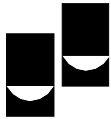


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2977/2007
{T 1/2}

Urteil vom 27. April 2010

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Maria Amgwerd, Stephan Breitenmoser, Bernard Maitre (Abteilungspräsident) und Vera Marantelli;
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

Publigruppe SA, Avenue Mon-Repos 22,
1005 Lausanne,
Beschwerdeführerin 1,

Publicitas SA, Avenue Mon-Repos 22, 1005 Lausanne,
Beschwerdeführerin 2,

Publicitas Publimedia AG, Neumühlequai 6,
8001 Zürich,
Beschwerdeführerin 3,

Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, 8048
Zürich,
Beschwerdeführerin 4,

Publicitas Mosse AG, Mürtschenstrasse 39,
8048 Zürich,
Beschwerdeführerin 5,

Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW,
Postfach 7203, 1002 Lausanne,
Beschwerdeführer 6,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Borer,
Schellenberg Wittmer, Löwenstrasse 19, Postfach 1876,
8021 Zürich,
gegen

Wettbewerbskommission WEKO, Monbijoustrasse 43,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG
(Sanktion),

Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesell-
schaften über die Kommissionierung von Berufsver-
mittlern.

Sachverhalt:

A. Verfahrensbeteiligte

Die **Publigruppe SA** (Beschwerdeführerin 1) ist ein internationaler Werbekonzern mit Sitz in Lausanne. Die Gesellschaft bezweckt, direkt oder durch Beteiligung an anderen Gesellschaften, die Entwicklung und Vermarktung von Werbung, Inseraten und Reklamen aller Art, die Herausgabe von Zeitungen und Publikationen sowie die Ausübung aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Werbung (Art. 2 der Statuten von Publigruppe vom 22. Juni 2009). Nach eigenen Angaben in ihrem Geschäftsbericht schafft und verkauft Publigruppe Raum für kommerzielle Kommunikation. Dabei will sie Werbe-Auftraggeber und Agenturen mit Marketing- und Technologie-Dienstleistungen bei der Umsetzung ihrer Kommunikations- und Medienstrategien unterstützen.

Seit 1. Januar 2008 weist der Konzern nebst dem Segment „Corporate und Übrige“ vier neue Geschäftssegmente auf: „Search & Find“, „Media Sales“, „Custom Publishing“ und „Digital & Marketing Services“. Das Geschäftssegment „Media Sales“ vereint alle Medien-Vermarktungsaktivitäten der Gruppe, darunter auch die Printmedien-aktivitäten, welche im Bereich Publipresse zusammengefasst sind. Gemäss Angaben der Beschwerdeführer entfielen im Jahr 2006 vom Gesamtumsatz von CHF 2,084 Mia. CHF 1,495 Mia. (2007: CHF 1,512 Mia. von CHF 2,161 Mia. Gesamtumsatz; 2005: CHF 1,480 Mia. von CHF 2,015 Mia. Gesamtumsatz; 2004: CHF 1,458 Mia. von CHF 1,981 Mia. Gesamtumsatz) auf den Bereich Publipresse. Dem Bereich Publipresse gehören die vier Tochtergesellschaften (zu 100 %) Publicitas SA, Publicitas Publimag AG, Publicitas Publimedia AG sowie die Publicitas Mosse AG an:

Publicitas SA (Beschwerdeführerin 2) ist mit Hilfe eines Netzes von über 100 Filialen und Agenturen in der gesamten Schweiz als Pächterin und Universalvermittlerin für die Vermittlung von in erster Linie lokalen und regionalen Anzeigen tätig;

Publicitas Publimedia AG (ehemals: Publimedia AG; Beschwerdeführerin 3) betreut vor allem Grosskunden und für Grosskunden tätige Werbe- und Medienagenturen für überregionale oder nationale Anzeigenkampagnen;

Publicitas Publimag AG (ehemals: Publimag AG; Beschwerdeführerin 4) betreut Anzeigenkunden für regional oder überregional verbreitete Pressemagazine oder Fachzeitschriften (z.B. landwirtschaftliche Presse) und arbeitet primär mandatsorientiert;

Publicitas Mosse AG (ehemals: Mosse Media AG; Beschwerdeführerin 5) betreut Anzeigen für Kunden aus den Tourismus-, Freizeit- und Ausbildungsbranchen in allen Printmedien;

Der **Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW** (Beschwerdeführer 6) ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Er setzt sich zur Zeit aus den 4 Werbegesellschaften Publicitas SA, Publicitas Publimedia AG, Publicitas Publimag AG und Publicitas Mosse AG zusammen, die, wie erwähnt, 100-prozentige Töchter der Publigroupe AG sind. Alle vier Werbegesellschaften sind vorwiegend in der Printwerbung tätig. Gemäss eigenen Angaben erstellt der VSW neben seiner Funktion als Anerkennungsstelle für die Kommissionierung für Berufsvermittler Branchenstatistiken und unterhält eine Printdatenbank. Er ist zudem in der Lehrlingsausbildung tätig und nimmt die Interessen der Branche bei anderen Verbänden wahr. Die Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern sind Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden Untersuchungsverfahrens der Wettbewerbskommission;

Die **Ad.X AG Ad Broker** (nachfolgend: Ad.X AG) ist eine Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts mit Sitz in Zollikon. Sie bezeichnet sich als unabhängige Werbevermittlerin und bezweckt den Betrieb einer Annoncenagentur. Die Ad.X AG reichte bei der Wettbewerbskommission am 12. Juli 2001 eine Anzeige gegen die Kommissionierungspraxis des VSW bzw. der Publigroupe ein.

B. Verfahrensgeschichte

B.a Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wurde erstmals im Jahre 1997 eine Anzeige im Zusammenhang mit den VSW-Kommissionierungsrichtlinien eingereicht.

Im Schreiben vom 28. Januar 1998 an die seinerzeitige Anzeigerin, die IFP AG, führte das Sekretariat aus, die gerügte Ungleichbehandlung von Universal- und Nicht-Universalvermittlern durch den VSW sei unter den gegebenen Voraussetzungen legitim, da sie betriebs-

wirtschaftlich rechtfertigbar sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Publicitas mit ihren Tochtergesellschaften auf dem Markt eine sehr starke Stellung inne habe. Aus kartellrechtlicher Sicht werde es erst dann problematisch, wenn bei solchen Konstellationen missbräuchliche Verhaltensweisen (z.B. Diskriminierung oder Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) vorliegen würden. Es werde im Moment davon abgesehen, ein formelles Verfahren einzuleiten. Die Praxis des VSW und diejenige von Publicitas werde aber auch in Zukunft im Auge behalten werden.

Im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter des VSW bestätigte das Sekretariat diese Auffassung. Es behielt sich wiederum vor, bei missbräuchlicher Anwendung der Kommissionierungsrichtlinien, gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes, einzugreifen.

B.b Am 12. Juli 2001 reichte die Ad.X AG beim Sekretariat eine Anzeige gegen den VSW ein. Sie beantragte die Einleitung einer Untersuchung, eventualiter einer Vorabklärung, da die Weigerung des VSW, die Ad.X AG als kommissionsberechtigte Vermittlerin anzuerkennen, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) darstelle.

Nachdem der VSW diverse ihm vom Sekretariat unterbreitete Fragen beantwortet hatte, eröffnete Letzteres am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

Am 31. Januar 2002 fand eine Besprechung zwischen Vertretern des VSW und Mitarbeitern des Sekretariats der Wettbewerbskommission statt.

Mit Eingabe vom 3. Juni 2002 beantwortete der VSW einen Fragebogen des Sekretariats, insbesondere im Zusammenhang mit den VSW-Aufnahmebedingungen.

Am 17. Juni 2002 unterbreitete das Sekretariat verschiedenen führenden Schweizer Verlagen einen Fragebogen zur Beantwortung.

Das Sekretariat eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 6. November 2002 eine Untersuchung gemäss Art. 27

KG gegen Publigroupe bezüglich der VSW-Aufnahmebedingungen. Es bestünden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 20. November 2002 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 26. November 2002 im Bundesblatt amtlich publiziert (BBl 2002 7596). Ein kartellrechtswidriges Verhalten wurde Publigroupe insbesondere bezüglich der Richtlinien zur Kommissionierung von Berufsinseratevermittlern vorgeworfen. Kritisch betrachtet wurden im Zusammenhang mit dem potenziellen Wettbewerb ebenfalls die Minderheitsbeteiligungen, welche Publigroupe an diversen sogenannten Eigenregiezeitungen halte.

B.c Im Rahmen der Untersuchung stellte das Sekretariat der Publigroupe, diversen Zeitungen oder Zeitschriften in Eigenregie, Anzeigenvermittlern, Werbeagenturen und Zeitungen mit Pachtverträgen Fragebogen zu. Der Anzeigerin Ad.X AG wurde ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, auch wenn ihr mit Schreiben vom 29. April 2003 und 16. Februar 2004 mitgeteilt wurde, dass ihr keine Parteistellung nach Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zuerkannt werden könne.

Am 16. November 2004 stellte das Sekretariat Publigroupe einen Verfügungsentwurf betreffend die Kommissionierung der Anzeigenvermittler zu. Im Entwurf wurde die Problematik der Minderheitsbeteiligungen ausgeklammert, da diesbezüglich weitergehende Abklärungen notwendig seien.

Mit Eingabe vom 30. März 2005 meldeten Publigroupe und der VSW dem Sekretariat unpräjudiziell eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 betreffend die Kommissionierungsrichtlinien von Publigroupe bzw. des VSW für Universalvermittler.

Anlässlich der Anhörung vom 4. April 2005 vor der Wettbewerbskommission bot Publigroupe insoweit Hand zu einer einvernehmlichen Regelung, als sie gewillt sei, auf das Kriterium der Universalvermittlung zu verzichten. Sie sei ebenfalls bereit, auf das „relative“ Kriterium zu verzichten, wonach 50 % des Umsatzes aus kommerziellen Inseraten stammen müssten. Des Weiteren habe sie

auch bezüglich der Frage der Umsatzschwellen stets Kulanz gezeigt.

Am 6. April 2005 bestätigte das Sekretariat den Eingang der „Meldung“ der Publigroupe gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes. Es machte darauf aufmerksam, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung noch gemeldet werden könne, Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens und somit noch nicht rechtskräftig entschieden sei.

Am 13. April 2005 unterbreitete Publigroupe der Wettbewerbskommission einen konkret ausformulierten Vorschlag für die Anpassung der fraglichen Richtlinien.

Mit Schreiben vom 27. April 2005 teilte das Sekretariat dem Rechtsvertreter von Publigroupe mit, es sei von der Wettbewerbskommission beauftragt worden, auf eine einvernehmliche Regelung hinzuwirken, welche den kartellrechtlichen Bedenken umfassend Rechnung trage. Die vorgeschlagene Regelung sei nicht ausreichend, um das mutmasslich missbräuchliche Verhalten von Publigroupe zu beseitigen.

Im Anschluss an die Besprechungen vom 20. Mai 2005 und 11. August 2005 reichte Publigroupe am 5. Juli 2005 bzw. am 31. August 2005 je einen überarbeiteten Entwurf künftiger Kommissionierungsrichtlinien ein.

Am 26. September 2005 unterbreitete das Sekretariat Publigroupe – unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission – einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung nach Art. 29 Abs. 1 KG. Nach der Stellungnahme von Publigroupe vom 31. Oktober 2005 überarbeitete das Sekretariat die einvernehmliche Regelung und stellte Publigroupe die neue Fassung am 14. November 2005 zu. Gleichzeitig wurde Publigroupe darauf aufmerksam gemacht, dass die Wettbewerbskommission trotz ihrer als „Meldung“ betitelten Eingabe vom 30. März 2005 auch über eine mögliche Sanktionierung von Publigroupe zu entscheiden habe.

Die überarbeitete Version der einvernehmlichen Regelung wurde am 17. November 2005 einem Markttest unterzogen, damit die von der Regelung unmittelbar betroffenen Unternehmen dazu Stellung nehmen konnten. In der Folge liessen sich insgesamt 20 der angefragten Unternehmen vernehmen.

Mit Schreiben vom 30. November 2005 erklärte sich Publigroupe grundsätzlich mit dem Vorschlag des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung einverstanden. Das Einverständnis sei jedoch an die Bedingung geknüpft, dass ihr ausdrücklich und formell bestätigt werde, dass ihr Entwurf für Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern vom 31. August 2005 den in der einvernehmlichen Regelung formulierten Grundsätzen vollumfänglich entspreche und kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei. Im erwähnten Schreiben nahm Publigroupe ebenfalls zu der Anzeige der Unio AG – einer Berufs-Inseratevermittlerin – vom 3. November 2005 an das Sekretariat Stellung, worin diese sich über die Weigerung von Publigroupe, einen Entscheid über die Kommissionsberechtigung der Unio AG zu fällen, beschwert hatte. Publigroupe wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Unio AG mittlerweile „in antizipierter Anwendung der erst im Entwurf vorliegenden neuen Richtlinien die Anerkennung als kommissionsberechtigte Vermittlerin“ ab dem 1. Januar 2006 zugesichert worden sei.

Mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung teilte das Sekretariat Publigroupe mit Schreiben vom 13. Dezember 2005 mit, sie unterstehe der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG, falls die Wettbewerbskommission zum Schluss gelange, es sei im Umstand, dass Publigroupe auf die ihr im Verfügungsentwurf zur Last gelegten Verhaltensweisen nicht verzichtet habe, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG zu erblicken.

Am 23. Dezember 2005 bestritt Publigroupe den Vorwurf des Sekretariats, sie habe darauf verzichtet, die ihr im Verfügungsentwurf zur Last gelegten Verhaltensweisen aufzugeben. Unter anderem habe sich Publigroupe anlässlich der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 ausdrücklich bereit erklärt, gewisse Verhaltensweisen abzuändern.

Am 6. Februar 2006 teilte das Sekretariat Publigroupe die Ergebnisse des Markttests mit und übermittelte ihr zugleich die definitive Fassung der einvernehmlichen Regelung unter Vorbehalt der Zustimmung durch die Wettbewerbskommission.

Am 22. Mai 2006 anerkannte der VSW die Ad.X AG als kommissionsberechtigte Berufsvermittlerin mit Wirkung ab 1. Juni 2006. Von der Anerkennung ausgenommen blieben die Umsätze der Ad.X AG mit

Mercuri Urval, und zwar bis zum Nachweis, dass Letztere rechtlich und wirtschaftlich von der Ad.X AG unabhängig sei.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 unterbreitete das Sekretariat seinen überarbeiteten zweiten Antrag an die Wettbewerbskommission Publigroupe zur Stellungnahme.

Innert erstreckter Frist nahm Publigroupe am 20. September 2006 zum Verfügungsentwurf Stellung. Nebst der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung entsprechend dem Antrag des Sekretariats beantragte sie, es sei das Untersuchungsverfahren vorbehaltlos einzustellen und insbesondere auf die Feststellung einer Marktherrschaft und eines Marktmissbrauchs sowie auf die Verhängung einer Sanktion zu verzichten.

Am 6. November 2006 fand vor der Wettbewerbskommission zur Frage der Sanktionierung eine Anhörung statt.

C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung

C.a Am 5. März 2007 erliess die Wettbewerbskommission in der Untersuchung betreffend Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern eine Verfügung (Versand: 19. März 2007; Zustellung: 21. März; veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 190 ff.) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass Publigroupe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.
2. Es wird festgestellt, dass die Publigroupe mittels Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 missbrauchte, indem sie sich durch Ziff. 2.2 Abs. 1, Ziff. 2.2 Abs. 2 und Ziff. 2.5 der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern weigerte, Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.
3. Publigroupe SA wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. belastet.

4. Die Wettbewerbskommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die nachstehende Verpflichtungserklärung der Publigroupe SA, Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften vom 30. November 2005:

Richtlinie für Kommissionierung von Inseratevermittlern

1. Grundsatz

Die Publigroupe, ihre im Verkauf von Inserateraum für Printmedien gestützt auf Pachtverträge mit Verlagen tätigen Tochtergesellschaften sowie der Verband Schweizerischer Werbegesellschaften verpflichten sich, bei der Kommissionierung von Vermittlern, welche durch die Schaffung und Aufrechterhaltung einer professionellen Verkaufsorganisation den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Pachttiteln aktiv fördern, keine diskriminierenden Kriterien anzuwenden und keine übermässigen Markteintrittsbarrieren für neu in den Vermittlungsmarkt eintretende Unternehmen zu errichten.

2. Minimalanforderungen

Die vorliegende Vereinbarung statuiert nachfolgend in Ziff. 4 bis 7 Minimalanforderungen, welchen künftige Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern bzw. zu diesem Zweck erlassene Verträge, vorformulierte Vertragsbestimmungen, interne Vorgaben oder ähnliches (nachfolgend einheitlich: Kommissionierungsrichtlinien) zu genügen haben.

3. Umschreibung der Vermittlungsleistung

Die Kommissionierungsrichtlinien umschreiben die kommissionierungsberechtigte Vermittlungsleistung, d.h. die mit dem Verkauf von Inserateraum verbundenen Dienstleistungen, in positiver Weise und knüpfen nicht an formelle Eigenschaften des Leistungserbringers an.

4. Kommissionierung von Spartenvermittlern

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken (sog. Spartenvermittler), aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ohne sachliche Gründe ausschliessen.

5. Kommissionierung von Vermittlern in Nebentätigkeit und/oder zum Nebenzweck

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, welche die Vermittlungstätigkeit in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck betreiben, ohne sachlichen Grund aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ausschliessen.

6. Kommissionierung von rechtlich oder wirtschaftlich abhängigen Vermittlern

Rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Vermittler sind für die Vermittlung von all denjenigen Inseraten zu kommissionieren, welche nicht vom

Unternehmen, von welchem sie rechtlich oder wirtschaftlich abhängig sind, stammen.

7. Keine Anerkennung von Werbe-, Media- und PR-Beratern als Inseratevermittler

Die Kommissionierungsrichtlinien dürfen eine Bestimmung enthalten, wonach Unternehmen, die als Vertreter von Inserenten oder als Berater – insbesondere Werbe-, Media- oder PR-Berater – tätig sind, nicht als Berufsvermittler anerkannt werden.

8. Mindestumsatzvorschriften

Mindestumsatzvorschriften sind zulässig, soweit sie keine übermässige Marktzutrittsschranke für neu in den Markt eintretende Unternehmen darstellen. Eine Mindestumsatzvorschrift, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden muss, wird als zulässig erachtet. Die Kommissionierungsrichtlinien gewähren neu in den Markt eintretenden Unternehmen eine Karenzfrist von mindestens 2 Jahren, bevor das Mindestumsatzerfordernis erfüllt sein muss.

9. Verfahrensabschluss

Vorbehaltlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) werden den Adressatinnen der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.
8. [Rechtsmittelbelehrung]
9. [Eröffnung]"

C.b Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission zunächst aus, es sei bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe vom Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werbe- raum in Printmedien in der Schweiz auszugehen.

C.c In Bezug auf die Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe hielt die Wettbewerbskommission fest, dass im relevanten Markt kein ausreichender aktueller Wettbewerb vorhanden sei. Dies ergebe sich aufgrund des hohen Marktanteils von Publigroupe, der unausgeglichenen Marktanteilsverteilung und der strukturellen Vorteile von

Publigruppe (Netzwerk, Minderheitsbeteiligungen, Finanzkraft). Auch vermöge keine ausreichende disziplinierende Wirkung von alternativen Werbeträgern (z.B. Internet als Werbemedium) oder von vertikalem Marktdruck durch die Verlage oder der Marktgegenseite auf Publigruppe auszugehen. Hinsichtlich eines allfälligen potenziellen Wettbewerbs sei einerseits festzustellen, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus dem Pachtvertrag mit Publigruppe zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigruppe auszuüben vermöge. Andererseits sei auch das Wachstumspotential der bestehenden unabhängigen Vermittler begrenzt und es sei kaum mit dem Eintritt neuer Unternehmen zu rechnen. Die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung sei aufgrund diverser struktureller Faktoren (exklusive Pachtverträge von Publigruppe, unwahrscheinlicher Systemwechsel zur Eigenregie, Kosten für den Aufbau eines Filialnetzwerks) gering.

C.d Publigruppe habe ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie unabhängige Vermittler in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert habe. Insbesondere habe sie in ihrer Eigenschaft als Pächterin unabhängige Vermittler nicht kommissioniert, wenn diese nicht Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern vermittelt hätten, wenn sie Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit gewesen seien, wenn sie Vorgaben über ein Mindestgeschäftsvolumen nicht erreicht hätten oder nicht mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen würden.

C.e Mit dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Publigruppe werde den bisherigen rechtsmissbräuchlichen Verhaltensweisen vollumfänglich Rechnung getragen. Diese stelle im Sinne von Minimalanforderungen an künftige Richtlinien sicher, dass nicht Unternehmen aufgrund sachfremder formeller Kriterien von einer Kommissionierung ausgeschlossen würden.

C.f Der von der Wettbewerbskommission festgestellte Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Publigruppe unterliege seit Inkrafttreten der KG-Revision im Jahr 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG. Da Publigruppe nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit ihre verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten die Diskriminierung nicht kommissionierter

Vermittler beendet hätten, liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltpflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Publigroupe vor. Dieses Verhalten sei unabhängig vom Abschluss einer einvernehmlichen Regelung direkt zu sanktionieren. Eine sanktionsbefreiende Meldung gemäss Übergangsbestimmung sei nicht möglich gewesen.

Insgesamt erweise sich ein anhand der Umsätze im relevanten Markt errechneter Basisbetrag im oberen Drittel des Sanktionsrahmens den Besonderheiten des vorliegenden Falles als nicht angemessen. Art und Schwere der Zuwiderhandlung seien aufgrund der beschränkten Marktwirkung der VSW-Richtlinien insgesamt als gering einzustufen. Die relevante Dauer betrage weniger als zwei Jahre und sanktionserhöhende Umstände lägen keine vor. Als sanktionsmildernd sei die kooperative Ausarbeitung einer einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen. Sämtliche Umstände rechtfertigten eine Sanktion in der Höhe von CHF 2,5 Mio.

D. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

D.a Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführer 1–6 am 2. Mai 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"Es seien die Ziffern 1, 2, 3 und 7 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. März 2007 aufzuheben

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

D.b In der Begründung rügen die Beschwerdeführer in formeller Hinsicht die Vorgehensweise der Wettbewerbskommission in Bezug auf die Unterscheidung zwischen dem Unternehmensbegriff (Publigroupe als Konzernobergesellschaft) und den Adressaten der Verfügung (zu Publigroupe gehörende Konzerngesellschaften als „Anordnungs-subjekte“ des Verfahrens). Zudem sei gegenüber den Beschwerdeführern 2–6 weder jemals formell ein Untersuchungsverfahren eröffnet noch seien ihnen irgendwelche Verfahrensrechte eingeräumt worden. Darüber hinaus seien der rechtserhebliche Sachverhalt zum Teil unrichtig festgestellt und das rechtliche Gehör verletzt worden.

D.c In materieller Hinsicht bemängeln die Beschwerdeführer, dass das vorliegende Verfahren nicht mit der einvernehmlichen Regelung definitiv abgeschlossen worden sei. Einerseits sei in den Jahren 1997 und 1998 die später als missbräuchlich qualifizierte Praxis des Beschwerdeführers 6 ausdrücklich als rechtmässig anerkannt worden. Zudem habe die Wettbewerbskommission sowohl bei der Formulierung des Inhalts der einvernehmlichen Regelung als auch bei deren Genehmigung den definitiven Verfahrensabschluss festgehalten. Für weitere Feststellungen und Anordnungen habe kein Raum bestanden. Die Sanktionierung verstosse gegen den Vertrauensgrundsatz, den Grundsatz der Gleichbehandlung und stehe im Widerspruch zu der vereinbarten und genehmigten einvernehmlichen Regelung.

Die Beschwerdeführerin 1 habe sich auch nicht missbräuchlich verhalten. Zum Einen habe sie im Verlaufe des Verfahrens bezüglich der Kriterien Unabhängigkeit und Nicht-Kommissionierung von anerkannten Beratern den Nachweis erbracht, dass diese Kriterien sachlich gerechtfertigt seien. Weiter seien die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung abgeänderten Kriterien der Universalvermittlung und der Umsatzschwelle vom Sekretariat bereits in den Jahren 1997 und 1998 als kartellgesetzkonform bezeichnet worden, weil der Beschwerdeführer 6 dafür sachliche Gründe habe vorlegen können. Auch dürfe jedes Unternehmen bei der Auswahl seiner Vertriebspartner bestimmte Selektionskriterien anwenden. Selektionskriterien, welche wie im Falle des selektiven Vertriebs die Verkaufsförderung für das Produkteportfolio unterstützten, könnten in keinem Fall als missbräuchlich angesehen werden. Schliesslich entspreche die Kommissionierung von Berufsvermittlern einem selektiven Vertriebssystem, und die Kommissionierungsvoraussetzungen entsprächen kartellrechtlich zulässigen qualitativen Selektionskriterien.

Die Beschwerdeführer führen weiter aus, dass sie auch nicht marktbeherrschend seien. Bei einer korrekten, auf den Gesamtwerbemarkt bezogenen Marktabgrenzung reiche der Marktanteil der Beschwerdeführer nicht aus, um sich gegenüber anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten zu können. Selbst bei einer unzulässigen Beschränkung des relevanten Markts auf die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien liege keine Marktbeherrschung vor, da die den Beschwerdeführern gegenüberstehenden Verlage ein unabhängiges Verhalten von Publigroupe nicht zuliessen und die Verlage ohnehin die Konditionenhoheit innehätten.

