 Minuten (Schweiz) AG würde eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe im Raum Bern
begründet, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige.

E.

Die Berner Zeitung AG und die Tamedia AG gelangten hiergegen an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Mit Entscheid vom 4. Mai 2006 hiess diese die Beschwerde teilweise gut, hob Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung auf und liess die mit Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter der Auflage zu, "dass sich die Espace Media Groupe inskünftig weder direkt noch indirekt über eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft um die Konzessionsvergabe für den 'Anzeiger Region Bern' bewerben" dürfe.

In ihrer Begründung beanstandete die Rekurskommission im Wesentlichen die von der Wettbewerbskommission vorgenommenen Marktabgrenzungen und ersetzte diese durch eine eigene. Gestützt darauf kam sie zum Schluss, dass die gemeldete Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG (als Eigentümerin der 20 Minuten [Schweiz]AG) unter Auflagen freigegeben werden könne.

F.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 31. Mai 2006 beim Bundesgericht stellt die Wettbewerbskommission den Antrag, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 aufzuheben. Im Wesentlichen macht sie dabei geltend, der Beschwerdeentscheid verletze Bundesrecht, indem er für die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens bzw. dessen Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen voraussetze, dass vor dem Zusammenschluss auf dem relevanten Markt aktueller Wettbewerb bestanden habe, und indem er als zusätzliches qualifizierendes Merkmal in Bezug auf den Marktbeherrschungsbegriff die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlange. Auch die von der Rekurskommission vorgenommenen Marktabgrenzungen seien bundesrechtswidrig. Schliesslich habe die Rekurskommission den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig bzw. unvollständig festgestellt, indem sie, ausgehend von einer von ihr als mangelhaft erachteten Aktenlage, von der erstinstanzlichen Verfügung abgewichen sei, ohne den Sachverhalt neu zu erheben.
Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen enthält sich in ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2006 eines ausdrücklichen Antrages, macht aber sinngemäss geltend, die Beschwerde sei im Hinblick auf ihr detailliert begründetes Urteil abzuweisen. Die Berner Zeitung AG und die Tamedia AG schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.
G.
Mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. Juni 2006 erteilte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde auf Gesuch der Wettbewerbskommission hin die aufschiebende Wirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Da der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110; AS 2006 1205) ergangen ist, sind vorliegend in prozessualer Hinsicht die altrechtlichen Vorschriften gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; BS 3 S. 351) in dessen zuletzt gültiger Fassung anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG).
1.2 Gemäss dem Bundesrechtspflegegesetz können Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. e OG i.V.m. Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a; 127 II 32 E. 1a S. 35).
2.
2.1 Zu prüfen ist, ob die Wettbewerbskommission zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert ist.

2.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 103 lit. a OG ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz grundsätzlich nicht zur Beschwerde berechtigt. Es genügt für die Beschwerdebefugnis nicht, dass eine Behörde in ihrem Sachbereich eine Rechtsauffassung vertritt, die im Widerspruch zu derjenigen einer anderen oder übergeordneten Instanz steht, auch wenn dadurch die Aufgabenerfüllung erschwert wird. Eine Behörde kann sich insofern nicht auf das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 103 lit. a OG berufen (vgl. BGE 127 II 32 E. 2 S. 36 ff.; 123 II 542 E. 2e S. 545).
2.3 Gemäss Art. 103 lit. b OG kann jedoch das in der Sache zuständige Departement oder, soweit das Bundesrecht dies vorsieht, die in der Sache zuständige Dienstabteilung der Bundesverwaltung gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission beim Bundesgericht Beschwerde führen (vgl. zur bisherigen Beschwerdebefugnis des Departements BGE 127 III 219 E. 1b; 127 II 32 E. 1b S. 36; Urteil 2A.198/1997 vom 3. November 1997, E. 1, in ZBl 100/1999 S. 64 ff.).