D.d Im vorliegenden Verfahren liessen sowohl der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als auch der Grundsatz von Treu und Glauben eine Sanktionierung der Beschwerdeführer nicht zu. Auch sei die Sanktionsbemessung nicht nachvollziehbar. In Bezug auf die Vorwerfbarkeit des fraglichen Verhaltens werde nicht ersichtlich, welchem der sechs gemeinsam zur Bezahlung einer Sanktion verpflichteten Beschwerdeführer jeweils welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen werde.

D.e Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 verzichtete die Ad.X AG auf die Einreichung einer Stellungnahme.

D.f Mit Vernehmlassung vom 2. Juli 2007 beantragt die Wettbewerbskommission dem Bundesverwaltungsgericht die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

D.g Am 10. Oktober 2007 replizierten die Beschwerdeführer auf die Vernehmlassung der Vorinstanz und hielten an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Darauf reichte die Vorinstanz am 5. November 2007 die Duplik ein, welche das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern mit Zwischenverfügung vom 16. November 2007 zur Kenntnis brachte.

D.h Die Beschwerdeführer reichten am 20. März 2009 unaufgefordert eine weitere Eingabe ein. Die darin aufgezeigten Verschiebungen bei den Marktverhältnissen würden belegen, dass sich die Feststellungen der Wettbewerbskommission zur Frage der Marktbeherrschung auf falsche Tatsachen stützten.

In ihrer Stellungnahme vom 23. April 2009 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, fest. Bei den Vorbringen der Beschwerdeführer handle es sich um neue Entwicklungen. Massgebend sei jedoch der Sachverhalt, wie er sich zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses dargestellt habe. Die geltend gemachten Einbussen im Anzeigengeschäft seien ein konjunkturelles Problem und beträfen somit alle Wettbewerber. Aus den Ausführungen der Beschwerdeführer könne nicht geschlossen werden, dass sie Marktanteile verloren und sich entsprechend ihre Marktstellung geändert habe.

D.i Am 5. Februar 2010 reichten die Beschwerdeführer eine Kostennote ein.

D.j Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbe- teiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.).

1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Ver- waltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Be- schwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (zitiert im Sachverhalt unter B.c). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes ver- waltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. FELIX UHLMANN, in: Wald- mann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.).

Der angefochtene Entscheid vom 5. März 2007 (Versanddatum: 19. März 2007), der die Beschwerdeführerin 1 unter anderem zur Be- zahlung einer Verwaltungssanktion von CHF 2,5 Mio. und sämtliche Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit zu Verfahrenskosten von CHF (...) verpflichtet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG. Da das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 VGG Be- schwerden gegen solche Verfügungen beurteilt, ist es nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2 Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführer sind Adressaten der Verfügung vom 5. März 2007 und haben entweder am Verfahren vor der Wettbewerbs- kommission teilgenommen (Beschwerdeführerin 1) oder sie rügen, es

sei gegen die Beschwerdeführer 2–6 weder formell ein Untersuchungsverfahren eröffnet noch seien ihnen irgendwelche Verfahrensrechte eingeräumt worden. Sämtliche Beschwerdeführer erfüllen somit die Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG. Zudem sind sämtliche Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Bst. b) und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c). Die Beschwerdeführer sind damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Übrige Eintretensvoraussetzungen

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Streitgegenstand

Die Beschwerdeführer fechten die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung an. Streitgegenstand sind somit die Feststellungen der Vorinstanz, dass Publigroupe mittels ihrer Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2–5) sowie mittels des VSW (Beschwerdeführer 6) im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese Stellung missbraucht habe, indem sie sich mittels der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufsinseratevermittlern geweigert habe, Vermittler zu kommissionieren. Ebenfalls im Streit liegen die Verhängung einer Sanktion über CHF 2,5 Mio. sowie die Auferlegung und die Höhe der Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...).

Demgegenüber wird die von der Vorinstanz in der Verfügung genehmigte einvernehmliche Regelung mangels eines entsprechenden Antrags nicht zu prüfen sein.

3. Anwendbares Recht

Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz. Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

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

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).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen unter anderem in Betracht: (a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. Liefer- oder Bezugssperren); (b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a - c KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG).

Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-massnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG; sog. "Bonusregelung"). Nach Abs. 3 Bst. a von Art. 49a KG entfällt diese Belastung insbesondere dann, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht.

Die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, BBl 2002 2022, 5506) hält fest:

"Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung."

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG).

Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen,

Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 VwVG (Art. 40 KG).

4. Verfügungsadressaten

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführer die Vorgehensweise der Wettbewerbskommission bezüglich der Unterscheidung zwischen dem Unternehmensbegriff und den Adressaten der Verfügung. So seien die Beschwerdeführer 2–5 erst kurz vor Abschluss des Verfahrens davon in Kenntnis gesetzt worden, dass sie als Verfügungsadressaten behandelt werden sollten. Es gehe bei der frühzeitigen Bestimmung der Verfügungsadressaten gerade auch darum, das sanktionierte Verhalten einer bestimmten juristischen Person vorzuwerfen bzw. zuzurechnen. Dies lasse sich nicht im Sinne einer pauschalen und allgemeinen Verantwortlichkeit sämtlicher Konzerngesellschaften bewerkstelligen.

4.1 Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen, die sich an Abreden beteiligen, Marktmacht ausüben oder sich an Zusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Damit wird der persönliche Geltungsbereich im Kartellgesetz mit dem Begriff „Unternehmen“ definiert. Unternehmen sind gemäss der im Rahmen der Revision im Jahre 2003 in das Kartellgesetz aufgenommenen Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Bis zur KG-Revision 2003 fehlte eine Definition des Unternehmensbegriffs im Gesetz. Lehre und Praxis gingen von einem "funktionalen" Unternehmensbegriff aus, der nicht auf die Rechtsform eines Unternehmens abstellte. Ausgehend von den in der Botschaft zum KG von 1995 enthaltenen Hinweisen galten als Unternehmen alle Marktteilnehmer, die sich – sei es als Anbieter oder Nachfrager – selbständig als Hersteller von Gütern bzw. Erbringer von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligten (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [BBl 1995 I 468, 533, nachfolgend: Botschaft KG 1994]; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Zürich 2007, S. 11 ff., m.w.H.). Auch wenn die Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG vom Unter-

nehmensbegriff gemäss Botschaft KG 1994 insoweit abweicht, als das Erfordernis der Selbständigkeit nicht mehr explizit erwähnt wird, war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, dieses Kriterium gänzlich aufzugeben (vgl. BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N. 3 ff. zu Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 3 ff. zu Art. 2; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 ff. zu Art. 2).

Entsprechend soll die wirtschaftliche Selbständigkeit auch nach der Einführung des revidierten Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs sein. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 16, m.w.H.). Dies führt in der Regel dazu, dass die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns nicht als Unternehmen gelten, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2; BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 2). Dies hat zur Folge, dass die Regeln des Kartellgesetzes grundsätzlich nicht auf konzerninterne Absprachen und Umstrukturierungen anzuwenden sind; hingegen ist bei der Frage der Marktmacht auf den Konzern als Gesamtheit und nicht auf die einzelnen Konzerngesellschaften abzustellen (vgl. RUBIN/COURVOISIER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 2; BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 2; kritisch demgegenüber PATRICK L. KRAUSKOPF/SOPHIE HENKEL, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, S. 747 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 17 f.).

4.2 Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind (Art. 663e Abs. 1 OR; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Zürich

2007, S. 707). Dabei führt selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt ist.

4.3 Die vorliegend zu beurteilende Untersuchung richtete sich gegen die Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW; Beschwerdeführer 6) über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

Es ist unbestritten, dass der VSB im massgebenden Markt (vgl. Sachverhalt unter Bst. A) weder als Nachfrager noch als Anbieter von Gütern und Dienstleistungen auftritt, zumal er als Verband „lediglich“ die Interessen seiner Mitglieder (Beschwerdeführerinnen 2–5) wahrnimmt und als Anerkennungsstelle für die Kommissionierung für Berufsvermittler fungiert. Zudem erstellt er Branchenstatistiken, unterhält eine Datenbank und ist in der Lehrlingsausbildung tätig. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG können somit nur dessen Mitglieder in Frage kommen.

4.4 Die Beschwerdeführerinnen 2–5 sind die vier (einzigen) Mitglieder des VSW. Organisatorisch sind sie als 100-prozentige Tochtergesellschaften dem Segment PubliPresse von Publigroupe zugeordnet und auf die Werbung in Printmedien spezialisiert.

Die Vorinstanz ist aufgrund der hundertprozentigen Angehörigkeit der vier Mitglieder des VSW zu Publigroupe und den diversen persönlichen Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und den Geschäftsleitungen zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerinnen 2–5 zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich selbständig auftreten. Dies wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass sich Publigroupe in ihrem Internetauftritt (vgl. www.Publigroupe.com/de/unternehmen.html) selbst als Holdinggesellschaft umschreibt, die alle voll konsolidierten Gesellschaften des Konzerns auf betrieblicher und finanzieller Ebene kontrolliert. Daraus kann ohne Weiteres geschlossen werden, dass Publigroupe die Beteiligungen an den erwähnten hundertprozentigen Tochtergesellschaften nicht ausschliesslich als Investition hält, sondern dass sie über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus Einfluss auf die Tochtergesellschaften nehmen will (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 707). Diese Einflussnahme erfolgt auch in Bezug auf den von den Tochtergesellschaften der Publigroupe beherrschten Verband Schweizerischer

Werbegeellschaften. Dies wird beispielsweise dadurch dokumentiert, dass Publigroupe – und nicht der VSW – Änderungen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien vorgeschlagen (vgl. Schreiben der Beschwerdeführerin 1 vom 13. April 2005 an die Wettbewerbskommission) und zudem dem Sekretariat einen Vorschlag für die einvernehmliche Regelung unterbreitet hat (vgl. Eingabe vom 31. Oktober 2005).

Entsprechend kann vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen werden, und es ist nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission Publigroupe als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG qualifiziert und die Beschwerdeführerinnen 2–5 nicht formell in das Untersuchungsverfahren einbezogen hat. In Bezug auf die Frage der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Beschwerdeführerinnen 2–5 waren folglich auch keine weiteren Sachverhaltsermittlungen notwendig.

4.5 Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Unternehmen und somit Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist im vorliegenden Verfahren Publigroupe.

Demgegenüber sind Adressaten im formellen Sinne diejenigen Rechtssubjekte, welche die Verfügung zugestellt erhalten, ohne selbst von der Regelung der Verfügung unmittelbar betroffen zu sein (vgl. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Rz. 7 zu Art. 6, m.w.H.). Diese Adressaten im formellen Sinne stehen nicht als Partei im geregelten Rechtsverhältnis. Die Anordnung berührt zwar ihre Interessen unmittelbar; ihre Rechte oder Pflichten werden jedoch nicht geordnet (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1100/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 148).

Obwohl die Interessen der vier 100-prozentigen Tochtergesellschaften des Segments PubliPresse von Publigroupe (Beschwerdeführerinnen 2–5) und diejenigen des VSW von der Regelung bzw. der Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern unmittelbar berührt werden, kommt ihnen aufgrund der aufgezeigten Konzernzugehörigkeit

zu Publigroupe bzw. dem VSW aufgrund dessen Beherrschung durch die Tochtergesellschaften von Publigroupe im vorinstanzlichen Verfahren keine eigenständige Parteistellung zu. Die Vorinstanz hat jedoch die Beschwerdeführer 2–6 zu Recht als formelle Verfügungsadressaten bezeichnet und ihnen die Verfügung eröffnet.

Wie die Wettbewerbskommission korrekt ausführt, sind die materiellen Verfügungsadressaten die durch das Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen. Folgerichtig wurde die Sanktion im Betrag vom CHF 2,5 Mio. allein Publigroupe auferlegt. Konsequenterweise hätten jedoch auch die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) Publigroupe und nicht sämtlichen Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt werden müssen. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist in diesem Sinne von Amtes wegen zu korrigieren.

5. Relevanter Markt

5.1 Sachlich relevanter Markt

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition, welche nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt.

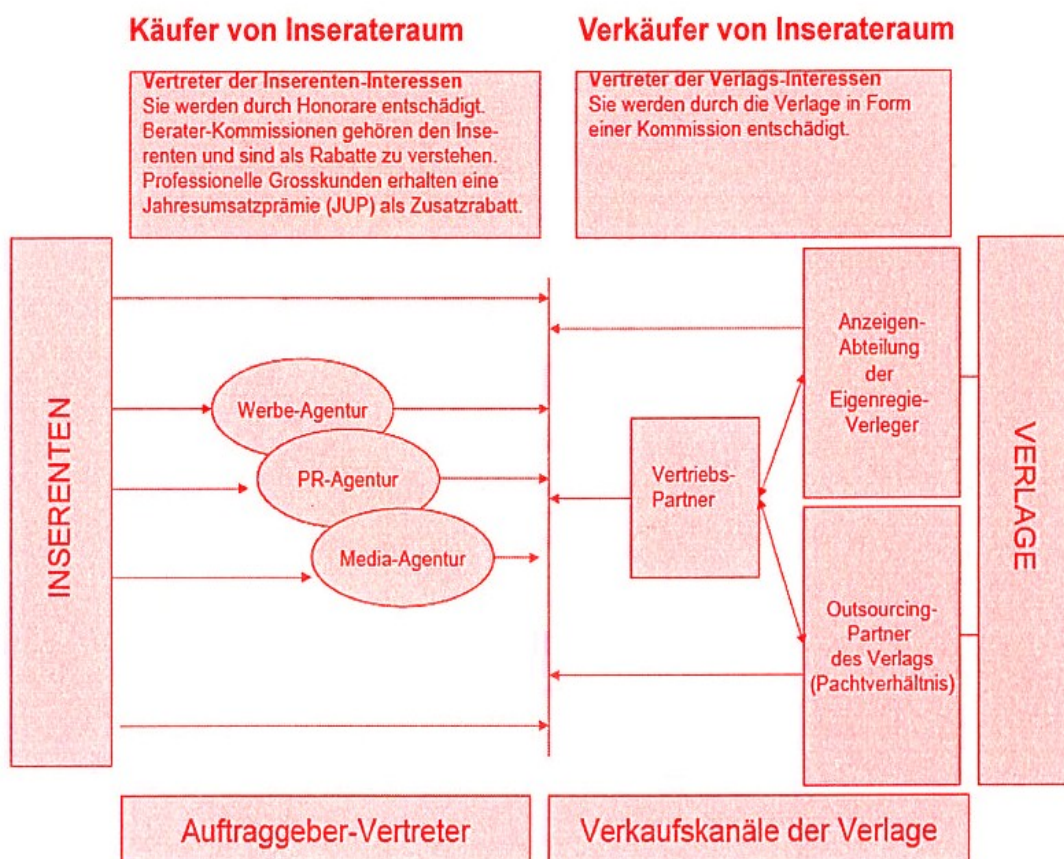
5.1.1 Der *sachlich* relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Massgebend ist, 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 (Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept; vgl. etwa BGE 129 II 18 E. 7.3, m.w.H.; Entscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [nachfolgend: REKO/WEF] FB/2004-1 vom 27. September 2005 [i.S. *Ticket Corner AG*] E. 5.2.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff., und FB/2002-5 [i.S. *Cablecom GmbH/Teleclub AG*] vom 20. März 2003 E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2003/2, S. 406; BORER, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 5 KG; EVELYNE CLERC, in: Tercier/Bovet [Hrsg.],

Droit de la concurrence, Commentaire romand, Genf/Basel/München 2002, Rz. 62 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern, 2005, Rz. 538 ff.;).

Neben der Nachfrageseite kommt als Marktgegenseite auch die Angebotsseite in Betracht: Unter Umständen muss bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts die Substituierbarkeit nicht nur auf der Nachfrageseite, sondern auch auf der Angebotsseite berücksichtigt werden (sog. Nachfrage- bzw. Angebotssubstituierbarkeit, auch Angebotsumstellungsflexibilität genannt; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG).

Der *räumliche* Markt (vgl. unten Ziff. 5.2) umfasst demgegenüber das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

5.1.2 Die folgende, der Beschwerde entnommene Graphik zeigt die verschiedenen Marktbeziehungen der im Printbereich tätigen Unternehmen übersichtlich auf:



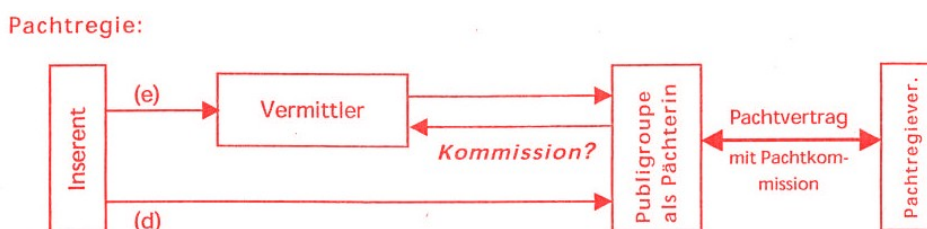
Für einen Verlag bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, wie er den Verkauf des Inseraterraums seines Titels organisieren will: Entweder geschieht der Verkauf des Inserategeschäfts über eine eigene Anzeigenabteilung in *Eigenregie* oder er überträgt die Organisation des Verkaufs des Inserategeschäfts mittels Pacht (*Pachtregie*) auf einen Outsourcingpartner.

Publigroupe tritt mittels ihrer Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2–5) einerseits als *Vermittlerin für Eigenregieverlage* (1) auf. Andererseits betreibt sie für Verlage aber auch die Vermittlung bzw. den Verkauf von Werbe- und Anzeigeraum in *Pachtregie* (2).

In der Konstellation (1) vermittelt Publigroupe den Werbe- und Inseraterraum eines Eigenregieverlags, mit welchem sie in der Regel einen Zusammenarbeitsvertrag abschliesst. Dabei stehen auf der anderen Marktseite als Nachfrager die Werbenden (Inserenten) bzw. deren Vertreter, die Agenturen, gegenüber, denen der Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage vermittelt wird. In diesem Bereich tritt Publigroupe als Wettbewerberin zu den anderen unabhängigen Vermittlern auf, die in der Vermittlung von Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage tätig sind.

Im System der Pachtregie (2) schliesst ein Verlag mit einem Vermittlerunternehmen (in der Regel mit Publigroupe) einen Pachtvertrag. Gegenstand dieses Pachtvertrags ist die Verpflichtung des Vermittlungsunternehmens, die Inserateakquisition integral für einen Verlag bzw. dessen Titel zu übernehmen. Inserenten, welche Werbe- und Inseraterraum in den Pachttiteln nachfragen, wenden sich entweder direkt an Publigroupe oder an einen unabhängigen Vermittler, welcher ebenfalls Anzeigeraum in Pachtregetiteln vermittelt. Diese unabhängigen Vermittler kontrahieren sodann mit Publigroupe, welche den Werbe- und Inseraterraum als Pächterin exklusiv für den Verlag vermarktet. Zwischen den unabhängigen Vermittlern und dem Verlag bestehen keine direkten Geschäftsverbindungen. Die unabhängigen Vermittler stellen in diesem Pachtregie-System, da sie auch eine Exklusivvermarktung des Werbe- und Inseraterraums eines Titels übernehmen könnten, die potenzielle Konkurrenz von Publigroupe dar.

5.1.3 Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Untersuchung ist die Kommissionierungspraxis von Publigroupe bzw. der Beschwerdeführerinnen 2–5 gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Rahmen des Pachtregie-Systems (vgl. Konstellation e). Graphisch stellt sich dies wie folgt dar:



Zwischen dem Inserenten und dem Vermittler kann ein Werbeberater dazwischen geschaltet sein.

Die Wettbewerbskommission legte bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in den Printmedien als massgebenden sachlich relevanten Markt zugrunde.

5.1.4 Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, die verschiedenen Werbemedien stünden in einem Substitutionsverhältnis zueinander. Die Printmedien seien in den letzten Jahren zunehmend durch die elektronischen Medien, die Aussenwerbung und die Direktwerbung verdrängt worden. Auch im Bereich der Internetwerbung hätten bei gewissen Rubrikanzeigen die Internetinserate die Printinserate über weite Strecken ersetzt. Eine Gesamtmarktbetrachtung über die Entwicklung in den letzten Jahren zeige eine Marktanteilsverschiebung vom Printbereich in andere Werbemedien. Diese Verschiebungen liessen sich auch nicht mit konjunkturellen Schwankungen erklären. Für die Bestimmung des sachlich relevanten Markts sei es nicht erforderlich, dass die verschiedenen Werbemedien vollständige Substitute seien. Es genüge vielmehr eine ausreichende Substituierbarkeit. Diese sei aufgrund der Entwicklungen im Werbemarkt ohne Weiteres gegeben. Die von der Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit dem Werbeverhalten erhobenen Sachverhaltsabklärungen über die Entscheidungen im Mediamix würden über pauschale Behauptungen nicht hinausgehen. Diesbezüglich seien von der Wettbewerbskommission auch keine konkreten Marktdaten erhoben worden.

Des Weiteren bestehe im Werbebereich kein eigentlicher Printwerbe-markt, sondern ein durch gegenseitige Wechselwirkungen geprägter Gesamtwerbemarkt. Die Vorbringen der Wettbewerbskommission zu einem eigenständigen Printmarkt seien veraltet. Sie berücksichtigten beispielsweise nicht, dass einzelne Grossinserenten dazu übergegangen seien, Printwerbung fast ausschliesslich durch Direktwerbung zu substituieren.

5.1.5 Mit Blick auf die aktuellen Tendenzen in der Medienmarktentwicklung und der sich daraus ergebenden Strukturveränderungen wird, in Einklang mit den Vorbringen der Beschwerdeführer, von einem Teil der Lehre gefordert, es sei von einem umfassenden Werbemarkt auszugehen, der neben Zeitungen, Radio und Fernsehen auch das Internet sowie Direkt- und Plakatwerbung umfassen soll (vgl. URS WEBER-STECHER, Medienzusammenschlüsse – Einige Gedanken zur Praxis der Wettbewerbskommission – oder: Informationsmarkt und Primat des Werbemarkts, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 33, mit Hinweis auf FRANZ HOFFET/THOMAS HOEHN, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, sic! 1999, S. 240). Begründet wird diese Ansicht mit dem Argument, in Werbekampagnen erfolge ein zeitlich und örtlich abgestimmter Einsatz von Plakat-, Zeitungs-, Radio-, Fernseh- und eventuell Printwerbung (sog. Mediamix), weshalb sich diese Werbeträger aus der Sicht der Marktgegenseite ergänzend einsetzen liessen, sich aber auch direkt konkurrenzierten (vgl. WEBER-STECHER, a. a. O., Rz. 33, mit Hinweis auf HOFFET/HOEHN, a. a. O., S. 240).

Die Vorinstanz lehnt diese Sichtweise mit dem Hinweis auf die besonderen Charakteristiken der Printwerbung ab, welche die Presse als Werbekanal schwer substituierbar mache. So profitiere die Pressewerbung von der starken Position der Schweizer Presse, welche sich unter anderem in der überdurchschnittlich hohen Leserbindung ausdrücke. Dies und die Vielfalt der Publikationen erlaubten einen gezielten und effizienten Werbeeinsatz unter Vermeidung von Streuverlusten. Überdies lasse die Presse eine komplexe Botschaft zu. Des Weiteren seien die Inserate aufgrund der technischen Eigenschaften der Presse weder an einen bestimmten Platz noch an eine bestimmte Zeit gebunden. Sie könnten jederzeit, überall und wiederholt gelesen werden. Schliesslich seien die Produktionskosten einer Anzeige im Vergleich zu Fernseh- und Radiospots relativ gering. Zu den anderen

Werbeträgern führte die Wettbewerbskommission in Ziff. 105 der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2007 (nachfolgend: "Verfügung Ziff." für Verweise auf die angefochtene Verfügung) aus, dass diese unterschiedliche Eigenschaften aufweisen und unterschiedlichen Zielsetzungen dienen würden. Während das Fernsehen auf die breite Kommunikation einer emotionalen, einfachen Botschaft dank audiovisueller Möglichkeiten abziele, werde das Radio eher als lokales oder regionales Ergänzungsmedium eingesetzt, welches aktuelle Angebote oder Aktionen vor allem im Bereich Handel und Gewerbe an ein junges Zielpublikum fördere. Auch Plakate und Aussenwerbung seien als Ergänzungsmedium anzusehen, das sich durch hohe, aber oberflächliche Kontaktchancen auszeichne und vor allem schnelle, klar verständliche, prägnante und kurze Botschaften zu vermitteln vermöge.

5.1.6 Die REKO/WEF hatte sich in einem Beschwerdeentscheid aus dem Jahre 2006 mit der Beteiligung der Berner Zeitung an der Pendlerzeitung 20 Minuten zu befassen. Auf der Leserseite grenzte die REKO/WEF einen eigenen Pendlerzeitungsmarkt ab. Hinsichtlich der Abgrenzung des Werbemarkts schied sie drei Werbeteilmärkte, nämlich einen Anzeigenraum für Firmenwerbung, Rubrikanzeigen sowie Ankündigungsanzeigen aus. Dabei sprach sie sich grundsätzlich gegen einen medienübergreifenden Gesamtwerbemarkt aus, zumal es einen „einheitlich-homogenen“ Werbemarkt weder auf nationaler noch auf regionaler oder auf lokaler Ebene gebe. Die unterschiedlichen Werbeträger müssten sehr unterschiedliche Nachfragebedürfnisse befriedigen. Diese seien abhängig von der Form und Aussage der Werbebotschaften, der dafür werbepsychologisch geeigneten Media und anvisierten Zielgruppen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. 20 Minuten] E. 8.1 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.).