Nach Art. 15 Abs. 2bis (in der Fassung vom 10. März 2006) der Organisationsverordnung vom 14. Juni 1999 für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (OV-EVD; SR 172.216.1) ist die Wettbewerbskommission in ihrem Zuständigkeitsbereich zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht befugt. Zwar liegt insofern eine ausdrückliche spezialgesetzliche Ermächtigung gemäss Art. 103 lit. b OG vor (vgl. BGE 127 II 32 E. 2c S. 37). Die Wettbewerbskommission ist aber nicht eine Dienstabteilung im Sinne dieser Bestimmung. Art. 19 KG erklärt ausdrücklich, dass die Wettbewerbskommission unabhängig von den Verwaltungsbehörden und nur administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet ist (dazu BGE 127 II 32 E. 3c S. 42; Jürg Borer, Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 1 und 9 zu Art. 19 KG; Philipp

Zurkinden/Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz, Zürich/Basel/ Genf 2004, Rz. 2 zu Art. 18 - 22 KG). Sie übt nicht dieselbe Funktion wie die Bundesämter (der zentralen Bundesverwaltung) aus, an die nach Art. 103 lit. b OG eine Delegation der Beschwerdebefugnis zulässig ist. Art. 15 Abs. 2bis OV-EVD vermag daher keine Legitimation nach Art. 103 lit. b OG zu begründen.
2.4 Die Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission ergibt sich jedoch aus Art. 103 lit. c OG. Danach ist jede andere Person, Organisation oder Behörde zur Beschwerde befugt, die das Bundesrecht ausdrücklich dazu ermächtigt. Art. 15 Abs. 2bis OV-EVD verschafft der Wettbewerbskommission eine solche besondere Ermächtigung (anderer Meinung, allerdings zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 15 Abs. 2bis OV-EVD, Balz Gross, in: Homburger/ Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 90 zu Art. 44 KG, der wegen der Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission auch die Befugnis des Volkswirtschaftsdepartements zur Behördenbeschwerde verneint). Diese Grundlage der Legitimation wird freilich mit der Neuordnung der Bundesrechtspflege entfallen. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG setzt im Unterschied zu Art. 103 lit. c OG eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz voraus (vgl. dazu BBl 2001 4331). Da im vorliegenden Fall aber noch das alte Verfahrensrecht anwendbar ist (vgl. E. 1.1), genügt die Ermächtigung auf Verordnungsstufe als Grundlage der Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission.
2.5 Die Beschwerdegegnerinnen machen allerdings geltend, die Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission widerspreche der prozessualen Systematik der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle. Die im Gesetz vorgesehene Meldepflicht der fusionswilligen Unternehmen mit Widerspruchsrecht der Wettbewerbsbehörde schliesse ein Beschwerderecht derselben aus; hebe nämlich die Rekurskommission einen Verbotsentscheid der Wettbewerbskommission auf, komme dies einem Rückzug von deren Widerspruch gleich. Rückzugserklärungen seien jedoch immer endgültig und schlössen ein Verfahren ab.
2.5.1 Zwar ist die Befugnis der verfügenden Behörde, einen Rechtsmittelentscheid wie eine von der Sachfrage betroffene Partei selbst anzufechten, in der Tat atypisch. Die Ermächtigungsnorm von Art. 15 Abs. 2bis OV-EVD stellt insoweit eine Besonderheit dar, die nicht ohne weiteres in die übliche Systematik der öffentlichen Rechtspflege passt (vgl. immerhin für den Bereich der direkten Steuern Art. 73 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14]und dazu BGE 123 II 588 E. 1a S. 589 f. sowie Art. 146 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11]). Das kann aber für sich allein noch nicht zur Unzulässigkeit der vorgesehenen Regelung führen.
2.5.2 Sodann trifft es zu, wie die Beschwerdegegnerinnen vortragen, dass das Parlament das vom Bundesrat ursprünglich vorgesehene Bewilligungsverfahren durch ein Meldeverfahren mit Widerspruchsmöglichkeit der Wettbewerbskommission ersetzt hat (vgl. Jürg Borer, Unternehmenszusammenschlüsse, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 74; Ducrey/Drolshammer, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducr a.a.O., N 5 zu Art. 9 KG). Der Zusammenschluss gilt nach Art. 34 KG als zugelassen, wenn die Wettbewerbskommission nicht innert der gesetzlichen Frist von vier Monaten gemäss Art. 33 Abs. 3 KG eine Entscheidung über das gemeldete Fusionsprojekt fällt.

Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass mit dem Entscheid der Rekurskommission ein beim Bundesgericht anfechtbarer Akt vorliegt, wenn die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss zeitgerecht nicht oder nur unter Auflagen oder Bedingungen genehmigt hat und diese Verfügung im Beschwerdeverfahren aufgehoben oder - wie im vorliegenden Fall - abgeändert worden ist. Der Beschwerdeentscheid, mit dem ein verweigerter oder lediglich unter Auflagen genehmigter Zusammenschluss durch die Rekurskommission erlaubt wird, stellt keinen verfahrensabschliessenden Rückzug dar. Das geht schon daraus hervor, dass die Beschwerdeinstanz anstelle des Verbotes die Fusion unter Auflagen zulassen oder die mit einer Genehmigung verbundenen Auflagen ändern kann. Der für die fusionswilligen Unternehmen positive Beschwerdeentscheid entspricht mithin nicht einem bedingungslosen Rückzug, sondern stellt einen normalen Rechtsmittelentscheid dar, der seinerseits den entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten unterliegt.
2.6 Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Behörde nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f.; 128 II 193 E. 1 S. 195, je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall besteht ein solches hinreichendes Interesse der beschwerdeführenden Wettbewerbskommis-

sion.
3.
3.1 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht indessen gebunden, wenn - wie hier mit der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (Art. 104 lit. c OG).
3.2 Das Bundesgericht wendet die massgeblichen Normen des Bundesverwaltungsrechts von Amtes wegen und ohne Beschränkung seiner Kognition an. Dies schliesst indessen nicht aus, dass es sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Im Rahmen des sogenannten "technischen Ermessens" gesteht es der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als Vorinstanz mit besonderem Fachwissen bei der Prüfung des Einzelfalls und bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen wurden (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b; 125 II 591 E. 8a S. 604; 117 Ib 114 E. 4b S. 117, mit weiteren Hinweisen; Gross, a.a.O., N 91 zu Art. 44 KG; vgl. auch Stefan Keller, Zum Reko-Entscheid "Berner Zeitung AG, Tamedia AG Wettbewerbskommission, in: sic! 1/2007, S. 55 f.).
4.
4.1 Die Wettbewerbskommission beanstandet in formeller Hinsicht, dass die Rekurskommission ergänzende Abklärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Sie macht überdies geltend, die Rekurskommission habe zu Unrecht ihre Kognition voll ausgeschöpft. Sie habe keine zweckmässigere Lösung geprüft und zu Unrecht ihr eigene Einschätzung an die Stelle der Beurteilung im angefochtenen Entscheid gestellt, obwohl primär die Wettbewerbskommission als erstinstanzliche Fachbehörde für die Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes verantwortlich sei. Es bestehe kein triftiger Grund dafür, dass die Rekurskommission von ihrer eigenen, bisher eher zurückhaltenden Praxis abweiche.
4.2 Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG bildet der Entscheid in der Sache den Regelfall und ist ein Streitfall nur ausnahmsweise an die untere Instanz zurückzuweisen (vgl. Gross, a.a.O., Rz. 83 zu Art. 44 KG; André Moser, in: André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.86 ff.). Der Rekurskommission stand insoweit ein gewisses Ermessen zu. Dass im vorliegenden Fall eine Ausnahmekonstellation gegeben war, ist nicht ersichtlich. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Rekurskommission ergänzende Abklärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission war die Rekurskommission als Fach-Beschwerdeinstanz auch gehalten, ihre Kognition auszuschöpfen (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452). Dass es ihr bei der Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen ebenfalls zusteht, Zurückhaltung zu wahren (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452), verbot ihr vorliegend nicht, die bei ihr angefochtene Verfügung vertieft zu überprüfen. Dies muss umso mehr gelten, als sie ergänzende Sachabklärungen vorgenommen hatte und damit auf einer neuen, ergänzten tatsächlichen Grundlage entscheiden musste. Etwas anderes lässt sich
entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission auch BGE 131 II 680 ff. nicht entnehmen (vgl. zum Ganzen im Übrigen auch Keller, a.a.O., S. 55).
5.
5.1 Dem vorliegenden Streitfall liegt im Wesentlichen der Sachverhalt zugrunde, dass sich ein Medienunternehmen, das bisher vor allem eine entgeltliche regionale Tageszeitung verlegte, signifikant an einer anderen Unternehmung beteiligt, die eine nationale Gratiszeitung herausgibt. Strittig ist insbesondere, ob durch den geplanten Unternehmenszusammenschluss der Wettbewerb im fraglichen regionalen Medienmarkt in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird. Die Wettbewerbskommission ist dabei zunächst der Ansicht, die Rekurskommission habe den Sachverhalt bei der Abgrenzung des massgeblichen (Werbe)Marktes unvollständig festgestellt.
5.2 Das Verständnis der Abgrenzung des Werbemedienmarktes durch die Vorinstanz weicht von demjenigen der Wettbewerbskommission ab. Die Rekurskommission berief sich dabei darauf, die Wettbewerbskommission habe ihre Abgrenzung auf mangelhafte Umfragen abgestützt bzw. teilweise gar nicht erörtert. Heikel erscheint, dass die Vorinstanz dazu trotzdem keine umfassenden ergänzenden Abklärungen vornahm, sondern ihren Entscheid insoweit vorwiegend mit werbepsychologischen Plausibilitätsüberlegungen begründete. Immerhin stellte sie den massgeblichen Sachverhalt umfassend fest, weshalb dieser nicht unvollständig erhoben worden sein