Auch in einem Entscheid der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. April 2005 wurde der Printmedienbereich aufgeteilt in einen Lesermarkt und einen Anzeigenmarkt. In Bezug auf Anzeigen in Publikumszeitschriften wurde im erwähnten Entscheid ausgeführt, dass eine Marktuntersuchung der Kommission zum Aufkauf von Werberaum („media buying“) ergeben habe, dass die unterschiedlichen Mediengattungen (Printerzeugnisse, Fernsehen, Radio und Internet) eher komplementär als austauschbar seien, da verschiedene

Medien unterschiedliche Empfänger auf unterschiedliche Art und Weise erreichen würden (vgl. Entscheid der Europäischen Kommission, Nr. COMP/M.3648 vom 8. April 2005 i.S. *Gruner+Jahr/Motorpresse*, Rz. 11).

In die gleiche Richtung zielt ebenfalls ein Entscheid des Obersten Gerichtshofs Österreichs (vgl. OGH als Rekursgericht in Kartellrechts-sachen, Entscheid Nr. 16Ok15/08 vom 17. Dezember 2008, E. 4.1.1), welcher in sachlicher Hinsicht die Anzeigenmärkte abgrenzte und zudem festhielt, alternative Medien (Radio, Fernsehen, Internet, Prospekt- und Flugblattwerbung, Gelbe Seiten, Aussenwerbung) seien wegen der unterschiedlichen Kundenstruktur in casu nicht mit Gratis-wochenzeitungen zu einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen. Kunden würden vielfach auf verschiedene Medien für einander ergänzende Zwecke zurückgreifen. Ausserdem würden grosse Werbekunden einen detaillierten Preis-Leistungs-Vergleich erst nach grober Aufteilung der Werbebudgets auf die verschiedenen Medien anstellen.

5.1.7 Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die dynamische Entwicklung des Medienbereichs mit einem Wandel der Konsumgewohnheiten der Medienbenützer einhergeht. Trotz der laufenden technologischen Umwälzungen ist aber mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die einzelnen Medien weiterhin hinsichtlich Inhaltstiefe, der Rezeption, der Nutzungsweise und der unterschiedlichen sozio-kulturellen Einbindung wesentlich voneinander unterscheiden. Gerade die typischen Eigenschaften wie die Schnelligkeit des Begleit- und Wortmediums Radio, welches sich vor allem lokal und regional an ein vorwiegend junges Zielpublikum richtet, sowie die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums Fernsehen, welches eher auf eine breite Kommunikation mittels audiovisueller Möglichkeiten ausgerichtet ist, unterscheiden sich bezüglich Eigenschaften und Zielgruppen doch beträchtlich von den Printmedien. Deren gewichtigster Vorteil ist demgegenüber die genauere Zielgruppen-Streuung, weil das Publikum geografisch und soziodemographisch zielgenauer angesprochen werden kann. Auch die unterschiedlichen Wahrnehmungsformen der einzelnen Werbeträger sowie deren unterschiedliche Eignung für die verschiedenen Werbearten stehen werbepsychologisch einer funktionellen Austauschbarkeit der gedruckten und elektronischen Medien entgegen (vgl. HARALD MAAG, *Medienkonzentration – Zur Reichweite des fusionsrechtlichen Instrumentariums*, Basel/Genf/München 2002, S. 137 und 147). Entsprechend sind die anderen

traditionellen Werbeträger im Vergleich zu den Printmedien eher als komplementär denn als substituierbar anzusehen.

5.1.8 Die Beschwerdeführer heben insbesondere die Bedeutung der Substitutionsbeziehung zwischen dem Printbereich und dem Internet hervor. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf die Zuwachsraten bei den verschiedenen Online-Plattformen in den Rubriken „Fahrzeuge“, „Immobilien“ und „Stellen“. In Bezug auf diese Rubriken könne das Internet nicht mehr als bloss alternativer Werbekanal ohne ausreichende Substitutionswirkungen bezeichnet werden.

Die Vorinstanz hat bereits in der angefochtenen Verfügung anerkannt, dass das Internet im Bereich der Rubrikanzeigen grosse Bedeutung erlangt habe und dass seit einigen Jahren viele Wohnungen und Autos durch Inserate im Internet vermittelt und viele Stellen im Internet ausgeschrieben würden. Sie nahm sodann eine teilweise Substituierbarkeit der Online- und Printinserate betreffend die Rubrikanzeigen an, da sich das seit mehreren Jahren sinkende Rubrikanzeigenvolumen in den Printmedien zu einem gewissen Teil zu den Online-Marktplätzen verschoben habe (vgl. Verfügung Ziff. 111 ff.).

Den Ausführungen der Vorinstanz zu den Marktverhältnissen in Bezug auf die Werbung im Bereich Rubrikwerbung kann gefolgt werden. Es ist nachvollziehbar, dass die verschiedenen Medien aus der Sicht der Inserenten von Rubrikanzeigen teils alternative und teils ergänzende Insertionskanäle darstellen. Gerade auch in den von den Beschwerdeführern beispielhaft erwähnten Bereichen der Immobilien-, Auto- und Stellenvermittlung werden die Inserate meist gezielt in den einzelnen Medien platziert, da sich bestimmte Zielgruppen gerade über ein bestimmtes Medium besser erreichen lassen. Print- und Onlineinserate unterscheiden sich aber nicht nur hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten und der qualitativen Wirkungsweise, sondern auch in Bezug auf die Produktionsbedingungen und Kosten. Unter Berücksichtigung, dass nicht der Printwerbemarkt als solches untersucht wurde, sondern die Dienstleistung „Vermittlung und Vermarktung von Werberaum“, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Onlinewerbung mangels einer ausreichend engen substitutiven Beziehung nicht demselben sachlichen Markt zuordnete wie die Pressewerbung.

5.1.9 Auch der Einwand der Beschwerdeführer, die rückgängigen Zahlen im Bereich der gesamtschweizerischen Netto-Werbeumsätze vor allem im Zeitraum von 2000 bis 2005 würden zeigen, dass die elektronischen und weitere Medien Substitutionswerbeträger zu den Printmedien seien, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Es ist zwar korrekt, dass die Werbeumsätze der Printmedien im betreffenden Zeitraum tendenziell rückläufig waren. Dies war jedoch in erster Linie auf die Pressekrise zurückzuführen, mit welcher sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auch befasst hat (vgl. Verfügung Ziff. 172). Die Folgerung, dass die verschiedenen aufgeführten „Alternativ-Medien“ in einer nahen Substitutionsbeziehung zum Printmedium als Werbeträger stehen würden, ist jedenfalls damit noch nicht nachgewiesen. Mit der Vorinstanz kann vielmehr angenommen werden, dass die steigenden Werbeumsätze der anderen Medien vor allem auch auf die zunehmenden crossmedialen Werbestrategien zurückzuführen sind, wodurch eine optimale Kombination der verschiedenen Werbeträger unter anderem in Bezug auf das Zielpublikum, die Eigenschaften des Werbeträgers, die Reichweite und die jeweiligen Kosten angestrebt wird. Da sich eine konstante Netto-Werbeumsatzzunahme bei den übrigen Medien, insbesondere bei den elektronischen Medien, bei gleichzeitiger Umsatzabnahme bei den Printmedien mit Ausnahme der Jahre 2001 bis 2004 nicht feststellen lässt, spricht Vieles dafür, dass die unterschiedlichen Werbeträger vor allem auch komplementär eingesetzt werden, wobei jedoch gewisse Substitutionswirkungen nicht verneint werden können, zumal sich die verschiedenen Werbeformen auch gegenseitig überschneiden. Gerade auch die für das Jahr 2006 festgestellte Zunahme bei den Netto-Werbeumsätzen im Bereich Presse, welche vor allem in Bezug auf die Tages- sowie regionale Wochen- und Sonntagspresse (+ 4,5 %) überproportional beispielsweise im Vergleich zu den Elektronischen Medien (+ 2,5 %; vgl. Auflistungen im Print-Media-Planer 2008) ausgefallen ist, widerspricht den Behauptungen der Beschwerdeführer, wonach sich die Schere zwischen Presse und elektronischen Medien immer weiter zu Gunsten der elektronischen Medien öffnen würde. Auch aus dem Umstand, dass sich der Marktanteil des Mediums "Presse" an den Netto-Werbeumsätzen in der Schweiz in den Jahren 2004 bis 2006 von 43 % auf 41 % verringert hat, lässt sich nicht ohne Weiteres mit der Substitutionswirkung erklären. Denn auch die Marktanteile der restlichen Medien weisen in dieser Zeit keine markanten Steigerungen auf. Bei den elektronischen Medien liegt der Anteil vielmehr konstant zwischen 14 % und 15 %, bei der Aussenwerbung

und bei der Direktwerbung variiert dieser Anteil in diesem Zeitraum zwischen 10 % und 11 % bzw. zwischen 23 % und 24 %. Zu Recht weist die Vorinstanz deshalb in diesem Zusammenhang auf die Zunahme der crossmedialen Werbestrategien hin. Dabei wird für die Lancierung einer Werbekampagne ein Media-Mix mit verschiedenen Werbeträgern, je nach Kommunikationsziel, zusammengestellt. Obwohl gewisse Substitutionswirkungen nicht zu bestreiten sind, werden die Werbeträger vor allem komplementär eingesetzt.

5.1.10 Schliesslich gehen die Beschwerdeführer selber davon aus, dass die verschiedenen Werbeträger keine vollständigen Substitute seien. Dies sei jedoch mit Hinweis auf CLERC (a.a.O., Rz. 63 zu Art. 4 Abs. 2 KG) für den Einbezug in den sachlich relevanten Markt nicht erforderlich, da eine ausreichende Substituierbarkeit genüge.

Als Hauptkriterium der *sachlichen* Marktabgrenzung dient die Substituierbarkeit der Nachfrage, da sie sich am unmittelbarsten auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirkt. Demnach sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zu bestimmen und demselben Sachmarkt zuzuordnen, die von den massgeblichen Nachfragern der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Diesbezüglich wird oftmals auf die sog. *Kreuz-Preis-Elastizität* zurückgegriffen, wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkt eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirken (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 63 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], a.a.O., N. 43 zu Art. 4 KG; kritisch demgegenüber MANI REINERT, *Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen*, Zürich 2004, S. 27 ff., der den fehlenden Konsens zur Frage beklagt, welche absolute Höhe die Kreuz-Preis-Elastizität erreichen muss, damit Produkte untereinander als gegenseitig austauschbar betrachtet werden können; vgl. auch MATTHIAS AMANN, *Zeitungsfusionskontrolle*, Zürich 2000, S. 139 f., der auf das Problem der unter Umständen unterschiedlich preiseempfindlich zusammengesetzten Nachfrageseite hinweist, was in Überschätzung des Substitutionseffekts zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen könne). Trotz dieser Bedenken versucht die Praxis, methodisch zur Klärung der Frage beizutragen, ob tatsächlich Alternativangebote bestehen, mittels des SSNIP-Tests abzuschätzen, ob und in welchem Mass die Marktgegenseite bei einer geringfügigen, aber dauernden Preiserhöhung von 5 % bis 10 % auf andere Angebote ausweichen kann (sog. "*small but significant non transitory*").

increase in price test" oder SSNIP-Test; vgl. Entscheide der REKO/WEF FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3.3 ff., m.w.H., und FB/2004-1, a.a.O., E. 5.2.2; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 36 zu Art. 10 KG).

Demzufolge stellt die graduell unterschiedlich definierbare Substituierbarkeit keine objektive, ein für allemal feststellbare Grösse dar, sondern sie hängt von der Preisinelastizität ab, welche noch für zumutbar erachtet wird (vgl. VENTURI, a. a. O., Rz. 31 zu Art. 10 KG). Ferner sind die Wettbewerbsbedingungen und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht zu ziehen, wozu auch die Produktions- und Angebotsflexibilität der Anbieter gehören (vgl. RN 20–23 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5 [nachfolgend: Bekanntmachung]; zur Beachtlichkeit dieser Bekanntmachung für die Interpretation des KG vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 60 und 73 zu Art. 4 Abs. 2 KG).

Die bloss teilweise Substituierbarkeit von Produkten (wie z.B. Kartoffeln im Verhältnis zu Brotsorten) wird praxisgemäss nicht als ausreichend angesehen, um deren Einbezug in den sachlich relevanten Markt (z. B. von Brotsorten) zu erlauben (vgl. AMANN, a. a. O., S. 134 ff.; MAAG, a. a. O., S. 111 ff. und S. 194 ff.; MANI REINERT, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen – ausgewählte Probleme, AJP 1999, S. 448, m.w.H.; THOMAS ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 155). In solchen Fällen "marktnaher" (d.h. "marktfremder", weil nicht als zum sachlichen Markt zugehörig erachteter) "Substitute" untersucht die Wettbewerbskommission deren "disziplinierende Wirkung" (vgl. Verfügung Ziff. 151 ff.).

Daher spricht die Praxis – im Unterschied zum "*Marktwettbewerb*", der die nachfrageseitig als funktionell austauschbar angesehenen und deshalb demselben Markt zugerechneten Produkte betrifft – von "*Substitutionswettbewerb*", wenn Produkte (z.B. Kartoffeln) in Frage stehen, von denen ein "nicht so intensiver Wettbewerb" ausgeht, welche jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (wie Krisenzeiten) Produkte (z.B. Brotsorten) ersetzen können, die nicht demselben Sachmarkt zugerechnet werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF, FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3.4, m.w.H.).

Das Sekretariat unterbreitete im Untersuchungsverfahren unter anderem

diversen Werbeagenturen die Frage: „Wie würden Sie reagieren, wenn sich die Insertionspreise für die Pressewerbung um etwa 10 % erhöhen würden?“ Die Auswertung dieses SSNIP-Tests hat ergeben, dass die grosse Mehrheit das Budget für Pressewerbung aufrechterhalten, dabei jedoch das Anzeigevolumen senken würden. Ungefähr ein Viertel sprach sich – sofern genügend Mittel vorhanden seien – für die Erhöhung des Budgets für Pressewerbung aus, um das Anzeigenvolumen aufrechtzuerhalten. Eine Verschiebung auf andere Werbeträger wurde nur geltend gemacht, sofern dies mit dem vordefinierten Mediamix und der Zielsetzung der Kampagne übereinstimme. Zum gleichen Ergebnis führte die Auswertung der Frage hinsichtlich der Reaktion auf die Erhöhung der Tageszeitungsinseratenpreise um 10 %.

Der aus dieser Auswertung gezogene Schluss der Vorinstanz, dass die Werbetreibenden die anderen Werbeträger nicht als nähere Substitute für Printwerbung betrachten, kann aufgrund der festgestellten geringen Preiselastizität bei der Printwerbung nachvollzogen werden. Das Argument der Beschwerdeführer, die Vorinstanz stütze sich auf veraltete Aussagen von Marktteilnehmern aus dem Jahre 2003, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Die Antworten auf den Fragebogen wurden von den befragten Marktteilnehmern zwischen Mitte Oktober 2003 und 22. Januar 2004 dem Sekretariat eingereicht und erweisen sich als genügend aktuell, um ein Verhalten der Beschwerdeführer bis November 2005, ab welchem Zeitpunkt Publigroupe von ihrer gemäss Vorinstanz missbräuchlichen alten VSW-Richtlinien abgewichen ist, beurteilen zu können.

5.1.11 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass zwischen den alternativen Medien, wie insbesondere dem Internet und der Direktwerbung, und den Printmedien keine ausreichende Substituierbarkeit gegeben ist. Dies trifft um so mehr zu, als nicht der Printwerbemarkt als solches untersucht wurde, sondern eine von diesem abgeleitete Dienstleistung, nämlich die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum in Printmedien. Bereits unter diesem Gesichtspunkt scheint fraglich, inwieweit alternative Werbeträger das Verhalten von Publigroupe gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Printbereich zu disziplinieren geeignet sind. Entsprechend ist die von der Vorinstanz vorgenommene sachliche Marktabgrenzung, welche bei der Beurteilung der Marktstärke von Publigroupe vom Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausgeht, nicht zu beanstanden.

5.2 Räumlich relevanter Markt

Der *räumlich* relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 5 KG; VENTURI, a.a.O., Rz. 37-42 zu Art. 10 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 551).

Nach der Darstellung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz (vgl. Verfügung Ziff. 121–124). Aus der Sicht der Werbetreibenden sei Publigroupe wegen ihres breiten gesamtschweizerischen Netzwerks insbesondere für nationale Kampagnen von Bedeutung. Für die Verlage sei Publigroupe auch gerade deshalb interessant, weil sie in deren Netzwerk von den von Publigroupe schweizweit vermittelten Anzeigen profitieren könnten.

Die Beschwerdeführer stellen diese Abgrenzung zu Recht nicht in Frage. Es bleibt daher auch bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Markts.

5.3 Zeitlich relevanter Markt

Schliesslich kann es in gewissen Situationen Sinn machen, auch in *zeitlicher* Hinsicht zu prüfen, ob eine Substituierbarkeit gegeben ist (vgl. ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1337). Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist in der Regel von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37).

Die von der Vorinstanz für den sanktionierten Zeitraum (1. April 2004–Februar 2006) in sachlicher und räumlicher Hinsicht vorgenommene Marktabgrenzung ist nachvollziehbar, zumal sich mit Bezug auf diesen Zeitraum unter anderem ergeben hat, dass die alternativen Medien in keiner ausreichend engen substitutiven Beziehung zur Printwerbung stehen. Inwieweit diese Marktabgrenzung auch die neusten Entwicklungen und Strukturveränderungen im Medienmarkt nach der Sanktionsperiode widerspiegelt, kann offen gelassen werden, da dies nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung war.

5.4 Gesamtfazit: Marktabgrenzung

Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für den der Sanktion zugrunde liegenden Zeitraum den relevanten Markt als Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz definiert hat.

6. Marktstellung

6.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung stellt das Kartellrecht auf Verhaltens- und Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben. Solche Spielräume bestehen nicht, wenn Unternehmen durch genügend Wettbewerbsdruck in ihrem Verhalten diszipliniert werden (vgl. CAROLE BÜHRER/STEFAN RENFER, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 25; ZÄCH, a.a.O., Rz. 532, 572; ähnlich auch die Umschreibung des "unabhängigen Verhaltens" nach Art. 4 Abs. 2 KG von BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 66 f., 69 zu Art. 4 KG).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle jeweils konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 305, mit Hinweis auf den in: RPW 1998/4, S. 674 E. 4.1 veröffentlichten Entscheid der REKO/WEF; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 537). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen sowie deren Entwicklung (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 583). Weiter relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifischen Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren

können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden Markts, d.h. der potenzielle Wettbewerb (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

Abweichend von dem in der Zusammenschlusskontrolle verlangten Marktbeherrschungsgrad (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) wird bei der – vorliegend in Frage stehenden – Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. *Swissgrid-Entscheid*, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 319 [vom Bundesgericht bestätigt in BGE 133 II 104 E. 6.3. S. 108] sowie *Entscheid i.S. Berner Zeitung/Tamedia AG*, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 366 [vom Bundesgericht bestätigt, vgl. RPW 2007/2, S. 335]; weitergehend ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, *Marktbeherrschung – Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG*, in: Kunz [Hrsg.], *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 469 ff.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid zu begründen. An die Begründungsdichte sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines angeblich marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig in der Rangfolge aktueller Wettbewerb, potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite. Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einzuschränken (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 14, 305, 332; ZÄCH, a.a.O., Rz. 582).

6.2 Aktueller Wettbewerb

6.2.1 Marktanteil von Publigroupe

6.2.1.1 Publigroupe verfügt nach Auffassung der Vorinstanz im definierten relevanten Markt über einen hohen Marktanteil von über 63 %. Dies sei auf deren Doppelfunktion zurückzuführen. Zum einen schlossen zahlreiche Verlage mit Publigroupe exklusive Pachtverträge ab, andererseits generierten die Eigenregieverlage rund 40–50 %

ihres Anzeigenvolumens mit von Publigroupe vermittelten Inseraten (vgl. Verfügung Ziff. 136).

6.2.1.2 Die Beschwerdeführer bestreiten ihren Marktanteil am Schweizer Printvolumen nicht. Dieser betrage für das Jahr 2006 bei einem Gesamtvolumen von CHF 2,369 Mia. 63,1 % oder CHF 1,496 Mia. Bestritten wird hingegen, ob ihre Outsourcingleistungen einen Anteil von 55 % ausmachen. Der Anteil der Regieverlage, d.h. der Verlage, die das Inserategeschäft an Publigroupe ausgelagert hätten, betrage lediglich 42,5 % und nicht 55 %. Weiter argumentieren sie, dass unabhängig von den erhobenen strukturellen Daten über die Anteile der Beschwerdeführerinnen am Gesamtpresseumsatz in der Schweiz, nach Art. 4 Abs. 2 KG die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens von anderen Marktteilnehmern das entscheidende Kriterium sei. Entsprechend würden die Daten der Vorinstanz zum Marktanteil von Publigroupe nichts über ihre Marktstellung aussagen. Entscheidend für die Beurteilung der Marktstellungsfrage sei, dass die Beschwerdeführer keine Konditionenhoheit gegenüber den Inseratekunden hätten, und dass die Bruttomargen wegen des Marktdrucks durch die Verlage trotz Hochkonjunktur laufend gesunken seien. Überdies hätten die Verlage in der Schweiz auch die Möglichkeit, von einem Systemwechsel Gebrauch zu machen.

6.2.1.3 Das Ergebnis der Vorinstanz betreffend die Marktanteilsfrage ist jedoch gestützt auf die nachfolgenden Ausführungen nachvollziehbar.

Die Beschwerdeführer 1–5 nahmen in den Jahren 2000 bis 2006 im relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 63 % ein (vgl. Verfügung Ziff. 129). Ein Marktanteil in diesem Rahmen wird denn auch von den Beschwerdeführern für das Jahr 2006 bestätigt (vgl. Replik vom 10. Oktober 2007 Ziff. 70). Entsprechend wurden ca. 63 % des Printwerbe- und Printinsertionsumsatzes in der Schweiz über die Vermittlungsdienstleistungen der Beschwerdeführer 1–5 abgewickelt.

Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang, dass der Anteil der Regieverlage, die das Inserategeschäft an die Beschwerdeführer 1–5 ausgelagert hätten, nicht – wie von der Vorinstanz angenommen – 55 %, sondern gestützt auf Daten aus dem Jahre 2005 42,5 % betrage.

Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass dieser Marktanteil von 55 % von Publigroupe selber stammt. So führt sie in Beantwortung des Fragebogens der Vorinstanz im Antwortschreiben vom 27. Juni 2003 (vgl. act. 125 des vorinstanzlichen Verfahrens [nachfolgend: "Vorinstanz act." für Verweise auf die vorinstanzlichen Akten]) aus, dass die von den Publipresse-Gesellschaften betreuten Regiezeitungen einen Anteil von 55 % (52 % im Stellenbereich) ausmachen würden. Eine Berechnung des Anteils der beglaubigten Auflagen ergebe einen Anteil von 53 %. Ein anderer Ansatzpunkt, nämlich das Abstellen auf die Leserzahl, führe demgegenüber zu einem Anteil der Regietitel von 49 %. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 2. Juli 2007 (Ziff. 52) haben die Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren in der Stellungnahme vom 20. September 2006 (Vorinstanz act. 308 Ziff. 38) darauf hingewiesen, dass die Publigroupe-Gesellschaften vom gesamten Outsourcingvolumen von CHF 1,262 Mia. im Jahre 2004 gestützt auf Pachtverträge CHF 0,976 Mia. und somit einen Anteil von 42,5 % des Gesamtprintvolumens bewirtschaften würden.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Vorinstanz bei der Berechnung des Marktanteils unter anderem auch auf die von Publigroupe eingereichten Zahlen aus dem Jahr 2001 abstützte, da diejenigen für das Jahr 2002 zur Zeit der Befragung offenbar noch nicht erhältlich waren. Die Beschwerdeführer wenden zu Recht ein, dass diese Zahlen für ein zu sanktionierendes Verhalten für den Zeitraum von April 2004 bis Februar 2006 insoweit problematisch sein könnten, als sich die Marktanteile zwischenzeitlich erheblich hätten verändern können. Die Beschwerdeführer übersehen jedoch, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 129) bei der Berechnung des Marktanteils ebenfalls die Zahlen der Jahre 2002 bis 2004 berücksichtigt hat. Danach entsprach der Marktanteil der Beschwerdeführer 1–5, gemessen an den Gesamtausgaben für die Pressewerbung in der Schweiz im Jahre 2004, immer noch 63,6 %.

Wie unter Erwägung 5 aufgezeigt, ist als relevanter Markt der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien (sowohl Eigenregie- und Pachttitel) in der Schweiz abzugrenzen. Wie in der Beschwerde (Ziff. 10) ausgeführt wird, erwirtschafteten die Beschwerdeführer 1–5 im Jahre 2005 im relevanten Markt einen Umsatz von CHF 1,451 Mia. Ausgehend vom Gesamtumsatz von Pressewerbung in der Schweiz von CHF 2,299

Mia. (Ziff. 12 der Beschwerde) verfügten somit die Beschwerdeführer 1–5 im Jahre 2005 auch nach eigenen Angaben über einen Marktanteil von rund 63 %.

Bei dem von den Beschwerdeführern geltend gemachten Marktanteil von 42,5 % werden dem Gesamtpresseumsatz im Jahre 2005 von CHF 2,299 Mia. lediglich der bereinigte Umsatz der Beschwerdeführer 1–5 für Pachttitel im Umfang von CHF 977 Mio. gegenübergestellt. Bei dieser Vorgehensweise wird der Umsatz der Beschwerdeführer 1–5 für Eigenregietitel und für Mischkombinationen (Pacht- und Eigenregietitel) nicht berücksichtigt. Diese Berechnungsweise entspricht nicht dem vorgängig als massgebend betrachteten relevanten Markt. Eine engere Definition des relevanten Markts, beispielsweise die Beschränkung auf den Umsatz mit Pachttiteln, würde unweigerlich zu einem noch grösseren Marktanteil der Beschwerdeführer 1–5 führen.