kann, wie die Beschwerdeführerin meint. Fraglich erscheint einzig, ob die tatsächlichen Feststellungen auf einer genügenden Grundlage beruhen.
5.3 Die Vorinstanz konnte sich für ihre Sachverhaltsfeststellungen wenigstens teilweise auf in den Akten liegende Unterlagen abstützen. Dazu zählen insbesondere mehrere von den fusionswilligen Unternehmen im Beschwerdeverfahren eingereichte Gutachten zu den Verhältnissen im Medienmarkt. Die Feststellungen finden darin einzelne Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass die Marktentwicklung zwei Grundannahmen der Wettbewerbskommission widerlegt hatte: Erstens erwies sich die Monopolstellung der Pendlerzeitung "20 Minuten" als angreifbar; während der Hängigkeit des Verfahrens vor der Rekurskommission hatte nämlich die Ringier Mediengruppe (Ringier AG) die Gratiszeitung "heute" lanciert, und in der Westschweiz tat die Edipresse Publications SA in Konkurrenz zur französischsprachigen Ausgabe "20 minutes" mit "Le Matin bleu" dasselbe. Zweitens verblieb die Konzession für den "Anzeiger Region Bern" nicht bei der Espace Media Groupe, sondern wurde am 14. Juni 2005 an Dritte vergeben.
5.4 Weiter bedingt die Beurteilung künftiger Marktentwicklungen zwangsläufig Annahmen über zukünftige Geschehensabläufe, die ohnehin nur beschränkt überprüfbar sind. Wie sich der Markt aus einer - vom Gesetz her notwendigen - dynamischen Sicht (vgl. E. 6.5) entwickeln wird und ob es vor allem potentiellen Wettbewerb gibt, lässt sich nie völlig gesichert beurteilen, sondern beruht auf mehr oder weniger hypothetischen Annahmen. Hypothetische Abläufe und Prognosen lassen sich naturgemäss nicht strikte beweisen und beruhen zum Teil immer auch auf allgemeiner Lebenserfahrung (vgl. BGE 132 III 715 E. 2.3). Im Gegensatz zu Erfahrungssätzen sind Feststellungen tatsächlicher Natur für das Bundesgericht im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG verbindlich (vgl. das Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, E. 1.5 [Buchpreisbindung]). Es kann insoweit einzig prüfen, ob die von der Rekurskommission gezogenen tatsächlichen Folgerungen in den Akten eine hinreichende Grundlage finden und in sich schlüssig und nachvollziehbar sind. Trifft dies zu, darf es davon mit Blick auf Art. 105 Abs. 2 OG selbst dann nicht abweichen, wenn auch andere Annahmen möglich wären.
5.5 Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz beruhen auf einer im Vergleich zum Verfahren vor der Wettbewerbskommission erweiterten Beurteilungsgrundlage und sind nachvollziehbar und in sich schlüssig. Sie erweisen sich mithin nicht als offensichtlich unrichtig oder unvollständig im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG, weshalb das Bundesgericht daran gebunden ist.
6.
6.1 Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission einen meldepflichtigen Zusammenschluss untersagen oder ihn lediglich mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (lit. a), und dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (lit. b).
6.2 Im vorliegenden Fall ist zunächst die Tragweite von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG, namentlich des darin enthaltenen Nebensatzes "durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann", strittig. Die Wettbewerbskommission ist im Wesentlichen der Auffassung, diesem Einschub komme keine entscheidende selbständige Bedeutung zu; es genüge, wenn ein Zusammenschlussvorhaben zu einer beherrschenden Stellung in einem spezifischen Markt führe oder eine solche ausbaue; ob bereits vorher kein wirksamer Wettbewerb bestanden habe, sei unerheblich. Die Rekurskommission geht demgegenüber davon aus, ein Zusammenschluss dürfe nicht verboten oder lediglich mit Auflagen oder Bedingungen genehmigt werden, wenn es bereits vorher keinen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt gegeben habe und sich insoweit durch das Fusionsprojekt nichts ändere. Auch in der Lehre wird diese Frage im Übrigen kontrovers beantwortet (vgl. etwa Keller, a.a.O., S. 56 ff., mit entsprechenden Hinweisen).
6.3 Wieweit dieser Meinungsstreit im vorliegenden Fall überhaupt massgeblich ist, erscheint fraglich (vgl. E. 7.5). Im Vordergrund steht vielmehr die unterschiedliche Beurteilung der Konkurrenzsituation bzw. der Marktabgrenzung durch die beiden Wettbewerbsbehörden. Die Rekurskommission stützt ihren Entscheid allerdings teilweise auch auf die - als nicht erfüllt erkannte - Voraussetzung der Wettbewerbsbeseitigung ab und leitet daraus insoweit die Unzulässigkeit eines behördlichen Eingreifens ab. Das rechtfertigt immerhin, darauf kurz einzugehen.
6.4 Im parallel hängigen Beschwerdeverfahren 2A.325/2006 (Swissgrid) setzte sich das Bundesgericht vertieft mit der Frage auseinander, ob dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsbeseitigung der Charakter einer eigenständigen rechtlichen Voraussetzung zukommt oder nicht. Gemäss seinem Urteil vom 13. Februar 2007, E. 6, muss sich eine Fusion auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde sie untersagen oder le-

diglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.
6.5 Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es somit an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen sind diesfalls unzulässig. Entscheidend ist demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch - aus einer dynamischen Sichtweise - wenigstens potentieller Wettbewerb besteht.
6.6 Auch für die Frage, ob Wettbewerb beseitigt wird oder nicht, ist aber der massgebliche Markt zu definieren, auf dem die Wettbewerbssituation zu beurteilen ist. Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung, VKU; SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).
7.
7.1 Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz erging vor dem Hintergrund, dass die Medienmärkte gegenwärtig - vor allem wegen des grossen Bedeutungszuwachses der elektronischen Medien - einem erheblichen Wandel unterworfen sind. Die klassischen Printmedien werden zunehmend durch andere Informationsangebote konkurrenziert oder sogar ersetzt. Die traditionellen Regionalzeitungen wie die Berner Zeitung verlieren dadurch - etwas weniger ausgeprägt bei den Lesern, jedoch umso stärker bei den Inserenten - an Bedeutung. Als Folge davon setzen sich auf dem Medienmarkt zunehmend neue zielgruppenspezifische Strategien durch. Für die Einführung innovativer Medienprodukte bedarf es indessen einer erheblichen Finanzkraft und der entsprechenden administrativen Möglichkeiten sowie Managementkapazitäten. Das führt dazu, dass bisher rein regional tätige Verlage ihre Kräfte zusammenlegen und über Beteiligungen an grösseren Medienunternehmen neue Produkte mit überregionaler oder sogar nationaler Ausrichtung anstreben.

Eine solche Strategie bildet der Vertrieb einer überregionalen oder gar nationalen Pendlerzeitung durch ein gemeinsames Unternehmen von bisher regionalen Verlägen, mit der vorwiegend ein jugendliches Publikum auf dem Arbeitsweg entlang der wichtigen öffentlichen Verkehrsachsen angesprochen wird. Beteiligt sich in diesem Sinne ein Regionalverlag an einer bereits bestehenden Pendlerzeitung, wie dies im vorliegenden Fall zutrifft, hat dies regelmässig auch Auswirkungen auf den bisherigen regionalen Medienmarkt. Das heisst aber nicht zwingend, dass damit eine kartellrechtlich relevante Situation eintritt bzw. der Wettbewerb in einer Weise beeinflusst wird, die ein Handeln der Wettbewerbsbehörden rechtfertigt. Der Umstand allein, dass derselbe Verlag sowohl im Pendlerzeitungs- als auch im Regionalzeitungsmarkt tätig ist, erfordert in diesem Sinne noch nicht ein kartellrechtliches Eingreifen. Vielmehr ist sorgfältig und gestützt auf eine fundierte Marktanalyse zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich diejenigen für die Zulässigkeit bzw. das Verbot eines Unternehmenszusammenschlusses, erfüllt sind.
7.2 Die Wettbewerbskommission bejahte im Wesentlichen eine weitgehende Konkurrenzsituation zwischen Pendlerzeitungen und regionalen Tageszeitungen im hier fraglichen Medienraum Bern. Die Rekurskommission ging demgegenüber bei der Marktabgrenzung von einem differenzierteren Ansatz aus als die Wettbewerbskommission. Insbesondere schloss sie auf einen separaten Markt für Pendlerzeitungen und unterschied im Übrigen zwischen dem Leser- und dem Werbemarkt. Diese Beurteilung beruht, wie dargelegt, auf für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen. In rechtlicher Hinsicht stützte sich die Vorinstanz auf die entsprechenden, wenig griffigen gesetzlichen Kriterien. Bei deren Umsetzung steht ihr bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe ein gewisser Beurteilungsspielraum sowie mit Blick auf die spezifischen Fachfragen ein technisches Ermessen zu, das zu einer entsprechenden Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der