Nach dem Gesagten ist die Berechnung der Vorinstanz, welche von einem Marktanteil der Beschwerdeführer 1–5 von rund 63 % ausgeht, nicht zu beanstanden. Dieser hohe Marktanteil ist vor allem auf ihre Doppelfunktion als wichtige Vermittlerin sowohl ihrer Pachtregietitel als auch der Eigenregieverlage (vgl. Verfügung Ziff. 131, 132, 134, 136) zurückzuführen.

Richtigerweise hat die Vorinstanz nicht allein gestützt auf den festgestellten hohen Marktanteil eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführer 1–5 angenommen, sondern hat auch die restlichen Elemente geprüft. Schliesslich könnte, selbst wenn der Argumentation der Beschwerdeführer gefolgt und von einem Marktanteil von 42,5 % ausgegangen würde, eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführer 1–5 allein dadurch noch nicht ausgeschlossen werden. Es müsste auch in diesem Fall geprüft werden, ob Ansatzpunkte bestehen, damit von der notwendigen Autonomie in Bezug auf das Verhalten gegenüber den anderen Marktteilnehmern ausgegangen und auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung geschlossen werden könnte (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 4).

6.2.1.4 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass Publigroupe im relevanten Markt mit über 63 % einen hohen Marktanteil einnimmt.

Dies ist ein Indikator, der für eine marktbeherrschende Stellung der Publigroupe spricht.

6.2.2 Relative Stärke der Mitbewerber

6.2.2.1 Des Weiteren ist die Frage zu klären, welche Stellung die Wettbewerber von Publigroupe, d.h. die anderen unabhängigen Vermittlerunternehmen und die Verlage, welche ihren Werbe- und Insertionsraum selbständig vermarkten, im relevanten Markt einnehmen. Insbesondere ist zu beurteilen, ob diese das Verhalten von Publigroupe zu disziplinieren vermögen.

6.2.2.2 Die Vorinstanz kommt in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass zwischen Publigroupe und ihren Mitbewerbern eine unausgeglichene Marktanteilsverteilung zugunsten von Publigroupe bestehe (vgl. Verfügung Ziff. 138 ff.). Da Publigroupe zudem von strukturellen Vorteilen profitiere, gehe von den Mitbewerbern kein disziplinierender Einfluss auf das Verhalten von Publigroupe aus.

Die Vorinstanz begründet diese Einschätzung wie folgt:

Publigroupe habe in Bezug auf eine Vielzahl von Titeln (ca. 600) langfristige Pachtverträge abgeschlossen. In den Jahren 2005 und 2006 seien überdies die NZZ und die Aargauer Zeitung als neue Pachtregietitel hinzugekommen (vgl. Verfügung Ziff. 131). Im Gegensatz dazu würden neben Publigroupe nur wenige Vermittler existieren, die in einem Pachtregie-Vertragsverhältnis zu einem Verlag stehen würden (vgl. Verfügung Ziff. 139).

Die Publigroupe verfüge zudem über eine starke regionale Markstellung in der Innerschweiz, Ostschweiz und in Graubünden. In der Westschweiz und im Tessin hätten fast sämtliche Verlage ihr Anzeigengeschäft an Publigroupe ausgelagert (vgl. Verfügung Ziff. 140).

Neben Publigroupe seien keine weiteren grossen oder mittelgrossen Unternehmen, welche nur annähernd über eine ähnlich starke Markstellung verfügen würden, im relevanten Markt tätig (vgl. Verfügung Ziff. 141-143).

Publigroupe habe im relevanten Markt einen Marktteil von über 63 % inne. Ihre Mitbewerber seien eine heterogene Gruppe von kleinen

Vermittlern und Eigenregieverlagen ohne gemeinsame Strategie, mit unterschiedlichen Leistungen und Konditionen. Entsprechend vermöchten die heterogen organisierten Mitbewerber keinen disziplinierenden Einfluss auf Publigroupe auszuüben (vgl. Verfügung Ziff. 140, 143).

Schliesslich verfüge Publigroupe über drei strukturelle Vorteile: (1) Netzwerkeffekt, (2) Minderheitsbeteiligungen an zahlreichen Verlagen (vgl. Verfügung Ziff. 148 f.), (3) beträchtliche Finanzkraft (vgl. Verfügung Ziff. 150).

6.2.2.3 Diese Ausführungen der Vorinstanz zeigen in nachvollziehbarer und überzeugender Weise auf, dass es sehr unwahrscheinlich ist, dass die Mitbewerber einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten von Publigroupe auszuüben vermögen. Die Untersuchungen der Vorinstanz zeigen vielmehr ein Bild, wonach auf der einen Seite Publigroupe mit einem hohen Marktanteil, zahlreichen Pachtregietiteln, einem schweizweit flächendeckenden und lokal verankerten Filialennetzwerk und weiteren strukturellen Vorteilen (Minderheitsbeteiligungen, hohe Finanzkraft) steht; auf der anderen Seite ist eine heterogen organisierte Gruppe von Mitbewerbern, unter welchen sich kaum mittlere und grosse Unternehmen befinden.

6.2.3 Besteht vertikaler Marktdruck durch die Verlage?

6.2.3.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, Publigroupe verfüge nicht über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, da sich die Beschwerdeführerinnen 1–5 gegenüber den Verlagen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könnten (vgl. Beschwerde Ziff. 267 f. und 271 f.). Die Verlage würden einen disziplinierenden Marktdruck auf das Verhalten von Publigroupe ausüben. Sie wüssten ihre Verhandlungsmacht als lokale und regionale Marktführer gegenüber der Publigroupe sehr wohl zu nutzen. Die Beschwerdeführer 2–5 seien zur Unterhaltung ihres Netzwerks darauf angewiesen, mit sämtlichen Verlagen eine Zusammenarbeit zu suchen, auch wenn die Pacht- oder Vermittlungskonditionen noch so schlecht seien. Dies widerspiegle sich insbesondere in den sinkenden Bruttomargen der Publigroupeunternehmen.

6.2.3.2 Die Vorinstanz führt in diesem Zusammenhang aus, dass es sowohl für Publigroupe als auch für die Verlage wichtig sei, in Bezug auf das von den Beschwerdeführerinnen 2–5 betriebene Filialennetz-

werk miteinander zu kooperieren. Die Publigroupe sei auf die Kooperation mit den Verlagen angewiesen, um ihr Filialennetzwerk aufbauen und pflegen und überhaupt vom strukturellen Vorteil des Netzwerkeffekts profitieren zu können. Für die Verlage, vor allem auch die kleineren, sei eine Zusammenarbeit insbesondere im Bereich der Werbung und Insertion mit überregionaler bzw. nationaler Bedeutung unabdingbar (vgl. Verfügung Ziff. 159–162).

Publigroupe verfüge aufgrund ihres hohen Marktanteils, der unausgeglichenen Marktanteilsverteilung und der strukturellen Vorteile (Netzwerkeffekt, Minderheitsbeteiligungen, hohe Finanzkraft) über eine stärkere Position als die Verlage, die Publigroupe als heterogen organisierte Gruppe von relativ kleinen Unternehmen gegenüberstehen würden (vgl. Vernehmlassung Ziff. 60).

Zum Thema der sinkenden Bruttomargen, welche die Unternehmen der Publigroupe zu verzeichnen hätten, äussert die Vorinstanz, dass dies weniger auf eine geschwächte Marktstellung von Publigroupe als vielmehr auf die Pressekrise zurückzuführen sei (vgl. Verfügung Ziff. 161).

Gestützt auf diese Ausführungen sei davon auszugehen, dass die Verlage keinen genügenden disziplinierenden Marktdruck auf Publigroupe auszuüben vermöchten (vgl. Verfügung Ziff. 162).

6.2.3.3 Die Rüge, wonach die Publigroupe einem durch die Verlage ausgeübten vertikalen Marktdruck ausgesetzt sei, so dass eine Marktbeherrschung ausgeschlossen werden könne, überzeugt nicht. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass Publigroupe auf eine gute Zusammenarbeit mit den Verlagen angewiesen ist, um ihr Netzwerk möglichst optimal bewirtschaften zu können. Das Vorliegen einer Marktbeherrschung setzt aber nicht voraus, dass für Nachfrager oder Anbieter überhaupt keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Entsprechend ist Marktbeherrschung nicht mit dem Fehlen jeglichen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt gleichzusetzen (vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 98; ZÄCH, a.a.O., Rz. 593).

6.2.4 Besteht vertikaler Marktdruck durch die anderen Vermittlerunternehmen?

Die Beschwerdeführer machen geltend, dass sie sich gegenüber den Inseratekunden und Werbeauftraggebern nicht unabhängig verhalten könnten, weil die Konditionenhoheit gegenüber den Inseratekunden und Werbeauftraggebern bei den Verlagen liege (vgl. Beschwerde Ziff. 263).

Vorliegend geht es um die Frage, ob sich Publigroupe im relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- und Insertionsraum in Printmedien in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Grundsätzlich sind die Insertions- und Werbekonditionen, welche die Verlage gegenüber den Inserenten und Werbern festlegen, von den (Kommissions-)Konditionen, welche Publigroupe gegenüber den anderen Vermittlern festlegt, zu unterscheiden. Obwohl die Geschäftskonditionen der Verlage diejenigen von Publigroupe beeinflussen können, geht es vorliegend um die Frage, ob Publigroupe ihre eigenen Konditionen in wesentlichem Umfang unabhängig festlegen kann. Es wurde bereits aufgezeigt, dass es eine Reihe von stichhaltigen Argumente gibt, die gegen eine Disziplinierung der Publigroupe durch die Verlage sprechen (vgl. oben E. 6.2.3). Falls die Insertionskunden und Werber tatsächlich Marktdruck auf die Verlage ausüben, indem sie etwa mit der Verschiebung des Werbemixes zu Lasten der Printmedien drohen, vermag das allenfalls das Verhalten der Verlage zu disziplinieren, nicht jedoch dasjenige der Beschwerdeführer als Pächter oder Vermittler von Inserate- und Werberaum in Printmedien. Wie die Vorinstanz zur Recht ausführt, wirkt sich die Konditionenhoheit der Verlage nicht auf die Marktstellung der Beschwerdeführer aus, sondern auf diejenige der (Print-)Verlage.

6.2.5 Besteht disziplinierender Einfluss alternativer Werbeträger?

6.2.5.1 Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, die elektronischen Medien sowie die Direkt- und Aussenwerbung würden als Werbeträger Substitute zu den Printmedien darstellen (vgl. Beschwerde Ziff. 241 ff., 285). Statistiken zu den Netto-Werbeumsätzen in der Schweiz, gesondert nach den verschiedenen Werbeträgern, würden zeigen, dass eine Verdrängung der Printmedien als Werbeträger zu verzeichnen sei. Bezüglich der Wirkung von Substitutionsprodukten aus anderen Medienbereichen sei festzustellen, dass der Margendruck bei den Printmedien die Publigroupe unmittelbar treffe. Ihre Kommission sei

unmittelbar abhängig vom verkauften Printinserateumsatz. Druck auf die Printkonditionen habe unmittelbare Auswirkungen auf die Pacht- und Kooperationsverträge von Publigroupe (vgl. Beschwerde Ziff. 285).

6.2.5.2 Wie bereits dargelegt (vgl. E. 5), stimmt das Bundesverwaltungsgericht mit der von der Vorinstanz vorgenommenen Abgrenzung überein, wonach der sachlich relevante Markt ausschliesslich die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- bzw. Insertionsraum in *Printmedien* umfasst (vgl. Verfügung Ziff. 98 ff.). Entsprechend stellt aus der Sicht der Werber und Inserenten der Werbe- bzw. Insertionsraum im Internet, Radio, Fernsehen sowie in Direkt- und Aussenwerbung kein genügendes Substitut zum Werbe- bzw. Insertionsraum in *Printmedien* dar. Auch die von den Beschwerdeführern geltend gemachten rückgängigen Zahlen im Bereich der gesamtschweizerischen Werbeumsätze im Zeitraum von 1982 bis 2005 zeigen nicht ohne Weiteres auf, dass die elektronischen und weitere Medien Substitutionswerbeträger zu den *Printmedien* sind. Sie sind, wie bereits erwähnt, zu einem grossen Teil auch auf die Pressekrise zurückzuführen (vgl. E. 5.1.9).

6.2.5.3 Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass das Internet eine gewisse disziplinierende Wirkung im Primärmarkt der Rubrikinsertion ausübe. Sofern vermehrt Rubrikinserate von den *Printmedien* ins Internet abwandern, wie dies in den letzten Jahren der Fall war, hat dies mittelbar auch Auswirkungen auf die mit Pacht- und Vermittlerkommissionen erzielten Umsätze der Beschwerdeführer. Nicht betroffen wird dadurch jedoch die Marktstellung der Beschwerdeführer im vorliegend definierten Markt für die Vermittlung und Vermarktung von Werbe- und Insertionsraum in *Printmedien*.

6.2.5.4 Mit Verweis auf die Erwägung 5.1.8 kann festgehalten werden, dass weder das Internet noch die anderen alternativen Werbeträger einen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführer im relevanten Markt auszuüben vermögen, zumal das bis zu einem gewissen Grad bestehende Substitutionsverhältnis zwischen Print und Online im Bereich der Rubrikinserate in erster Linie den Primärmarkt betrifft. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass zwischen den alternativen Medien, wie insbesondere dem Internet und der Direktwerbung, und den *Printmedien* keine ausreichende Substituierbarkeit gegeben ist.

6.2.5.5 Somit kann davon ausgegangen werden, dass während der massgebenden Dauer (Sanktionszeitraum) im relevanten Markt kein ausreichender aktueller Wettbewerb, welcher auf die Beschwerdeführer eine ausreichende disziplinierende Wirkung entfaltet hätte, bestanden hat.

6.2.6 Bestand im relevanten Markt potenzieller Wettbewerb?

6.2.6.1 Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, dass die Möglichkeit der Verlage, vom Pachtregiesystem zum Eigenregiesystem zu wechseln, einen disziplinierenden Faktor darstelle (vgl. Beschwerde Ziff. 279 f.).

Demgegenüber kommt die Vorinstanz in ihrer Untersuchung zur Auffassung (vgl. Verfügung Ziff. 181 und 184), dass der Wechsel vom Pacht- zum Eigenregiesystem für die Verlage unattraktiv und deshalb unwahrscheinlich sei. Die Möglichkeit der Verlage zu einem entsprechenden Systemwechsel vermöge deshalb nicht, Publigroupe in ihrem Verhalten zu disziplinieren.

Die Vorinstanz argumentiert, dass die Anzeige- und Werbeeinnahmen einen Anteil von 60–70 % am Gesamtumsatz ausmachen und somit die wichtigste Einnahmequelle einer Zeitung darstellen würden. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Krise, welche die Pressebranche in den letzten Jahren durchgemacht habe, sei die Bereitschaft geringer, einen Systemwechsel hin zur Eigenregie vorzunehmen (vgl. Verfügung Ziff. 170, 172). Dies umso mehr, als auch der Aufbau eines Netzwerks, das mit demjenigen von Publigroupe vergleichbar wäre und entsprechend ein landesweites Netz von lokalen Filialen aufweisen würde, mit hohen Fixkosten sowie Investitionen, welche bei einem späteren erneuten Systemwechsel hin zur Pachtregie nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten (sog. "sunk costs"), verbunden wäre (vgl. Verfügung Ziff. 171 f.).

Vor allem das landesweit flächendeckende, lokal verankerte Filialenetz von Publigroupe stelle einen strukturellen Vorteil der Vermittlerin dar. Für die Verlage, Inserenten und Werbeauftraggeber sei zumindest im Bereich der Werbung und Insertion mit nationaler Bedeutung eine Zusammenarbeit mit Publigroupe wirtschaftlich sehr interessant, weil sie auf das Netzwerk der Publigroupe zurückgreifen könnten.

Der Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass die von den Beschwerdeführern in der Beschwerde (Ziff. 280) und in der Replik (Ziff. 79 ff.) angeführten Entwicklungen ab Erlass der Verfügung für die Sanktionierung eines Vergangenheitstatbestands nicht berücksichtigt werden dürfen. Andererseits lassen diese Entwicklungen aber Rückschlüsse zu, ob die Vorinstanz seinerzeit den Einfluss des potenziellen Wettbewerbs und somit die Frage, ob andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit auf den Markt zu treten, richtig eingeschätzt hat.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass es trotz den von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dargelegten Schwierigkeiten eines Wechsels von ehemaligen Pachtverlagen hin zur Vermarktung in Eigenregie (vgl. Verfügung Ziff. 178 ff.), nicht ausgeschlossen ist, dass einzelne Verlage die Outsourcingverträge mit den Beschwerdeführern 1–5 auflösen, um die Inseratebewirtschaftung selber vorzunehmen. Die Beschwerdeführer nennen in diesem Zusammenhang folgende Beispiele: Walliser Bote (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie im Jahre 2004), Südostschweiz (Systemwechsel vom Gemeinschaftsunternehmen in die Nähe einer Eigenregie im Jahre 2007), Der Bund (Wechsel zur Eigenregie infolge Eingliederung in die Espace Media Groupe im Jahre 2004), Thurgauer Zeitung (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2007), Landbote (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2008) und Winterthurer Stadtanzeiger (Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie ab 1. Januar 2008). Gleichzeitig werden von den Beschwerdeführern aber auch Beispiele aufgeführt, die einen umgekehrten Wechsel, nämlich von der Eigenregie hin zur Pacht vollzogen haben (Neue Zürcher Zeitung, NZZ am Sonntag, Rhône Zeitung, Kombi City Plus [Neue Luzerner Zeitung und St. Galler Tagblatt], Anzeiger St. Gallen, Sonntagszeitung Mittelland-Zeitung). Ansonsten wird ein Wechsel von Pacht- zur Eigenregie von den meisten Verlagen, jedenfalls was den nationalen Anzeigenmarkt anbelangt, als unwahrscheinlich angesehen (vgl. Vorinstanz act. 153, 157, 159, 162, 166, 168, 170, 175).

Selbst wenn die Entwicklung bei den Verlagen gemessen an den Umsatzzahlen zu Lasten der Beschwerdeführer ausfallen sollte und sich folglich per Saldo ein zunehmender Wechsel zur Eigenregie ergeben hätte, würde dies die dominierende Stellung von Publigroupe kaum abschwächen, da auch die Eigenregieverlage rund 40–50 % ihres Anzeigenumsatzes mit von Publigroupe vermittelter Werbung generieren. Dieser Anteil wird von den Beschwerdeführern, jedenfalls was die grossen Verlage anbelangt, nicht bestritten (vgl. Beschwerde Ziff. 277).

Die Beschwerdeführer rügen des Weiteren, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Marktstärke und als Nachweis der marktbeherrschenden Stellung die Minderheitsbeteiligungen der Beschwerdeführerin 1 an verschiedenen Verlagen berücksichtigt habe. Dies umso mehr, als die Vorinstanz eine entsprechende Vorabklärung vorbehaltlos eingestellt habe. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einstellung dieser Vorabklärung offensichtlich geschah, weil Publigroupe bezüglich ihrer Minderheitsbeteiligungen an verschiedenen Verlagen kein Missbrauch vorzuwerfen war. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Minderheitsbeteiligungen bei der Beurteilung der Marktstellung von Publigroupe nicht zu berücksichtigen wären. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, ist unter anderem auch dem Kriterium der Unternehmensstruktur Rechnung zu tragen. Unter diesem Gesichtspunkt sind die individuellen Merkmale, wie beispielsweise Effizienz- und Grössenvorteile, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, effiziente Vertriebssysteme, personelle und finanzielle Verflechtungen mit anderen Unternehmen, zu beurteilen, die Wettbewerbsvorteile gegenüber tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern begründen können (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel 2000, S. 172 ff.). Und gerade in diesen Bereichen liegen die Hauptvorteile von Publigroupe gegenüber potenziellen Mitbewerbern. Genannt seien nur das schweizweit bestens organisierte Filialnetz von Publigroupe mit den sich ergebenden Netzwerkvorteilen sowie die unbestritten festgestellte Zufriedenheit der meisten Pachtregieverlage mit der Leistungsqualität von Publigroupe, überdies die sich daraus ergebende starke Kundenbindung. Es ist ebenfalls nachvollziehbar, dass sich Publigroupe mit den Minderheitsbeteiligungen bei den entsprechenden Verlagen einen gewissen Einfluss sichern konnte, auch wenn allein dadurch ein allfälliger Wechsel von der Pacht- zur Eigenregie nicht ausgeschlossen werden kann.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz nachvollziehbar begründet, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus den Pachtverträgen zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigroupe auszuüben vermag.

6.2.6.2 Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Möglichkeit der Verlage, vom System der reinen Eigenregie zu einem Modell der Teilverpachtung zu wechseln, eine ausreichende disziplinierende Wirkung auf

das Verhalten der Publigroupe auszuüben vermag.

Beim Modell der Teilverpachtung übernimmt der Verlag in der Regel die Vermarktung des Werbe- und Insertionsraums auf der lokalen oder allenfalls regionalen Ebene, wohingegen eine Pächterin für die Vermarktung auf nationaler Ebene zuständig ist. Einzelne Verlage haben ein solches Teilpachtmodell eingeführt und andere in Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats die Möglichkeit aufgezeigt, bei Bedarf eine Eigenregie für die lokale Werbung kurzfristig aufbauen zu können (vgl. Vorinstanz act. 157 und 162). Entsprechend stärken diese Teilpachtmodelle die Position der Eigenregieverlage als aktuelle und potenzielle Mitbewerber der Publigroupe auf lokaler und allenfalls noch regionaler Ebene. Weniger Einfluss hätten vermehrte Wechsel von der Pachtregie hin zur Teilpacht hingegen auf das nationale Anzeigen-geschäft. Da dieses rund die Hälfte des Werbeumsatzes ausmacht, vermag auch ein vermehrter Wechsel zur Teilpacht keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Publigroupe auszuüben.

6.2.6.3 Zu prüfen bleibt, ob von den anderen Vermittlerunternehmen ein potenzieller Wettbewerbsdruck ausgeht.

Die Vorinstanz führt diesbezüglich in der Verfügung (Ziff. 185 ff.) aus, das Wachstumspotential der bestehenden unabhängigen Vermittler sei begrenzt. Zudem seien Neumarkteintritte kaum zu erwarten. Aufgrund diverser struktureller Faktoren, wie der exklusiven Pachtverträge der Publigroupe, der Unwahrscheinlichkeit eines Systemwechsels von der Pachtregie- zur Eigenregievermarktung und der hohen Kosten für den Aufbau eines Filialnetzwerks, sei die von den anderen Vermittlern ausgehende potenzielle Wettbewerbsdynamik gering.

Unbestrittenermassen machte der Marktanteil der unabhängigen Vermittler auf dem Presseanzeigenmarkt im massgebenden Zeitpunkt nicht mehr als 5 % aus. Eine markante Steigerung des Marktpotentials der unabhängigen Vermittler ist wenig wahrscheinlich, da der Aufbau eines mit den Beschwerdeführerinnen 1–5 vergleichbaren Filialnetzes mit hohen Kosten verbunden ist. Auch Publigroupe selbst rechnete kurz- und mittelfristig nicht mit einem Markteintritt eines neuen grossen Vermittlungsunternehmens (vgl. Vorinstanz act. 125 Ziff. 52 ff. und 56 f.). Zum einen sei das Pressesegment des Schweizer Werbemarkts als gesättigt zu bezeichnen. Die Marktanteilsverluste und die

stagnierenden bzw. sinkenden Auflagezahlen der Zeitungen hätten zu einem beschleunigten Konzentrationsprozess geführt. Diese Konzentrationsentwicklungen im Verlagswesen hätten ihre Parallele in den Konzentrationsentwicklungen bei den Vermittlern. Zum anderen müsse für die Vermittlungstätigkeit eine gewisse kritische Masse erreicht werden, damit das erforderliche Netzwerk an Verkaufs- und Abwicklungsstellen ökonomisch sinnvoll betrieben werden könne. Langfristig sei jedoch durchaus vorstellbar, dass sich andere Wettbewerber im grösseren Umfang auf dem Schweizer Pressewerbesegment zu etablieren versuchen würden.

Die aufgezeigten Marktzutrittsschranken (Kosten für den Aufbau eines umfassenden Filialnetzes), der bisherige Marktanteil der unabhängigen Vermittler (unter 5 %) und der markante mengenmässige Vorteil von Publigroupe lassen den Aufbau eines vergleichbaren Netzwerks, nicht zuletzt mit Blick auf die Sättigungstendenzen im Schweizer Pressewerbemarkt und den Konzentrationsentwicklungen, kurz- und mittelfristig als kaum realisierbar erscheinen. Entsprechend hat die Vorinstanz nachvollziehbar begründet, dass die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung gering ist.

6.2.7 Fazit Marktstellung

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vor Bundesrecht standhält und die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin 1 im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien ausgegangen ist.

7. Missbräuchlichkeit der vorgeworfenen Verhaltensweise

7.1 Allgemeines

Ausgehend vom relevanten Markt (E. 5) und der dort beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin 1 (E. 6) ist als Nächstes zu prüfen, ob das ihr zur Last gelegte, angeblich unzulässige Verhalten – Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch den Ausschluss einzelner unabhängiger Vermittler von einer Kommissionierung vom 1. April 2004 bis Februar 2006 – nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionswürdig war, weil dieses Verhalten die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. b) KG erfüllt.