Überprüfung des angefochtenen Entscheides führt. Dies gilt auch für das methodische Vorgehen der Rekurskommission: Gibt das Gesetz wie hier keine bestimmte Methode vor, beschränkt sich das Bundesgericht darauf zu prüfen, ob die Vorgehensweise für die Wahrung der gesetzlichen Vorgaben tauglich erscheint und in sich konsistent verfolgt und umgesetzt wird (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3 S. 276).
7.3 Die Rekurskommission beurteilte die massgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Wesentlichen wie folgt:
7.3.1 Was den Lesermarkt betrifft, beherrscht nach Ansicht der Rekurskommission die 20 Minuten (Schweiz) AG (kontrolliert durch die Express Zeitung AG) den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern konkurrenzlos. Die Wettbewerbskommission sei zu Unrecht von einem Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt und einem Markt für Tageszeitungen ausgegangen. Da Pendlerzeitungen eine andere Leserschaft ansprächen als Tageszeitungen, stehe "20 Minuten" hinsichtlich der untersuchten Regionalzeitungen im Verhältnis der Komplementarität und nicht der Konkurrenz. Es finde dort somit gegenwärtig keinerlei Wettbewerb um dieselben Pendler statt, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne. Der geplante Zusammenschluss vermöge daher keine den Wettbewerb aufhebende marktbeherrschende Stellung der Berner Zeitung AG auf dem regionalen Pendlerzeitungsmarkt zu begründen oder zu verstärken.
7.3.2 Hinsichtlich des Werbemarktes erachtete die Rekurskommission die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Abgrenzung auf den Werberaum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen in den fraglichen Wirtschaftsgebieten als zu unspezifiziert und wegen der denkbaren unterschiedlichen zielgruppenorientierten Marketingstrategien als zu wenig aussagekräftig. Sie unterschied ihrerseits aufgrund der in der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" typischerweise erscheinenden Inserate drei Werbeteilmärkte: einen ersten für Anzeigenraum für Firmenwerbungen (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung, in informativer, suggestiver oder gemischter Form), einen zweiten für Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) sowie einen dritten für Ankündigungsanzeigen (Veranstaltungen, Kino etc.).
7.3.3 Für den regional nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen ist die 20 Minuten Schweiz AG nach Auffassung der Rekurskommission marktbeherrschend, womit der Beteiligungserwerb zu keiner wesentlichen Marktstrukturveränderung führe. Die 20 Minuten (Schweiz) AG beherrsche bereits den sich auf das ganze Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern erstreckenden Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen konkurrenzlos. Werbeseitig gebe es dort somit keinen Wettbewerb um dieselben zielgruppenorientierten Inserenten, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne.

Beim lokal (insbesondere in der Stadt Bern) nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung besteht demgegenüber nach der Beurteilung der Vorinstanz eine direkte Substitutionsbeziehung zu den dort erscheinenden Tageszeitungen "Berner Zeitung" und "Der Bund" sowie den Lokalanzeigern. Der "Anzeiger der Region Bern" bilde jedoch mit seiner hohen Streudichte von 97.23 % weiterhin ein geeignetes Substitut, weshalb fusionsrechtlich die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit der Auflage bewilligt werden könne, dass sich die Espace Media Groupe inskünftig nicht mehr um die Konzessionsvergabe für den "Anzeiger Region Bern" bemühen dürfe. Dieses Vorgehen führe zu einer genügenden Dekonzentration der Marktstellung der Berner Zeitung AG (bzw. ihrer Konzernmutter) betreffend den fraglichen lokalen Anzeigeraum für Firmenwerbung; es werde damit zum Vornherein eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen, welche Wettbewerb beseitigen könne.
7.3.4 Für die Teilmärkte der Rubrik- und Ankündigungsanzeigen ging die Rekurskommission davon aus, dass durch die Internet-Portale und einen im Sinne der Auflage unabhängigen "Anzeiger Region Bern" genügend Wettbewerbsdruck fortbestehe, welcher der Berner Zeitung AG bzw. ihrer Konzernmutter nicht erlauben werde, sich nach vollzogenem Beteiligungserwerb unabhängig von der Marktgegenseite zu verhalten und ihre Marktstellung zu missbrauchen. Ein wettbewerbsbeseitigender Konzentrationsgrad sei somit auszuschliessen.
7.3.5 Schliesslich ist nach Ansicht der Vorinstanz auch der potentiellen Konkurrenz Rechnung zu tragen: Das Monopol von "20 Minuten" sei im Pendlerzeitungsmarkt durch einen oder mehrere der anderen Grossverlage angreifbar. Dies habe die Marktentwicklung seit der Fällung des Entscheides der Wettbewerbskommission auch gezeigt. Überdies wirke die Umlagerungsmöglichkeit der Werbetreibenden (Plakate, Direktwerbung, Kinowerbung usw.) auf andere Werbemedien ebenfalls disziplinierend, auch wenn diese untereinander nicht als voll substituierbar erschienen.
7.4 Bei einer Gratiszeitung fällt es im Lesermarkt bereits grundsätzlich schwer, von wirtschaftlichem Wett-