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

In dieser Bestimmung werden *zwei strukturell verschiedenartige* Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet, nämlich *Behinderungssachverhalte* und *Ausbeutungssachverhalte*, die voneinander abzugrenzen sind (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 71 ff. zu Art. 7 KG):

7.1.2 *Behinderungssachverhalte* treten immer – gegenüber Konkurrenten – als Wettbewerbsbeschränkungen auf und sind ihrem Wesen nach *wettbewerbsbezogen*. Solche Sachverhalte drücken sich beispielsweise dadurch aus, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen durch preisliches, aber auch nicht preisliches strategisches Verhalten die missliebige Konkurrenz aus dem Markt verdrängen oder gegen sie entsprechende Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren errichten kann (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 7 KG, m.w.H.).

Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG kann unter Umständen auch die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen – oder sonstigen Geschäftsbedingungen – unzulässig sein. Denn solche "unangemessenen Preise" lassen sich nicht anders als Zugangsverweigerungen oder Zugangerschwerungen – mit wettbewerbsbehindernder Auswirkung – interpretieren (vgl. PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktsrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 211 ff., S. 692). Daher ist die Wettbewerbspolitik im Wesentlichen darauf gerichtet, solche Marktbarrieren zu verhindern oder zu beseitigen, da offene Märkte als beste Garanten für wirksamen Wettbewerb gelten.

7.1.3 Demgegenüber spielen sich *Ausbeutungssachverhalte* im *wettbewerbsfreien* Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktgegenseite. Zu denken ist etwa an die Situation, dass ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt, d.h. missbraucht, um ausbeuterische ("wucherische") Preise dem Nachfrager aufzuzwingen, im Wissen, dass dieser – angesichts des Monopols – über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 199, wonach es nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig wäre, zu einem übermässig hohen Preis zu liefern, wenn ein Kunde keine

Ausweichsmöglichkeiten besitzt). Insofern ist der in Art. 7 Abs. 1 KG verwendete, unscharfe Terminus "benachteiligen" als "ausbeuten" zu verstehen (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 619).

Diese Form *kartellrechtlicher* Preissmissbrauchsaufsicht hat dann zu greifen, wenn Märkte nicht mehr wettbewerblich strukturiert sind (vgl. GERHARD WIEDEMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 23 N 1, S. 972), d.h. wenn die Wettbewerbspolitik ihrer angestammten Aufgabe, Wettbewerb zu fördern oder diesen zu erhalten, nicht nachkommen kann. Beispielsweise soll mit der in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehenen Möglichkeit, *kartellgesetzlich* gegen Preisausbeutungen vorzugehen, insbesondere verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen vom Wettbewerb nicht wirksam kontrollierten Gestaltungsspielraum zu Lasten Dritter mit einem Verhalten, das zu "nicht wettbewerbsgerechten Marktergebnissen" führt, ausnützt (vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 32, S. 992, mit dem entsprechenden Zitat des Kammergerichts).

7.1.4 Wie in Erwägung 8.1.5 hiernach aufgezeigt wird, vermag Art. 7 Abs. 1 KG – angesichts seiner inhaltlichen Offenheit – zwar nicht für sich alleine betrachtet, sondern nur im Rahmen der Konkretisierung durch Abs. 2 Bst. b KG, den Anforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, EMRK, SR 0.101) verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen.

Daher setzt, wie die Vorinstanz zu Recht ihrem Prüfungsschema zu Grunde gelegt hat, die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ohne sachliche Gründe "behindert" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene durch ihre Tochtergesellschaften bzw. den VSW mittels der VSW-Richtlinien einzelne unabhängige Vermittler von einer Kommissionierung ausgeschlossen und somit diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

7.2 Selektives Vertriebssystem

Die Beschwerdeführer machen bezüglich der vorgeworfenen missbräuchlichen Verhaltensweise geltend (vgl. Beschwerde Ziff. 185 ff.), das von ihnen gewählte Kommissionierungssystem für Vertriebspartner der Beschwerdeführer 2–5 sei von seiner Ausgestaltung her vergleichbar mit einem selektiven Vertriebssystem. Dabei sei die Zu-

lässigkeit der Vertriebssysteme nicht davon abhängig, ob der Prinzipal einen hohen oder tiefen Marktanteil habe. Die Vorinstanz sei auf diese Argumentation in der angefochtenen Verfügung nicht eingegangen.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass der Vorwurf der Beschwerdeführer unbegründet sei, da nicht die Selektion als solche kartellrechtswidrig qualifiziert worden sei. Vielmehr habe sie in Bezug auf jede einzelne Bestimmung der fraglichen Richtlinien geprüft, inwiefern das Selektionskriterium kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. Überdies sei im vorliegenden Fall ein Vergleich zum selektiven Vertriebssystem problematisch, denn anders als bei üblichen selektiven Vertriebssystemen stehe Publigroupe gleichzeitig in Konkurrenz zu den unabhängigen Vermittlern um die Akquisition von Inseraten.

7.2.1 Bei den Vertriebskooperationen, wie beispielsweise dem selektiven Vertriebssystem, handelt es sich in der Regel um vertikale Absprachen (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 6 KG, m.w.H). Der Begriff des selektiven Vertriebssystems wird in Ziff. 2 der im Verfügungszeitpunkt geltenden Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 betreffend Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (publiziert in: BBl 2002 3895; nachfolgend: Vertikal-Bekanntmachung) definiert. Danach liegt ein selektives Vertriebssystem vor, wenn zwischen Lieferant und Händler eine Vereinbarung getroffen wird, wonach der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

In Ziff. 3 der Bekanntmachung werden Beschränkungen aufgeführt, die in einem Selektivvertriebssystem nicht vorhanden sein dürfen, ansonsten von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen ist.

Selektive Vertriebssysteme können wirtschaftlich sinnvoll sein, indem sie zu einem qualitativ hochwertigen Kundendienst beitragen und damit den Qualitätswettbewerb zwischen den Marken (interbrand) fördern können. Die sich aus einem solchen System ergebende Exklusivität erlaubt es den Vertriebspartnern, den ihnen zugeteilten Markt intensiv zu bearbeiten, ohne befürchten zu müssen, dass sog. Trittbrettfahrer von ihren Marktbearbeitungsbemühungen profitieren könnten (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 6 KG). Die mit den

selektiven Vertriebsverträgen einhergehende Exklusivität kann jedoch wohlfahrtsschädigend sein, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig sind oder die Abreden zu output-mindernden Preisdifferenzierungen missbraucht werden (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 6 KG; REINERT, a.a.O., S. 153 ff. und 162 ff.). Auch kann der selektive Vertrieb den markeninternen Wettbewerb (intra-brand) zwischen den Händlern des Vertriebssystems einschränken (vgl. CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 101). Dies kann zu einer aus wettbewerbsrechtlicher Sicht untolerierbaren Situation führen. Gleiches gilt, wenn durch solche Abreden bestehende Vertriebsstrukturen zementiert werden (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 6 KG; REINERT, a.a.O., S. 179 ff. und 198 ff.;).

Bei erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist zu prüfen, ob diese aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein können (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbskommission hat im Bereich Vertikalabreden Kriterien entwickelt und diese in der Vertikal-Bekanntmachung publiziert. Danach sei eine Abrede betreffend Auswahl der Händler – sowohl nach qualitativen als auch nach quantitativen Kriterien – erheblich und somit grundsätzlich unzulässig. Entsprechend könne ein selektives Vertriebssystem lediglich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Gemäss Botschaft kann nicht allgemein festgelegt werden, in welchem Umfang eine Rechtfertigung derartiger Abreden möglich ist. Es bedarf vielmehr der konkreten Analyse von einzelnen Vertragsklauseln (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 558 ff.). Da nicht jedes selektive Vertriebssystem aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, ist die Vorgehensweise nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission die einzelnen Bestimmungen der in Frage stehenden Richtlinien dahingehend überprüft hat, inwiefern das jeweilige Selektionskriterium kartellrechtlich zulässig ist oder nicht, und dies unabhängig davon, ob es sich im vorliegenden Fall überhaupt um ein herkömmliches selektives Vertriebssystem handelt oder nicht. Hinzu kommt, dass auf die Richtlinien auch deshalb ein besonderes Augenmerk zu richten ist, weil der Verband bzw. die Mitglieder des Verbands, welcher die Richtlinien erlassen hat, als marktmächtig anzusehen sind (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 30 zu Art. 5 KG).

Nachfolgend ist auf die von der Wettbewerbskommission erhobenen Missbrauchsvorwürfe im Einzelnen einzugehen.

7.3 Missbräuchliche Verhaltensweise

Die Rügen der Beschwerdeführer beziehen sich auf die Missbrauchsvorwürfe der Vorinstanz bezüglich der Punkte "Unabhängigkeit", "Universalvermittlung" und "Umsatzschwelle". Auf diese ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

7.3.1 Unabhängigkeit

Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

"Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition in eigenem Namen und auf eigene Rechnung von Inseraten, Werbebeilagen und Beiheften (Inserate) mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich und juristisch unabhängiger Verlage tätig sind."

In der angefochtenen Verfügung anerkennt die Wettbewerbskommission, dass die Kommissionierung eines Unternehmens für die „Vermittlung“ eigener Inserate wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sei, da die Kommission die Abgeltung von Vermittlungsdienstleistungen im Interesse und im Auftrag des Verlags bzw. der Publigroupe als Pächterin bezwecke. Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinien gehe jedoch über diese sachlich gerechtfertigte Einschränkung der Kommissionierung hinaus, indem Vermittler, die nicht für mehrere voneinander juristisch und wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber tätig seien und in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermittelten, generell ausgeschlossen würden (vgl. Verfügung Ziff. 203 und 206).

Dagegen wenden die Beschwerdeführer ein, obwohl ihrem Anliegen betreffend Unabhängigkeit des Vermittlers in der einvernehmlichen Regelung Rechnung getragen worden sei, stelle die Wettbewerbskommission erneut die Behauptung auf, die frühere Regelung sei missbräuchlich gewesen, weil sie die Vermittlung für bloss einen Inserenten nicht zugelassen habe. Der Beschwerdeführer 6 habe nie

einem Vermittler die Zulassung als Berufsvermittler verweigert, weil er bloss einen Inserenten zu seinen Kunden gezählt habe. Eine Verweigerung mit Bezug auf das Kriterium der Unabhängigkeit sei nur im Fall der Ad.X AG erfolgt. In diesem Fall habe die Vermutung bestanden, dass die Ad.X AG mit ihrem wichtigsten Auftraggeber, der Mercuri Urval, konzernmässig verbunden gewesen sei. Schliesslich könne in der Tätigkeit für bloss einen Inserenten nicht mehr von einer Vermittlungstätigkeit, d.h. der Bereitstellung einer Verkaufsorganisation für eine Vielzahl von Inserenten im Interesse eines Verlags, gesprochen werden. Der in der einvernehmlichen Regelung verabschiedeten Lösung sei nicht zuletzt mit Blick auf die zu schaffende Rechtssicherheit und im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrensabschlusses zugestimmt worden. Die sich daraus ergebenden Ineffizienzen durch kompliziertere Abläufe würden zwar in Kauf genommen. Das Anliegen der Beschwerdeführer, solche Ineffizienzen und hohe Kontrollkosten zu vermeiden, könne keinesfalls als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden.

Es ist unbestritten, dass es kartellrechtlich zulässig ist, Vermittler, welche eigene Inserate oder Inserate des sie beherrschenden Unternehmens vermitteln, von der Kommissionierung auszuschliessen. Diese Lösung hat denn auch Eingang in die einvernehmliche Regelung gefunden. Die bisherige Ziff. 2.2 Abs. 1 der untersuchten VSW-Richtlinie ging jedoch weiter, indem sie auch Vermittler, die nicht für mehrere voneinander juristisch und wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber tätig waren und in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermittelten, ausgeschlossen hat. Dadurch wurden auch Vermittler ausgeschlossen, die keine Eigenvermittlung betrieben haben. Dass durch eine solche Regelung beispielsweise auch Vermittler nicht berücksichtigt werden, die exklusiv für einen Verlag Inserateraum anbieten, lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Vorinstanz weist in ihrer Vernehmlassung und in der Duplik zu Recht darauf hin, dass ein solcher Vermittler die Interessen „seines“ Verlags unter Umständen sogar besser wahrnehmen könne, als ein Vermittler, der für mehrere konkurrierende Verlage tätig sei. Die pauschale Nichtkommissionierung von Vermittlern, die nicht für mehrere juristisch und wirtschaftlich unabhängige Inserenten tätig sind bzw. nicht in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermitteln, stellt eine Diskriminierung gegenüber den anderen Vermittlern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

An dieser Betrachtungsweise ändert auch der Hinweis der Beschwerdeführer nichts, wonach der Beschwerdeführer 6 nie einem Vermittler mit nur einem Kunden die Zulassung als Berufsvermittler verweigert habe. Eine solche Kommissionierungsvoraussetzung verstösst gegen Art. 7 KG ungeachtet davon, ob ein entsprechender Vermittler konkret von der Kommissionierung ausgeschlossen wurde. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass allfällige Interessenten bereits aufgrund der klaren Formulierung dieser Richtlinie davon abgehalten wurden, überhaupt mit einem entsprechenden Begehren an den Beschwerdeführer 6 zu gelangen.

7.3.2 Universalvermittlung

Ziff. 2.2 Abs. 2 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

"Unternehmen, die nicht als Universalvermittler tätig sind, d.h. ihre Vermittlungstätigkeit auf einen oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, werden nicht kommissioniert. Andere Hauptzwecke sind zum Beispiel die Personal-, Werbe-, Unternehmens- oder Finanzberatung, die Vermittlung von Immobilien oder anderen Kauf- oder Mietobjekten sowie Treuhandfunktionen."

Die Beschwerdeführer rechtfertigen diese Richtlinie mit dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführer 1–5, welches auf eine Universalvermittlung ausgelegt sei. Universalvermittlung bedeute, dass das gesamte Inseratespektrum bei den Verkaufsleistungen angeboten werden solle. Die Publipresse-Gesellschaften seien nur dann an einer Einbindung weiterer Unternehmen in das Vertriebssystem interessiert, wenn dies für die Publipresse-Gesellschaften zu einem Mehrwert führe. Selbst bei Vorliegen einer allfälligen Marktbeherrschung seien die Beschwerdeführer berechtigt, ihre Vertriebspartner nach rationalen ökonomischen Kriterien auszuwählen. Entsprechend sei es für die auf das Inserategeschäft fokussierten Publipresse-Gesellschaften legitim, die Vertragspartner danach auszusuchen, dass sie eine den Publipresse-Gesellschaften entsprechende Sortimentspolitik betrieben und folglich Universalvermittler seien und dass sie für diejenigen Verkaufsleistungen kommissioniert würden, welche die Printwerbung stabilisierende kommerzielle Werbung förderten. Schliesslich sei der Grund, weshalb eine blossе Vermittlung als Nebentätigkeit von einer Kommissionberechtigung ausgeschlossen worden sei, darin zu sehen,

dass mit einer grösseren, als Haupttätigkeit erworbenen Erfahrung die Professionalität steige.

Die Vorinstanz verweist betreffend die Kommissionierungsvoraussetzung „Universalvermittlung“ auf die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 211 ff.).

Insgesamt erweisen sich die von der Vorinstanz gegen den Ausschluss von Spartenvermittlern und den Ausschluss der Vermittler in Nebentätigkeit in der Verfügung vorgebrachten Bedenken als überzeugend. So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb sich Synergien und Kosteneinsparungen nur in der Zusammenarbeit mit Universalvermittlern ergeben sollen, zumal Spartenvermittler, hier vor allem die Stellenanzeigenvermittler, gleiche Leistungen (z.B. Akquisition, Erfassung, Abwicklung, Übermittlung, Fakturierung, Inkasso und Reklamationswesen) erbringen wie die Universalvermittler. Überdies verhindert eine Kommissionierungspraxis, welche einen bestimmten Anteil von kommerziellen Inseraten erfordert und deshalb Spartenvermittlern die Kommissionsberechtigung aberkannt, dass junge Unternehmen überhaupt in den Markt einsteigen können. Gerade der Marktzutritt über den Aufbau einer Vermittlungstätigkeit in einer Marktnische wird verunmöglicht, wenn nicht von Anfang an die Möglichkeit besteht, in den Genuss einer Kommissionierung zu gelangen.

Des Weiteren kann eine qualitativ einwandfreie Leistung eines Vermittlers in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck mit einer entsprechenden Bestimmung in den VSW-Richtlinien (z.B. bisherige Ziff. 2.3 betreffend kaufmännische und fachliche Qualifikation) ausreichend sichergestellt werden. Es ist jedenfalls verfehlt, wenn von der Struktur eines Unternehmens generell auf die Qualität seiner Leistungen geschlossen wird.

Die Beschwerdeführer machen schliesslich geltend, das Sekretariat habe gegenüber der Beschwerdeführerin 1 in den Jahren 1997 und 1998 schriftlich bestätigt, dass insbesondere das Kriterium der Universalvermittlung kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer (vgl. Beschwerdebeilage 18) führt das Sekretariat tatsächlich aus, dass die bislang geltenden Kommissionierungskriterien

beibehalten werden dürften. Diese würden aus kartellrechtlicher Sicht und bei nicht-diskriminierender Anwendung nicht Anlass zur Kritik geben. Im Schreiben vom 22. Dezember 1998 an denselben Adressaten führt das Sekretariat präzisierend aus, die ursprünglichen Zweifel, dass die Praxis des VSW und das Marktgebaren der Publigroupe-Töchter mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen vereinbar seien, hätten zwar weitgehend zerstreut werden können. Dennoch sei das Sekretariat nach wie vor überzeugt, dass sich die Kommissionierungspraxis des VSW durch ein gewisses Mass an systemimmanentem Diskriminierungspotential auszeichne. Sollten sich im Rahmen der weiteren Beobachtung der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verfahren von Publigroupe ergeben, behalte sich das Sekretariat vor, zu gegebener Zeit ein formelles Verfahren zu eröffnen. Am 19. Dezember 2001 eröffnete das Sekretariat sodann eine Vorabklärung in Sachen Verband Schweizerischer Werbegesellschaften, da es sich bei der reglementarisch vorgesehenen Unterscheidung zwischen Universal- und Spartenvermittlern um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG handeln könne. Spätestens mit der Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung vom 4. November 2002 und der Eröffnung einer Untersuchung in Sachen VSW-Aufnahmebedingungen am 6. November 2002 mussten die Beschwerdeführer davon ausgehen, dass die Vorinstanz unter anderem in der Nichtkommissionierung von Spartenvermittlern ein missbräuchliches Verhalten sehen könnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die ausschliessliche Kommissionierung von Universalvermittlern und der Kommissionierungsausschluss von Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, sachlich nicht rechtfertigen lassen. Entsprechend stellen diese Kommissionierungsvoraussetzungen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG dar, indem die Spartenvermittler im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert wurden.

7.3.3 Genügendes Geschäftsvolumen (Umsatzschwelle)

Ziff. 2.5 VSW-Richtlinie in der Fassung vor Abschluss der einvernehmlichen Regelung lautete:

"Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total 1 Million Franken pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens Fr. 100'000.– pro Jahr erzielen. In beiden Fällen muss mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen."

In der Beschwerde wird diesbezüglich geltend gemacht, dass die fraglichen Umsatzschwellen vom Beschwerdeführer 6 jeweils kulant umgesetzt worden seien. Es sei darauf abgestellt worden, ob die Umsatzvoraussetzungen im Zeitpunkt der Anerkennung erfüllt gewesen seien. Das Umsatzkriterium sei in engem Zusammenhang mit dem Kriterium der Universalvermittlung zu sehen. In der einvernehmlichen Regelung werde die zweite Umsatzschwelle, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.– mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden müsse, ausdrücklich als kartellrechtlich zulässig angesehen. Da es sich bei den beiden Umsatzkriterien um alternative Kriterien gehandelt habe, könne sich aufgrund der Zulässigkeit des zweiten Kriteriums kein kartellrechtlich relevanter Missbrauchsvorwurf ergeben. Eine Umsatzschwelle von CHF 1 Mio. führe im Übrigen nicht zu einer Marktzutrittsschranke.

Die Vorinstanz verweist bezüglich der Kommissionierungsvoraussetzung "Umsatzschwellen" auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 274 ff.).

Wie die Beschwerdeführer zu Recht geltend machen, steht das Umsatzmixkriterium in engstem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Universalvermittlung. Entsprechend sind dieselben kartellrechtlichen Bedenken anzubringen wie unter Erwägung 7.3.2 dargelegt. Unbestritten ist, dass das Mindestumsatzerfordernis von CHF 100'000.– mit Pachttiteln der Publigroupe dann keine kartellrechtlich bedenkliche Marktzutrittsschranke darstellt, wenn neu eintretende Vermittler während einer Karenzfrist von diesem Erfordernis ausgenommen werden. Eine solche Karenzfrist von mindestens zwei Jahren wurde in die einvernehmlichen Regelung aufgenommen. Anders verhält es sich mit der quantitativen Anforderung, wonach nur diejenigen Berufs-Inseratevermittler kommissioniert wurden, die einen Anzeigenumsatz von CHF 1 Mio. in den Pressemedien erreicht haben. Gerade für ein neu auf den Markt tretendes Unternehmen dürfte es

zweifelloos schwierig werden, bei einem von den Beschwerdeführern geltend gemachten vermittelten Gesamtumsatz von CHF 114,5 Mio. auf Antrieb die Millionengrenze zu übertreffen. Daran ändert auch das Argument nichts, wonach bei einer grösseren Umsatzhöhe auch grössere Gewähr für die Professionalität eines Berufsvermittlers bestehe. Es wurde bereits im Zusammenhang mit dem Kriterium „Universalvermittlung“ (vgl. E. 7.3.2) dargelegt, dass eine qualitativ einwandfreie Leistung eines Vermittlers mit der VSW-Richtlinie über die kaufmännische und fachliche Qualifikation ausreichend sichergestellt werden kann.

Schliesslich lässt sich auch das qualitative Erfordernis, wonach mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen muss, aus denselben Gründen wie bei der Nichtkommissionierung der Spartenvermittler sachlich nicht rechtfertigen.

Entsprechend korrekt hat die Vorinstanz sowohl die qualitative Kommissionierungsvoraussetzung des Umsatzmixes als auch die quantitativen Mindestumsatzvorschriften als Marktzutrittsschranken und – mangels sachlicher Rechtfertigung – als gegen Art. 7 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verstossend qualifiziert. Bezüglich des Umsatzerfordernisses von CHF 100'000.– mit Pachttiteln der Publigroupe konnten die kartellrechtlichen Bedenken mit der Aufnahme der Karenzfrist in die einvernehmliche Regelung zu Recht beseitigt werden.

7.3.4 Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens allgemein vorgebrachten Vorbehalte der Beschwerdeführer, wonach sie der einvernehmlichen Regelung vor allem zur Schaffung von Rechtssicherheit und im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrens zugestimmt hätten, vermögen den wesentlichen Umstand nicht zu relativieren, dass sich die Beschwerdeführer im Ergebnis den kartellgesetzlichen Einschätzungen und Forderungen der Vorinstanz unterzogen haben. Ihre Zustimmung zum einvernehmlichen Abschluss der Untersuchung lässt sich kaum anders als ein Eingeständnis deuten, dass sie sich während der Dauer der Untersuchung wettbewerbswidrig verhalten haben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. *Flughafen Zürich AG (Unique)* E. 3.3.2, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

7.4 Einvernehmliche Regelung

7.4.1 Die Beschwerdeführer rügen, ein Verfahren werde mit einer einvernehmlichen Regelung endgültig abgeschlossen, entsprechend seien weitere Feststellungen oder Anordnungen nicht zulässig. Die systematische "Zweiteilung" kartellgesetzlicher Verfahren in einvernehmliche Regelungen (Art. 29 KG) und Entscheide (Art. 30 KG) schliesse eine Vermischung dieser Verfahren aus.

7.4.2 Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes (AS 2004 1385; nachfolgend: KG-Revision) und der damit verbundenen Möglichkeit der direkten Sanktionierbarkeit (Art. 49a Abs. 1 KG) wurde der Wortlaut von Art. 29 KG nicht geändert. Danach kann das Sekretariat, sofern es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, den Beteiligten weiterhin eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Abs. 1). Vor der KG-Revision konnten die Wettbewerbsbehörden bei kartellrechtswidrigem Verhalten keine direkten Sanktionen aussprechen, wie sie nunmehr möglich sind. Gegen ein mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten waren einzig die Möglichkeit einer Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie die Androhung von Sanktionen für den Widerhandlungsfall vorgesehen. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission wurde eine Untersuchung gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG nicht eröffnet oder weitergeführt, wenn die betreffende Unternehmung das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten eingestellt hatte. Es bestand unter diesen Umständen in der Regel kein öffentliches Interesse an der Beurteilung dieser Fälle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005, E. 3.3).

Anlässlich der KG-Revision wurde auch der Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 KG geändert. Es wurde klargestellt, dass auch in der Vergangenheit liegende und nicht mehr praktizierte Verhaltensweisen geprüft und direkt sanktioniert werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005, a.a.O., E. 3.2; TAGMANN, a.a.O., S. 303).

Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Meinung der Vorinstanz, dass eine Änderung bzw. Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nach der KG-Revision grundsätzlich nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führt, sondern dass die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung festgestellt

und (direkt) eine Sanktion ausgesprochen werden muss (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 343 und 377 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 304). Da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann, ist eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ausgeschlossen. Entsprechend führt eine einvernehmliche Regelung für Tatbestände nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht zu einer umfassenden Streitbeilegung und Einstellung des Verfahrens (vgl. ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 7 zu Art. 29 KG; TAGMANN, a.a.O., S. 305; ROGER ZÄCH/TAGMANN CHRISTOPH, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im Schweizerischen Kartellrecht, in: Bucher et al. [Hrsg.], Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 1007). Mit der Sanktionsbestimmung von Art. 49a Abs. 1 KG wurde zwar der Spielraum für eine einvernehmliche Regelung beschränkt. Das Interesse eines Unternehmens am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung kann jedoch weiterhin im Umstand gesehen werden, dass die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind. Auch kann damit im Einvernehmen mit den Wettbewerbsbehörden für die Zukunft das gerade noch kartellrechtlich zulässige Verhalten ausgelotet werden (vgl. CARCAGNI, a.a.O., N. 7 zu Art. 29 KG).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat somit eine Sanktionierung für das in der Vergangenheit liegende wettbewerbswidrige Verhalten grundsätzlich auch dann zu erfolgen, wenn für das zukünftige Verhalten eine einvernehmliche Regelung vorliegt.

7.4.3 An dieser Auffassung vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführer auf das Opportunitätsprinzip nichts zu ändern. Danach sei gemäss Art. 27 KG die Wettbewerbskommission einerseits nicht verpflichtet, Untersuchungsverfahren zu eröffnen. Andererseits sei sie ausdrücklich berechtigt, die Priorität bei der Durchführung von Untersuchungsverfahren festzulegen. Da somit bezüglich der Durchführung von Untersuchungsverfahren ein grosser Ermessensspielraum bestehe, sei nicht einzusehen, weshalb bei einvernehmlichen Regelungen etwas anderes gelten solle.

Gestützt auf das Opportunitätsprinzip ist es möglich, ausnahmsweise auf die Verfolgung (und damit auch auf die Bestrafung) eines Sachverhalts zu verzichten. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG liegt der Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung im pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden. Ihnen kommt auch die Kompetenz zu, Prioritäten hin-

sichtlich der Untersuchungen zu setzen (Art. 27 Abs. 2 KG). Dabei können auch Opportunitätsüberlegungen einbezogen werden. Diesen sollte jedoch bereits bei der Frage der Eröffnung eines Verfahrens und nicht erst bei der Sanktionierung Rechnung getragen werden, damit auf die entsprechende Verfahrenseröffnung verzichtet oder das Verfahren eingestellt werden kann. Mit Blick auf das Legalitätsprinzip dürfte davon ohnehin nur in einem sehr beschränkten Rahmen und in Einzelfällen, wohl vor allem in Bagatellfällen, Gebrauch gemacht werden. Gerade bei Verdacht auf schwerwiegende Kartellrechtsverstösse (z.B. nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und Art. 7 KG) sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, abzuklären, ob der zugrunde liegende Sachverhalt aus kartellrechtlicher Sicht zulässig ist oder nicht (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 180 f.).

Da die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall einzelne Kommissionierungsvoraussetzungen mangels sachlicher Rechtfertigung als gegen Art. 7 KG verstossend und somit als schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss qualifiziert hat, waren die Voraussetzungen im Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung nicht gegeben, um aus Opportunitätsgründen auf eine Sanktion zu verzichten.

7.4.4 Der Hinweis der Beschwerdeführer auf das EG- bzw. EU-Kartellrecht, wonach mit dem Verfahren der Verpflichtungszusage ein vor der EU-Kommission hängiges Kartellverfahren abgeschlossen werde, ohne dass über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung entschieden werde, geht ebenfalls fehl. In der von den Beschwerdeführern zitierten Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (nachfolgend: VO 1/2003) wird unter der Begründungserwägung 13 (in fine) ausgeführt, dass Entscheidungen bezüglich Verpflichtungszusagen gerade für die Fälle ungeeignet sind, in denen die Kommission eine Geldbusse aufzuerlegen beabsichtigt. Somit dürfte für das Institut der Verpflichtungszulagen Ähnliches gelten wie für die schweizerische Regelung, wonach bei Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind, eine einvernehmliche Streitbeilegung für das in der Vergangenheit liegende Verhalten ausgeschlossen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 305, mit Hinweis auf SURA, in: Langen/ Bunte [Hrsg.], Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 7 und 11 zu Art. 9 VO 1/2003).

7.4.5 Die Beschwerdeführer machen des Weiteren geltend, dass die Sanktionierung gegen den Vertrauensgrundsatz verstosse. So sei in den Jahren 1997 und 1998 die nun als missbräuchlich qualifizierte Praxis der

Beschwerdeführer ausdrücklich als rechtmässig anerkannt worden. Zudem sei die Wettbewerbskommission am 27. April 2005 bei der Formulierung des Inhalts einer einvernehmlichen Regelung nicht von weiteren Feststellungen oder allenfalls einer Sanktionierung ausgegangen. Davon sei auch im Verlaufe der weiteren Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung nie die Rede gewesen. Schliesslich enthalte die von der Wettbewerbskommission genehmigte einvernehmliche Regelung eine ausdrückliche Bestimmung über den umfassenden Verfahrensabschluss.

7.4.5.1 Soweit die Beschwerdeführer darauf hinweisen, das Sekretariat habe die Zulässigkeit der nun als missbräuchlich bezeichneten Kommissionierungsrichtlinien in den Jahren 1997 und 1998 ausdrücklich bestätigt, kann auf die Ausführungen in Erwägung 7.3.2 verwiesen werden. Das Sekretariat hat zwar noch im Schreiben vom 28. Oktober 1998 an den Rechtsvertreter mitgeteilt, die bislang geltenden Kommissionierungsrichtlinien könnten beibehalten werden, da sie bei nicht-diskriminierender Anwendung aus kartellrechtlicher Sicht keinen Anlass zur Kritik gäben. Es machte aber bereits in diesem Schreiben den Vorbehalt, die Praxis der Publigroupe-Töchter in der Anwendung der Kriterien künftig kritisch im Auge zu behalten und gegebenenfalls gestützt auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes einzugreifen. Das Sekretariat hat sodann auch im Schreiben vom 22. Dezember 1998 an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer ausgeführt, es behalte sich die Eröffnung eines formellen Verfahrens für den Fall vor, dass sich im Rahmen der weiteren Beobachtung der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verhalten von Publigroupe ergeben sollten. Diese Indizien haben sich in der Folge nach der durchgeführten Vorabklärung, welche auf Anzeige der Ad.X AG ergangen ist, bestätigt. Spätestens mit der Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung und der Eröffnung der Untersuchung im November 2002 mussten die Beschwerdeführer daher damit rechnen, dass die Wettbewerbskommission in der Nichtkommissionierung von unabhängigen Vermittlern allenfalls ein missbräuchliches Verhalten erblicken könnte. Da die Zusicherungen des Sekretariats bezüglich der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit der Anwendung der Kommissionierungsrichtlinien nicht vorbehaltlos erfolgt sind, fehlt bereits eine der kumulativen Voraussetzungen für die Bejahung des Vertrauensschutzes (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 22 Rz.15). Überdies dürfte angesichts der Kompetenzaufteilung zwischen Sekretariat und Wettbewerbskommission (Art. 18. Abs. 3 KG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KG) ohnehin fraglich sein, inwieweit informelle Verwaltungsschreiben oder Schlussberichte des Sekretariats die

Wettbewerbskommission überhaupt zu binden vermögen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 184 f.).

7.4.5.2 Auch mit den Einwänden, es sei vor und während den Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung nie die Rede von einer möglichen Sanktionierung gewesen und der Verfahrensabschluss sei mit Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung ohne Hinweis auf eine Sanktion bestätigt worden, vermögen die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Einleitend ist festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden während des gesamten Verfahrens nie explizit zugesichert haben, dass die Beschwerdeführer nicht der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG unterstehen würden. Am 30. März 2005 reichte die Beschwerdeführerin 1 der Wettbewerbskommission eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 betreffend die Kommissionierungsrichtlinien ein. Mit Schreiben vom 6. April 2005 machte das Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 darauf aufmerksam, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des Kartellgesetzes gemeldet werden könne, Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens und somit noch nicht rechtskräftig geklärt sei. Mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) entschied das Bundesgericht, dass eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung für Unternehmen ausgeschlossen sei, deren Verhalten während der Übergangsfrist bereits Gegenstand eines Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) gewesen sei. Bis zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils konnten sich somit die Wettbewerbsbehörden noch nicht definitiv zu einer allfälligen Sanktionierung äussern. Es ist daher vom zeitlichen Ablauf her grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn das Sekretariat erst am 14. November 2005 mit der Zustellung der definitiven Fassung der einvernehmlichen Regelung, unter den Ausführungen zum weiteren Vorgehen, festhält, dass die Wettbewerbskommission in der Endverfügung nebst der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung auch über eine mögliche Sanktionierung von Publigroupe zu entscheiden habe. Inwieweit die Beschwerdeführer aus dieser Vorgehensweise eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes begründen wollen, ist nicht nachvollziehbar. Einerseits konnte bis zum erwähnten Entscheid des Bundesgerichts keine Vertrauensgrundlage angenommen werden, da Unklarheit über die Rechtslage bestand. Andererseits ergibt sich die direkte Sanktionierung direkt aus dem Gesetz (Art. 49a Abs. 1 KG, Übergangsbestimmung), weshalb selbst bei Schaffung einer Vertrauensgrundlage dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der kartellrechtlichen Bestimmungen im Sinne des Legali-

tätsprinzips von Vornherein grosses Gewicht beizumessen wäre (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 185). Aufgrund der sich aus dem Gesetz ergebenden direkten Sanktionierbarkeit bestand für die Wettbewerbskommission keine Verpflichtung, die Beschwerdeführer speziell darüber zu informieren. Ihnen wäre es ohne Weiteres freigestanden, die fragliche Wettbewerbsbeschränkung innert der in der Übergangsbestimmung vorgesehenen Übergangsfrist, d.h. bis am 31. März 2005, aufzulösen. Die Beschwerdeführerin 1 zeigte aber erstmals im Rahmen der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 Bereitschaft, Hand für eine einvernehmliche Regelung zu bieten.

7.4.5.3 Die Beschwerdeführer beziehen sich des Weiteren auf Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung. Diese lautet:

"9. Verfahrensabschluss

Vorbehältlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die WEKO wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung."

Mit dieser Formulierung wird entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer aufgrund der vorbehaltenen Genehmigung durch die Wettbewerbskommission gerade keine vorbehaltlose Zusicherung abgegeben. Sodann wurde die Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 14. November 2005 und somit vor der formellen Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Wettbewerbskommission auf eine mögliche Sanktion aufmerksam gemacht.

Wie unter Erwägung 7.4.2 ausgeführt, ist für Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind, eine einvernehmliche Regelung für das in der Vergangenheit liegende Verfahren ausgeschlossen. Entsprechend nachvollziehbar ist die von TAGMANN vertretene Ansicht, wonach der gesetzliche Spielraum für Verhandlungen oder Zusicherungen seitens des Sekretariats hinsichtlich der Frage fehlt, ob überhaupt oder in welcher Höhe eine Sanktion auszusprechen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 306 f.). Das Kartellgesetz sieht denn auch nur einen vollständigen oder teilweisen Sanktionsverzicht im Rahmen der Bonusregelung von Art. 49a Abs. 2 KG vor, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen für den Erlass oder die Reduktion einer Sanktion sind Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) zu entnehmen. Danach kommt ein vollständiger Sanktionserlass nur für dasjenige Unternehmen in Frage, welches der Wettbewerbsbehörde

zuerst relevante Informationen liefert oder entsprechende Beweismittel vorlegt (Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b SVKG). Dabei darf die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügen, um ein entsprechendes Verfahren zu eröffnen (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Diese Voraussetzungen für einen Sanktionserlass erfüllen die Beschwerdeführer nicht. Da vorliegend der Sachverhalt von Art. 7 KG erfüllt ist, tritt die Rechtsfolge der direkten Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG von Gesetzes wegen ein. Die Wettbewerbskommission hat in diesem Fall gar keinen Ermessensspielraum bezüglich der Frage, ob eine direkte Sanktion auszusprechen ist oder nicht. Hingegen steht ihr freies Ermessen bei der Festlegung der Sanktion innerhalb des gesetzlichen Rahmens zu. Ein kooperatives Verhalten der Parteien kann im Rahmen der Sanktionsbemessung und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 2 Abs. 2 SVKG) bei der Schwere und Art des Verstosses (Art. 3 SVKG) und/oder als mildernde Umstände (Art. 6 Abs. 1 SVKG) berücksichtigt werden (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 306 f.).

7.4.5.4 Die Beschwerdeführer verweisen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Weiteren auf Aussagen des zuständigen Abteilungsleiters des Sekretariats bezüglich des weiteren Vorgehens. Hierzu ist festzuhalten, dass unabhängig davon, ob diese Gespräche in der von den Beschwerdeführern dargelegten Weise stattgefunden haben, sich nichts am Umstand der Sanktionierbarkeit ändern würde. Die Beschwerdeführer konnten jedenfalls nicht in guten Treuen davon ausgehen, der zuständige Abteilungsleiter wäre ermächtigt, die Sanktionskompetenz der Wettbewerbskommission durch fallspezifische Zusicherungen auszusetzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. *Flughafen Zürich AG (Unique)* E. 4.2.6, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

7.4.5.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines unter den Vertrauensschutz fallenden Tatbestands nicht gegeben sind. Einerseits haben die Wettbewerbsbehörden keine vorbehaltlosen Zusicherungen betreffend einen allfälligen Verzicht auf eine Sanktionierung abgegeben. Andererseits war die Rechtslage bezüglich der Frage, ob Sachverhalte, die Gegenstand eines laufenden Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden sind, mit sanktionsausschliessender Wirkung gemeldet werden können, erst mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2005 rechtskräftig entschieden. Dass sich die Wettbewerbsbehörden zur Frage der Sanktionierbarkeit bis zum Urteil des Bundesgerichts nicht verbindlich festlegen wollten, ist nachvollziehbar und kann im nachhinein auch nicht als widersprüchliches Verhalten ausgelegt werden.

7.4.5.6 Die Beschwerdeführer machen des Weiteren eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geltend. Sie berufen sich dabei auf den Kreditkarten-Interchange-Fee-Entscheid der Wettbewerbskommission und auf deren Sanktionsverfügung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique). Im Kreditkartenfall sei den beteiligten Unternehmen im Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung eine Übergangsfrist von drei Jahren eingeräumt worden. Im Fall *Flughafen Zürich AG* (Unique) sei den Verfügungserwägungen zu entnehmen, dass die Frage der Sanktion Gegenstand der Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung gewesen sei.

Wie bereits unter Erwägung 7.4.5.3 erwähnt, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Aushandlung der Sanktion zwischen den Wettbewerbsbehörden und den Parteien. Im zitierten Fall in Sachen *Flughafen Zürich AG* (Unique; RPW 2006/4, S. 630 f. Rz. 27) kann jedenfalls kein Hinweis dafür gefunden werden, dass die Sanktion Gegenstand von Verhandlungen gewesen wäre. Vielmehr wurde in der einvernehmlichen Regelung eindeutig festgehalten, dass die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion im freien Ermessen der Wettbewerbskommission liege. Die Sanktion wurde denn auch auf Antrag des Sekretariats durch die Wettbewerbskommission festgelegt (RPW 2006/4, S. 665 Rz. 268 ff.). Dabei wurden der Wille und die Bereitschaft von Unique zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt.

Auch mit dem Hinweis auf den Kreditkarten-Interchange-Fee-Entscheid der Wettbewerbskommission vermögen die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung zu Recht auf die Unterschiede im Vergleich zum vorliegenden Verfahren. Einerseits wurde die einvernehmliche Regelung im Kreditkarten-Interchange-Fee-Fall vor Ablauf der Übergangsfrist abgeschlossen und die als kartellrechtswidrig qualifizierte Vereinbarung aufgehoben und durch die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung erzielte Einigung ersetzt. Andererseits wurde aufgrund des komplexen Mehrparteiensystems eine Implementierungsfrist vorgesehen (RPW 2006/1, S. 116). Die beiden Fälle sind somit zum Vornherein nicht gleichartig und die Vorinstanz kann nachvollziehbare sachliche Gründe vorbringen, weshalb sie die beiden Fälle unterschiedlich behandelt hat. Entsprechend liegt keine Verletzung des in Art. 8 Abs. 1 BV und 29 Abs. 1 BV verankerten verfassungsmässigen Rechts auf Gleichbehandlung vor.

7.5 Rüge der Verfahrensdauer

Die Beschwerdeführer rügen schliesslich, eine Sanktionierung nach einer Verfahrensdauer von fast zehn Jahren halte vor den Grundsätzen der EMRK über den Anspruch auf ein faires Verfahren nicht stand und habe folglich keinen Rechtsbestand.

7.5.1 Die Wettbewerbskommission wendet hierzu ein, dass das vorliegende Verfahren vom 19. Dezember 2001 bzw. 6. November 2002 bis zum 5. März 2007 gedauert habe. Dies sei unter dem Gesichtspunkt der EMRK aufgrund der Komplexität des vorliegenden Verfahrens nicht als zu lang zu bezeichnen. Schliesslich hätten auch die Parteien mit Fristverlängerungsgesuchen, Beweisanträgen und umfangreichen Stellungnahmen in einem nicht unerheblichen Ausmass zu der langen Verfahrensdauer beigetragen.

7.5.2 Art. 29 Abs. 1 BV garantiert dem Einzelnen vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden eine Beurteilung seiner Angelegenheiten innert angemessener Frist. Denselben Anspruch gewährt Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen innerhalb angemessener Frist zu behandeln sind. Über die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens lassen sich keine allgemeinen Aussagen machen. Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut, sondern ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Dabei sind insbesondere die Komplexität der Angelegenheit, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.169/2004 vom 18. Oktober 2004 E. 2, m.w.H.).

7.5.3 In Bezug auf eine angemessene Verfahrensdauer bei kartellrechtlichen Verfahren rechtfertigt sich ein Vergleich mit dem EU-Recht, zumal die angemessene Verfahrensdauer ebenfalls ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der sich an Art. 6 Abs. 1 EMRK orientiert und inzwischen auch in Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Recht auf eine gute Verwaltung) Eingang gefunden hat. Wenngleich kartellrechtliche Verfahren gemäss der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 vom 4 Januar 2003, S. 1-25, Art. 23 Ziff. 5) keinen strafrechtlichen Charakter haben und sich nicht gegen Individuen, sondern gegen Unternehmen richten, orientiert sich der Gerichtshof bei der Anwendung des

Grundsatzes der angemessenen Verfahrensdauer eng an der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EuGH, Urteil C-238/99 vom 15. Oktober 2002 i.S. *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission*, Rz. 179 ff.). Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009: das Gericht der EU) hielt zur Frage der angemessenen Verfahrensdauer fest, dass eine Überschreitung einer angemessenen Frist, sofern sie nachgewiesen sein sollte, nicht zwangsläufig die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung nach sich ziehen müsse. Eine Überschreitung der angemessenen Frist könne nur bei Entscheiden, in welchen Verstöße festgestellt werden, einen Grund für eine Nichtigserklärung darstellen, sofern erwiesen sei, dass der Verstoß die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt habe (vgl. EuG, Urteil T-410/03 vom 18. Juni 2008 i.S. *Hoechst GmbH/Kommission*, Ziff. 227 f.; EuG, Urteil T-5/00 und T-6/00 vom 16. Dezember 2003 i.S. *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied und Technische Unie/Kommission*, Ziff. 42 ff.).

7.5.4 Die Rechtsprechung des EGMR kann insoweit als strenger bezeichnet werden, als eine Überschreitung der als angemessen anzusehenden Verfahrensdauer eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Folge hat und zu einem Freispruch, einer Strafminderung, einer Entschädigungsleistung oder einer Reduktion der Verfahrenskosten führen kann (vgl. EGMR, Urteil 22015/05 vom 17. Dezember 2009 i.S. *Werz v. Schweiz*, Ziff. 45).

Dabei untersucht der EGMR mittlerweile nicht mehr die Dauer einzelner Verfahrensabschnitte im Detail, sondern nimmt eine pauschale Bewertung des gesamten Verfahrens vor. Bei der Untersuchung, ob die Dauer eines Verfahrens als angemessen anzusehen ist oder nicht, berücksichtigt der EGMR in erster Linie den Umfang und die Schwierigkeit des Falles, die Behandlung des Falles durch die mit dem Verfahren befassten Behörden und Gerichte, das Verhalten der Beschwerdeführer und die Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens für die Betroffenen. Der EGMR hat bis anhin noch keine Zeitgrenzen, deren Überschreitung automatisch eine Verletzung darstellen würde, festgelegt, Verfahrensdauern von über 10 Jahren werden jedoch grundsätzlich als nicht angemessen bewertet, solche von 1½ bis 2 Jahre pro Instanz in der Regel nicht beanstandet (vgl. JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 248 ff. zu Art. 6 EMRK, m.w.H.).

7.5.5 In der vorliegend zu beurteilenden Streitsache ist festzustellen, dass das für die Sanktion massgebende Untersuchungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden vom 6. November 2002 (Eröffnung der Untersuchung) bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 5. März 2007, d.h. rund 4 Jahre und 4 Monate, dauerte. Diese an sich sehr lange Verfahrensdauer ist an der äusseren Grenze der zulässigen Verfahrensdauer anzusiedeln, lässt sich aber durch die Komplexität des Verfahrens und die vielen verfahrensleitenden Massnahmen gerade noch rechtfertigen. Auch muss gebührend berücksichtigt werden, dass das Sekretariat genügend Zeit für seine Untersuchungen benötigt, damit es einem Verdacht betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen mit der nötigen Gründlichkeit nachgehen und den Parteien auch genügend Zeit für die wirksame Wahrung ihrer Verteidigungsrechte einräumen kann. Zudem dürfen die Wettbewerbsbehörden im Sinne des Opportunitätsprinzips (Art. 27 KG) bestimmten Verfahren eine höhere Priorität einräumen als anderen, was zu Verzögerungen in einzelnen Verfahren führen kann. Schliesslich war von der Streitsache und Sanktion her keine besondere Eilbedürftigkeit gegeben, wie dies beispielsweise bei arbeitsgerichtlichen Verfahren oder bei Verfahren betreffend den Streit über die Zuteilung des elterlichen Sorgerechts meist der Fall sein dürfte (vgl. FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 262 zu Art. 6 EMRK).

8. Sanktionierung

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG die Beschwerdeführerin 1 mit einer Verwaltungs-sanktion von CHF 2,5 Mio. mit der Begründung belasten durfte, sie habe mittels der Beschwerdeführer 2–6 ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie sich weigerte gewisse Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.

Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (Swisscom/Wettbewerbskommission) betreffend Terminierungspreise im Mobilfunk wurde der der Swisscom AG vorgeworfene Preissmissbrauch verneint und die von der Wettbewerbskommission verfügte Sanktion aufgehoben. Dieses Verfahren lässt sich insoweit nicht mit dem vorliegend zu beurteilenden vergleichen, als der hier zu beurteilende Sachverhalt keinen fernmelderechtlichen Rahmen betrifft. Zudem lautet der Vorwurf im Gegensatz zum "Swisscom–Urteil" nicht auf "Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäfts-

bedingungen" (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), sondern auf "Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen" (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Die den beiden Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalte können entsprechend nicht miteinander verglichen werden.

8.1 Rügen im Zusammenhang mit Art. 6 und 7 EMRK

Die Beschwerdeführer bringen in der Replik vor, es handle sich bei den direkten Sanktionen um Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter. Entsprechend könne entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in der Verfügung nicht offen bleiben, ob die in Art. 6 EMRK stipulierten Garantien auf das Kartellverfahren Anwendung finden. Diese müssten im Kartellsanktionsverfahren vielmehr strikte beachtet werden. Dazu gehöre auch die Einhaltung des sich aus Art. 7 EMRK sowie Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 BV ergebenden Legalitätsprinzips, welches verlange, dass eine zu verhängende Strafe hinreichend konkret bestimmt und voraussehbar sein müsse. Dies sei bei der Sanktionierung der Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen.

Die Vorinstanz führt in der Duplik aus, dass die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht gemäss EMRK im gesamten Sanktionsverfahren „nur“ einmal erfüllt sein müssten. Daher genüge es, selbst wenn der Wettbewerbskommission die nötige Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesprochen werde, wenn diese Anforderungen auch erst vor dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt würden. Voraussetzung sei dabei allerdings, dass die obere Instanz über volle Kognition verfüge, was auf das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 39 KG i.V.m. Art. 49 VwVG zutreffe. Zudem würden sowohl der Tatbestand von Art. 7 KG als auch die Rechtsfolge in Art. 49a Abs. 1 KG den erforderlichen Bestimmtheitsgrad aufweisen.

Zu den sich im Zusammenhang mit Art. 6 und 7 EMRK stellenden grundsätzlichen Fragen hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (i.S. *Swisscom /Wettbewerbskommission*, E. 5) einlässlich geäußert. Die nachfolgenden Erwägungen sind mit den Erwägungen im *Swisscom* Entscheid insofern identisch, als sich keine spezifischen Abweichungen aufgrund des vorliegenden Falles ergeben.

8.1.1 Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK hat jede Person ein Recht

darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Diese Bestimmung hat im Kontext der als verletzt gerügten Organisationsgarantie dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 135 I 14 E. 2, BGE 133 I 1 E. 5.2, m.w.H.).

8.1.1.1 Unbestrittenermassen unterstehen die Beschwerdeführer angesichts des Strafcharakters der strittigen Sanktion (vgl. E. 8.1.3) auch den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK, und zwar ungeachtet ihrer Rechtsform als juristische Personen (vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Zulässigkeitsentscheid 32411/96 vom 20. April 1999 i.S. *Sojus Trade Company GmbH et. al. v. Deutschland*, Ziff. 2; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. *Lilly France S.A. v. Frankreich*; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 6 und Rz. 18 zu Art. 34; TAGMANN, a.a.O., S. 91 f., 115; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 108 f.).

8.1.1.2 Demzufolge haben sie insofern Anspruch darauf, dass ihre Sache durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht beurteilt wird, als ihr wirksamer Zugang zum Entscheidorgan "Gericht" gewährt wird (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 24 N 27, S. 343).

8.1.1.3 Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, aber es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa, mit Hinweis auf

BGE 123 I 87 E. 4a, BGE 133 IV 278 E. 2.2; vgl. HANS-HEINER KÜHNE, in: Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention [IntKommEMRK], Köln/ Berlin/München 2009, Rz. 282-320 zu Art. 6 EMRK; JÖRG PAUL MÜLLER/ MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 927 ff.).

8.1.1.4 Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (E. 5.4 ff.) entschieden hat, kann die Frage, ob die Wettbewerbskommission ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist, offengelassen werden.

Denn nach der Konventionsrechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK reicht es aus, wenn in einem Verfahrensgang *ein* Gericht entscheidet (vgl. BGE 129 I 207 E. 5.2, BGE 123 I 87 E. 3a, BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 200 ff. zu Art. 6 EMRK; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360, sowie § 24 N. 147 ff., 407 ff.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 166 ff.; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 382; KÜHNE, a.a.O., Rz. 318 zu Art. 6 EMRK; PIETER VAN DIJK/FRIED VAN HOOF/ARJEN VAN RIJN/LEO ZWAAK, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Antwerpen/Oxford 2006, S. 564 ff.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 427), dem volle Kognition zukommt (vgl. E. 8.1.1.5 ff.).

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Streitigkeiten, wie sie hier in Frage stehen, einem Verfahren zu unterstellen, das in jeder Phase vor einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt werden müsste (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.1, BGE 128 I 237 E. 3, BGE 124 I 92 E. 2a, 124 I 255 E. 5b/aa; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568). Nur wenn ein Staat ein Gerichtssystem mit mehreren *gerichtlichen* Instanzen einrichtet, muss er sicherstellen, dass den grundrechtsberechtigten Personen grundsätzlich vor allen diesen Gerichten die Garantien von Art. 6 EMRK gewährt werden (vgl. EGMR, Urteil 21920/93 vom 23. Oktober 1996 i.S. *Levages v. Frankreich*, Ziff. 44).

In der Schweiz aber hat der Kartellgesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Verwaltungssanktionen (Art. 49a ff. KG) bzw. für

Strafsanktionen (Art. 54 ff. KG) vorgesehen. Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach es aufgrund der Erfordernisse der Flexibilität und Effizienz, welche ihrerseits mit dem Menschenrechtsschutz vereinbar sind, gerechtfertigt sein kann, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheidet, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht zu genügen vermag (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte v. Belgien*, Ziff. 29; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 133 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Art. 6[1] ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective, SZIER 2006, S. 449; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 429).

8.1.1.5 Da es ausreicht, wenn die strittige Sanktion durch *eine* gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann, muss, weil das Bundesverwaltungsgericht unbestrittenermassen organisatorisch-funktionell ein "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhenden Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, nachfolgend geprüft werden, *ob* die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht.

8.1.1.6 Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen, soweit nicht die Verfügung einer kantonalen Beschwerdeinstanz streitig ist.

8.1.1.7 Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 74 Rz. 2.153, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.1). Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 74 Rz. 2.153, m.w.H.).

8.1.1.8 Indessen darf nach herrschender Lehre und Praxis auch das Bundesverwaltungsgericht, obschon es nach der gesetzlichen

Ordnung "mit freier Prüfung" zu entscheiden hat, seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz.

Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 131 II 13 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Schindler/Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich 2007, S. 171 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.154, m.w.H.; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., N. 19 f. zu Art. 49 VwVG; kritisch dazu BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, N. 5 [Fn. 31] zu Art. 49 VwVG).

8.1.1.9 Das Bundesverwaltungsgericht kann im vorliegenden Fall mit Hinweis auf das Urteil B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 (E. 5.6 ff., m.w.H.) die angefochtene Verfügung – entsprechend der vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 und BGE 132 II 485 eingenommenen Haltung zur Kognitionsfrage – in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen.

8.1.2 Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK

Wie bereits erwähnt, wird nach Art. 49a Abs. 1 erster Satz KG (direkte Sanktionierung) ein Unternehmen, das sich insbesondere *nach Art. 7 KG unzulässig verhält*, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens (Art. 49a Abs. 1 KG, dritter Satz). Der

mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG, vierter Satz).

Unter der Marginalie "Keine Strafe ohne Gesetz" hält Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK fest:

"Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war."

8.1.3 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"

Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion, mit der Publigroupe "belastet" wurde, kommt unbestrittenermassen einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.3, m.w.H.; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. *Lilly France S.A. v. Frankreich*, Ziff. 2 S. 9, sowie EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. *Dubus S.A. v. Frankreich*, Ziff. 35; zu den einschlägigen EMRK-Kriterien vgl. EGMR, Urteil 35533/04 vom 11. Januar 2007 i.S. *Mamidakis v. Griechenland*, Ziff. 20 f.; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. *Malige v. Frankreich*, Ziff. 34 ff.; EGMR, Urteil 11034/84 vom 22. Mai 1990 i.S. *Weber v. Schweiz*, Ziff. 29 ff.; BGE 134 I 140 E. 4.2; zum KG vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [BBI 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft KG 2001]; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Zäch/Stoffel [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 269 f.; CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 41 ff., sowie MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], a.a.O., S. 57 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 85; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 539 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 449 ff.).

Aus diesem Grunde fällt die hier aufgeworfene Fragestellung auch in den Geltungsbereich von Art. 7 EMRK, den die Beschwerdeführer *ratione personae* rügen können (vgl. BGE 128 I 346 E. 3.2; VILLIGER, a.a.O., Rz. 534 bzw. 101).

8.1.4 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK im Allgemeinen

Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen (vgl. EGMR, Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. *Kokkinakis v. Griechenland*, Ziff. 52; JOACHIM RENZIKOWSKI, IntKommEMRK, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 7 EMRK; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55). Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, denen auch Strafcharakter zukommt (vgl. E. 8.1.3).

Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen (vgl. LOUIS-EDMOND PETTITI/EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2. Aufl., Paris 1999, S. 294 f.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 5 und 52 ff. zu Art. 7 EMRK). Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können (vgl. EGMR, Urteil 20166/92 vom 22. November 1995 i.S. *S.W. und C.R. v. Vereinigtes Königreich*, Ziff. 35; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654). Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und klar ist, hängt nach der Konventionsrechtsprechung vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 35; PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 296; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 53 zu Art. 7 EMRK).

In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*,

Ziff. 29 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 58 zu Art. 7 EMRK; VILLIGER, a.a.O., Rz. 536). Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich müssen die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 50; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 244 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 11, 43 ff. zu Art. 7 EMRK).

Allerdings lässt sich im Einzelfall eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 132, S. 397, mit Beispielen). Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls vorausgesetzten Bestimmtheits- und Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 99 ff.; EGMR, Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 29; EGMR, Urteil 45771/99 vom 21. Januar 2001 i.S. *Veeber v. Estland*, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.). Insofern haben nationale Gerichte keine "autonome Auslegung" nationaler Gesetze durch den EGMR zu befürchten, zumal sich dieser grösste Zurückhaltung auferlegt, wenn er Normen prüft, welche als "zu unbestimmt" kritisiert werden (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. *Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark*, Ziff. 76 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N. 6 f. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 538).

8.1.4.1 Eine Einschränkung hat die Tragweite von Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR zum sog. "Mauerschützenfall" erfahren, wo eine Verurteilung als vorhersehbar erachtet worden ist, obschon die menschenrechtswidrige staatliche *Praxis* für die Dauer und Gültigkeit der massgeblichen Rechtsordnung jegliche Strafbarkeit (von

Tötungshandlungen an der ehemaligen DDR-Grenze) ausschloss (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 77 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, *Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz*, Zürich/Köln/Wien 2006, S. 47 f.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 138, S. 400 f.; ANNE PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2003, S. 145 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 78 ff. zu Art. 7 EMRK).

8.1.4.2 Der EGMR prüft jedoch nicht, ob sich der Betroffene strafbar gemacht hat, was Sache der nationalen Gerichte ist (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 49), sondern nur, ob zur Tatzeit eine hinreichend bestimmte Gesetzesvorschrift bestand, welche die Tat strafbar machte, und ob die auferlegte Strafe die von dieser Vorschrift bestimmten Grenzen überschritten hat (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 22 ff., Ziff. 33; MEYER-LADEWIG, a.a.O., N. 7 zu Art. 7 EMRK; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656).

In seiner Rechtsprechung zur *Rechtsfolgeseite* beschäftigt sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit angeblichen Fehlern bei der Strafzumessung, also mit der Frage, ob die konkret erfolgte Strafzumessung dem gesetzlich vorgesehenen Strafraum entspricht (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 95; EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 25; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 36946/03 vom 29. November 2005 i.S. *Uttley v. Grossbritannien*; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 33448/96 vom 14. Dezember 1999 i.S. *Wedenig v. Österreich*, S. 3 f.). Insofern verlangt das Bestimmtheitsgebot nicht, dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Alternativen gesetzlich festgelegt sein müssten (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656). Soweit nur Strafmaxima gesetzlich vorgesehen sind, wissen die Betroffenen, welche Maximalstrafe sie bei einem Normverstoss zu erwarten haben (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabbari Moreno v. Spanien*, Ziff. 33; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 7 EMRK). Nach VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK scheint Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK auch nicht auszuschliessen, dass der Strafgesetzgeber den Verstoss gegen eine – gesetzlich hinreichend bestimmte – Norm ohne gesetzliches Strafmaximum unter Strafe stellt (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656 f.; a.M.

NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55, wonach betragsmässig unbestimmte Bussen unzulässig seien; vgl. auch BERND MEYRING, Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?, Neuste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstössen, WuW 2010, S. 157 ff., insbes. S. 168 f., mit Hinweis u.a. auf RAINER BECHTOLD/STEPHAN WERNICKE, Kartellbussen ohne Mass, FAZ vom 14. Februar 2009).

8.1.4.3 Auch in seiner jüngsten Rechtsprechung verlangt der Strassburger Gerichtshof nicht, dass das genaue Strafmass gesetzlich festgelegt sein müsste (vgl. Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 94). Vielmehr prüft der Gerichtshof bei angefochtenen Strafzumessungen einzig, ob diese den gesetzlich festgelegten Strafraumen überschreiten (vgl. Urteil i.S. *Scoppola v. Italien*, a.a.O., Ziff. 95).

Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann.

Wie nachfolgend im Einzelnen darzulegen ist, erweist sich die von der Vorinstanz angerufene Gesetzesgrundlage als prinzipiell hinreichend bestimmt (vgl. E. 8.1.5), was im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung die mögliche Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens als ebenso voraussehbar erscheinen lässt (vgl. E. 8.1.6) wie die mögliche Rechtsfolge dieses Verhaltens (vgl. E. 8.1.7).

8.1.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK

8.1.5.1 Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, den die Vorinstanz in Verbindung mit Abs. 1 dieser Bestimmung angewandt hat, wird vom Verweis in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG mitumfasst, was die in der Lehre geäusserten Bedenken an der Bestimmtheit dieser Norm etwas zu relativieren vermag (vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Focus: Court Appeals in Competition Law, in: Baudenbacher [Hrsg.], Current Developments in European and International Competition Law – ICF 2008, Basel 2009, S. 381 ff., S. 385).

Ungeachtet dieser Bedenken scheinen die Vorinstanz und die Beschwerdeführer die Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 KG, wonach sich marktbeherrschende Unternehmen *unzulässig* verhalten, wenn sie durch den *Missbrauch ihrer Stellung* auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, als eine Norm aufzufassen, der unabhängig von ihrem Abs. 2 selbständige Bedeutung zukommen könnte.

Dieser Sicht kann aber nicht gefolgt werden. Denn Art. 7 Abs. 1 KG enthält, wenn vom konkretisierenden Tatbestandskatalog in dessen Abs. 2 abgesehen wird, keinerlei Konturen, die zumindest general-klauselhaft die Kriterien für "unzulässiges Verhalten" bzw. "den Missbrauch einer Stellung" erkennbar und damit vorhersehbar machen würden (zur Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569 f.; zur Problematik "normativer Zirkelschlüsse" im Zusammenhang mit Art. 7 KG vgl. MARC AMSTUTZ, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 48 ff.).

Dieser Befund wiegt umso schwerer, als bereits der Bundesrat in seiner Botschaft auf das Problem der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen hinweist, das darin besteht, dass ein bestimmtes Verhalten "a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Ausbeutungsstrategie sein kann" (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-001 vom 12. November 1998 E. 3.4, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff., m.w.H.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 55). Bei der Beurteilung dieser Fragen kommt sodann – insbesondere angesichts der wachsenden Bedeutung des sog. *more economic approach* (vgl. STEFAN BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung – Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 33 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Der "more economic approach" bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrags, AJP 2009, S. 1576 ff.; LARS-HENDRIK RÖLLER/HANS W. FRIEDERISZICK, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2004, Basel 2005, S. 354 ff.) – erschwerend hinzu, dass anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetz-

anwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.; Entscheid der REKO/WEF, FB/2004-4, a.a.O., E. 6.3 [mit Hinweis auf PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003, Rz. 752, 758] sowie E. 6.2 [mit Hinweis auf ALAN P. KIRMAN, The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory: The Emperor Has No Clothes, The Economic Journal, Vol. 99/1989, S. 126-139], veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 47 ff.).

Damit wird deutlich, dass die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen vermag.

Indessen hat die Vorinstanz im Ergebnis Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu Recht als *untrennbare Einheit* aufgefasst, indem sie für die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzte, dass eine Marktbeherrscherrin die Marktgegenseite "behindert" (Art. 7 Abs. 1 KG), dadurch dass sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

Das in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG enthaltene Diskriminierungsverbot verlangt von einem marktbeherrschenden Unternehmen, gleichartige Sachverhalte gleich zu behandeln. Diese Bestimmung erfasst sämtliche Diskriminierungen, die mit dem Preis oder mit sonstigen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang stehen. Der Begriff "sonstige Geschäftsbedingungen" ist dabei weit auszulegen. Die unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern ist missbräuchlich, soweit sie sich nicht durch sachliche Gründe, wie beispielsweise unterschiedliche Transport- oder Vertriebskosten bzw. unterschiedliche Skalenerträge, rechtfertigen lässt (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 571 f.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 673 ff.).

Ein Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit erkennen kann.

Obwohl die vorliegend anwendbaren materiellrechtlichen Vorschriften ("Diskriminierung", "sonstige Geschäftsbedingungen") offen formuliert sind, hätte die Beschwerdeführerin 1 frühzeitig die Möglichkeit gehabt zu erkennen, ob das ihr vorgeworfene Verhalten tatbeständig sein könnte. Denn zur Preis- und Konditionendiskriminierung, insbesondere zur Zulässigkeit von Rabattsystemen, besteht eine reichhaltige in- und ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 17 f. zu Art. 7 KG mit Referenzhinweisen zur europäischen Praxis; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 673 ff.).

Zudem können im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nach der Konventionsrechtsprechung technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen (vgl. E. 8.1.4). Die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. b) KG lässt sich auch mit zahlreichen, offen formulierten Normen anderer Erlasse vergleichen, zu denen im Laufe der Jahre eine reiche Rechtsprechung herangewachsen ist, ohne die freilich der Gesetzeswortlaut allein kaum genügend Aufschluss über die Normtragweite zu geben vermag (vgl. im Bereich StGB z.B. Art. 181 [Nötigung]).

8.1.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit

8.1.6.1 Um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, hat der Gesetzgeber zwei Meldeverfahren vorgesehen, und zwar (1.) ein Verfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG für *geplante*, wettbewerbsrelevante Vorhaben (vgl. REINERT, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 49a KG), sowie (2.) ein Verfahren nach der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 für bereits *bestehende* wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen (Wettbewerbsbeschränkungen), die innerhalb der Übergangsfrist nach der erfolgten Einführung direkter Sanktionen gemeldet oder aufgelöst werden konnten (vgl. REINERT, a.a.O., N. 1 ff. zur Übergangsbestimmung). Dieses zweite Meldeverfahren innerhalb der Übergangsfrist hatte die Beschwerdeführerin in Anspruch genommen (vgl. im Sachverhalt unter B.c).

In diesem Kontext lässt das Bundesgericht in seiner jüngsten *wettbewerbsrechtlichen* Rechtsprechung allfällige Bedenken hinsichtlich einer hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen insbesondere dann nicht gelten, wenn eine Partei aufgrund von Hinweisen der Wettbewerbskommission im Rahmen einer eröffneten Vorabklärung oder Untersuchung *Gewissheit* hat, dass

sie mit ihrem Verhalten ein allfälliges Sanktions*risiko* eingeht (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, mit Hinweis auf das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5, sowie die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006; a.M. RETO JACOBS, Wirkungen der direkten Sanktionen, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 151 ff.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 71 ff., wobei beide Autoren den Umstand zu übersehen scheinen, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut zu Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG im Laufe der parlamentarischen Beratungen bewusst zu Ungunsten der Unternehmen abgeändert wurde).

8.1.6.2 Mit anderen Worten verneint das Bundesgericht eine Ungewissheit über das *Risiko* direkter Sanktionen für Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision – wie hier – bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wissen müssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheint und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden kann. Nach dem Bundesgericht befänden sie sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4 a.E.).

8.1.6.3 Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der bereits gegen sie laufenden Untersuchung – vor Einführung des Meldeverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 KG – kein solches einleiten konnte, um die Rechtslage klären zu lassen, sondern sich mit einer – aus ihrer Sicht sanktionsbefreienden – Meldung gemäss Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz begnügen musste. Dieser räumt das Bundesgericht die gleiche – übergangsrechtliche – Funktion ein wie jener gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG:

"Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung – analog zu Art. 49a Abs. 3 lit. a KG – ausschalten können" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 E. 4.3)."

Das Bundesgericht bejaht somit im Ergebnis die hinreichende Be-

stimmtheit kartellgesetzlicher Grundlagen, wenn die Möglichkeit besteht, aufgrund eines Meldeverfahrens "*Anhaltspunkte*" zu erfahren, welche für eine unzulässige und damit allenfalls sanktionierbare Beschränkung des Wettbewerbs sprechen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

Hierbei lässt es das Bundesgericht genügen, dass die Unternehmen das *Risiko* einer allfälligen Rechtsunsicherheit insofern nicht alleine tragen müssen, als das Sekretariat in die Beurteilung und Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen eingebunden wird (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Gemäss Bundesgericht konkretisiert das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, E. 3.2.5; vgl. hierzu aber die kritischen Anmerkungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 9).

8.1.6.4 Die Beschwerdeführerin 1 bestreitet zu Recht nicht, dass sie vor Ablauf der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens zu den hier strittigen VSW-Richtlinien wusste, dass diese als problematisch eingestuft wurden.

Somit hatte die Beschwerdeführerin 1 im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Gewissheit*, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens, d.h. bei Aufrechterhaltung der Kommissionierungspraxis nach VSW-Richtlinien bei Berufsvermittlern, eine Sanktionierung *riskieren* würde. Insofern wurde die Beschwerdeführerin 1 auch nicht aus "heiterem Himmel" mit einer kartellgesetzlichen Sanktion für ein Verhalten gebüsst, an dessen Rechtmässigkeit sie auf Grund der Umstände vernünftigerweise nicht hätte zweifeln müssen.

Insofern war die Beschwerdeführerin 1 grundsätzlich in der Lage, die erfolgte Sanktionierung als mögliche Konsequenz ihres Verhaltens vorherzusehen. Die Voraussehbarkeit der Tatbestandsmässigkeit war um so mehr gegeben, als die Beschwerdeführerin 1 in der fraglichen Angelegenheit ständig in Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden waren.

Die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet letztlich, dass die entsprechende Gesetzesgrundlage für hinreichend zu erachten ist, um vor dem Bundes- und Konventionsrecht zu bestehen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

8.1.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge

8.1.7.1 Zu prüfen bleibt, ob im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG das Gebot *nulla poena sine lege certa* auch insofern gilt, als die Höhe der zu erwartenden Sanktion betragsmässig "klar" vorhersehbar sein müsste.

Eine solche Tragweite lässt sich jedenfalls dem Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. *Kokkinakis v. Griechenland* (vgl. Ziff. 52) nicht entnehmen. Darin ruft der Strassburger Gerichtshof das Prinzip in Erinnerung, dass nur das Gesetz eine Straftat definieren und Strafsanktionen vorschreiben kann (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 127, S. 372). In diesem Urteil wird jedoch lediglich ein Bezug zur genügenden Bestimmtheit des *Tatbestands* hergestellt, damit mögliche Rechtsfolgen voraussehbar werden. Insofern verkennen auch JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH mit ihrer gegenteiligen Auffassung, dass das von ihnen als einziger Beleg zitierte EGMR-Urteil 4044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland* (vgl. Ziff. 50) einzig die *gesetzliche Festlegung* von strafbarem Verhalten und von entsprechender Strafe betont, ohne jedoch darüber hinaus zu verlangen, dass das konkret zu erwartende Strafmass im Voraus genau berechenbar sein müsste (vgl. JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH, *Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge*, Stuttgart 2008, S. 25).

Zu dieser Frage fällt auf, dass in der Konventionspraxis (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. *Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark*, Ziff. 76 ff., insb. 81-97.) sowie in der Literatur (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 131, S. 374; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 52 ff. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 653 ff.) der Gewährleistungsumfang von Art. 7 Abs. 1 EMRK einzig auf den *Tatbestand* bezogen wird, wie dies insbesondere im tatbestandsbezogenen Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck kommt ("Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die [...] nicht strafbar war").

8.1.7.2 Zwar ist zuzugestehen, dass der materielle Normgehalt von Art. 49a Abs. 1 KG für die Verhängung von Sanktionsbeträgen als gering einzuschätzen ist (vgl. E. 8.1.5, sowie BREITENMOSE, Focus, a.a.O., S. 385). In dieser Bestimmung wird lediglich ein Verstoß gegen generalklauselartige Wettbewerbsbestimmungen vorausgesetzt. Als Bemessungsmassstab für die Höhe der Sanktion werden allein die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung genannt, wobei eine an den Umsatz gekoppelte Sanktionsobergrenze gelten soll, wenn sich ein allfälliger Gewinn nicht bestimmen lässt. Diesbezüglich mag auch unklar sein, nach welchen Kriterien eine Sanktionserhöhung über den Gewinn hinaus erfolgen soll, um die gewünschte Abschreckungswirkung zu entfalten (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 165). Insofern sind die Sanktionsfolgen für die Betroffenen tatsächlich nicht im Voraus klar berechenbar, auch wenn sich – zu deren Gunsten – nach Art. 3 SVKG der Basisbetrag der Sanktion nach dem Umsatz auf den relevanten Märkten in der Schweiz richtet und nicht nach dem Unternehmensgesamtumsatz, wie der Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG erwarten liesse. Wie dem auch sei, hat sich im Rahmen der parlamentarischen Debatten gezeigt, dass letztlich eine klar berechenbare, tief anzusetzende Sanktionshöhe, die sich auch leicht in der Geschäftspolitik der Unternehmen berücksichtigen liesse, gar nicht erwünscht war (vgl. AB 2002 N. 1449 sowie AB 2003 S 333).

Trotz dieser Unsicherheit hinsichtlich der Sanktionshöhe widerspricht der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum, den die Bundesversammlung bei der Verabschiedung von Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionsbemessung im Sinne geringer gesetzlicher Normdichte ausgeübt hat (vgl. AB 2002 N. 1453 und AB 2003 S 336 sowie Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2037 f.), nicht der Konventionsrechtsprechung zur gesetzlichen Festlegung von Sanktionen; dieser lässt sich vielmehr entnehmen, dass der Gerichtshof keine besonderen Anforderungen an die Bestimmtheit von Bussenrahmen stellt (vgl. E. 8.1.4 ff.). Deshalb kann Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. SVKG) hinsichtlich der darin statuierten Rechtsfolge kaum gegen das in Art. 7 EMRK enthaltene Bestimmtheitsgebot verstossen, zumal der Gesetzgeber – wie bereits erwähnt – nach einlässlicher und kontroverser Debatte (mehrheitlich) eine abschreckend wirkende Maximalsanktion festlegen wollte (vgl. AB 2002 N. 1449 ff. sowie AB 2003 S 336 ff.) und dazu in Art. 49a Abs. 1 KG formellgesetzlich immerhin den Sanktionstyp, die – umsatz- bzw. gewinnabhängige – Sanktionsobergrenze sowie die allgemeinen Bemessungsregeln als Rahmen festlegte (anderer Meinung

NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, a.a.O., S. 57, wonach der mangelnde absolute Strafrahmen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 1 StGB verletze und verfassungswidrig sei).

Im Unterschied zur entsprechenden Regelung in der EU, wo die Ausfüllung des Bussgeldsystems dem administrativen Ermessen der Europäischen Kommission in Form von (nicht gesetzlichen) Verwaltungsleitlinien überlassen worden ist (vgl. dazu kritisch SCHWARZE/BECHTOLD/BOSCH, a.a.O., S. 5 und S. 15-29), hat hierzulande der Verordnungsgeber in der SVKG gesetzvertretendes Verordnungsrecht erlassen, das die konkretisierenden Angaben zum Bussgeldbemessungssystem positivrechtlich festhält (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2052; TAGMANN, a.a.O., S. 162 ff.).

8.1.8 Zusammenfassung

Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG – zusammen als *Einheit* aufgefasst (vgl. E. 8.1.5) – i.V.m. Art. 49a KG und der SVKG eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu bilden vermögen.

8.2 Sanktionierbarkeit

Die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 bezweckte, die Wirksamkeit dieses Erlasses durch die Einführung von sogenannten direkten Sanktionen zu erhöhen (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.o., S. 2022 ff.). Nach dem neu eingeführten Art. 49a Abs. 1 wird ein Unternehmen, das sich an bestimmten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt 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.

8.2.1 Schlussbestimmung KG

Bezüglich der Tragweite, welche der Schlussbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 gemäss Bundesgericht zukommt, wird auf E. 7.4.5.2 dieses Entscheids verwiesen.

Indem das Sekretariat in der hier interessierenden Frage am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung und am 20. November 2002 eine Untersuchung eröffnete, konnte der Meldung der Beschwerdeführer vom 30. März 2005 keine sanktionsausschliessende Wirkung gemäss

Schlussbestimmung zukommen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hat das Sekretariat diese Meldung auch nicht, wie behauptet, "vorbehaltlos" entgegengenommen, sondern mit Schreiben vom 6. April 2005 explizit darauf hingewiesen, dass die Frage, inwieweit ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des KG gemeldet werden könne, Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sei.

Die Beschwerdeführer haben die zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung auch nicht innert der Übergangsfrist bis 31. März 2005 aufgegeben. Anlässlich der Anhörung vor der Wettbewerbskommission am 4. April 2005 hat die Beschwerdeführerin 1 erstmals ihre Bereitschaft für eine einvernehmliche Regelung zu Protokoll gegeben. Mit Schreiben an die Wettbewerbskommission vom 30. November 2005 erklärte sich die Beschwerdeführerin 1 sodann grundsätzlich mit der von der Wettbewerbskommission unterbreiteten Fassung einer einvernehmlichen Regelung einverstanden. Darin wurde als Datum des Inkrafttretens der 1. Januar 2006 vorgesehen. Am 6. Februar 2006 machte das Sekretariat die Beschwerdeführerin 1 unter anderem darauf aufmerksam, dass immer noch die alten, kartellrechtswidrigen Richtlinien auf der Homepage des Beschwerdeführers 6 publiziert seien. Im Schreiben vom 9. Februar 2006 führte die Beschwerdeführerin 1 unter anderem aus, die neuen Richtlinien seien nun, nachdem die Konformität der Richtlinien bestätigt worden sei, unverzüglich aufgeschaltet worden. Die Beschwerdeführerin 1 habe ihre Kommissionierungspraxis in antizipierter Anwendung der neuen Richtlinien aber bereits vorher in die Praxis umgesetzt. Der Unio AG, welche als Spartenvermittlerin nach den alten Richtlinien die Kommissionierungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe, sei bereits mit Schreiben vom 25. November 2005 die Kommissionsberechtigung zugesichert worden. Aufgrund dieser Ausführungen ist zweifelsfrei erstellt, dass die Beschwerdeführer die ihnen angelastete Wettbewerbsbeschränkung nicht vor Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist, dem 31. März 2005, aufgegeben haben.

Entsprechend unterliegt die Beschwerdeführerin 1 der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG, zumal sie nicht davon ausgehen durfte, dass Ziff. 9 der einvernehmlichen Regelung so zu verstehen sei, dass ein Sanktionsrisiko nur im Falle der Nichtgenehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Wettbewerbskommission bestehen würde.

8.2.2 Vorwerfbarkeit

8.2.2.1 Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion von CHF 2,5 Mio., mit der die Beschwerdeführerin 1 "belastet" wurde, kommt, wie gesehen (vgl. E. 8.1.3), einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat.

Der Botschaft KG 2001 (a.a.O., S. 2034) lässt sich in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zwar noch entnehmen, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handelt, die kein Verschulden voraussetzen. Doch bereits die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzubücksichtigen seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können (vgl. RPW 2002/2, S. 386 ff. E. 3.3.2.). Dieser Sichtweise schloss sich das Bundesverwaltungsgericht an (vgl. Urteil B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. *Flughafen Zürich AG [Unique]*, E. 4.2.6, veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.). Das rechtfertigt sich nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 102 (aArt.100^{quater} Abs. 1) des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), wonach die (subsidiäre) strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen bzw. juristischen Personen ausdrücklich anerkannt worden ist. Diese Bestimmung ermöglicht die Strafbarkeit eines Unternehmens selbst dann, wenn eine Straftat keiner bestimmten Person zugeordnet werden konnte, im Unternehmen jedoch Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden konnten (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 10 ff. zu Art. 49a; TAGMANN, a.a.O., S. 70 ff., m. w. H.).

Auch die Wettbewerbskommission anerkennt mittlerweile, dass dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein fahrlässiges Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können muss (vgl. Verfügung Ziff. 308).

Die Vorinstanz sieht im vorliegenden Fall einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit im Umstand, dass Publigroupe im Bewusstsein, dass die Vorinstanz möglicherweise auf ein kartellrechts-

widriges Verhalten schliessen könnte, die Diskriminierung nicht-kommissionierter Vermittler nicht beendet habe. Es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Publigroupe vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde (vgl. Verfügung Ziff. 314).

Diese Sichtweise der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer wussten bereits vor Ablauf der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens, dass die hier strittigen VSW-Richtlinien von den Wettbewerbsbehörden als kartellrechtlich problematisch eingestuft wurden.

Somit hatten die Beschwerdeführer im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3) *Gewissheit*, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens eine Sanktionierung *riskieren* würden. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt haben, ihr Verhalten im Sinne der Schlussbestimmung zum KG (vor Ablauf der Übergangsfrist) rechtzeitig "aufzulösen", was sie jedoch unterlassen haben. Zudem durften sie nicht guten Glaubens davon ausgehen, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsbefreiung verbunden ist. Da die Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt hat, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben, nahm sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf und handelte daher eventualvorsätzlich. Dieses Verschulden ist, da sowohl vorsätzliches als auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst werden, somit tatbestandsbegründend (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 49a; TAGMANN, a.a.O., S. 74).

8.2.2.2 Die Beschwerdeführer rügen, es sei nicht nachvollziehbar, welchem der sechs Beschwerdeführer, die gemeinsam zur Bezahlung einer Sanktion verpflichtet worden seien, konkret welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen werde.

Diese Aussage der Beschwerdeführer ist unrichtig, da nicht sämtliche Beschwerdeführer zur Bezahlung einer Sanktion verpflichtet wurden. Denn gemäss Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung wurde einzig Publigroupe mit dem Sanktionsbetrag von CHF 2,5 Mio. belastet. Hingegen wurden die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) fälschlicherweise (vgl. E. 4.5) sämtlichen Beschwerdeführern unter

solidarischer Haftung auferlegt (vgl. Verfügung Dispositiv-Ziff. 7).

Auch musste von der Vorinstanz nicht aufgezeigt werden, welchem Beschwerdeführer jeweils welches missbräuchliche Verhalten vorgeworfen wird. Ein solches Vorgehen wäre dann geboten, wenn mehrere (verschiedene) Konzerngesellschaften zusammen an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mitgewirkt hätten. In dieser Konstellation müsste die für sämtliche beteiligten Konzerngesellschaften insgesamt festgesetzte Sanktion anschliessend nach Massgabe der allgemeinen Sanktionsbemessungskriterien, namentlich nach Massgabe des jeweiligen Verschuldens und des relevanten Umsatzes, von den Wettbewerbsbehörden auf die beteiligten Konzerngesellschaften aufgeteilt werden (vgl. REINERT, a.a.O., N. 13 zu Art. 49a). Diese Sichtweise lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf Wettbewerbsbeschränkungen übertragen, an welchen nur ein Konzern beteiligt ist. Wie in Erwägung 4.4 aufgezeigt, sind sowohl die vier 100-prozentigen Tochtergesellschaften (Beschwerdeführerinnen 2–5) der Publigroupe als auch der VSW, dessen einzige Mitglieder die Beschwerdeführerinnen 2–5 sind, wirtschaftlich unselbständig. In einer derart klar von Publigroupe geprägten Konstellation kann nicht verlangt werden, dass das Verschulden auf die einzelnen (in casu 100-prozentigen) Tochtergesellschaften oder auf den wirtschaftlich unselbständigen Verband aufgeteilt werden muss.

8.3 Sanktionsbemessung

Es bleibt zu klären, ob sich die ausgefallte Sanktion von CHF 2,5 Mio. in betraglicher Hinsicht an den gesetzlichen Rahmen von Art. 49a KG hält.

8.3.1 Art. 49a Abs. 1 KG sieht die maximal zulässige Sanktion vor. Innerhalb dieses Rahmens werden die Bemessungskriterien durch die SVKG konkretisiert. Dabei hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist von einem sog. Basisbetrag (Art. 3 SVKG). Dieser beläuft sich, je nach Schwere und Art des Verstosses, höchstens auf 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG). Dieser Basisbetrag wird anschliessend je nach Dauer des Wettbewerbsverstosses und, wenn erschwerende Umstände vorliegen, erhöht (Art. 4 f. SVKG). Demgegenüber wird der Betrag bei Vorliegen mildernder Umstände vermindert (Art. 6 SVKG).

8.3.2 Die Vorinstanz berechnete für Publigroupe für die drei massgebenden Jahre (2003–2005) in den relevanten Märkten in der Schweiz Kommissionserträge im Betrag von CHF (...). Bei 10 % dieses Betrags, nämlich bei CHF (...), setzte die Vorinstanz die Obergrenze des Basisbetrags. Dieser maximale Basisbetrag wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten.

Sich unter anderem auf das Verhältnismässigkeitsprinzip beziehend mass die Vorinstanz den missbräuchlichen VSW-Richtlinien eine geringe volkswirtschaftliche Bedeutung und eine beschränkte Marktwirkung zu. Insbesondere hätten diese eine vollständige Marktabstottung weder bezweckt noch bewirkt. Markteintrittsschranken hätten einzig für gewisse Nischenanbieter (Spartenvermittler und Kleinstvermittler) resultiert. Des Weiteren sei Publigroupe zu Gute zu halten, dass die missbräuchlichen Bestimmungen der VSW-Richtlinien nicht mit letzter Konsequenz umgesetzt worden seien. Zudem würden sich die von den missbräuchlichen Verhaltensweisen betroffenen Umsätze auf einen geringen Bruchteil des im relevanten Markt generierten jährlichen Umsatzes belaufen. Der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch die Wettbewerbsbeschränkung erzielt habe, sei bei Behinderungsmissbräuchen nach Art. 7 KG schwierig zu ermitteln. Der Geschäftsbereich Publipresse habe im Jahr 2005 bei einem Umsatz von CHF 1,48 Mia. einen EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) von CHF 20 Mio. ausgewiesen. Setze man diesen Gewinn von CHF 20 Mio. in Relation zum Umsatz von CHF 1,48 Mia. ergebe sich eine EBITDA-Marge von unter 1,4 %. Bei Anwendung dieser Marge auf den Umsatz von unter CHF (...) Mio., den Publigroupe durch die unabhängige Vermittlung erwirtschaftet habe, ergebe sich ein EBITDA-Gewinn von CHF (...) Mio. pro Jahr. Hochgerechnet auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses von 22 Monaten betrage der errechnete EBITDA-Wert somit etwas weniger als CHF (...) Mio.

Gemäss Art. 4 SVKB und in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertige sich eine milde Sanktionsverschärfung von 10 % pro Jahr hinsichtlich der Dauer des Wettbewerbsverstosses.

Erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG seien keine vorhanden.

Als mildernder Umstand nach Art. 6 SVKG wertete die Vorinstanz die kooperative Haltung von Publigroupe während der Ausarbeitung der einver-

nehmlichen Regelung. Insgesamt erachtete die Vorinstanz eine Sanktion im oberen Drittel des Sanktionsrahmens als nicht angemessen und sprach unter Würdigung der konkreten Umstände und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Sanktion von CHF 2,5 Mio. aus.

8.3.3 Die Beschwerdeführer machen geltend, das Zustandekommen des Sanktionsbetrags sei nicht nachvollziehbar. Beispielsweise sei das Sekretariat in seinem zweiten Antrag von einer Obergrenze des Basisbetrags von CHF 414 Mio. ausgegangen und habe eine Sanktion zwischen CHF 2 bis 4 Mio. beantragt. Gestützt auf ein Intervention der Beschwerdeführerin 1 habe die Wettbewerbskommission sodann den Basisbetrag auf CHF (...) Mio. gesenkt, dabei aber trotzdem eine Sanktion von CHF 2,5 Mio. ausgesprochen, ohne an den weiteren Berechnungsgrundlagen Änderungen vorgenommen zu haben. Es sei weiter nicht ersichtlich, in welchem Umfang die geringe volkswirtschaftliche Bedeutung und die beschränkten Marktwirkungen berücksichtigt worden seien. Nicht nachvollziehbar sei zudem, wie die Wettbewerbskommission eine Monopolrente habe berechnen können, da das Verhalten der Beschwerdeführer auf den Gesamtumsatz im relevanten Markt keine wesentlichen Auswirkungen gehabt habe und zudem sämtliche Umsätze von Vermittlern kommissioniert worden seien. Schliesslich sei auch der sanktionierte Zeitraum, bis 30. November 2006, fraglich, zumal das Sekretariat noch mit Schreiben vom 6. Februar 2006 die Kartellrechtskonformität der Übergangsbestimmung, welche eine Anwendung der alten Regeln bis 31. Dezember 2005 vorsah, bestätigt habe.

8.3.4 Bei der Festlegung des Basisbetrags innerhalb der Bandbreite von bis maximal 10 % des auf den relevanten Markt entfallenden Umsatzes für die letzten drei Geschäftsjahre, ist die Schwere und die Art des Verstosses massgebend (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 KG). Dabei ist eine Abstufung nach der Schwere und dem Gefährdungspotenzial der einzelnen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. a-f KG sehr schwierig vorzunehmen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 232 f.). Den Erläuterungen zur SVKG lässt sich entnehmen, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen soll. Bei Bagatellfällen könne aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ein tieferer Rahmen für den Basisbetrag ins Auge gefasst werden.

In diesem Zusammenhang kritisiert TAGMANN zu Recht, dass sich die generelle Ansiedlung des Sanktionsbetrags im oberen Drittel zwar für Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, zutreffen mag, nicht jedoch für die Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 KG (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 233).

Mit der Möglichkeit, den Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses innerhalb der Bandbreite von 0–10 % des Umsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkte in der Schweiz erzielt hat, festzulegen, wollte der Verordnungsgeber den Wettbewerbsbehörden gerade einen Ermessensspielraum einräumen, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden (vgl. PIERRE KOBEL, *Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal*, AJP 2004, S. 1160).

Im vorliegenden Fall kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe die in den Erläuterungen der Sanktionsverordnung vorgesehene Vorgehensweise, bei Missbräuchen nach Art. 7 KG, den Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0–10 % anzusiedeln, schematisch angewendet. Den so errechneten Basiswert von über CHF (...) Mio. ($\frac{2}{3}$ der kumulierten Kommissionsumsätze) erachtete die Vorinstanz als nicht angemessen. Mit dem massiven Abweichen von der in den Erläuterungen aufgeführten Regel versuchte die Vorinstanz vielmehr, dem vorliegend konkret zu beurteilenden Einzelfall gerecht zu werden und eine Sanktion abhängig von der Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung auszufällen.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist den allgemeinen Ausführungen zur Sanktionsbemessung in der angefochtenen Verfügung zuzustimmen. Ein Verzicht auf die Ausfällung einer Sanktion, welcher angesichts der gesetzlichen Bandbreite von 0–10 % grundsätzlich möglich wäre, kommt im vorliegenden Fall nicht in Frage, da ein solcher auf absolute Ausnahmesituationen zu beschränken ist (z.B. bevorstehender Konkurs des Unternehmens aufgrund der Belastung; vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 234).

8.3.5 Auch dass die Vorinstanz aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses eine milde Sanktionsverschärfung vorgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Diese ist ab 1. April 2004, dem Zeitpunkt auf welchen die Kartellgesetzrevision mit der Möglichkeit direkter

Sanktionen in Kraft gesetzt worden ist, zu berechnen und dauerte mindestens bis zum 30. November 2005. Denn mit Schreiben dieses Datums erklärte sich die Beschwerdeführerin 1 ausdrücklich mit der vorgeschlagenen einvernehmlichen Regelung einverstanden. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde die als kartellrechtswidrig eingestuftes VSW-Richtlinien nicht ausser Kraft gesetzt. Für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zwischen ein und fünf Jahren sieht Art. 4 SVKG (zwingend) eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50 % vor. Die Vorinstanz hat somit im Sinne des Legalitätsprinzips bei einem über-jährigen Wettbewerbsverstoss grundsätzlich eine Erhöhung des Basisbetrags vorzunehmen. Beim Umfang der Erhöhung ist ihr hingegen ein Ermessen einzuräumen. Nimmt die Vorinstanz im Bereich unter fünf Jahren, wie in casu, eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10 % pro Jahr vor, oder würde sie eine streng proportionale Erhöhung von 12,5 % pro Jahr vorsehen, kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie übe das Ermessen nicht pflichtgemäss aus, oder dieses sei willkürlich oder unverhältnismässig.

8.3.6 Unbestritten ist, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall keine erschwerenden Umstände nach Art. 5 SVKG gegeben sind.

Hingegen hat die Vorinstanz die Kooperationsbereitschaft der Beschwerdeführer, welche über die Auskunftspflicht von Art. 40 KG hinausgeht, zu Recht als Sanktionsmilderung gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG berücksichtigt, zumal die Voraussetzungen für die Bonusregelung nach Art. 12 ff. SVKG nicht gegeben waren. Da die Sanktionsreduktion bei der Bonusregelung bis zu 50 % (Art. 12 Abs. 2 SVKG) bzw. 80 % (Art. 12 Abs. 3 SVKG) betragen kann, dürfte eine Reduktion der Sanktion (ausserhalb der Bonusregelung) infolge Kooperation grundsätzlich unter 50 % liegen. TAGMANN erachtet in diesen Fällen je nach Verfahrensstadium denn auch eine Reduktion von 10–40 % als angemessen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 278).

8.3.7 Ausgehend von einem möglichen Basisbetrag von CHF (...) reduzierte die Vorinstanz die Busse in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf CHF 2,5 Mio. Als Begründung macht sie geltend, eine Busse in der Höhe des Basisbetrags werde der Art und Schwere des Verstosses nicht gerecht. Weiter sei der geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung und der beschränkten Marktwirkung der missbräuchlichen VSW-Richtlinien Rechnung getragen worden.

Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang zu Recht, dass die konkrete Sanktionsberechnung betragsmässig kaum nachvollziehbar ist. Die Vorinstanz wird inskünftig gut beraten sein, von einem konkreten Basisbetrag auszugehen und allfällige Sanktionserhöhungen hinsichtlich der Dauer des Wettbewerbsverstosses (Art. 4 SVKG) oder bei Vorliegen erschwerender Umstände (Art. 5 SVKG) prozent- oder betragsmässig genau zu beziffern. Gleiches muss für allfällige mildernde Umstände gelten (Art. 6 SVKG). Nur so kann sichergestellt werden, dass die Sanktionsberechnung im Einzelfall nachvollziehbar bleibt.

Im vorliegenden Fall reduzierte die Vorinstanz die Sanktion im Rahmen einer Sanktionsmilderung nach freiem Ermessen. Dies beeinträchtigt zwar, wie die Vorinstanz einräumt, die rechnerische Nachvollziehbarkeit der ausgesprochenen Sanktion. Zuzustimmen ist der Vorinstanz jedenfalls, dass sich ein Gewinn, welcher der Beschwerdeführerin 1 auf Grund ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens zugeflossen sein könnte, schwer bestimmen lässt. Auch angesichts dessen, dass selbst die Vorinstanz annimmt, dass der Gewinn von Publigroupe durch die Behinderung der unabhängigen Vermittler kaum markante Veränderungen erfahren haben dürfte (vgl. Verfügung Ziff. 334), erscheint die ausgesprochene Sanktion in betraglicher Hinsicht nicht als unangemessen.

Obwohl die Sanktionsreduktion rechnerisch schwer nachvollziehbar und als grenzwertig anzusehen ist, lässt sich die Höhe der hier strittigen Sanktion per saldo nicht beanstanden. Da auch keine Umstände ersichtlich sind, welche auf eine pflichtwidrige Ermessensausübung durch die Vorinstanz schliessen lassen würde, sieht sich das Bundesverwaltungsgericht nicht veranlasst, in den Ermessensbereich der Vorinstanz einzugreifen.

Die hier strittige Ermessensbetätigung der Wettbewerbskommission ist durch das Bundesverwaltungsgericht um so weniger zu hinterfragen, als die Beschwerdeführerin 1 nach Zustellung des ersten Verfügungsentwurfs durch das Sekretariat den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung anregte und sich in der Folge kooperativ verhielt.

8.3.8 Nach dem Gesagten verletzt die strittige Sanktion weder in grundsätzlicher Hinsicht noch in betragsmässiger Höhe Bundesrecht.

Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

9. Vorinstanzliche Verfahrenskosten

Die Beschwerdeführer erachten schliesslich die volle Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten als rechtswidrig.

Die Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2) erfuhr im Rahmen der KG-Revision ebenfalls diverse Änderungen. Die Schlussbestimmung der GebV-KG sieht vor, dass bei Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen, die beim Inkrafttreten dieser Änderungen noch nicht abgeschlossen sind, das bisherige Recht für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, gilt.

Sowohl nach der alten als auch nach der neuen Fassung der GebV-KG ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen veranlasst (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG; Art. 2 aGebV-KG). Von der Gebührenpflicht befreit sind Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG). Mit Kosten kann hingegen belangt werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 E. 2.2). Entsprechend ist die Gebührenpflicht der Beschwerdeführer grundsätzlich zu bejahen.

Der von der Vorinstanz errechnete Zeitaufwand wird von den Beschwerdeführern nicht grundsätzlich bestritten. Gerügt wird vor allem, dass Organisationsmängel (Wechsel der Mitarbeiter) seitens des Sekretariats überhaupt zu der langen Verfahrensdauer mit entsprechenden Kosten geführt hätten. Auch habe sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalten und somit den grossen Verfahrensaufwand selbst verursacht. Schliesslich hätten sich ein Grossteil der ursprünglichen Vorbehalte nicht bestätigt. Diese Umstände seien bei der Kostenfrage zu berücksichtigen.

Mit dieser Argumentation verkennen die Beschwerdeführer, dass sie selber erst am 4. April 2005 Hand zu einer einvernehmlichen Regelung boten und sich am 30. November 2005 mit dem vom Sekretariat

unterbreiteten Vorschlag einverstanden erklärten. Nebst der Tatsache, dass kartellrechtliche Verfahren aufgrund ihrer Komplexität in der Regel einen grossen Zeitaufwand verursachen, haben die Beschwerdeführer mit ihren diversen umfangreichen Eingaben, Beweis-anträgen und Fristverlängerungsgesuchen zudem das ihrige zu einem grösseren Aufwand und zu einer längeren Verfahrensdauer beigetragen. Schliesslich hat das Sekretariat in seinem Aufgabenbereich (Art. 23 KG i.V.m. Art. 39 KG und Art. 12 VwVG) hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen auf die Erheblichkeit und Notwendigkeit der Ermittlungen abzustellen. Bei diesem Entscheid kommt dem Sekretariat ein weiter Ermessensspielraum zu. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass sich, wie die Beschwerdeführer behaupten, nicht alle ursprünglichen Vorbehalte gegen die Kartellrechtskonformität bestätigen, dann hat dies in erster Linie Einfluss auf die Höhe der zu sprechenden Sanktion und weniger auf den Kostenentscheid. Im vorliegenden Fall sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, die für ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den erbrachten Leistungen und der Höhe der Gebühr sprechen würden.

Das Bundesgericht hat zwar in zwei Interkonnektionsverfahren die von der Vorinstanz auferlegten Kosten reduziert. Dabei handelte es sich jedoch um Pilotverfahren, in denen ein ausserordentlich hoher Aufwand zu leisten war und welcher in allfälligen künftigen Interkonnektionsstreitigkeiten von Nutzen sein würde (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.450/2005 und 2A.452/2005 vom 21. April 2006 E. 10). Ein solcher Fall liegt beim hier zu beurteilenden Verfahren nicht vor.

Die von der Wettbewerbskommission den Beschwerdeführern auferlegten Verfahrenskosten verletzen weder Bundesrecht, noch hat die Vorinstanz ihr entsprechendes Ermessen überschritten oder missbraucht, weshalb die Beschwerde auch diesbezüglich abzuweisen ist.

10. Kosten und Entschädigung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Beschwerdeführer als unterliegende Parteien zu betrachten. Sie haben daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 63 Abs. 5 VwVG sowie Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 2,5 Mio. sowie Verfahrenskosten von CHF (...) zu Lasten der Beschwerdeführer) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf CHF 24'000.– festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese Gebühr wird – nach Rechtskraft des Urteils – mit den am 29. Mai 2007 geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 24'000.– verrechnet. Unter diesen Umständen fällt eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführer ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Dispositiv-Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben und wie folgt neu formuliert:

"7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF (...) werden der Publigroupe SA auferlegt."

3.

Den Beschwerdeführern wird eine Gerichtsgebühr von CHF 24'000.– auferlegt, welche nach Rechtskraft dieses Urteils mit den geleisteten Kostenvorschüssen von CHF 24'000.– verrechnet wird.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0161; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD (Gerichtsurkunde),

und wird auszugsweise mitgeteilt:

- der Ad. X AG ad Broker.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 28. April 2010