bewerb auszugehen. Weniger problematisch erscheint dies immerhin im Inseratemarkt. So oder so setzte sich die Rekurskommission im angefochtenen Entscheid detailliert mit den Marktverhältnissen auseinander und analysierte diese vertieft. Sie kam zu einer sorgfältigen und gutachterlich unterlegten Beurteilung der Wettbewerbssituation. Unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nahm sie eine differenzierte Marktanalyse vor und kam zum Schluss, dass das geplante Fusionsprojekt einzig im Hinblick auf den (lokalen) Teilmarkt des Anzeigenraums für Firmenwerbung die gesetzlichen Voraussetzungen eines zulässigen Zusammenschlusses nicht erfülle. Den diesbezüglichen Bedenken lasse sich aber mit einer geeigneten Auflage Rechnung tragen.
7.5 Mit Blick auf die festgestellten tatsächlichen Verhältnisse und die damit verbundenen erforderlichen Annahmen sowie unter Berücksichtigung des entsprechenden Ermessens- und Beurteilungsspielraumes verletzt die Beurteilung der Vorinstanz Bundesrecht nicht. Zwar erscheint fraglich, wieweit überhaupt je Wettbewerb auf den massgeblichen Leser- und Werbemärkten bestanden hat; das kann aber letztlich offen bleiben. Die Entwicklung auf dem fraglichen Zeitungsmarkt hat nämlich gezeigt, dass durchaus Konkurrenzprodukte in den Markt drängen bzw. dass die fraglichen Angebote weitgehend substituierbar sind. Die geplante Fusion beseitigt demnach Wettbewerb nicht. Der angefochtene Entscheid trägt dem zutreffend Rechnung.

Die Wettbewerbskommission vermag denn auch nicht wirklich zu erklären, inwiefern der angefochtene Entscheid gegen Bundesrecht verstossen sollte. Sie wendet sich im Wesentlichen eher gegen die Methode der Rekurskommission als dass sie darlegt, weshalb das Ergebnis dem Kartellgesetz widerspricht. Methodisch ist das Vorgehen der Vorinstanz indessen nicht zu beanstanden. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb die Vorgehensweise der Rekurskommission dem Gesetz nicht entsprechen sollte, nachdem dieses gerade für ein behördliches Eingreifen gegen Unternehmenszusammenschlüsse hohe Anforderungen stellt bzw. strenge Voraussetzungen verlangt. Das methodische Vorgehen der Vorinstanz erscheint zur Wahrung der gesetzlichen Vorgaben tauglich und wurde konsequent umgesetzt, und das Ergebnis entspricht der gesetzlichen Regelung. Der angefochtene Entscheid hält damit vor dem Bundesrecht stand.
8.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat die Wettbewerbskommission die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Die Wettbewerbskommission hat die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren gemeinsam mit insgesamt Fr. 20'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 22. Februar 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: