

Bundesamt für Verkehr BAV
Mühlestrasse 6
3063 Ittigen

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Nicolas Diebold
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 15. April 2020

Rechtsgutachten

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

Inhalt

I.	Ausgangslage und Fragestellungen	3
II.	Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den Ticketvertrieb	5
1.	Geltungsbereich (Art. 2 KG)	5
a.	Persönlicher Geltungsbereich.....	5
b.	Sachlicher Geltungsbereich.....	9
2.	Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Kartellrecht (Art. 3 Abs. 1 KG)	10
a.	Vorbehaltene Vorschriften im Allgemeinen	11
b.	Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG)	13
c.	Bestelltes Angebot im regionalen Personenverkehr (Art. 28 ff. PBG)	20
d.	Tariffpflicht und Direkter Verkehr (Art. 15–17 PBG).....	22
e.	Nicht vorbehaltener Bereich im Ticketvertrieb.....	25
3.	Fazit	29
III.	Zugang und Nutzung der NOVA-Plattform	31
1.	Zugang.....	31
a.	Boykottabrede.....	32
b.	Missbrauch von Marktmacht.....	33
2.	Entgelt und Nutzungsbedingungen	38

a.	Erzwingung von unangemessenen Bedingungen	38
b.	Diskriminierende Bedingungen	39
3.	Fazit	42
IV.	Preise und Provisionen	44
1.	Festsetzung der Ticketpreise im öffentlichen Verkehr (Tarifhoheit)	44
2.	Kartellrechtliche Anforderungen an Preise	49
a.	Verbot von Preisabreden und Preismissbrauch	49
b.	Bildung der Endverkaufspreise	51
c.	Bildung der Grosshandelspreise	51
d.	Verhältnis Grosshandels- und Endverkaufspreise (Kosten- Preis-Schere)	53
3.	Kartellrechtliche Anforderungen an Provisionen	56
4.	Abreden zwischen reinen Mobilitätsvermittlern	58
5.	Fazit	58
V.	Quersubventionierung	61
1.	Wettbewerbsrechtliche Schranken	61
a.	Verfassungsrecht (Wettbewerbsneutralität)	62
b.	Kartellrecht und andere Wettbewerbsgesetze	63
2.	Quersubventionierung im Ticketvertrieb	66
3.	Fazit	69
VI.	Ergebnisse	71
Anhang:	Sektorenregulierung de lege ferenda	74
1.	Verhältnis zwischen Sektorenregulierung und Kartellgesetz	74
2.	Regelung im Vorentwurf PBG	75
a.	Zugang	75
b.	Nutzungsbedingungen	77
c.	Preise	78
3.	Fazit	79
Literatur	82
Abkürzungen	85
Materialien	88

I. Ausgangslage und Fragestellungen

- 1 Am 19. September 2019 unterbreitete das Bundesamt für Verkehr (BAV) den Professoren Nicolas Diebold und Bernhard Rütsche von der Universität Luzern den **Auftrag**, in Form eines Rechtsgutachtens eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Anforderungen an den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr sowie zu den Zuständigkeiten für die Festlegung der Ticketpreise zu beantworten. Die Fragestellungen bezogen sich sowohl auf das geltende Recht (Analyse de lege lata) als auch auf die Regelungen im Vorentwurf eines revidierten Personenbeförderungsgesetzes (VE-PBG), welcher am 7. Dezember 2018 vom UVEK im Rahmen der Vorlage «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» zusammen mit dem erläuternden Bericht in die Vernehmlassung geschickt wurde (Analyse de lege ferenda). Im Rahmen einer Besprechung vom 9. Januar 2020 fokussierte das BAV gestützt auf die Erkenntnisse eines ersten Gutachtenentwurfs auf die Fragestellungen der kartellrechtlichen Anforderungen an den Vertrieb von öV-Tickets nach geltender Rechtslage, während zur künftigen Rechtslage eine gedrängte und von den übrigen Ausführungen abgetrennte Darstellung erfolgen sollte. Entsprechend sind auch die gutachterlich zu beantwortenden Fragestellungen angepasst worden.
- 2 **Gegenstand der Untersuchung** sind neben den massgegebenen Rechtserlassen insbesondere die NOVA-Nutzungsbedingungen 2.0 (Stand vom 1. September 2019). Ausserdem ist auf das im Auftrag der MaaS Alliance erstellte Gutachten von Valdani Vicari & Associati zur Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts im EU-Vertriebsmarkt (MaaS-Gutachten)¹ Bezug zu nehmen und zu analysieren, inwiefern die Erkenntnisse des MaaS-Gutachtens auf das Schweizer Recht übertragen werden können. Darüber hinaus ist rechtsvergleichend die Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden heranzuziehen, soweit sie für den öV-Vertriebsmarkt relevant ist, wie namentlich der Entscheid des französischen Conseil de la concurrence in der Sache *SNCF/Expedia*.²

¹ Valdani Vicari & Associati, Study on market access and competition issues related to MaaS, June 2010 (erhältlich auf <https://maas-alliance.eu/library/>); auf das Thema Datenschutz ist nicht einzugehen, vgl. MaaS-Gutachten, Ziff. 4.4; Art. 10 IVS-RL 2010/40/EU; Datenschutzfolgeabschätzung und Verhaltensregeln für MaaS in der EU nach Art. 35 und Art. 40 DSGVO 2016/679/EU.

² Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009 (SNCF/Expedia).

- 3 Im Einzelnen untersucht das vorliegende Gutachten in den jeweiligen Kapiteln die folgenden **Fragestellungen**:
- **Kap. II** (Rz. 5 ff.): Inwieweit ist das Kartellgesetz mit Blick auf die Sektorenregulierung auf den Vertriebsmarkt für öV-Tickets anwendbar? Enthält das Personenbeförderungsrecht insbesondere vorbehaltene Vorschriften, welche den Vertriebsmarkt vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausnehmen?
 - **Kap. III** (Rz. 63 ff.): Welche Anforderungen stellt das Kartellrecht an den Zugang Dritter zur NOVA-Plattform sowie die Nutzung der Plattform durch Dritte in einem wettbewerbsorientierten Vertriebsmarkt (NOVA-Nutzungsbedingungen)? Welche Bedeutung haben insbesondere die Verbote horizontaler und vertikaler Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG sowie das Verbot von Marktmachtmissbrauch nach Art. 7 KG hinsichtlich des Zugangs zur NOVA-Plattform und deren Nutzung?
 - **Kap. IV** (Rz. 93): Wer ist im öffentlichen Verkehr berechtigt und verpflichtet, die Ticketpreise festzulegen (Frage der Tariffhoheit)? Welche Anforderungen ergeben sich aus dem Kartellrecht an die Gestaltung der Tarife bzw. Preise auf Einzel- und Grosshandelsstufe sowie an die Provisionen im Vertriebsmarkt für öV-Tickets (NOVA-Nutzungsbedingungen)?
 - **Kap. V** (Rz. 131 ff.): Welche wettbewerbsrechtlichen Schranken von Quersubventionierungen ergeben sich aus Sicht des europäischen Wettbewerbsrechts, des Verfassungsrechts und des gesetzlichen Wettbewerbsrechts, insbesondere des Kartellrechts? Unter welchen Voraussetzungen könnte eine unzulässige Quersubventionierung des Ticketvertriebs aus dem Monopolbereich vorliegen?
 - **Anhang** (Rz. 152 ff.): Wie ist die im VE-PBG vorgesehene Spezialregulierung in Bezug auf die Öffnung des Vertriebsmarkts für öV-Tickets und ihr Verhältnis zum Kartellrecht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu würdigen?
- 4 Die **Struktur des Gutachtens** folgt den vorgenannten Fragestellungen. Am Ende der einzelnen Kapitel wird jeweils ein Fazit gezogen. Am Schluss folgt eine zusammenfassende Wiedergabe der Ergebnisse des gesamten Gutachtens (Kap. IV, Rz. 151).

II. Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den Ticketvertrieb

- 5 Zunächst ist die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den fraglichen Markt – vorliegend den öV-Vertriebsmarkt – zu prüfen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz «für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts» (**subjektiver Geltungsbereich**), «die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen» (**sachlicher Geltungsbereich**). Art. 2 Abs. 3 KG erklärt das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, «die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden» (territorialer Geltungsbereich). In territorialer Hinsicht stellen sich vorliegend keine Fragen, die näher abzuklären wären, da die im öV-Vertriebsmarkt tätigen Unternehmen, die allenfalls dem Kartellgesetz unterstehen, alle Sitz in der Schweiz haben. Art. 3 Abs. 1 KG statuiert sodann einen Vorbehalt in Bezug auf «Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen» (**vorbehaltene Vorschriften**). Es handelt sich dabei um Sektorenregulierungen, die «eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen» (lit. a) oder «einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten» (lit. b), und deshalb das Kartellgesetz als Bereichsausnahme verdrängen. Im Folgenden werden zunächst der persönliche und sachliche Geltungsbereich geprüft (Rz. 6 ff., 13 ff.). Die Frage, ob für den öV-Vertriebsmarkt vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gelten, wird anschliessend in einem eigenen Kapitel untersucht (Rz. 17 ff.). Insoweit das Kartellrecht anwendbar ist, folgt in Kap. III und IV die Untersuchung der kartellrechtlichen Anforderungen an den Zugang zum Vertriebsmarkt und an die NOVA-Nutzungsbedingungen.

1. Geltungsbereich (Art. 2 KG)

a. Persönlicher Geltungsbereich

- 6 In subjektiver Hinsicht unterstehen dem Kartellrecht Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG), wobei das Kartellgesetz den **Unternehmensbegriff** funktional und damit sehr umfassend definiert. Gemäss der Legaldefinition nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gelten als Unternehmen «sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform». Mit der Einführung dieser Definition anlässlich der

KG-Revision von 2003 bezweckte der Gesetzgeber eine Änderung der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche etwa die Anwendung des Kartellgesetzes auf das Bundesamt *Schweizerische Meteorologische Anstalt* (heute: MeteoSchweiz) beim gewerblichen Verkauf von (im Rahmen der öffentlichen Aufgabe erhobenen) meteorologischen Daten noch verneint hatte.³ Entsprechend gilt das Kartellgesetz auch für öffentlich beherrschte Unternehmen, Anstalten und Einheiten der dezentralen oder zentralen Verwaltung auf allen föderalen Ebenen,⁴ soweit diese als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsprozess teilnehmen.

- 7 Im Umkehrschluss sind **hoheitliche Handlungen** der öffentlichen Hand nicht dem Kartellrecht unterstellt. Zur Abgrenzung von unternehmerischem und hoheitlichem Handeln enthält das Kartellgesetz keine Regelung. Auch hier ist eine funktionale Betrachtung einzunehmen. Als hoheitlich gelten staatliche Handlungen, die durch die Erzwingbarkeit der anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regeln und ein daraus resultierendes Subordinationsverhältnis geprägt sind.⁵ Hoheitliches Handeln bedeutet demnach einseitiges und verbindliches Handeln staatlicher Aufgabenträger gegenüber Privaten, die sich dabei in Unterordnung (Subordination) zum Staat befinden.⁶ Hoheitliches Handeln umfasst entsprechend die Befugnis, einseitig (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten von Privaten festzulegen – d.h. zu verfügen. Entsprechend werden Verfügungen auch als «Hoheitsakte» bezeichnet.⁷
- 8 Hoheitliches Handeln erfolgt etwa bei der Erteilung von Bewilligungen, der Erhebung von Abgaben oder dem Vollzug von Gesetzen und Verfügungen. Demgegenüber handeln (private und öffentliche) Unternehmen in der Regel nicht hoheitlich, wenn sie **Leistungen der Grundversorgung** erbringen. Zwar handelt es sich bei der Grundversorgung stets um eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung vom Staat zu gewährleisten

³ BGE 127 II 32 E. 3 (SMA); DUCREY, Kartellrecht, Rz. 1394 ff. mit Hinweisen.

⁴ DUCREY, öffentliche Unternehmen, S. 74; LEHNE, BSK-KG, Art. 2 KG Rz. 13; HEIZMANN/MAYER, Dike-KG, Art. 2 KG Rz. 26; MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 KG Rz. 39; vgl. auch Sekretariat WEKO, Stellungnahme i.S. Spitalplanung Akutsomatik, RPW 2018/3 497, Rz. 18 ff.

⁵ OESCH, hoheitliche Tätigkeit, S. 401 f.; DIEBOLD, hoheitlich, S. 1165; JAAG, staatliche Tätigkeit, S. 630.

⁶ BGE 114 V 219 E. 3c; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, S. 155; vgl. auch MARTENET/KILLIAS, CR-Concurrence, Art. 2 KG Rz. 42.

⁷ Statt vieler BGE 136 I 229 E. 2.3.

ist. Zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfängern besteht indessen kein Subordinationsverhältnis. Vielmehr erbringen Grundversorger Wirtschaftsleistungen, deren Inanspruchnahme freiwillig ist. Die Grundversorgung umfasst Angebote bzw. Dienstleistungen, die wie privatwirtschaftliche Leistungen Bedürfnisse von Konsumentinnen und Konsumenten abdecken.⁸

9 Die **Praxis** von Bundesgericht und Wettbewerbsbehörden bestätigt, dass der Unternehmensbegriff des Kartellrechts funktional zu verstehen ist und auch Verwaltungseinheiten sowie öffentliche Unternehmen erfasst; dies gilt selbst mit Bezug auf Tätigkeiten, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, soweit die Verwaltungseinheiten bzw. Unternehmen dabei nicht hoheitlich handeln:

- Die Freiburger Elektrizitätswerke sind als rechtlich und wirtschaftlich selbständige öffentliche-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG und fallen damit unter den subjektiven Geltungsbereich des Gesetzes.⁹
- Armasuisse gilt bei der Beschaffung von Schulungs- und Transporthelikoptern im Auftrag des VBS als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.¹⁰
- Der Kanton Luzern und seine öffentlichen Spitäler agieren als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes, wenn sie Tarifverträge der Zusatzversicherung mit den Krankenversicherern verhandeln.¹¹

⁸ Auch im Bereich der Grundversorgungen werden vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen den Transportunternehmen und ihren Kundinnen und Kunden von Zivilgerichten beurteilt (Art. 56 Abs. 1 PBG); zur Rechtsnatur der Transportverträge BGE 136 II 457 E. 6.2.

⁹ BGE 129 II 497 E. 6.2 (Freiburger Elektrizitätswerke).

¹⁰ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. Helikopterbeschaffung aramasuisse, RPW 2007/4 517, Rz. 20 f.

¹¹ WEKO, Verfügung i.S. Tarifverträge Kanton Luzern, RPW 2008/4 544, Rz. 24 ff.

- Die Stadt Luzern gilt gemäss dem Sekretariat der WEKO als Unternehmen, wenn sie Privaten den öffentlichen Grund zur kommerziellen Nutzung zur Verfügung stellt.¹²
- 10 Aus dem Gesagten folgt, dass alle konzessionierten – öffentlichen und privaten – **Transportunternehmen** unter den Unternehmensbegriff im Sinne des Kartellgesetzes fallen, und zwar auch insoweit, als sie im Rahmen der Grundversorgung (bestelltes Angebot) tätig sind. Gleiches trifft für jene Organisationen zu, die zwar nicht selber Transportleistungen erbringen, jedoch **sonstige Angebote auf dem Gebiet des Personenverkehrs** bereitstellen, indem sie solche Angebote koordinieren, Fahrpläne erarbeiten, Tarife festlegen oder Tickets vertreiben, ohne dabei hoheitlich aufzutreten. Entsprechend sind die Organisation Alliance Swiss Pass (ehemals ch-direct), der Verband öffentlicher Verkehr VöV oder die Betreiberin der NOVA-Plattform ebenfalls geeignet, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zu erfüllen.
- 11 Hinsichtlich der **NOVA-Plattform** zeigt sich die Teilnahme am Wirtschaftsprozess im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darin, dass diese Plattform Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb erbringt, indem sie die Preisdaten zusammen mit den dazugehörigen Fahrplandaten und allenfalls weiteren Vertriebs-, Betriebs- und auch Geodaten zusammenführt, aufbereitet und in lesbarer Form zur Verfügung stellt (näher dazu Rz. 63). Die unternehmerische Tätigkeit von NOVA weist gewisse Ähnlichkeiten mit dem Fall *Schweizerische Meteorologische Anstalt* (MeteoSchweiz) auf (vgl. Rz. 6). MeteoSchweiz hatte die im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe erhobenen meteorologischen Daten der SRG zu wesentlich günstigeren Konditionen zur Verfügung gestellt als privaten Anbietern von meteorologischen Dienstleistungen. Die WEKO erachtete das Kartellgesetz als anwendbar und verpflichtete die MeteoSchweiz gestützt auf Art. 7 KG, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten.¹³ Das Bundesgericht gelangte demgegenüber gestützt auf Art. 2 aKG zum Schluss, dass die Schweizerische Meteo-

¹² Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. Plakatierung Stadt Luzern, RPW 2003/1 75, Rz. 15 ff.; wobei in diesem Fall zu bezweifeln ist, dass die Zurverfügungstellung von öffentlichem Grund eine Tätigkeit im Wirtschaftsprozess darstellt; vielmehr handelt es sich wohl um eine hoheitliche Tätigkeit.

¹³ WEKO, vorsorgliche Massnahmen i.S. SMA, RPW 1998/4 586, Rz. 14; WEKO, Verfügung i.S. SMA, RPW 1999/3 422, Rz. 20.

rologische Anstalt (SMA) – bei der es sich entgegen der Bezeichnung um ein Bundesamt handelt – mangels Unternehmensqualität nicht dem Kartellgesetz untersteht.¹⁴ Auf die Kritik zu dieser Entscheidung hin führte der Gesetzgeber anlässlich der KG-Novelle von 2003 die Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ein und unterstellte damit die staatliche Wirtschaftstätigkeit (unter dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG) konsequent dem Kartellrecht (vgl. Rz. 6).¹⁵ Folglich gilt NOVA als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, indem sie Informationen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von öV-Tickets den Transportunternehmen und Dritten zur Verfügung stellt.

- 12 Somit sind konzessionierte Transportunternehmen und alle weiteren Organisationen, die im Bereich des Personenverkehrs Dienstleistungen erbringen, wie namentlich die Betreiberin der NOVA-Plattform, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und fallen damit unter den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Inwieweit die **einzelnen Dienstleistungen** dieser Unternehmen unter den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen, hängt davon ab, ob die jeweilige Leistung von spezialgesetzlichen Vorschriften erfasst ist, welche auf dem fraglichen Markt Wettbewerb nicht zulassen; ist dies der Fall ist das Kartellgesetz nicht anwendbar (zu den vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG; Rz. 17 ff.).

b. Sachlicher Geltungsbereich

- 13 Das Kartellgesetz erfasst in sachlicher Hinsicht Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht sowie die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Zusammenhang sind einzig Wettbewerbsabreden sowie die Ausübung von Marktmacht von Bedeutung.
- 14 Als **Wettbewerbsabreden** gelten Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Wettbewerbsabreden können auf horizontaler Ebene zwischen Konkurrenten oder auf vertikaler Ebene zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen (z.B. im Rahmen einer Vertriebsvereinbarung) getroffen werden. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden unzulässig, wenn sie den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigen oder gar ganz beseitigen, und nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 2 KG).

¹⁴ BGE 127 II 32 E. 3 (SMA).

¹⁵ Siehe z.B. VOGEL, SMA, S. 1028 ff.

- 15 Unternehmen gelten dann als **marktbeherrschend**, wenn sie als Anbieter oder Nachfrager einer Leistung in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Die Marktbeherrschung kann durch ein einzelnes Unternehmen (Einzelmarktbeherrschung) oder durch mehrere Unternehmen zusammen (kollektive Marktbeherrschung) erreicht werden. Das Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen untersteht einer Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG. Unzulässig sind insbesondere Verhaltensweisen, die darauf abzielen, andere Unternehmen aus dem Markt zu drängen (Behinderungsmissbrauch) oder die Marktgegenseite zu benachteiligen (Ausbeutungsmissbrauch).
- 16 Das Verhalten von konzessionierten **Transportunternehmen** sowie sonstigen Organisationen im Bereich des Personenverkehrs untersteht grundsätzlich dem Kartellrecht, wenn Abreden getroffen werden, die objektiv geeignet sind, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung herbeizuführen, oder wenn sie einzeln oder kollektiv als marktbeherrschend gelten (dazu ausführlich Kap. III Rz. 65 ff. und IV Rz. 93 ff.). Dies gilt jedoch nur, soweit die Abrede oder die Marktmacht nicht von einer dem Kartellrecht vorbehaltenen Vorschrift abgedeckt ist.

2. Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Kartellrecht (Art. 3 Abs. 1 KG)

- 17 Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Tätigkeiten von kartellrechtlich erfassten Unternehmen vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen, wenn diese Tätigkeiten von einer «vorbehaltenen Vorschrift» abgedeckt sind. **Im Folgenden** wird nach allgemeinen Erläuterungen zu den vorbehaltenen Vorschriften (Rz. 18 ff.) untersucht, inwieweit das Personenbeförderungsgesetz (PBG) Vorschriften enthält, die dem Kartellrecht vorbehalten sind. Als vorbehaltene Vorschriften fallen in erster Linie diejenigen zum Personenbeförderungsregal und zum bestellten Verkehrsangebot in Betracht (Rz. 24 ff.). Im Hinblick auf den Vertrieb von öV-Tickets stellt sich insbesondere die Frage, ob der Vertriebsmarkt vom Personenbeförderungsregal erfasst ist (Rz. 30). Als vorbehaltene Vorschriften kommen weiter die Regelungen des PBG zur Tarifpflicht, zum Direkten Verkehr und weiteren Grundpflichten der Transportunternehmen in Frage (Rz. 44 ff.). Gestützt auf die Analyse dieser vorbehaltenen Vorschriften wird untersucht, welcher Bereich des Vertriebsmarkts dem Kartellrecht untersteht (Rz. 53 ff.).

a. Vorbehaltene Vorschriften im Allgemeinen

- 18 Nach Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, «soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen», d.h. Vorschriften, die auf einem bestimmten Markt den **Wettbewerb ausschliessen**.¹⁶ Diese Bereichsausnahme beruht auf der logischen Überlegung, dass ein kartellrechtlicher Wettbewerbschutz vor privaten Eingriffen überflüssig ist, wenn schon die regulatorischen Rahmenbedingungen gar keinen Wettbewerb zulassen.
- 19 Die **Gründe** für regulatorische Wettbewerbsbeschränkungen sind vielfältig. Aus ökonomischer Sicht ist eine regulatorische Steuerung der Wettbewerbsparameter wie Preis und Angebot grundsätzlich nur bei Vorliegen von *Marktversagen* gerechtfertigt.¹⁷ Diese liberale Auffassung entspricht indessen nicht der politischen Realität. Regulatorische Eingriffe in den Wettbewerb finden regelmässig zur Verwirklichung von *öffentlichen Interessen* statt, wie etwa sozial-, gesundheits- oder umweltpolitischen Zielen. Der wohl häufigste politische Grund zur Rechtfertigung von regulatorischen Wettbewerbsbeschränkungen ist die Gewährleistung der *Grundversorgung*. Es ist eine der staatlichen Hauptaufgaben, dafür zu sorgen, dass wichtige Infrastrukturen und öffentliche Dienstleistungen für die ganze Bevölkerung zur Verfügung gestellt werden.
- 20 Nicht jeder regulatorische Wettbewerbseingriff begründet einen Vorbehalt gegenüber dem Kartellgesetz. Art. 3 Abs. 1 lit. a und b KG unterscheiden **drei Tatbestände**¹⁸ von regulatorischen Wettbewerbseingriffen, die den Wettbewerb ganz oder teilweise ausschliessen und daher als vorbehaltensfähige Vorschriften in Frage kommen:
- Als vorbehalten gelten Vorschriften, die in einem Wirtschaftssektor eine **staatliche Marktordnung** begründen (lit. a). Eine staatliche Marktordnung zeichnet sich dadurch aus, dass die wesentlichen Wettbewerbsparameter durch zwingende Vorschriften gesteuert und den Marktkräften entzogen werden.¹⁹ Als Bei-

¹⁶ WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 6, der zutreffend von «wettbewerbsausschliessenden Vorschriften» spricht; ferner MÜNCH, BSK-KG, Art. 3 KG Rz. 1; MARTENET/CARRON, CR-Concurrence, Art. 3 KG Rz. 29 ff.

¹⁷ WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 4; DUCREY, Kartellrecht, Rz. 1414.

¹⁸ MÜNCH, BSK-KG, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 12.

¹⁹ WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 22; MÜNCH, BSK-KG, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 15; MARTENET/CARRON, CR-Concurrence, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 34 f.

spiel für eine staatliche Marktordnung wird regelmässig auf den Landwirtschaftsbereich verwiesen.²⁰ Soweit eine staatliche Marktordnung einen gewissen Restwettbewerb zulässt, bleibt das Kartellgesetz anwendbar.

- Auch der gegenüber der staatlichen Marktordnung mildere Wettbewerbseingriff in Form von **Preisvorschriften** vermag eine kartellrechtliche Bereichsausnahme zu begründen (lit. a). Soweit im betreffenden Wirtschaftsbereich weiterhin Raum für wettbewerbliches Verhalten besteht, bleibt das Kartellgesetz unter Vorbehalt der staatlichen Preisordnung anwendbar (Rz. 21).
- Vorbehalten sind schliesslich Vorschriften, die ein Unternehmen mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrauen und dieses gleichzeitig mit «besonderen Rechten» ausstatten (lit. b). Die Anwendung dieses Vorbehalts setzt grundsätzlich ein rechtliches **Grundversorgungsmonopol** voraus.²¹ Hingegen bleibt das Kartellgesetz anwendbar, wenn der Gesetzgeber die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe einem Grundversorgungsmarkt zuweist und bewusst Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zulässt (Rz. 8 ff.). Auch gelten Rechte zur Sondernutzung von faktischen Monopolen, die private Marktakteure von einer wirtschaftlichen Tätigkeit aufgrund faktischer Gegebenheiten ausschliessen, nicht als «besondere Rechte» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG.²²

- 21 Die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 KG setzt weiter voraus, dass der regulatorische Ausschluss von Wettbewerb **rechtmässig** erfolgt ist; insbesondere bei kantonalen Regelungen stellt sich jeweils die Frage der Vereinbarkeit der Vorschriften mit übergeordnetem Bundesrecht, insbesondere mit der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und 94 BV.
- 22 Sodann muss die fragliche Regulierung das freie Spiel von Wettbewerb bzw. von einem Wettbewerbsparameter **vollständig aufheben**, um als vorbehaltene Vorschrift zu qualifizieren. Das Kartellrecht gelangt nach wie vor zur Anwendung, wenn eine bestimmte Norm einen Wettbewerbsparameter nur begrenzt (z.B. Preisspanne vs. Fixtarif) oder wenn das kartellrechtlich relevante Verhalten einen von der Regulierung nicht erfassten

²⁰ WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 25; MÜNCH, BSK-KG, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 16; MARTENET/CARRON, CR-Concurrence, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 37 mit Verweis auf den Landwirtschaftsbereich.

²¹ Zum Begriff DIEBOLD, Ausschreibung, S. 232 ff.

²² BGE 129 II 497 E. 5.4 (Freiburger Elektrizitätswerke); DUCREY, Kartellrecht, Rz. 1415; WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 31.

Wettbewerbsparameter betrifft (z.B. Abrede über Angebotsmenge in einem Markt mit reguliertem Tarif). Es besteht daher die Möglichkeit, dass sich die Ausschlusswirkung im Verhältnis zum Kartellgesetz auf einen spezifischen Teilbereich beschränkt (partielle Bereichsausnahme).²³

- 23 Schliesslich kann eine Vorschrift gemäss Bundesgericht nur dann einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG begründen, wenn eine **Normenkollision** (kartellgesetzliche Kollisionsnorm) besteht.²⁴ Dies ist dann der Fall, wenn die fragliche Norm ebenfalls wettbewerbsrechtlicher Natur ist bzw. den Wettbewerb zum Regelungsgegenstand hat. Davon abzugrenzen ist die (positive) Normenkonkurrenz.²⁵ Die mit dem Kartellgesetz konkurrierende Norm, welche gerade nicht wettbewerbsrechtlicher Natur ist bzw. nicht den Wettbewerb, sondern ein anderes öffentliches Interesse zum Regelungsgegenstand hat (z.B. den Schutz der Gesundheit), gelangt neben dem Kartellgesetz zur Anwendung.

b. Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG)

- 24 Gemäss Art. 92 Abs. 1 BV ist das **Post- und Fernmeldewesen** Sache des Bundes. Das Postwesen im Sinne von Art. 92 Abs. 1 BV beinhaltet nach etablierter Praxis auch die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der Bestimmung, ist aber in der historischen Funktion des Postwesens begründet, welches neben dem Zustellen von Postsendungen auch die Beförderung von Personen und den Zahlungsverkehr umfasst.²⁶
- 25 Die Formulierung, dass das Post- und Fernmeldewesen «Sache des Bundes» ist, bedeutet, dass der Bund in diesen Bereichen **vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**

²³ WEBER, Dike-KG, Art. 3 KG Rz. 22; MARTENET/CARRON, CR-Concurrence, Art. 3 Abs. 1 KG Rz. 38.

²⁴ BGE 141 II 66 E. 2.4.1 (Pfizer); Normen, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen.

²⁵ Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln.

²⁶ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 271; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 92 Rz. 4.

- abweichen** darf (Art. 94 Abs. 4 BV).²⁷ Der Bundesgesetzgeber hat gestützt auf Art. 92 Abs. 1 BV folglich die Kompetenz, das Wettbewerbsprinzip auszuschliessen und die Personenbeförderungsmärkte stattdessen durch Regulierungen wie die Bildung von rechtlichen Monopolen (Regalen), Tarifvorschriften oder Kontrahierungszwang einer staatlichen Wirtschaftsordnung zu unterstellen. Ob und in welcher Weise der Bundesgesetzgeber dies tun soll, ergibt sich jedoch aus Art. 92 Abs. 1 BV nicht. Diese Bestimmung ist als reine Kompetenznorm ausgestaltet und verzichtet darauf, dem Bundesgesetzgeber materielle Leitlinien zur Regelung der Marktstruktur im Bereich der Personenbeförderung vorzugeben.²⁸
- 26 Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 4 PBG dem Bund das ausschliessliche Recht erteilt, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern.²⁹ Diese Bestimmung begründet ein **rechtliches Monopol** (Personenbeförderungsregal) zugunsten des Bundes.³⁰ Gemäss Art. 5 PBG ist der Bundesrat ermächtigt, Ausnahmen vom Personenbeförderungsregal vorzusehen. Der Bundesrat hat von dieser Ermächtigung in Art. 8 VPB Gebrauch gemacht und verschiedene Personenförderungstypen vom Regal ausgenommen, so etwa Taxifahrten, Behinderten- und Armeetransporte, Rundfahrten und Pauschalreisefahrten. Darüber hinaus ist der Umfang des Personenbeförderungsregals nicht näher definiert.
- 27 Mit dem rechtlichen Monopol geht einher, dass **kein Rechtsanspruch** auf Ausübung der monopolisierten Tätigkeiten besteht. Entsprechend sieht das PBG vor, dass nur Inhaber einer Personenbeförderungskonzession (Art. 6 PBG) zur regelmässigen und gewerbsmässigen Beförderung von Personen berechtigt sind.
- 28 Das Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG) und das damit verbundene Konzessionssystem (Art. 6 PBG) begründen im Bereich der gewerbsmässigen Personenbeförderung eine **staatliche Marktordnung**, die dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und

²⁷ BGE 131 II 13 E. 9 (Swisscom); REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 925; KERN, BSK-BV, Art. 92 Rz. 7; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 92 Rz. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 40 Rz. 2705.

²⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 271.

²⁹ BGer, 2C_1030/2017 vom 5.7.2018 E. 2 (TPG).

³⁰ Vgl. BGer, 2A.629/2006 vom 20.9.2007 E. 2.1 (BLS).

damit dem freien wirtschaftlichen Wettbewerb entzogen ist.³¹ Das Personenbeförderungsregal bezweckt eine Schliessung des Marktes für Transportunternehmen und richtet sich damit gezielt gegen den Wettbewerb. Die dem Regal zugrundeliegenden Normen haben folglich die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand. Dies wird insbesondere in Bezug auf die Voraussetzungen zur Erteilung einer Personenbeförderungskonzession deutlich: Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b PBG müssen Unternehmen nachweisen, dass «zum bestehenden Angebot anderer öffentlicher Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen oder eine wichtige neue Verkehrsverbindung eingerichtet wird». Damit wird der Staat – anstelle des Marktes – zu einer bedarfsorientierten Steuerung des öffentlichen Verkehrsangebots beauftragt (vgl. auch Art. 11 lit. c–e PBG für Angebote ohne Erschliessungsfunktion). Das Personenbeförderungsregal ist demzufolge geeignet, im Bereich der gewerbsmässigen Personenbeförderung einen Vorbehalt gegenüber dem Kartellrecht zu begründen (vgl. Rz. 23). Entsprechend gelten Art. 4 i.V.m. Art. 6 PBG im Grundsatz als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG (Begründung einer staatlichen Marktordnung).

- 29 Als **Zwischenfazit** ist somit festzuhalten, dass die spezialgesetzlichen Vorschriften zum Personenbeförderungsregal eine kartellrechtliche Bereichsausnahme gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG begründen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgeschlossen sind. Soweit das Personenbeförderungsrecht mit Bezug auf einzelne Bereiche der Personenbeförderung Wettbewerb zulässt oder gar fördert, bleibt auch das Kartellrecht anwendbar.
- 30 Mit Blick auf die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens gilt es zu prüfen, ob und inwieweit der **Vertrieb von öV-Tickets** unter das Personenbeförderungsregal fällt und somit von einer vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG erfasst ist. Der Vertrieb von öV-Tickets ist von der eigentlichen Personenbeförderung zu differenzieren. Der Vertrieb umfasst insbesondere die Festsetzung der Ticketpreise, die Modalitäten des Ticketverkaufs wie Verkaufskanäle (Verkaufsstellen, online-Verkauf, Verkauf via Apps), Verkaufsstrategien (z.B. kombinierte Verkäufe wie Verkauf von Zugtickets und Konzerttickets) und Werbung. Zum Vertrieb zu zählen sind zudem Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb wie das Sammeln und Bereitstellen von

³¹ Zur Verdrängung der Wirtschaftsfreiheit durch rechtliche Monopole BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 27 Rz. 12.

vertriebsrelevanten Daten durch die NOVA-Plattform (vgl. Rz. 11). Soweit der Ticketvertrieb mit seinen verschiedenen Teilaspekten (Preisgestaltung, Vertriebsmodalitäten, vertriebsbezogene Dienstleistungen) unter das Personenbeförderungsregal fällt, wäre dieser konzessionierten Transportunternehmen vorbehalten. Drittanbieter ohne Konzession wären vom Ticketvertrieb ausgeschlossen und könnten gegenüber den Monopolanbietern gestützt auf das Kartellrecht keinen Anspruch auf Zugang zur monopolisierten Tätigkeit ableiten.

- 31 Ob und inwieweit sich das Personenbeförderungsregal auf den Vertriebsmarkt erstreckt, ist rechtlich nicht explizit geregelt und wurde soweit ersichtlich bis anhin auch in der Lehre, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis nicht geklärt. Die Reichweite des Personenbeförderungsregals ist durch **Gesetzesauslegung** nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen zu ermitteln. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Rechtsnorm. Auszugehen ist vom Wortlaut (grammatikalische Auslegung), doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss mithilfe der weiteren Auslegungselemente, d.h. der systematischen (Zusammenhang mit anderen Normen, insbesondere auch auf Verfassungsebene), teleologischen (Zweck der Norm) und historischen Auslegung (Entstehungsgeschichte der Norm), nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung von Erlassen von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf das grammatikalische Element ab, wenn sich daraus zweifelsfrei eine sachlich richtige Lösung ergibt.³²
- 32 Der Wortsinn von Art. 4 PBG (**grammatikalische Auslegung**) spricht nicht dafür, den Vertrieb von öV-Tickets unter das Personenbeförderungsregal zu subsumieren: Gemäss Art. 4 PBG hat der Bund das ausschliessliche Recht, «Reisende mit regelmässigen und gewerbmässigen Fahrten zu befördern». Die Beförderung von Reisenden mit Fahrten und der Verkauf von Tickets sind verschiedene Dienstleistungen, die ohne weiteres unabhängig voneinander erbracht werden können. Das Personenbeförderungsrecht enthält denn auch keine Bestimmung, die es Unternehmen ohne Transportbeförderungskonzession verbieten würde, öV-Tickets zu verkaufen. Umgekehrt gibt es auch keine Vorschrift, die Endkunden verbieten würde, öV-Tickets bei nicht-konzessionierten Unternehmen zu erwerben.

³² Zum Ganzen BGE 140 V 8 E. 2.2.1 (BSV); BGE 131 II 697 E. 4.1 (Steueramt St. Gallen); BGE 123 II 464 E. 3a mit Hinweisen (Verwaltungsrekurskommission St. Gallen).

- 33 In **historischer Hinsicht** ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses des PBG der Frage nicht explizit bewusst gewesen war, zumal erst die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre die einem eigenständigen Vertriebsmarkt zugrundeliegenden Geschäftsmodelle ermöglichen. Jedenfalls enthalten die Materialien keine Ausführungen zu diesem Thema. Ein Anhaltspunkt könnte sich einzig aus den Erläuterungen zu Art. 17 PBG ergeben. Nach Art. 17 Abs. 2 lit. c und d PBG vereinbaren die Unternehmen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs (DV) gegenseitig die Verteilung der gemeinsamen Verwaltungskosten und Verkehrseinnahmen. Die Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 führt dazu aus, dass die «Kommission Vertrieb» als Organ des DV für «die Abwicklung der Verkaufsgeschäfte im Personenverkehr» besorgt ist.³³ Es handelt sich dabei jedoch um eine Bemerkung im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten innerhalb des DV, aus welcher nicht geschlossen werden kann, dass der Ticketvertrieb dem Personenbeförderungsregal untersteht und damit den konzessionierten Transportunternehmen vorbehalten ist.
- 34 Aufschlussreicher ist ein auf den Zweck des Personenbeförderungsregals ausgerichteter Ansatz (**teleologische Auslegung** von Art. 4 PBG). Der Zweck des Regals erschliesst sich insbesondere aus den Voraussetzungen für eine Personenbeförderungskonzession. So verlangt deren Erteilung unter anderem, dass «zum bestehenden Angebot anderer öffentlicher Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen oder eine wichtige neue Verkehrsverbindung eingerichtet wird» (Art. 9 Abs. 2 lit. b PBG). Für Angebote ohne Erschliessungsfunktion wird die Konzession zudem nur erteilt, wenn sie die wirtschaftliche Existenz bestehender bedürfnisgerechter Angebote nicht gefährden und eigenwirtschaftlich betrieben werden können (vgl. Art. 11 lit. c-e PBG). Mit Blick auf diese Voraussetzungen hat das Personenbeförderungsregal zum Ziel, im Interesse einer möglichst guten, landesweiten Verkehrsversorgung bestehende Angebote in ihrer Existenz zu schützen und sicherzustellen, dass neue Angebote wirtschaftlich betrieben werden können. Mit dem Erfordernis der Wirtschaftlichkeit soll zudem erreicht werden, dass möglichst geringe ungedeckte Kosten anfallen und nicht übermässig Abgeltungen aus dem Staatshaushalt beansprucht werden (vgl. auch Art. 81a Abs. 2 BV, wonach die Kosten des öffentlichen Verkehrs zu einem angemessenen Teil durch die von den Nutzerinnen und Nutzern bezahlten Preise gedeckt werden). Zugleich steht das Regal aber auch im Dienst anderer öffentlicher Interessen wie des Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutzes; dies

³³ Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, BBI 2007 2720.

namentlich insofern, als es verhindert, dass natürliche Ressourcen ineffizient genutzt und unnötige Infrastrukturen gebaut werden, welche die Umwelt belasten sowie die Landschaft beeinträchtigen.

- 35 Um diese Zwecke zu gewährleisten, bedarf es keiner generellen Monopolisierung des Vertriebs von öV-Tickets. Ein frei zugänglicher Vertriebsmarkt hat vielmehr das Potenzial, dass insgesamt mehr Tickets verkauft und Verkehrsinfrastrukturen besser ausgelastet werden, was für die dem Personenbeförderungsregal zugrundeliegenden versorgungspolitischen Interessen förderlich wäre. Zugleich gehen von einem frei zugänglichen Vertriebsmarkt keine Gefahren für den Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz aus. Allerdings spricht die Zielsetzung der Wirtschaftlichkeit des Verkehrsangebots dafür, die **Festlegung der Endverkaufspreise für öV-Tickets** als Bestandteil des Monopols zu betrachten. Ein Preiswettbewerb im Bereich des Vertriebs von öV-Tickets könnte dazu führen, dass die konzessionierten Verkehrsangebote nicht mehr wirtschaftlich im Sinne eines günstigen Verhältnisses von Kosten und Erträgen erbracht werden könnten. Der Gesetzgeber statuiert denn auch explizit in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG, dass die Tarife der Erzielung angemessener Erträge dienen müssen. Mit Blick auf die vom Personenbeförderungsregal verfolgte Zielsetzung wirtschaftlicher öffentlicher Verkehrsangebote ist somit zu schliessen, dass sich das Regal auf die Festsetzung der Ticketpreise erstreckt. Die Festlegung der Ticketpreise ist demnach mit der Personenbeförderungskonzession verknüpft. Abgesehen von der Preisfestsetzung gibt es aus teleologischer Sicht hingegen keine Gründe, den Ticketvertrieb insgesamt, unter Einschluss der Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u.a.) sowie vertriebsbezogener Dienstleistungen (z.B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) als Teil des Personenbeförderungsregals zu verstehen.
- 36 Eröffnet eine Gesetzesbestimmung verschiedene Auslegungsvarianten, ist diejenige zu wählen, die am besten der Verfassung entspricht (**verfassungskonforme Auslegung**).³⁴ Die Schaffung eines rechtlichen Monopols wie desjenigen in Art. 4 PBG stellt einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 BV dar.³⁵ Eine Auslegung, wonach der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal nach

³⁴ Statt vieler BGE 140 I 305 E. 6.2 (Ausgleichskasse Bern). Zur Pflicht des Bundesgesetzgebers, seine umfassenden Kompetenzen im Post- und Fernmeldewesen verfassungskonform wahrzunehmen, namentlich BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 92 Rz. 6.

³⁵ BGE 141 II 141 E. 4.4 (LiB AG); BGE 143 I 395 E. 4.1 (EiCom).

Art. 4 PBG nicht erfasst ist, entspricht daher der Wirtschaftsfreiheit besser als eine extensive Interpretation des Regals. Zugleich existiert keine verfassungsrechtliche Bestimmung, die eine extensive Interpretation von Art. 4 PBG nahelegen würde. Nach einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 4 PBG ist somit der Ticketvertrieb – abgesehen von der Preisbildung – nicht zum Personenbeförderungsregal zu zählen.

- 37 Neben der verfassungskonformen Auslegung spricht die **gelebte Rechtspraxis** dafür, dass der Vertrieb von öV-Tickets nicht insgesamt unter das Personenbeförderungsregal fällt. Verschiedene konzessionierte Transportunternehmen, wie die SBB und die SOB, haben bereits verschiedentlich nicht-konzessionierte Unternehmen zum Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets ermächtigt.³⁶ Würde der Vertrieb von öV-Tickets generell dem rechtlichen Monopol nach Art. 4 PBG zugeordnet, so wäre auch das Vertriebsrecht inhärent mit der Personenbeförderungskonzession nach Art. 6 PBG verbunden und dürfte ohne Zustimmung des BAV nicht auf nicht-konzessionierte Personen übertragen werden (Art. 6 Abs. 4 PBG; Art. 18 VPB). Zwar dürfen die konzessionierten Transportunternehmen gemäss Art. 19 Abs. 1 VPB innerhalb des Personenbeförderungsregals einzelne Rechte und Pflichten, insbesondere den Fahrbetrieb, mittels Betriebsvertrag auf eine Drittperson übertragen. Aus dem Begriff «Betriebsvertrag» und dem Hinweis auf den Fahrbetrieb wird jedoch deutlich, dass mit dieser Bestimmung die mit der eigentlichen Personenbeförderung verbundenen Tätigkeiten und nicht der Ticketvertrieb gemeint sind. Abgesehen davon lässt Art. 19 VPB nur die Übertragung einzelner, untergeordneter Rechte und Pflichten auf nicht-konzessionierte Dritte zu (vgl. Rz. 98). Die in der Praxis vorkommende Übertragung von Vertriebsaufgaben auf nicht-konzessionierte Dritte könnte sich daher – falls der Vertrieb von öV-Tickets zum Personenbeförderungsregal gezählt würde – kaum auf Art. 19 VPB abstützen. Daher ist auch mit Blick auf die gelebte Praxis davon auszugehen, dass der Vertrieb von öV-Tickets nicht dem Personenbeförderungsregal nach Art. 4 PBG untersteht und somit ohne Konzession frei zugänglich ist, soweit es nicht die Festlegung der Ticketpreise geht.
- 38 Unter Berücksichtigung der verschiedenen Elemente kommt die Auslegung von Art. 4 ff. PBG zum **Ergebnis**, dass zwar Festsetzung der Ticketpreise, nicht aber der Vertrieb von öV-Tickets insgesamt unter das Personenbeförderungsregal fällt. Dieses Auslegungsergebnis drängt sich abgesehen von der gelebten Rechtspraxis hinsichtlich

³⁶ Beispielsweise bietet der TCS in Zusammenarbeit mit der Südostbahn SOB seit Januar 2018 eine App «Einfach Mobil» für kombinierte Mobilität an (vgl. www.tcs.ch).

der vom Personenbeförderungsregal verfolgten Zielsetzungen sowie mit Blick auf die Verfassung, namentlich die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV), auf. Umgekehrt ergeben sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 4 PBG keine Anhaltspunkte für einen generellen Einbezug des Ticketvertriebs in das Personenbeförderungsregal. Art. 4 ff. PBG greifen somit in Bezug auf den Vertriebsmarkt im Bereich der Personenbeförderung nur soweit als vorbehaltene Vorschriften im Sinne des Kartellrechts (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG), als es um die Festlegung der Ticketpreise geht (vgl. Rz. 93 ff.). Entsprechend stellen Preisvorgaben oder Preisempfehlungen von konzessionierten Transportunternehmen zuhanden von Drittanbietern weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Marktmacht dar, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre.

c. Bestelltes Angebot im regionalen Personenverkehr (Art. 28 ff. PBG)

- 39 Die Bundesverfassung erklärt in Art. 92 Abs. 2 die Grundversorgung (*service public*) im Bereich des Post- und Fernmeldewesens zur **öffentlichen Aufgabe**. Mit der Formulierung «sorgt für» wird dem Bund eine entsprechende Gewährleistungsverantwortung übertragen.³⁷ Dasselbe ergibt sich aus Art. 81a Abs. 1 BV, wonach Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr auf Schiene, Strasse, Wasser und mit Seilbahnen in allen Landesgegenden sorgen. Der Bund hat somit dafür zu sorgen, dass die Grundversorgungsleistungen im Bereich der Personenbeförderung ausreichend, preiswert und in allen Landesgegenden verfügbar sind. Die Verfassung überlässt es dabei vollumfänglich dem Gesetzgeber, Inhalt und Umfang der Grundversorgung zu umschreiben.³⁸
- 40 Die Grundversorgung macht einen wesentlichen Teil der regelmässigen und gewerbmässigen Personenbeförderung aus. Das PBG bezeichnet die Grundversorgung als **«bestelltes Angebot»** (Art. 28 ff. PBG). Gestützt auf Art. 31a Abs. 1 PBG werden das von Bund und Kantonen bestellte Verkehrsangebot und die entsprechende Abgeltung im regionalen Personenverkehr, d.h. Inhalt und Umfang der Grundversorgung, aufgrund von Planrechnungen der konzessionierten Transportunternehmen im Voraus in einer schriftlichen Angebotsvereinbarung festgelegt. Können sich Besteller (Bund und

³⁷ HETTICH/STEINER, St. Galler Kommentar, Art. 92 BV Rz. 12.

³⁸ BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 92 Rz. 10.

Kantone) und Transportunternehmen nicht einigen, so legt das BAV das Verkehrsangebot und die Abgeltung fest (Art. 31a Abs. 6 PBG). Gemäss Art. 28 Abs. 1 PBG gelten Bund und Kantone den Unternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Angebotes des regionalen Personenverkehrs ab. Die Unternehmen haben mit dem Abschluss der Angebotsvereinbarung gegenüber jedem Besteller einen selbstständigen Rechtsanspruch auf diese Abgeltungen (Art. 31a Abs. 5 PBG).

- 41 Aufgrund von Art. 28 ff. PBG werden konzessionierte Transportunternehmen im Sinne des Kartellrechts **zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet** (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG). Mit der Bestellung des Verkehrsangebots des regionalen Personenverkehrs übertragen Bund und Kantone die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe an die Transportunternehmen. Zu diesem Zweck werden die Unternehmen mit einem Monopolrecht (Personenbeförderungskonzession) sowie mit dem Recht auf Abgeltung der ungedeckten Kosten, welche laut den Planrechnungen der Unternehmen aus der Aufgabenerfüllung resultieren, ausgestattet. Mit dieser Abgeltung gleichen Bund und Kantone die wirtschaftlichen Lasten aus, die durch die Erbringung der Grundversorgungsleistungen bedingt sind.³⁹ Damit nimmt der Bundesgesetzgeber gezielt Einfluss auf den Wettbewerb im Markt des regionalen Personenverkehrs. Art. 28 ff. PBG haben folglich die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand, so dass sie als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG zu qualifizieren sind (vgl. Rz. 23).
- 42 Vorbehaltene Vorschriften, welche sich im Bereich des bestellten Angebots auf den Wettbewerb auswirken, sind insbesondere die in Art. 31a PBG vorgesehenen Regelungen zur **Angebotsvereinbarung** zwischen den Bestellern und den konzessionierten Unternehmen. In solchen Angebotsvereinbarungen werden die von den Bestellern mit den Abgeltungen «eingekauften» Dienstleistungen im Interesse einer ausreichenden und preiswerten Grundversorgung mit öffentlichen Verkehrsdiensten in allen Landesgegenden (Art. 92 Abs. 2 BV) konkretisiert. Die Angebotsvereinbarungen dienen mithin der Sicherstellung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Grundversorgung im öffentlichen Verkehr. Die mit den spezialgesetzlich verankerten Angebotsvereinbarungen verbundenen Abreden über das Verkehrsangebot sind vom Kartellrecht ausgenommen.

³⁹ Vgl. die Legaldefinition der ungedeckten Kosten in Art. 13 Abs. 2 FDV.

- 43 Mit Bezug auf den Vertrieb von öV-Tickets ist der in Art. 31a Abs. 4 PBG normierte Inhalt der Angebotsvereinbarung von Bedeutung. Demnach regelt die Angebotsvereinbarung unter anderem «den Verkauf samt den Verkaufsstellen und deren Bedienung» (lit. b). Aus Art. 29 Abs. 5 ARPV geht hervor, dass der Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets als eigenständiges Angebot abgegolten werden kann. Der **Vertrieb von öV-Tickets** gehört somit nach Massgabe der Angebotsvereinbarungen im Bereich des regionalen Personenverkehrs zum bestellten Angebot und damit zur Grundversorgung (zur Frage, inwieweit Abgeltungen des Ticketvertriebs mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität vereinbar sind, Rz. 148 f.). Allerdings ist der Ticketvertrieb nicht Teil des Personenbeförderungsregals nach Art. 4 PBG (Rz. 38). Der aufgrund von Angebotsvereinbarungen abgeglichene Ticketvertrieb dient somit zwar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (regionaler Personenverkehr); die Transportunternehmen werden jedoch für den Vertrieb von öV-Tickets nicht mit besonderen Rechten (Monopolrechten) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG ausgestattet. Demzufolge vermag Art. 31a PBG in Bezug auf den Ticketvertrieb keine vorbehaltene Vorschrift zu begründen.

d. **Tarifpflicht und Direkter Verkehr (Art. 15–17 PBG)**

- 44 Über die Vorschriften zum Personenbeförderungsregal und zum bestellten Verkehrsangebot hinaus kommen die in Art. 12 ff. PBG geregelten **Grundpflichten der konzessionierten Transportunternehmen** als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Frage. Diese Grundpflichten betreffen den ganzen Monopolbereich, d.h. sowohl den bestellten als auch den nicht-bestellten Verkehr wie namentlich den Fernverkehr. Zu den Grundpflichten der konzessionierten Transportunternehmen gehören die Transportpflicht (Art. 12 PBG), Fahrplanpflicht (Art. 13 PBG), Betriebspflicht (Art. 14 PBG), Tarifpflicht (Art. 15 PBG), Pflichten zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs (Art. 16 f. PBG) sowie Pflichten zur Koordination der Leistungen und zur Einhaltung der Mindeststandards bezüglich Qualität, Sicherheit und Stellung der Beschäftigten (Art. 18 PBG). Diese Pflichten wirken sich auf verschiedene Wettbewerbsparameter aus, namentlich auf die Kundenbeziehungen (Transportpflicht), die Erbringung des Angebots (Fahrplanpflicht, Betriebspflicht, Sicherstellung des Direkten Verkehrs, Koordination der Leistungen) sowie die Preisgestaltung (Tarifpflicht, Sicherstellung des Direkten Verkehrs). Mit Blick auf den Vertrieb von öV-Tickets sind die Tarifpflicht sowie die Pflicht zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs von Bedeutung.
- 45 Die **Tarifpflicht** gemäss Art. 15 PBG verpflichtet die konzessionierten Transportunternehmen, für ihre Leistungen Tarife aufzustellen. Der Tarif nennt dabei die Vorausset-

zungen, unter welchen ein bestimmter Preis für die Beförderung und damit zusammenhängende Leistungen zur Anwendung kommt (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 PBG). Die gesetzliche Tarifpflicht wird auf Verordnungsstufe (Art. 55a VPB) weiter konkretisiert. Die Verpflichtungen zur Festsetzung der Tarife richten sich ausschliesslich an die konzessionierten Transportunternehmen. Dies ist Ausdruck davon, dass die Tariffestsetzung Teil des Personenbeförderungsregals ist (vgl. Rz. 30 ff.).

- 46 Gemäss Art. 15 Abs. 2 PBG dienen die Tarife der **Erzielung angemessener Erträge**. Die Tarife sollen damit im Versorgungsinteresse eine wirtschaftliche Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen Personenverkehr ermöglichen (vgl. Rz. 34). Im Bereich der Grundversorgung steht das Wirtschaftlichkeitsgebot zudem im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, die ungedeckten Kosten der Leistungserbringung und damit die Abgeltungen durch Bund und Kantone zu minimieren.
- 47 Die Tarifpflicht soll aber auch vor dem Hintergrund des fehlenden Wettbewerbs im öffentlichen Verkehr **verhindern, dass die Reisenden ausgebeutet werden**. Die Botschaft zum alten Transportgesetz hält im Zusammenhang mit der Tarifpflicht fest: «Die Notwendigkeit zur Regelung des Tarifwesens ergibt sich aus der Beförderungspflicht. Mit der Genehmigung der Tarife soll in erster Linie verhindert werden, dass die Unternehmungen aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung für ihre Leistungen überhöhte Preise verlangen.»⁴⁰ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Tarifpflicht dieselbe Zielsetzung verfolgt wie etwa das Preisüberwachungsgesetz (Art. 4 Abs. 2 PüG) oder das kartellrechtliche Verbot des Ausbeutungsmisbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).
- 48 Darüber hinaus haben die Regelungen zur Tarifpflicht zum Zweck, eine **Diskriminierung der Reisenden zu verhindern**. So müssen gemäss Art. 15 Abs. 5 PBG die Tarife gegenüber allen Nutzern gleich angewendet werden, so dass individuelle Ermässigungen grundsätzlich nicht zulässig sind. Die Botschaft führt präzisierend aus, dass Art. 15 PBG Vergünstigungen zwar nicht verbiete, diese aber unter gleichen Umständen den Reisenden gleich gewährt werden müssen.⁴¹ Das mit der Tarifpflicht einhergehende Diskriminierungsverbot schliesst indessen die Möglichkeit der Transportunternehmen, verschiedene Angebote zu entwickeln und Vergünstigungen anzubieten, nicht aus

⁴⁰ Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs, BBI 1983 II 170.

⁴¹ Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, BBI 2007 2719.

(Art. 15 Abs. 6 PBG). Tariffdifferenzierungen, etwa in Form von Halbtax-Abonnements, Sparbilleten, Kinderbilleten oder Aktionen (z.B. Snow'n'Rail) sind zulässig, soweit sie allen Reisenden unter gleichen Voraussetzungen offenstehen. Die Tarife und ihre Differenzierungen müssen dabei aufgrund des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 15 Abs. 5 PBG und im Sinne des verfassungsrechtlichen Gebots der Einheitlichkeit (Art. 92 Abs. 2 Satz 2 BV) von allen konzessionierten Transportunternehmen, die Tickets verkaufen, gleich angewendet werden. Damit schliesst die Tarifpflicht beim Verkauf von öV-Tickets an Kundinnen und Kunden einen eigentlichen Preiswettbewerb in Bezug auf die einzelnen Ticketangebote aus.

- 49 Art. 16 und 17 PBG regeln den **Direkten Verkehr**. Demnach bieten die konzessionierten Transportunternehmen im Fern-, Regional- und Ortsverkehr in der Regel der Kundenschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, einen einzigen Transportvertrag an (Art. 16 Abs. 1 PBG). Im bestellten regionalen Personenverkehr gemäss Art. 28 Abs. 1 PBG sowie im Fernverkehr müssen die Unternehmen zwingend Direkten Verkehr anbieten (Art. 56 Abs. 2 VPB). Um den Direkten Verkehr zu gewährleisten, erstellen die konzessionierten Transportunternehmen gemeinsame Tarife und Fahrausweise (Art. 16 Abs. 2 PBG). Der Gesetzgeber verpflichtet damit die Transportunternehmen, für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, Preise zu vereinbaren.
- 50 Zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs regeln die Unternehmen ihre gegenseitigen Beziehungen (Art. 17 Abs. 1 PBG). Der Direkte Verkehr wird somit mittels **Branchen-übereinkommen** umgesetzt. Der Gesetzgeber bestimmt teilweise selber, was Gegenstand der Übereinkommen ist (Art. 17 Abs. 1 lit. b–e PBG), und verpflichtet im Übrigen die Transportunternehmen, die Bereiche der Zusammenarbeit festzulegen (lit. a). Die Transportunternehmen haben ihre Zusammenarbeit auch auf den Ticketvertrieb erstreckt. Dabei ist die «Kommission Vertrieb», ein Organ des DV, für «die Abwicklung der Verkaufsgeschäfte im Personenverkehr» besorgt. Ein Beispiel der Zusammenarbeit der Transportunternehmen im Bereich des Ticketvertriebs ist die Entwicklung der NOVA-Plattform. Die Übereinkommen über den Direkten Verkehr bedürfen der Genehmigung durch das BAV (Art. 17 Abs. 3 Satz 2 PBG).
- 51 Die Gewährleistung des Direkten Verkehrs setzt voraus, dass sich die konzessionierten Transportunternehmen gegenseitig das **Vertriebsrecht** einräumen. Im Direkten Verkehr besteht insofern eine spezialgesetzlich begründete Generalvollmacht zugunsten der beteiligten Transportunternehmen zum Verkauf von öV-Tickets. Der Direkte Verkehr hat damit zur Folge, dass bestimmte Tickets für bestimmte Fahrstrecken eines

Transportunternehmens auch bei allen anderen Transportunternehmen erworben werden können. Diese Konstellation ist an sich geeignet, im Vertriebsmarkt einen Leistungs- und Qualitätswettbewerb zwischen den Transportunternehmen zu ermöglichen. Ein Wettbewerb auf dem Endverkaufspreis ist hingegen aufgrund des Verbots der Preisdifferenzierungen ausgeschlossen (Art. 15 PBG; Rz. 45 ff.). Zudem sind die Transportunternehmen im Bereich des Direkten Verkehrs zur Zusammenarbeit verpflichtet, welche die Festsetzung der Ticketpreise sowie den Ticketvertrieb einschliesst (Art. 17 PBG; Rz. 49 f.).

- 52 Die spezialgesetzlichen Regelungen zur Tarifpflicht (Art. 15 PBG) und zum Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) richten sich gezielt gegen den Wettbewerb, um das öffentliche Interesse an einer möglichst guten Versorgung mit Verkehrsdienstleistungen zu gewährleisten und um dem Risiko der Kundenausbeutung als negative Folge des wettbewerbslosen Zustands zu begegnen. Es handelt sich damit um Regelungen, die im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG eine **staatliche Markt- und Preisordnung** begründen und somit als vorbehaltene Vorschriften zu qualifizieren sind (vgl. Rz. 23). Demzufolge sind Abreden oder marktbeherrschende Verhaltensweisen konzessionierter Transportunternehmen in Bezug auf die Endverkaufspreise von öV-Tickets (Tarife) sowie Abreden zwischen den konzessionierten Unternehmen über die Koordination des Ticketvertriebs zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen (zur entsprechenden Analyse der NOVA-Nutzungsbedingungen Rz. 104 ff.).

e. Nicht vorbehaltener Bereich im Ticketvertrieb

- 53 Die vorstehenden Ausführungen zu den **vorbehaltenen Vorschriften** im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Bezug auf den Vertrieb von öV-Tickets haben Folgendes ergeben:
- Die Bestimmungen über das **Personenbeförderungsregal** (Art. 4 ff. PBG) umfassen unter anderem die Festlegung der Endverkaufspreise für öV-Tickets (Tarife), welche den konzessionierten Transportunternehmen vorbehalten ist; im Übrigen ist der Ticketvertrieb vom Regal nicht erfasst (zum Ganzen Rz. 24 ff.).
 - Art. 31a Abs. 1 PBG sieht vor, dass die **Besteller des Angebots im Bereich des regionalen Personenverkehrs** (Bund und Kantone) mit den konzessionierten Transportunternehmen Angebotsvereinbarungen abschliessen, die unter anderem den Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets regeln (Art. 31a Abs. 4 lit. b PBG). Der Ticketvertrieb gehört somit nach Massgabe der Angebotsvereinbarungen zum bestellten Angebot und dient damit der Erfüllung einer öffentlichen

- Aufgabe (Grundversorgung im regionalen Personenverkehr). Transportunternehmen werden jedoch für den Ticketvertrieb nicht mit besonderen Rechten (Monopolrechten) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG ausgestattet. Demzufolge vermag Art. 31a PBG in Bezug auf den Ticketvertrieb keine vorbehaltene Vorschrift zu begründen (zum Ganzen Rz. 39 ff.).
- Aufgrund der für den gesamten Monopolbereich geltenden Regelungen zur **Tarifpflicht** (Art. 15 PBG) und zum **Direkten Verkehr** (Art. 16 und 17 PBG) sind wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen konzessionierter Transportunternehmen in Bezug auf die Tarife sowie Vereinbarungen der Unternehmen über die Koordination des Ticketvertriebs zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen (zum Ganzen Rz. 44 ff.).
- 54 Durch diese vorbehaltenen Vorschriften des PBG wird im öffentlichen Verkehr ein Wettbewerb auf den Vertriebsmarkt zwar weitgehend, aber keineswegs vollständig ausgeschlossen. Soweit das Personenbeförderungsrecht wirksamen Wettbewerb im Ticketvertrieb zulässt, bleibt das Kartellgesetz auf Abreden und andere Wettbewerbsbeeinträchtigungen anwendbar (vgl. Art. 3 Abs. 1 Ingress KG: «Vorbehalten sind Vorschriften, *soweit* sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen»; vgl. Rz. 22). Konkret lassen die aufgezeigten vorbehaltenen Vorschriften des PBG beim Ticketvertrieb in folgender Hinsicht **wirksamen Restwettbewerb** zu: zum einen im Verhältnis zwischen konzessionierten Transportunternehmen und Drittanbietern sowie zwischen solchen Drittanbietern in Bezug auf die Vertriebsmodalitäten und vertriebsbezogene Dienstleistungen (dazu sogleich Rz. 55), zum anderen in Bezug auf die Festsetzung von Grosshandelspreisen durch konzessionierte Transportunternehmen (dazu Rz. 56 ff.).
- 55 Mobilitätsdienstleister ohne Personenbeförderungskonzession werden durch das PBG vom Ticketvertrieb nicht ausgeschlossen. Insbesondere erstreckt sich das Personenbeförderungsregal abgesehen von der Tariffestsetzung nicht auf den Ticketvertrieb, und die Vorschriften des PBG zum bestellten Angebot sowie zu Tarifpflicht und Direktem Verkehr decken ausschliesslich die Koordination der Vertriebsmodalitäten zwischen den konzessionierten Transportunternehmen ab (Rz. 53). Drittanbieter ohne Konzession dürfen folglich zwar nicht die Endverkaufspreise der Tickets, jedoch die **Vertriebsmodalitäten** wie Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien und Werbung frei bestimmen. Ebenso wenig sind **vertriebsbezogene Dienstleistungen** wie das Sammeln und Bereitstellen von Vertriebsdaten von einer vorbehaltenen Vorschrift erfasst. Damit

lässt das Personenbeförderungsrecht im Ticketvertrieb einen Leistungs- und Qualitätswettbewerb zwischen Transportunternehmen und reinen Mobilitätsvermittlern sowie zwischen Letzteren zu. Allfällige Beschränkungen dieses Wettbewerbs durch beteiligte Unternehmen unterstehen mithin dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

- 56 Nachdem das Personenbeförderungsrecht einen Vertriebsmarkt nicht vollumfänglich ausschliesst, muss mit Blick auf die Preisfestsetzung für öV-Tickets zwischen **Endverkaufs- und Grosshandelspreisen** unterschieden werden. Bei den Endverkaufspreisen handelt es sich um die Preise, welche die Kundinnen und Kunden für die Transportleistungen bezahlen (sog. Einzelhandel oder Retail-Markt⁴²). Demgegenüber sind mit Grosshandelspreisen die Preise gemeint, die Händler den Produzenten bzw. Dienstleistern für deren Angebot bezahlen (sog. Grosshandel oder Wholesale-Markt⁴³). Im Bereich der Personenbeförderung sind damit die Preise angesprochen, die allfällige Mobilitätsdienstleister ohne Konzession für den Kauf der öV-Tickets von den konzessionierten Transportunternehmen bezahlen. Zur Beantwortung der Frage, ob das Personenbeförderungsrecht im Bereich der Festsetzung von Ticketpreisen Restwettbewerb zulässt, gilt es zu klären, ob sich die vorbehaltenen Vorschriften auf jegliche Art von Preisen oder nur auf eine Preiskategorie, d.h. Endverkaufs- oder Grosshandelspreise, beziehen.
- 57 Das Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG) bezweckt unter anderem, die Wirtschaftlichkeit des Verkehrsangebots sicherzustellen (Rz. 35). Ein Preiswettbewerb könnte die Ticketpreise soweit hinunterdrücken, dass es den Transportunternehmen nicht mehr möglich ist, angemessene Erträge zu erzielen (vgl. Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG), um ihre Verkehrsangebote wirtschaftlich zu betreiben. Daraus folgt, dass die Gestaltung der **Endverkaufspreise** Teil des Personenbeförderungsregals sein muss. Sodann ist offensichtlich, dass sich die Vorschriften zur Tarifpflicht (Art. 15 PBG) und zum Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) auf die Endverkaufspreise beziehen. Dies ergibt sich bereits aus der Legaldefinition des Tarifbegriffs in Art. 15 Abs. 1 Satz 2 PBG («Voraussetzungen, unter welchen ein bestimmter *Preis für die Beförderung* und damit zusammenhängende Leistungen zur Anwendung kommt»). Die mit der Tarifpflicht verfolgten Ziele – Erwirtschaftung angemessener Erträge sowie Verhinderung einer Ausbeutung oder Diskriminierung von Reisenden (Rz. 46 ff.) – sind nur erreichbar, wenn

⁴² Zum Begriff etwa BGE 138 I 289 E. 2.5 und 2.8.2 (Switch).

⁴³ Zum Begriff etwa BGE 138 I 289 E. 2.5 und 2.8.2 (Switch).

sich die entsprechenden Vorschriften in Art. 15 PBG auf die Endverkaufspreise beziehen. Sodann richten sich die Angebote des Direkten Verkehrs an die Kundschaft, wie sich aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1 PBG explizit ergibt. Folglich sind auch die gemäss Art. 16 Abs. 2 PBG von den Transportunternehmen zu vereinbarenden gemeinsamen Tarife solche, die sich an die Kundschaft richten, d.h. Endverkaufspreise.

- 58 Die Gestaltung der Endverkaufspreise für öV-Tickets ist somit von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt. Daraus folgt, dass **Preisvorgaben oder Preisempfehlungen** von Tarifeignern in Bezug auf den Ticketverkauf an Endkunden weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Marktmacht darstellen, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre.
- 59 Anders präsentiert sich die Situation in Bezug auf **Grosshandelspreise**, die konzessionierte Transportunternehmen von Drittanbietern für öV-Tickets verlangen. Die Vorschriften über das Personenbeförderungsregal (Art. 4 ff. PBG) regeln das Exklusivrecht, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern, nicht aber den Verkauf von öV-Tickets zwischen den Transportunternehmen (vgl. Rz. 30 ff.). Sodann ist es kaum erforderlich, die Wirtschaftlichkeit des Personenbeförderungsangebots über Grosshandelspreise sicherzustellen (vgl. Rz. 34). Ein Druck auf Grosshandelspreise für öV-Tickets und damit eine mögliche Gefährdung der wirtschaftlichen Leistungserbringung durch Transportunternehmen könnte sich höchstens dann ergeben, wenn aussenstehende Mobilitätsvermittler bzw. Vertriebsplattformen eine gewisse Marktmacht entwickeln würden (wie etwa online-Buchungsplattformen im Bereich der Hotellerie). Dies ist jedoch insofern unwahrscheinlich, als der Wettbewerb im Markt für gewerbsmässige Personenbeförderung zwischen den Transportunternehmen aufgrund des Personenbeförderungsregals und der restriktiven Konzessionsvoraussetzungen stark eingeschränkt ist. So wird eine Konzession nur dann gewährt, wenn zum bereits «bestehenden Angebot anderer öffentlicher Transportunternehmen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen» (Art. 9 Abs. 2 lit. c PBG). Soweit für eine bestimmte Fahrstrecke nur ein Angebot besteht, können Reisende nicht auf ein anderes Angebot ausweichen (fehlende Substituierbarkeit der Angebote). Aufgrund der gezielten Nachfrage der Reisenden nach je bestimmten Personenbeförderungsangeboten bestehen auch für die Nachfrager von öV-Tickets auf Grosshandelsebene keine Ausweichmöglichkeiten, so dass sich auf den Grosshandelspreis kaum Wettbewerbsdruck entfalten wird. Wenn beispielsweise eine Kundin bei Mobilitätsvermittlern ein Ticket für die Fahrstrecke Bern-Zürich nachfragt, so können die Mobilitätsvermittler mangels alternativer Bezugsquellen kaum Druck auf den Gross-

handelspreis der SBB ausüben. Die Preisgestaltungsfreiheit der Transportunternehmen auf Grosshandelsebene wird im Übrigen auch durch die Vorschriften über die Tarifpflicht (Art. 15 PBG) und den Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) nicht eingeschränkt; diese Vorschriften beziehen sich aufgrund ihres Wortlauts und mit Blick auf ihre Zielsetzungen ausschliesslich auf Endverkaufspreise (Rz. 57).

- 60 Die vorstehenden Ausführungen führen zum **Ergebnis**, dass die konzessionierten Transportunternehmen ihre Grosshandelspreise frei bestimmen und Mobilitätsvermittlern öV-Tickets zu tieferen Preisen als solchen auf dem Endkundenmarkt verkaufen müssen. Tiefere Grosshandelspreise können betriebswirtschaftlich insbesondere dadurch gerechtfertigt sein, dass Transportunternehmen durch den Drittvertrieb eigene Vertriebskosten einsparen. Zugleich wird Mobilitätsvermittlern dadurch ermöglicht, auf dem Endverkaufspreis eine Gewinnmarge zu erzielen. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften zu den Grosshandelspreisen untersteht deren Bildung folglich dem Kartellgesetz (dazu Rz. 111 ff.).

3. Fazit

- 61 Zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den Vertrieb von öV-Tickets ist als Fazit Folgendes festzuhalten:
- Konzessionierte Transportunternehmen und alle weiteren Organisationen, die im Bereich des Personenverkehrs Dienstleistungen erbringen, wie namentlich die Betreiberin der NOVA-Plattform, sind Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und fallen damit unter den **persönlichen Geltungsbereich** des Kartellgesetzes (Rz. 6 ff.).
 - Das Verhalten von konzessionierten Transportunternehmen und weiteren Organisationen im Bereich des Personenverkehrs untersteht grundsätzlich dem **sachlichen Anwendungsbereich** Kartellgesetz, wenn Abreden getroffen werden, die objektiv geeignet sind, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung herbeizuführen, oder wenn sie einzeln oder kollektiv als marktbeherrschend gelten (Rz. 13 ff.).
 - Das Personenbeförderungsrecht enthält mehrere **vorbehaltene Vorschriften** im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, welche auf dem Gebiet der Personenbeförderung Wettbewerb nicht zulassen und daher die von ihnen abgedeckten Verhaltensweisen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausnehmen. In Bezug auf den Vertrieb von öV-Tickets sind die Bestimmungen über das Personenbeförde-

rungsregal (Art. 4 ff. PBG) sowie über die Tarifflicht (Art. 15 PBG) und den Direkten Verkehr (Art. 16 und 17 PBG) als vorbehaltene Vorschriften von Bedeutung (zum Ganzen Rz. 18 ff.).

- Die vorbehaltenen Vorschriften des Personenbeförderungsrechts decken die Festlegung der **Endverkaufspreise (Tarife)** für öV-Tickets sowie die für die Sicherstellung des Direkten Verkehrs erforderliche **Koordination des Ticketvertriebs** unter den konzessionierten Transportunternehmen ab. Preisvorgaben oder Preisempfehlungen von Transportunternehmen in Bezug auf den Ticketverkauf an Endkunden sowie Vertriebsabsprachen unter den Transportunternehmen stellen demzufolge keine wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen dar, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre. Im Übrigen lässt das Personenbeförderungsrecht in Bezug auf den Ticketvertrieb wirksamen Wettbewerb zu, so dass das Kartellgesetz zur Anwendung kommt. Damit bestehen namentlich für folgende Bereiche keine vorbehaltenen Vorschriften (zum Ganzen Rz. 53 ff.):
 - Ausgestaltung der **Vertriebsmodalitäten** (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u.a.);
 - **vertriebsbezogene Dienstleistungen** (z.B. Sammeln und Bereitstellen von Vertriebsdaten);
 - Festlegung von **Grosshandelspreisen** für den Ticketvertrieb.
- 62 Nachdem der Vertrieb von öV-Tickets mit Ausnahme der Tariffestsetzung und der Vertriebskoordination unter den konzessionierten Transportunternehmen in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fällt, gilt es im Folgenden zu prüfen, welche kartellrechtlichen Anforderungen an das **Verhalten der Marktakteure im Vertriebsmarkt** zu beachten sind.

III. Zugang und Nutzung der NOVA-Plattform

- 63 Die **NOVA-Plattform** umfasst die für den Ticketvertrieb erforderlichen Vertriebsdaten (namentlich Preise und dazugehörige Fahrplandaten) und beinhaltet ein System zur Abrechnung der Ticketpreiszahlungen und Provisionen für den Ticketverkauf. Die NOVA-Plattform wurde von der öV-Branche als Instrument zur effizienten Verwirklichung des DV entwickelt (Art. 16 und 17 PBG). Damit können die an NOVA angebotenen Vertriebskanäle der Transportunternehmen und Verbände für alle Strecken und Fortbewegungsmittel öV-Tickets ausstellen. Der Betrieb der NOVA-Plattform ist gegenwärtig Sache der SBB, soll aber künftig in eine eigene, den öV-Transportunternehmen gehörende Aktiengesellschaft ausgelagert werden.⁴⁴
- 64 Wie gezeigt untersteht NOVA als Organisation dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes (Rz. 11). Die von NOVA erbrachten vertriebsbezogenen Dienstleistungen sind zwar im Verhältnis zwischen den konzessionierten Transportunternehmen von einer vorbehaltenen Vorschrift des Personenbeförderungsrechts erfasst und damit vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen (Rz. 50). Im Verhältnis zwischen den Transportunternehmen und Drittanbietern von öV-Tickets sowie zwischen solchen Drittanbietern ist jedoch das Kartellgesetz auf vertriebsbezogene Dienstleistungen wie das Sammeln und Bereitstellen von Vertriebsdaten anwendbar (Rz. 55). Davon ausgehend sind im Folgenden die **Anforderungen des Kartellrechts** an den Zugang Dritter zur NOVA-Plattform (Rz. 65 ff.) sowie die Nutzung der Plattform durch Dritte (Rz. 81 ff.) in einem wettbewerbsorientierten Vertriebsmarkt zu untersuchen.

1. Zugang

- 65 Zunächst stellt sich die Frage, ob das Kartellrecht von der Betreiberin von NOVA verlangt, aussenstehenden Mobilitätsdienstleistern zum Zweck des Vertriebs von öV-Tickets Zugang zur Plattform zu gewähren. Ein vollumfänglicher **Zugang zur NOVA-Plattform** bedeutet, dass Drittanbieter die für den Ticketvertrieb massgebenden Daten von NOVA nutzen können (Datennutzungsrecht; vgl. Rz. 63), dass ihnen das Recht

⁴⁴ Stand gemäss Auskunft BAV.

zum Vertrieb der über NOVA abgewickelten öV-Tickets eingeräumt wird (Vertriebsrecht, vgl. Rz. 51) und dass sie die Zahlungen der Ticketpreise und allfälliger Provisionen mit den einzelnen Transportunternehmen abrechnen können (Abrechnungsmechanismus; vgl. Rz. 63).

a. **Boykottabrede**

- 66 Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gelten Wettbewerbsabreden zwischen Konkurrenten über die Einschränkung von Liefermengen als «harte Kartelle». Umgangssprachlich werden solche Abreden auch als **Boykottabreden** bezeichnet.
- 67 Das Sekretariat der WEKO hielt im Rahmen der Vorabklärung i.S. *fibres to the home* (FTTH) fest, dass eine Abrede zwischen Kooperationspartnern, die gemeinsam eine **Infrastruktur** beherrschen und vereinbaren, überschüssige Kapazitäten nicht an Dritte zur Verfügung zu stellen, den Tatbestand einer Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen kann. Im Rahmen der Kooperation zwischen Swisscom und den Energieversorgungsunternehmen (EVU) zum Aufbau des Glasfasernetzwerks sollte vereinbart werden, dass zwei von vier verlegten Glasfasern durch die Kooperationspartner für ihre Fernmeldeangebote genutzt und die zwei freien Glasfasern nicht für Internetdienstleistungen zur Verfügung gestellt werden. Durch diese Abrede hätten die Kooperationspartner das Angebot an Glasfasern, über welche Fernmeldedienste in das Gebäude gebracht werden können, eingeschränkt. Ferner sollten sich die EVU verpflichten, kein zweites Glasfasernetz (z.B. über das Stromkabelnetz) zu errichten, was gemäss WEKO-Sekretariat ebenfalls eine Mengenbeschränkung darstellt. Schliesslich ist gemäss WEKO-Sekretariat eine Mengenabrede darin zu erkennen, dass nur solche Anbieter von Fernmeldediensten Zugang auf das Glasfasernetz erhalten sollten, die eine bestimmte Mindestabnahmemenge erfüllen.⁴⁵
- 68 Diese Praxis lässt sich sinngemäss auf die **NOVA-Plattform** übertragen. Sollten sich die konzessionierten Transportunternehmen im Rahmen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG darauf einigen, Dritten den Zugang zur NOVA-Plattform zum Zweck des Ticketvertriebs zu verweigern, so wäre ein solches Verhalten wohl als tatbestandsmässige Mengenabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren. Durch eine solche Abrede zwischen konzessionierten Transportunternehmen würde das Angebot

⁴⁵ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. FTTH Freiburg, RPW 2012/2 171, Rz. 86 ff., 108 ff.

an Vertriebsdaten und Vertriebsrechten, die einen Verkauf von öV-Tickets ermöglichen, eingeschränkt. Eine derartige Abrede wäre durch keine vorbehaltene Vorschrift des Personenbeförderungsrechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt. Insbesondere bezieht sich die auf Art. 17 PBG gestützte Kooperationspflicht im Bereich des Direkten Verkehrs nur auf das Verhältnis zwischen den Transportunternehmen – nicht aber auf das Verhältnis zwischen diesen und reinen Mobilitätsvermittlern ohne Personenbeförderungskonzession (Rz. 50, 55).

- 69 Harte Kartellabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG sind zwar nicht per se unzulässig, doch obliegt es den Abredeparteien nachzuweisen, dass (i) die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt und (ii) die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Eine **Widerlegung der Vermutung** der Wettbewerbsbeseitigung scheitert daran, dass Drittanbieter ohne Zugang zur NOVA-Plattform auf dem Vertriebsmarkt mit den Transportunternehmen nicht konkurrieren können und somit ohne einen solchen Zugang keinerlei Aussenwettbewerb besteht. Zudem besteht zwischen den konzessionierten Transportunternehmen wohl nur schon deshalb kein wirksamer Vertriebswettbewerb (Innenwettbewerb), weil diese den Ticketvertrieb gestützt auf gesetzliche Spezialvorschriften koordinieren (Art. 17 Abs. 1 PBG, Rz. 50) und sich gegenüber den Bestellern zu einem bestimmten Vertriebsangebot verpflichten (Art. 31a Abs. 4 lit b PBG; Rz. 43 f). Doch selbst wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegbar wäre, sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine **Gründe der wirtschaftlichen Effizienz** ersichtlich, die eine Boykottabrede zu rechtfertigen vermögen. Im Ergebnis würde damit eine Abrede zwischen konzessionierten Transportunternehmen, Dritten den Zugang zur NOVA-Plattform zu verweigern, eine unzulässige Mengenabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

b. Missbrauch von Marktmacht

- 70 Gemäss Art. 7 KG ist es Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung untersagt, ihre Stellung durch Ausbeutung der Marktgegenseite oder Behinderung und Verdrängung von Konkurrenten zu missbrauchen. Als **marktbeherrschend** gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG Unternehmen, die alleine (Einzelmarktbeherrschung) oder gemeinsam mit anderen Unternehmen (kollektive Marktbeherrschung) in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern wie namentlich konkurrierenden Anbietern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.
- 71 Infrastrukturen, auf deren Nutzung Drittanbieter zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen angewiesen sind, werden im Kartellrecht als **essential facilities** («wesentliche

Einrichtungen») bezeichnet. Eine wesentliche Einrichtung im kartellrechtlichen Sinne liegt vor, wenn deren Nutzung objektiv notwendig ist, um mit den bestehenden Anbietern auf einem nachgelagerten Markt wirksam in Konkurrenz treten zu können. Eine objektive Notwendigkeit ist gegeben, wenn eine konkurrenzfähige Tätigkeit im nachgelagerten Markt ohne Zugang zur Einrichtung aus rechtlichen oder faktischen Gründen unzumutbar oder unmöglich ist. Ferner ist vorausgesetzt, dass keine gleichwertige Alternative zur fraglichen Einrichtung besteht oder mit sinnvollen wirtschaftlichen und sachlichen Mitteln innerhalb eines angemessenen Zeitraums aufgebaut werden kann.⁴⁶

- 72 **Verweigert** die Betreiberin einer wesentlichen Einrichtung Dritten jeglichen Zugang, ohne dass die Verweigerung durch sachliche Gründe (*legitimate business reasons*) gerechtfertigt ist, so ist das Verhalten als missbräuchliche Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zu qualifizieren. So beurteilte das Bundesgericht in einem Urteil von 2003 die Weigerung der Freiburger Elektrizitätswerke, den Strom eines Drittunternehmens durch das eigene Stromverteilnetz zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG.⁴⁷
- 73 Die **NOVA-Plattform** ist mit einer wesentlichen Einrichtung vergleichbar. Drittanbieter erhalten nur dann Zugang zum Vertriebsmarkt für öV-Tickets, wenn sie Zugang zu den erforderlichen Vertriebsdaten haben sowie über das Vertriebsrecht und die Möglichkeit verfügen, die Zahlung der Ticketpreise und allfälliger Provisionen mit den individuellen Transportunternehmen abzurechnen. Es ist aufgrund der vorhandenen Informationen nicht davon auszugehen, dass auf ein alternatives System ausgewichen oder eine zweite Plattform mit zumutbarem Aufwand aufgebaut werden kann. Vor diesem Hintergrund bestehen deutliche Anzeichen, dass die NOVA-Plattform die Attribute einer wesentlichen Einrichtung aufweist und folglich deren Betreiberin als marktbeherrschendes

⁴⁶ Zur essential facility-Doktrin BGE 129 II 497 E. 6.5.1 (Freiburger Elektrizitätswerke); BGE 139 II 316 E. 6.1 (L'Etivaz); Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. Verbändevereinbarung Erdgas, RPW 2014/1 110, Rz. 104; STÄUBLE/SCHRANER, Dike-KG, Art. 7 KG, Rz. 229 ff.; GOHARI, Geschäftsbeziehungen, S. 230 ff.; vgl. auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 933 ff. (DCC), nicht rechtskräftig.

⁴⁷ BGE 129 II 497 E. 6.5.1 (Freiburger Elektrizitätswerke).

Unternehmen der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG untersteht (vgl. zur Marktstellung der Transportunternehmen und Verbände auch Rz. 105 ff.).⁴⁸

- 74 Verweigert die Betreiberin Dritten den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung, so gilt dieses Verhalten grundsätzlich als **unzulässige Verweigerung** von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. In einem aktuellen Urteil betreffend die Interoperabilität von Systemen bestätigt das Bundesverwaltungsgericht, dass auch die Verweigerung von Schnittstelleninformationen als missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gelten kann. Dabei wendet das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen dieselben Kriterien an, die auch bei der essential facility-Doktrin zur Anwendung gelangen.⁴⁹ Mit Blick auf diese Praxis und Rechtsprechung wird deutlich, dass die Verweigerung des Zugangs zur NOVA-Plattform – vorbehaltlich sachlicher Gründe – mit grosser Wahrscheinlichkeit gegen Art. 7 KG verstossen würde.
- 75 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich sodann unzulässig, wenn sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen **diskriminieren** (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Wenn die Betreiberin der NOVA-Plattform als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert wird und nicht allen interessierten Unternehmen – sowohl Transportunternehmen als auch aussenstehenden Mobilitätsvermittlern – Zugang zur Plattform gewährt, liegt zugleich eine Diskriminierung bei Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG vor, sofern die Ungleichbehandlung nicht auf sachlichen Gründen beruht.
- 76 Als **sachliche Gründe**, die eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bzw. eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern durch marktbeherrschende Unternehmen rechtfertigen können, gelten etwa Kapazitätsbegrenzungen, technische Schwierigkeiten oder der Schutz von Investitionen.

⁴⁸ Ob sämtliche Voraussetzungen einer wesentlichen Einrichtung gegeben sind und ob die Betreiberin als marktbeherrschendes Unternehmen gilt, kann nur im Rahmen einer umfassenden ökonomischen Untersuchung der relevanten Märkte abschliessend beurteilt werden; vgl. im Übrigen auch WEKO, Verfügung i.S. Swisscom Directories, RPW 2005/1 54, wonach Swisscom Directories AG, welche zum damaligen Zeitpunkt als einziges Unternehmen über Verzeichnisdaten verfügte (Rz. 176), im Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form über eine beherrschende Stellung verfügt (Rz. 198 ff.).

⁴⁹ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 933 ff. (DCC), nicht rechtskräftig.

- 77 Die NOVA-Nutzungsbedingungen definieren in Ziff. 3, welche Unternehmen Zugang zur Plattform haben. Gemäss Abs. 1 sind neben den konzessionierten Transportunternehmen und ihren Verbänden («TU/Verbände») juristische Personen ausserhalb der Branche mit **Sitz in der Schweiz** («Dritte») zur Anbindung an die NOVA-Plattform als Vermittler zugelassen. Es ist fraglich, ob das Erfordernis des Sitzes in der Schweiz vor dem kartellrechtlichen Verbot der Diskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen standhält. Ein möglicher Rechtfertigungsgrund für den Ausschluss ausländischer Unternehmen vom Zugang zur NOVA-Plattform könnte in der Sicherstellung der Haftung und der Verantwortung für die Einhaltung der NOVA-Nutzungsbedingungen liegen. Dieses Ziel wäre aber auch dadurch zu erreichen, dass ausländische Vermittler eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz bezeichnen (z.B. eine Zweigniederlassung), welche gegenüber der NOVA-Plattform als Partei auftritt, die gesamte Haftung übernimmt und die volle Verantwortung für die Einhaltung der NOVA-Nutzungsbedingungen trägt (vgl. Ziff. 3 Abs. 3).
- 78 Rechtsvergleichend ist in diesem Zusammenhang auf die **Praxis der französischen Wettbewerbsbehörde** hinzuweisen, wonach das Reservationssystem Résarail der staatliche Eisenbahngesellschaft Frankreichs (Société nationale des chemins de fer français, SNCF) als essential facility gilt. SNCF hat traditionellen Reisebüros und reinen online-Vermittlern zwar Zugang zum System Résarail gewährt, weshalb der Missbrauch nicht in der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen begründet war. Der Vorwurf lautete jedoch, dass der Zugang zu missbräuchlichen und diskriminierenden Konditionen gewährt wurde (dazu Rz. 84). Der Conseil de la concurrence hält dazu im Entscheid *SNCF/Expedia* fest:

« En l'espèce, Résarail est le principal système informatisé de réservation de la SNCF. Il contient les informations relatives aux horaires, aux places disponibles, aux tarifs des services de transport ferroviaire de voyageurs de la SNCF, hormis les produits iDTGV. En raison du monopole de la SNCF, une agence de voyages qui souhaite accéder au marché français de la distribution de billets de train n'a pas d'autre choix que de distribuer les produits de la SNCF et donc d'accéder aux informations contenues dans Résarail. Elle a également besoin de ces données pour offrir une gamme complète de services sur le marché français des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir. Or, elle est dans l'impossibilité matérielle de dupliquer ces informations qui ne sont connues

que de la seule SNCF. Les conditions posées par la Cour de cassation et par le Conseil (...) sont donc remplies. »⁵⁰

- 79 Mit Blick auf das **EU-Wettbewerbsrecht** gelangt die Analyse des MaaS-Gutachtens zum selben Resultat. Gemäss dem MaaS-Gutachten befinden sich öffentliche Transportunternehmen, die eine «wesentliche Einrichtung» in Gestalt eines Ticketinformations- und Buchungssystem betreiben, in einer marktbeherrschenden Stellung; entsprechend sind die Transportunternehmen gestützt auf Art. 102 AEUV verpflichtet, Mobilitätsvermittlern Zugang zum System zu gewähren.⁵¹ Diese Überlegungen zur Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts (Art. 102 AEUV) im Vertriebsmarkt für öV-Tickets lassen sich wie gezeigt auf das schweizerische Kartellrecht (Art. 7 KG) übertragen.
- 80 Von dieser Praxis abzugrenzen ist die Einschätzung des **deutschen Bundeskartellamtes** in Deutschland, wonach das Portal *bahn.de* aktuell keine wesentliche Einrichtung darstelle. Die Beurteilung des Bundeskartellamts bezieht sich jedoch nicht auf die Bereitstellung von Ticket- und Vertriebsinformationen, sondern auf die Frage, ob die Deutsche Bahn AG aufgrund der dominanten Stellung der Vertriebsplattform *bahn.de* verpflichtet sei, Tickets von anderen Eisenbahnunternehmen über das Portal *bahn.de* zu vertreiben.⁵² Dies sei nicht erforderlich, da durchaus die Möglichkeit eines Vertriebsplattform-Wettbewerbs bestünde. Darüber hinaus und mit Blick auf die hier relevante Fragestellung erachtet auch das Bundeskartellamt die Stellung der DB-Gruppe im Vertriebsmarkt als marktbeherrschend (vgl. Rz. 107). Im Übrigen stellt sich die der Beurteilung des Bundeskartellamts zugrundeliegende Frage in der Schweiz nicht im selben Masse, da die Transportunternehmen gestützt auf den Direkten Verkehr gemäss Art. 16 und 17 PBG ohnehin verpflichtet sind, ihre Tickets gegenseitig zu vertreiben. Entsprechend vertreibt etwa die SBB auch die Tickets anderer Transportunternehmen über ihre Vertriebsplattform *sbb.ch*.

⁵⁰ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 vom 5.2.2009, Rz. 239 (SNCF/Expedia).

⁵¹ MaaS-Gutachten, Ziff. 4.2.2 (a).

⁵² Bundeskartellamt, 7. Sektorgutachten Bahn (2019): Mehr Qualität und Wettbewerb auf der Schiene, Rz. 248.

2. Entgelt und Nutzungsbedingungen

81 Weiter gilt es zu prüfen, welche Anforderungen sich aus dem Kartellrecht für die Ausgestaltung der Bedingungen für die **Nutzung der NOVA-Plattform** ergeben. Dabei wird auf die aktuelle Fassung der NOVA-Nutzungsbedingungen vom 1. September 2019⁵³ Bezug genommen.

a. Erzwingung von unangemessenen Bedingungen

82 Die kartellrechtlich begründete Pflicht marktbeherrschender Unternehmen zur Öffnung des Zugangs zur NOVA-Plattform (Rz. 70 ff.) beinhaltet im Gegenzug das Recht der marktbeherrschenden Unternehmen auf eine **angemessene Entschädigung** für die Gewährung des Zugangs. Dabei ist Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu beachten, wonach die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als missbräuchlich gilt.

83 Der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise und sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG setzt erstens voraus, dass die von einem marktbeherrschenden Unternehmen der Marktgegenseite aufgezwungenen Geschäftsbedingungen **unangemessen** sind, d.h. in keinem Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung stehen.⁵⁴ Zweitens müssen die fraglichen Bedingungen der Marktgegenseite **aufgezwungen** werden. Diesbezüglich hat das Bundesgericht klargestellt, dass «nicht eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung erforderlich» ist.⁵⁵ Zu verlangen ist für einen Marktmissbrauch aber zumindest, «dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.»⁵⁶

⁵³ Übereinkommen der Alliance SwissPass (Ue500), Anlage 12: Nutzungsbedingungen NOVA-Plattform (NOVA-Nutzungsbedingungen), Stand 1. September 2019.

⁵⁴ STÄUBLE/SCHRANER, Dike-KG, Art. 7 KG Rz. 376; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 KG Rz. 276.

⁵⁵ BGE 137 II 199 E. 4.3.5 (Swisscom Terminierungsgebühr).

⁵⁶ BGE 137 II 199 E. 4.3.5 (Swisscom Terminierungsgebühr); CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 KG Rz 181; DUCREY, Kartellrecht, Rz. 1678.

- 84 Rechtsvergleichend ist an dieser Stelle wiederum auf den **Entscheid des französischen Conseil de la concurrence** i.S. *SNCF/Expedia* zu verweisen. Reine online-Vermittler mussten von SNCF eine Lizenz (licence Réservation des Agences de Voyages en Ligne) erwerben, um Zugang zum Buchungssystem Résarail zu erhalten, während klassische Reisebüros ihre Systeme über eigene Self Booking Tools mit Résarail verbinden konnten. Für die Ravel-Lizenz verlangte SNCF einen Fixbetrag zwischen EUR 1'500 und 54'000 sowie einen variablen Betrag von EUR 1.10 pro Buchung. Der Conseil de la concurrence gelangte zum Schluss, dass es sich dabei um missbräuchlich hohe Preise handelte, die sich als Marktzugangsschranke für online-Vermittlungsdienste auswirkte.⁵⁷
- 85 In der aktuellen Fassung der **NOVA-Nutzungsbedingungen** ist vorgesehen, dass der Zugang zur NOVA-Plattform für Mobilitätsvermittler unentgeltlich erfolgt. Gemäss Ziff. 9.1 Abs. 2 ist der «Vermittler-Typ Dritte» von der «Pflicht, die Investitions- und Betriebskosten sowie Abschreibungen und Reinvestitionen anteilig mitzutragen, befreit». Im Gegenzug verfügen Mobilitätsvermittler über keinen Anspruch auf eine Vermittlungsprovision gemäss Ziff. 6.3. Während eine kostenlose Nutzung der NOVA-Dienstleistungen kartellrechtlich selbstverständlich unbedenklich ist, erweist sich die Verweigerung einer Vermittlungsprovision als kartellrechtlich problematisch. Die kartellrechtliche Bedeutung der Verneinung des Anspruchs auf eine Vermittlungsprovision ist Gegenstand von Kap. IV (Rz. 122 ff.).

b. Diskriminierende Bedingungen

- 86 Soweit der Betreiber einer Buchungsplattform als marktbeherrschendes Unternehmen gilt, greift neben dem Verbot der Erzwungung von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) auch das **Verbot der Diskriminierung** von Geschäftspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG; vgl. zum Diskriminierungsverbot in Bezug auf den Zugang zur NOVA-Plattform Rz. 75).
- 87 Im Entscheid *SNCF/Expedia* qualifizierte der **französische Conseil de la concurrence** verschiedene Verhaltensweisen der SNCF als missbräuchliche Diskriminierungen von Geschäftspartnern:

⁵⁷ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009, Rz. 241-248 – *SNCF/Expedia*.

- SNCF gewährte online-Vermittlern nur dann Zugang zum Buchungssystem Réसारail, wenn diese eine **Ravel-Lizenz** erwarben, während *voyages.sncf.com* und andere Vermittler (wie klassische Reisbüros) auch ohne Lizenz und über eigene Self Booking Tools Zugang zum Buchungssystem erhielten.⁵⁸
 - Die SNCF führte im Jahr 2003 eine neue Vertriebsform ein und ermöglichte Kunden, die über den Vermittler *voyages.sncf.com* erworbenen Tickets **selber auszudrucken**. Diese Funktion stiess bei den Kunden auf grosse Nachfrage; beinahe die Hälfte der über *voyages.sncf.com* verkauften Tickets wurden von den Kunden selber ausgedruckt. Indem SNCF den anderen online-Vermittlern mit Ravel-Lizenz den Zugang zu dieser Druckfunktion verweigerte, versties sie gegen das Verbot von Marktmachtmissbrauch.⁵⁹
 - Online-Vermittler mit Ravel-Lizenz und ohne Zugang zur Druckfunktion waren ab 2003 faktisch vom Vertrieb von **Last-Minute-Angeboten ausgeschlossen**, da der Zeitraum zwischen Buchung und Reiseternin zu kurz war, um die Tickets den Kunden per Post zuzustellen. Erst mit der Einführung des e-Tickets im Jahr 2006 waren online-Vermittler in der Lage, Last-Minute-Angebote zu vertreiben.⁶⁰
 - Auf der Vertriebswebseite *voyages.sncf.com* hatten die Kunden die Möglichkeit, das gesamte Angebotsortiment **auf einer Webseite darzustellen** und auf einen Blick zu vergleichen, um so das beste Angebot auswählen zu können. Anderen online-Vermittlern mit Ravel-Lizenz war diese Möglichkeit hingegen verwehrt. Sie waren gezwungen, das attraktive und beschränkt verfügbare Produkt iDTGV (Sparbillete) auf einer vom übrigen Sortiment getrennten Webseite darzustellen, so dass die Kunden mehrere Schritte vornehmen mussten, um sämtliche Angebote vergleichen zu können.⁶¹
- 88 Ferner leitete auch das **Bundeskartellamt** im November 2019 ein Verfahren gegen die Deutsche Bahn wegen Missbrauchs von Marktmacht und Behinderung von Internet-Vermittlern beim Vertrieb von Fahrkarten ein. Gegenstand des Verfahrens bilden unter anderem die Fragen, ob die Deutsche Bahn ausreichende Daten über Zugverbindun-

⁵⁸ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009, Rz. 249-253 – SNCF/Expedia.

⁵⁹ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009, Rz. 258-260 – SNCF/Expedia.

⁶⁰ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009, Rz. 261-264 – SNCF/Expedia.

⁶¹ Conseil de la concurrence, Décision 09-D-06 du 5.2.2009, Rz. 265-267 – SNCF/Expedia.

gen weiterleitet, übermässige Vorgaben in Bezug auf Online-Marketing und Rabattgewährung macht und die Auffindbarkeit und Attraktivität von Mobilitätsvermittlern zu Unrecht einschränkt.⁶²

- 89 Diese Überlegungen der nachbarstaatlichen Wettbewerbsbehörden lassen sich **auf die NOVA-Plattform übertragen**. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist die Betreiberin von NOVA an das Diskriminierungsverbot nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gebunden. Die NOVA-Nutzungsbedingungen bilden in Ziff. 3 verschiedene Typen von «zugelassenen Vermittlern» und differenzieren im Wesentlichen zwischen konzessionierten Transportunternehmen und deren Verbände («TU/Verbände») und übrigen Vermittlern («Dritte»). Soweit NOVA für TU/Verbände und Dritte unterschiedliche Zugangskonditionen vorsieht, muss diese Differenzierung vor dem kartellrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Geschäftspartnern nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG standhalten.
- 90 Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Bestimmungen der NOVA-Nutzungsbedingungen als kartellrechtlich problematisch zu qualifizieren. Gemäss Ziff. 3 Abs. 4 der Bedingungen erhalten TU/Verbände «per se» Zugang zur Plattform, während Dritte einen **«Standardvertrag Zugang NOVA-Plattform»** (liegt den Gutachtern nicht vor) unterzeichnen müssen. Allein der Umstand, dass ein Vertrag abgeschlossen werden muss, stellt noch keine unzulässige Diskriminierung dar, zumal der Zugang für TU/Verbände zur Verwirklichung des Direkten Verkehrs gewährleistet sein muss. Es wird jedoch im Einzelnen zu prüfen sein, welche Konditionen der Vertrag für Dritte im Vergleich zu den Zugangskonditionen der TU/Verbände vorsieht und ob sich aus allfälligen Differenzierungen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ergeben.
- 91 Ziff. 4 der NOVA-Nutzungsbedingungen enthält Bestimmungen zu verfügbaren und freigegebenen **Sortimenten**. Gemäss Abs. 1 umfasst das NOVA-Sortiment «alle auf der Plattform vorgehaltenen Sortimente des nationalen Direkten Verkehrs, der Verbände und einiger Transportunternehmen im internen Verkehr». Abs. 2 legt fest, dass «alle auf der NOVA-Plattform vorgehaltenen Sortimente mit Ausnahme des Verkaufs personalisierter Abonnemente» für den Vertrieb freigegeben sind. Letzterer bleibt den Vermittlern des Typs «TU/Verbände» vorbehalten. Diese Differenzierung zwischen TU/Verbänden und Drittanbietern in Bezug auf die Nutzung des NOVA-Sortiments ist

⁶² Medienmitteilung «Bundeskartellamt untersucht in einem Verfahren gegen die Deutsche Bahn AG mögliche Behinderungen von Mobilitätsplattformen» vom 28.11.2019, erhältlich auf www.bundeskartellamt.de.

als Diskriminierung von Geschäftspartnern zu qualifizieren, sofern sie nicht sachlich (durch «legitimate business reasons») begründet ist. Grundsätzlich muss das gesamte Sortiment von NOVA (also z.B. auch Generalabonnement, Sparbillete etc.) auch den reinen Mobilitätsvermittlern zum Verkauf zur Verfügung stehen, andernfalls die Wettbewerbsfähigkeit der Vermittler in kartellrechtlich unzulässiger Weise eingeschränkt wird. Dies schliesst insbesondere auch Exklusivvereinbarungen zwischen Transportunternehmen und reinen Mobilitätsvermittlern in Bezug auf den Verkauf von NOVA-Sortimenten aus. In diesem Zusammenhang ist auch auf das MaaS-Gutachten hinzuweisen, welches gestützt auf das Verbot von Marktmachtmissbrauch (Art. 102 AEUV) ableitet, dass den Mobilitätsvermittlern das gesamte Ticketsortiment angeboten werden muss.⁶³ Ob bestimmte Rechtfertigungsgründe für eine Einschränkung des Sortiments vorliegen, kann gestützt auf die dem Gutachten zugrundeliegenden Informationen nicht beurteilt werden. Es obliegt NOVA bzw. den TU/Verbänden, die Rechtfertigungsgründe geltend zu machen und nachzuweisen. Gelingt ihnen dies nicht, so gelten die Einschränkung des Ticketsortiments für reine Mobilitätsvermittler bzw. Exklusivvereinbarungen mit einzelnen Mobilitätsvermittlern als Missbrauch von Marktmacht im Sinne von Art. 7 KG.

3. Fazit

- 92 Zusammenfassend stellt das Kartellgesetz an den Zugang zur NOVA-Plattform sowie die Nutzung derselben durch Mobilitätsvermittler ohne Personenbeförderungskonzession folgende Anforderungen:
- Eine Abrede zwischen konzessionierten Transportunternehmen, Dritten den Zugang zur NOVA-Plattform zu verweigern (**Boykottabrede**), wäre eine unzulässige Mengenabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (Rz. 66 ff.).
 - Es ist davon auszugehen, dass die NOVA-Plattform im Vertriebsmarkt für öV-Tickets eine wesentliche Einrichtung im Sinne des Kartellrechts («essential facility») darstellt und deren Betreiberin folglich als **marktbeherrschendes Unternehmen** der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG untersteht. Eine Verweigerung des Zugangs von Mobilitätsvermittlern zur NOVA-Plattform würde die Miss-

⁶³ MaaS-Gutachten, Ziff. 6 (a).

- brauchstatbestände von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) und Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) erfüllen, wenn sie ohne sachliche Gründe erfolgte. Ob der von den NOVA-Nutzungsbedingungen vorgesehene Ausschluss ausländischer Unternehmen vom Zugang zur NOVA-Plattform auf hinreichenden sachlichen Gründen beruht, ist fraglich (zum Ganzen Rz. 70 ff.).
- Die Betreiberin der NOVA-Plattform darf als marktbeherrschende Anbieterin von Mobilitätsvermittlern für den Zugang zur Plattform **keine unangemessene Entschädigung erzwingen** (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Gemäss den aktuellen NOVA-Nutzungsbedingungen haben Dritte entschädigungsfreien Zugang zur Plattform. Dies ist kartellrechtlich unproblematisch (zum Ganzen Rz. 82 ff.). Demgegenüber erhalten Dritte im Unterschied zu den konzessionierten Transportunternehmen keine Provision für die Vermittlung von öV-Tickets (zur kartellrechtlichen Beurteilung des fehlenden Anspruchs auf Vermittlungsprovision Rz. 122 ff.).
 - Als marktbeherrschendem Unternehmen ist der Betreiberin von NOVA sodann eine **Diskriminierung bei Geschäftsbedingungen** untersagt (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG). Die aktuellen NOVA-Nutzungsbedingungen benachteiligen in Bezug auf die Nutzung des NOVA-Sortiments reine Mobilitätsvermittler gegenüber den konzessionierten Transportunternehmen und deren Verbänden («TU/Verbünde»). Diese Ungleichbehandlung ist geeignet, gegen das Diskriminierungsverbot und somit das Verbot von Marktmachtmissbrauch zu verstossen. Darüber hinaus bleibt insbesondere der von Dritten zu unterzeichnende (den Gutachtern nicht vorliegende) Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» auf mögliche missbräuchliche Bestimmungen zu untersuchen (zum Ganzen Rz. 86 ff.).

IV. Preise und Provisionen

- 93 Im vorliegenden Kapitel gilt es, die kartellrechtlichen Anforderungen an die Preise und Provisionen im Vertriebsmarkt für öV-Tickets zu analysieren. Mit den Preisen sind zum einen die von den Kundinnen und Kunden zu bezahlenden Endverkaufspreise für öV-Tickets (Tarife) gemeint. Zum anderen geht es um die Grosshandelspreise, die von den Mobilitätsvermittlern an die Transportunternehmen für die Tickets zu entrichten sind. Mit den Provisionen sind demgegenüber die Entschädigungen angesprochen, welche Transportunternehmen den Mobilitätsvermittlern für den Ticketverkauf bezahlen. **Im Folgenden** wird als Grundlage für die kartellrechtliche Analyse im Sinne einer Vorfrage geklärt, wer im öffentlichen Verkehr berechtigt und verpflichtet ist, die Ticketpreise festzulegen (Frage der Tarifhoheit, Rz. 94 ff.). Anschliessend kann untersucht werden, welche Vorgaben sich aus dem Kartellrecht in Bezug auf die Preise (Rz. 104 ff.) und die Provisionen (Rz. 122 ff.) ergeben.

1. Festsetzung der Ticketpreise im öffentlichen Verkehr (Tarifhoheit)

- 94 Gemäss Art. 15 Abs. 1 PBG stellen die **konzessionierten Transportunternehmen** für ihre Leistungen Tarife auf, wobei der Tarif die Voraussetzungen nennt, unter welchen ein bestimmter Preis für die Beförderung und damit zusammenhängende Leistungen zur Anwendung kommt. Das Recht und die Pflicht zur Festlegung der Ticketpreise, d.h. die Tarifhoheit, liegt nach dieser unmissverständlichen Regelung somit bei den Transportunternehmen. Die Tariffestsetzung durch die Transportunternehmen untersteht der Aufsicht des BAV, welches zur Prüfung der Tarife von den Unternehmen die Berechnungsgrundlagen herausverlangen kann (Art. 15 Abs. 7 PBG).
- 95 Art. 16 Abs. 2 PBG verlangt von den Transportunternehmen, zur Gewährleistung des **Direkten Verkehrs (DV)** gemeinsame Tarife und Fahrausweise festzulegen. Zu diesem Zweck müssen die am Direkten Verkehr beteiligten Transportunternehmen ihre gegenseitigen Beziehungen regeln (Art. 17 PBG). Zur Gewährleistung des schweizweiten Direkten Verkehrs haben dies die Transportunternehmen in Gestalt der Organisation Alliance Swiss Pass getan. Die Tarifvorschriften für den Direkten Verkehr werden von Alliance Swiss Pass erarbeitet, wie etwa die gemeinsamen Tarif-Nebenbestimmungen für den DV (T600), die Bestimmungen für den allgemeinen Personentarif (T601),

für Sparbillette (T601.10) oder für Vergünstigung für Kinder (T600.3).⁶⁴ Sämtliche Übereinkommen über den Direkten Verkehr bedürfen der Genehmigung des BAV (Art. 17 Abs. 3 Satz 2 PBG). Im Bereich des Direkten Verkehrs nehmen damit die Transportunternehmen von Gesetzes wegen ihre Tarifhoheit gemeinsam wahr, was eine teilweise Abgabe der Einzeltarifhoheit der Transportunternehmen an die gemeinsame Organisation impliziert (vgl. Art. 17 Abs. 3 Satz 1 PBG). Die Aufsicht über die Festlegung der DV-Tarife wird vom BAV im Rahmen der Entscheide über die Genehmigung der DV-Übereinkommen ausgeübt.

- 96 Gemäss Art. 56 Abs. 1 VPB kann sich ein Direkter Verkehr auch nur über Teile der Schweiz oder über einzelne Agglomerationen und Regionen inner- und ausserhalb von Organisationen nach Art. 17 PBG erstrecken. Somit können einzelne Transportunternehmen auch für bestimmte Gebiete bilaterale oder multilaterale Übereinkommen über den DV abschliessen. Die **Tarif- und Verkehrsverbünde** stellen solche regionalen tarifarischen Zusammenschlüsse der Transportunternehmen dar. Die Verbünde wurden seit den 1980er Jahren in Städten und Agglomerationen entwickelt. Gegenwärtig existieren 17 Tarifverbünde (z.B. Libero, Passepartout, Ostwind, Mobilis, Arcobaleno) sowie ein Verkehrsverbund (Zürcher Verkehrsverbund, ZVV). Jeder Tarifverbund hat eine eigenständige Organisationsstruktur, die in einem Rahmenvertrag, Zusammenarbeitsvertrag oder in einer Verbundvereinbarung geregelt ist. Das wichtigste Gremium ist in der Regel der Verbundrat bzw. Verbundausschuss. In diesem haben Vertreter der am Verbund teilnehmenden Transportunternehmen, die involvierten Kantone sowie das BAV mit beratender Stimme Einsitz. Der Verbundrat bestimmt insbesondere über die Zoneneinteilung innerhalb des Verbundes sowie die Tariffhöhe. Im Unterschied zum Direkten Verkehr, bei welchem die Kundinnen und Kunden ein Ticket von Haltestelle A nach Haltestelle B kaufen (Streckentarif), besteht ein Verbund aus einem Zonenplansystem. Demnach kann sich der Fahrgast innerhalb einer Zone mit seiner Fahrkarte während einer bestimmten Zeit frei bewegen (Zonentarif). Die beiden unterschiedlichen Tarifsysteme können zu Überlappungen und Konflikten führen.
- 97 Die Tariffestsetzung durch die Verbünde dient somit der Gewährleistung des DV in den jeweiligen Regionen. Zu diesem Zweck sind die konzessionierten Transportunternehmen aufgrund von Art. 17 PBG i.V.m. Art. 56 Abs. 1 VPG befugt, ihre **Tarifhoheit den Verbänden zu übertragen**. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Transportunternehmen innerhalb des Verbunds die – gemeinsam ausgeübte – Hoheit über die Tarife behalten

⁶⁴ Erhältlich auf <https://www.allianceswisspass.ch/de/Themen/TarifeVorschriften>.

und nicht ganz oder teilweise an Dritte abgeben, welche über keine Personenbeförderungskonzession verfügen. Wie vorne ausgeführt ist die Tariffestsetzung Teil des Personenbeförderungsregals; die Tariffestsetzung setzt somit eine Personenbeförderungskonzession voraus (Rz. 30 ff.). Das Gesetz verpflichtet entsprechend die konzessionierten Transportunternehmen (Art. 15 PBG), die Tarife zu bestimmen. Die Tarifhoheit der Transportunternehmen gilt auch im Direkten Verkehr, für dessen Sicherstellung die Transportunternehmen «gemeinsame Tarife und Fahrausweise» erstellen (Art. 16 abs. 2 PBG) und ihre «gegenseitigen Beziehungen» regeln (Art. 17 Abs. 1 PBG). Daraus folgt, dass eine (teilweise) Übertragung der Tarifhoheit von konzessionierten Transportunternehmen auf Dritte einer (teilweisen) Übertragung der Personenbeförderungskonzession durch das dafür zuständige BAV bedürfte (Art. 6 Abs. 4 PBG; Art. 18 VPB). Eine (teilweise) Übertragung der Tarifhoheit auf nicht-konzessionierte Dritte findet namentlich dann statt, wenn innerhalb eines Tarif- oder Verkehrsverbundes einem Kanton nicht nur beratende Funktion, sondern ein Stimmrecht in Bezug auf die Tariffestsetzung eingeräumt wird. Eine solche Übertragung der Tarifhoheit auf Kantone steht im Widerspruch zum Personenbeförderungsrecht des Bundes, sofern dafür nicht eine Ausnahme vorgesehen ist, was im Folgenden zu prüfen ist.

- 98 Fraglich ist zunächst, ob sich eine Übertragung von Tariffestsetzungskompetenzen auf Art. 19 VPB abstützen könnte. Nach dieser Bestimmung können einzelne Rechte und Pflichten aus der Konzession, insbesondere der Fahrbetrieb, mit einem **Betriebsvertrag** auf eine Drittperson übertragen werden (Abs. 1), wobei das konzessionierte Unternehmen gegenüber dem Bund weiterhin für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich bleibt (Abs. 2); die Betriebsverträge sind dem BAV zur Kenntnisnahme zuzustellen (Abs. 4). Aus dem Wortlaut von Art. 19 VPB geht hervor, dass «einzelne Rechte und Pflichten» betrieblicher Natur übertragen werden dürfen. Mit Blick auf das im formellen Gesetz verankerte Personenbeförderungsregal muss es sich dabei um untergeordnete Rechte und Pflichten handeln, da ansonsten das Regalrecht des Bundes und das damit verbundene Konzessionssystem durch vertragliche Vereinbarungen der Konzessionärinnen mit Dritten unterlaufen werden könnte. Die in Art. 12 ff. PBG verankerten Grundpflichten der Transportunternehmen, insbesondere die Tarifpflicht, stellen jedoch wesentliche Aspekte der Personenbeförderungskonzession dar und nicht einzelne, untergeordnete Aufgaben betrieblicher Natur. Aus diesen Gründen steht das Personenbeförderungsregal einer gänzlichen oder teilweisen Abgabe der Tarifhoheit mittels Vertrag an nicht-konzessionierte Dritte (z.B. an die Kantone) entgegen.
- 99 Für den **Bereich des bestellten Verkehrs** (Grundversorgung im regionalen Personenverkehr) sieht Art. 31a PBG vor, dass die zwischen den Bestellern (Bund und Kantone)

und den Transportunternehmen abzuschliessenden Angebotsvereinbarungen insbesondere die Tarife regeln (Abs. 4 lit. d). Der Gesetzgeber erteilt damit den Bestellern das Recht, die Tarife für den bestellten regionalen Personenverkehr im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen mitzubestimmen. Dies ist insofern konsequent, als die Besteller das Verkehrsangebot mit Abgeltungen mitfinanzieren und die Höhe dieser Abgeltungen unter anderem von den Tarifen und den damit erzielten Erträgen der finanzierten Transportunternehmen abhängt.

- 100 Art. 31a Abs. 4 lit. d PBG überträgt jedoch die Tarifhoheit von den konzessionierten Transportunternehmen (Art. 15 PBG) keineswegs an die Besteller des Verkehrsangebots. Vielmehr bleibt aufgrund der erforderlichen vertraglichen Einigung (Konsensprinzip) die Zustimmung der Transportunternehmen vorausgesetzt. Für den Fall, dass zwischen Bestellern und Unternehmen keine Einigung zustande kommt, sieht der Gesetzgeber vor, dass das BAV das Verkehrsangebot und die Abgeltung festlegt (Art. 31a Abs. 6 PBG). Diese **subsidiäre Schiedsrichterfunktion des BAV** im Rahmen des bestellten Angebots umfasst auch die Festlegung der Tarife, die integraler Bestandteil des Verkehrsangebots im Sinne von Art. 31a PBG darstellen.
- 101 Die sich aus Art. 31a Abs. 6 PBG ergebende subsidiäre Tariffestsetzungskompetenz des BAV im Bereich des bestellten regionalen Personenverkehrs ergänzt dessen Befugnisse zur Überprüfung der Tarife der Transportunternehmen (Rz. 94) und der Genehmigung der Übereinkommen des Direkten Verkehrs (Rz. 95). Dem BAV kommen damit im Tarifbereich weitreichende **Aufsichtskompetenzen** zu. Dem BAV steht es dabei offen, für die Ausübung der Aufsicht inhaltliche Leitlinien aufzustellen, etwa Grundsätze zur Bildung der Tarife oder zum Ticketsortiment. Solche Leitlinien hätten den Charakter einer Verwaltungsverordnung und stünden im Dienst einer berechenbaren und einheitlichen Wahrnehmung der Aufsichtstätigkeit.
- 102 Das Recht der Besteller auf Mitbestimmung der Tarife im Bereich des bestellten regionalen Personenverkehrs gemäss Art. 31a Abs. 4 lit. d PBG kann als **Ausdruck eines fiskalischen Äquivalenzprinzips** verstanden werden. Dieses Prinzip besagt zum einen, dass das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, deren Kosten trägt. Zum anderen soll das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, über diese Leistung bestimmen können. Für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen ist das fiskalische Äquivalenzprinzip in Art. 43a Abs. 2 und 3 BV verankert. Das Prinzip hat dabei die Funktion einer Leitlinie für die Gesetzgebung und die Gestaltung des Vollzugs in

Bund und Kantonen.⁶⁵ Mangels Justiziabilität lassen sich aus dem Prinzip der fiskalischen Äquivalenz indessen keinerlei Zuständigkeiten von Gemeinwesen oder Behörden ableiten, schon gar nicht in Abweichung von Zuständigkeiten, die in einem Bundesgesetz wie dem Personenbeförderungsgesetz verankert sind (vgl. Art. 190 BV).⁶⁶ Infolgedessen lassen sich unter Berufung auf ein wie auch immer geartetes Äquivalenzprinzip keine Befugnisse zur Festlegung von Tarifen im öffentlichen Verkehr begründen.

- 103 Die vorstehenden Ausführungen führen zum **Ergebnis**, dass die Tarifhoheit bei den konzessionierten Transportunternehmen liegt (Art. 15 PBG) und von diesen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs gemeinsam wahrgenommen wird (Art. 16 und 17 PBG). Die Besteller des Angebots im Bereich des regionalen Personenverkehrs (Bund und Kantone) können im Rahmen der Angebotsvereinbarungen mit den Transportunternehmen die Tarife mitbestimmen, wobei das BAV bei fehlender Einigung die Tarife festsetzt (Art. 31a PBG). Kantone und anderen Dritten, die über keine Personenbeförderungskonzession verfügen, kommen hingegen keine Tariffestsetzungskompetenzen zu. Eine vollständige oder teilweise Übertragung solcher Kompetenzen durch die Transportunternehmen auf Dritte bedürfte einer partiellen Übertragung der Personenbeförderungskonzession durch das BAV (Rz. 101 f.). Transportunternehmen ist es somit insbesondere verwehrt, Kantone innerhalb von Tarif- und Verkehrsverbänden Stimmrechte in Bezug auf die Tariffestlegung einzuräumen. Die Kantone können nach geltendem Personenbeförderungsrecht einzig als Besteller von Verkehrsleistungen auf die Tarife Einfluss nehmen. Vorbehalten bleiben jene Konstellationen, in denen Kantone konzessionierte Transportunternehmen besitzen bzw. beherrschen und kraft ihrer Position als Eigner in Ausübung ihrer unternehmensrechtlichen Mitwirkungsrechte Einfluss auf die Tarife nehmen können. Abgesehen von solchen Konstellationen sind kan-

⁶⁵ Botschaft NFA, BBI 2002 2458; SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler BV-Kommentar, Art. 43a Rz. 5.

⁶⁶ Zur fehlenden Justiziabilität des Prinzips: Botschaft NFA, BBI 2002 2458; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 43a Rz. 2; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 607; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 19 Rz. 8a. SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar, Art. 43a BV, Rz. 13, ziehen immerhin eine Nichtanwendung von Bundesverordnungen, die das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz verletzen, in Betracht.

tonale Regelungen, welche die Tarifhoheit dem Kanton übertragen oder diesem Tariffestsetzungskompetenzen in einem Verbund verleihen,⁶⁷ als bundesrechtswidrig zu erachten.

2. Kartellrechtliche Anforderungen an Preise

a. Verbot von Preisabreden und Preismissbrauch

- 104 Das Kartellgesetz qualifiziert horizontale und vertikale Preisabreden als **harte Kartelle**. Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gelten Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Preisbestandteilen, Rabatten, Gewinnmargen u.a. als sanktionsbedrohte Verhaltensweisen. Gleiches gilt gemäss Art. 5 Abs. 4 KG für Abreden über Wiederverkaufspreise zwischen Unternehmen auf unterschiedlicher Vertriebsstufen (sog. Preisbindung zweiter Hand). Bei solchen harten Kartellen besteht eine gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Selbst wenn diese Vermutung widerlegt werden kann, gilt seit dem Präjudiz des Bundesgerichts i.S. *Gaba*, dass harte Kartelle grundsätzlich immer eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen und folglich unzulässig sind. Bei horizontalen und vertikalen Preisabreden ist ein Rechtfertigungsgrund der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG in der Praxis kaum je gegeben.
- 105 Sodann ist davon auszugehen, dass die konzessionierten Transportunternehmen aufgrund ihrer Monopolstellung im Markt für Personenbeförderung zusammen mit den Verbänden auch im Vertriebsmarkt eine **beherrschende Stellung** einnehmen (vgl. Rz. 73 zur Qualifikation von NOVA als essential facility).
- 106 Rechtsvergleichend ist in diesem Zusammenhang auf die kartellrechtliche Praxis in EU-Mitgliedstaaten hinzuweisen, wonach marktmächtige Transportunternehmen auch als Nachfrager von Vermittlungsdiensten im Vertriebsmarkt als marktbeherrschend gelten.

⁶⁷ So etwa § 17 Abs. 1 Gesetz des Kantons Zürich über den öffentlichen Personenverkehr (PVG; LS 740.1), wonach der Verkehrsrat des Verkehrsverbundes des Kantons Zürich (ZVV) den für das Verbundangebot geltenden Tarif sowie das Fahrausweissortiment nach Anhören der Gemeinden, der regionalen Verkehrskonferenzen und der Transportunternehmungen festsetzt und der Tarif der Genehmigung durch den Regierungsrat bedarf.

So hält der **französische Conseil de la concurrence** mit Blick auf die Stellung von SNCF im Ticketvertriebsmarkt fest:

« (...) la SNCF est la seule entreprise ferroviaire en raison de son monopole légal. Elle se trouve donc en situation de monopsonne à l'égard des agences de voyages. (...) Par conséquent, en l'espèce, la situation de monopsonne de la SNCF lui confère une position dominante comme acheteur sur le marché français des services de distribution de billets de train. »⁶⁸

- 107 Im gleichen Sinne führt das **deutsche Bundeskartellamt** im Fallbericht i.S. Schienenpersonenverkehr vom 24. Mai 2016 aus:

«Das Verfahren betrifft die Märkte für die bundesweite Erbringung von Vertriebsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Fahrkarten im Schienenpersonenverkehr, inklusive sämtlicher Vertriebskanäle. Unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung verfügt die Deutsche Bahn AG nach Auffassung des Bundeskartellamts über eine marktbeherrschende Stellung».⁶⁹

- 108 Diese Erwägungen der nachbarstaatlichen Wettbewerbsbehörden zur Stellung der Transportunternehmen im Vertriebsmarkt lassen sich aufgrund der vergleichbaren Monopolstellungen der Transportunternehmen auch auf die Schweiz übertragen. Nach ständiger Praxis gilt Art. 7 KG schliesslich auch dann, wenn die beherrschende Stellung und das missbräuchliche Verhalten **zwei unterschiedliche Märkte** betreffen.⁷⁰ Entsprechend untersteht das Verhalten der konzessionierten Transportunternehmen im Vertriebsmarkt grundsätzlich der Missbrauchskontrolle nach Art. 7 KG.

⁶⁸ EU-Kommission, 2000/74/EG i.S. Virgin/British Airways vom 14.7.1999, ABI L 30 2000, Rz. 90: «BA ist auf dem britischen Markt für Luftverkehrsvermittlungsdienste der beherrschende Käufer. Seine Position auf den britischen Märkten für Flugreisen verleiht ihm eine einzigartige beherrschende Stellung im Hinblick auf die britischen Reisevermittler, von denen das Unternehmen Luftverkehrsvermittlungsdienste kauft»; bestätigt durch EuG, T-219/99 i.S. British Airways/Kommission vom 17.12.2003, ECLI:EU:T:2003:343, Rz. 101 ff.

⁶⁹ Bundeskartellamt, Fallbericht B9-136/13 i.S. Schienenpersonenverkehr vom 24.5.2016, S. 1.

⁷⁰ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. ewb, RPW 2014/1 87, Rz. 63 und 65 mit Verweis auf BGE 139 I 72 E. 10.1.1 (Publigroupe); DIEBOLD/KREIS, Kartell- und Stromversorgungsrecht, Rz. 52.

b. Bildung der Endverkaufspreise

- 109 Die NOVA-Nutzungsbedingungen sehen in Ziff. 5.1 Abs. 2 Nr. 4 vor, dass sich die angeschlossenen Vermittler an die Tarife der Tarifeigner halten. Der gleiche Grundsatz ergibt sich aus Ziff. 5.2 Abs. 2, wonach Vermittler die NOVA-Sortimente zum aktuell gültigen Tarif an die Reisenden verkaufen müssen. Rabatte sind nur mit der Genehmigung des Tarifeigners möglich. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine **vertikale Preisbindung**. Der Tarifeigner verpflichtet sowohl die konzessionierten als auch die nicht-konzessionierten Vermittler, die öV-Tickets zu einem festgelegten Wiederverkaufspreis zu verkaufen.
- 110 Wie gezeigt unterliegen die Tarife, d.h. die Endverkaufspreise für öV-Tickets, nicht dem Wettbewerb. Die Festsetzung der Tarife ist Teil des Personenbeförderungsregals (Art. 4 PBG) und obliegt den konzessionierten Transportunternehmen (Art. 15 PBG) bzw. der Organisation des Direkten Verkehrs (Alliance Swiss Pass; Art. 16 und 17 PBG; Art. 55a VPB). Es handelt sich dabei um vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, weshalb die Bildung der Endverkaufspreise **vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen** ist (Rz. 57 f.). Die erwähnten Tarifvorgaben in den NOVA-Nutzungsbedingungen (Rz. 109) stellen damit weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Marktmacht im Sinne des Kartellgesetzes dar. Damit ist auch das sich aus Art. 7 Abs. 2 lit. d KG ergebende Verbot von Kampfpreisen marktbeherrschender Unternehmen in Gestalt nicht kostendeckender Ticket-Angebote unbeachtlich.⁷¹

c. Bildung der Grosshandelspreise

- 111 Aus den **NOVA-Nutzungsbedingungen** ergeben sich weiter Vorgaben zu den Preisen, welche Tarifeigner von den Vermittlern für den Verkauf der Tickets verlangen (Grosshandelspreise). So sehen die Nutzungsbedingungen in Ziff. 5.2 Satz 1 vor, dass die Vermittler die Tickets «zum aktuell gültigen Tarif bei der NOVA-Plattform beziehen» müssen. «Die Gewährung von Rabatten für terminierte und zeitlich beschränkte Verkaufsförderungsmaßnahmen ist nur mit Genehmigung des Tarifeigners möglich» (Satz 4).

⁷¹ Dazu MaaS-Gutachten, Ziff. 4.2.2 (c).

- 112 Im Unterschied zu den Endverkaufspreisen enthält das Personenbeförderungsrecht zu den Grosshandelspreisen keine Vorschriften. Die konzessionierten Transportunternehmen müssen ihre Grosshandelspreise frei bestimmen und Mobilitätsvermittlern öV-Tickets zu tieferen Preisen als solchen auf dem Endkundenmarkt verkaufen. Dadurch werden Geschäftsmodelle ermöglicht, bei denen Transportunternehmen durch einen Drittvertrieb eigene Vertriebskosten einsparen und Mobilitätsvermittler auf dem Endverkaufspreis zugleich eine Gewinnmarge erzielen können. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften zu den Grosshandelspreisen fällt deren Bildung in den **Anwendungsbereich des Kartellgesetzes** (zum Ganzen Rz. 59 f.).
- 113 Die NOVA-Nutzungsbedingungen verlangen im Grundsatz, dass die Grosshandelspreise den Endverkaufspreisen entsprechen, wobei die Gewährung von Rabatten für terminierte und zeitlich beschränkte Verkaufsförderungsmassnahmen mit Zustimmung des Tarifeigners zugelassen wird (Rz. 112). Damit ist es den Tarifeignern jedoch untersagt, **zwischen Endverkaufs- und Grosshandelspreisen frei zu differenzieren**. Diese Einschränkung der Bildung von Grosshandelspreisen ist sowohl unter Art. 5 KG (unzulässige Wettbewerbsabreden) als auch unter Art. 7 KG (Missbrauch von marktmacht) problematisch.
- 114 Soweit die NOVA-Nutzungsbedingungen auf der Grundlage einer Willensübereinstimmung der Transportunternehmen und Verbände beruhen, könnte es sich bei der Einschränkung der Bildung von Grosshandelspreisen um eine **horizontale Preisabrede** nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG handeln. Vorausgesetzt ist dabei, dass auf dem Grosshandelsmarkt zwischen den Tarifeignern bzw. den Mobilitätsvermittlern tatsächlich oder potenziell wirksamer Wettbewerb besteht. Ob dies der Fall ist, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft untersucht werden. Wenn dem aber so ist, liegt ein hartes Kartell vor, welches die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung begründet. Um die Vermutung zu widerlegen, müssten Transportunternehmen und Verbände nachweisen, dass trotz der Abrede auf dem Grosshandelsmarkt genügend Restwettbewerb möglich ist. Gelingt ihnen dieser Nachweis nicht, liesse sich die Wettbewerbsbeseitigung nur noch aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Art. 5 Abs. 2 KG); solche Gründe sind vorliegend nicht ersichtlich.
- 115 Wie gezeigt handelt es sich bei den konzessionierten Transportunternehmen und den Verbänden um **marktbeherrschende Unternehmen** (Rz. 105 ff.). Die Transportunternehmen und Verbände dürfen ihre Marktmacht durch Bildung der Grosshandelspreise bzw. Bestimmung des Verhältnisses zwischen Gross- und Einzelhandelspreisen nicht

missbrauchen. Die kartellrechtlichen Vorgaben zum Verhältnis zwischen Grosshandels- und Endverkaufspreisen (Kosten-Preis-Schere) werden nachfolgend in einem eigenen Unterkapitel untersucht (sogleich Rz. 116 ff.).

d. Verhältnis Grosshandels- und Endverkaufspreise (Kosten-Preis-Schere)

- 116 Gemäss Praxis und Lehre ist es Unternehmen, die ein Produkt sowohl auf Grosshandels- als auch Einzelhandelsstufe anbieten (vertikal integrierte Unternehmen) gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG untersagt, eine allfällige Marktmacht dazu zu missbrauchen, Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt mittels einer sog. **Kosten-Preis-Schere** (margin squeeze) aus dem Markt zu drängen. Als Kosten-Preis-Schere wird das Preissetzungsverhalten eines vertikal integrierten Unternehmens bezeichnet, das darin besteht, die Preisspanne zwischen einem Vorleistungsprodukt und einem Endprodukt so zu verringern, dass die auf das Vorleistungsprodukt angewiesenen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens nicht in der Lage sind, ihr Endprodukt konkurrenzfähig und profitabel auf den Markt zu bringen.⁷²
- 117 Damit eine Kosten-Preis-Schere überhaupt entstehen und den Wettbewerb beeinflussen kann, müssen **folgende Gegebenheiten** bestehen:
- Erstens ist notwendig, dass die Nachfrager im Vorleistungsmarkt **keine alternativen Bezugsquellen** haben. Im Produktesektor kann dies der Fall sein, wenn es sich beim vertikal integrierten Unternehmen um die einzige Produzentin handelt, sei es aufgrund knapper Ressourcen oder aufgrund einer urheberrechtlich geschützten Herstellungstechnologie. Häufiger handelt es sich aber um Situationen, in denen das vertikal integrierte Unternehmen eine Infrastruktur, die für den Zugang zum nachgelagerten Markt notwendig ist, selber aufgebaut hat und kontrolliert. Betroffen von solchen Konstellationen sind vor allem die Dienstleistungsbranchen, wie beispielsweise der Telekommunikations-,⁷³ Transport- oder Energiesektor.

⁷² VLCEK, unangemessene Preise, Rz. 364 ff.; HEINEMANN, Informationstechnologie, S. 367; GOHARI, Margin Squeeze, S. 205; STÄUBLE/SCHRANER, Dike-KG, Art. 7 KG Rz. 173 ff.

⁷³ Ausführlich CANOY/DE BIJL/KEMP, Telecommunications Networks, S. 150 ff.

- Zweitens ist neben dem Fehlen von alternativen Anbietern im vorgelagerten Markt notwendig, dass das vertikal integrierte Unternehmen sein **Vorleistungsprodukt überhaupt zum Verkauf anbietet** und so den Wettbewerb zum Endprodukt begründet. Dafür können kaufmännische Gründe eine Rolle spielen. Wahrscheinlicher ist für das Eintreten der Kosten-Preis-Schere jedoch, dass das vertikal integrierte Unternehmen aufgrund regulatorischer oder kartellrechtlicher Auflagen zur Öffnung des vorgelagerten Marktes gezwungen ist.
- 118 Mit dem Entscheid *Preispolitik Swisscom ADSL* vom 19. Oktober 2009 hat sich die WEKO zum erstem Mal fundiert mit dem aus dem europäischen Wettbewerbsrecht bekannten Konzept der Kosten-Preis-Schere eines vertikal integrierten Unternehmens auseinandergesetzt.⁷⁴ Die WEKO sanktionierte Swisscom mit knapp CHF 220 Mio., weil die Preisspanne zwischen dem Endkundenpreis für ADSL-Breitbandinternet von Bluewin und dem Preis von Swisscom für das Vorleistungsprodukt des Netzzugangs derart klein war, dass Konkurrenten wie Sunrise, VTX oder Green nicht in der Lage waren, das Endprodukt ADSL-Breitbandinternet profitabel anzubieten.⁷⁵ Das Bundesgericht hat die Verfügung der WEKO mit Urteil vom 9. Dezember 2019 inhaltlich bestätigt. Gemäss diesem Urteil ist die Kosten-Preis-Schere anhand der folgenden **Kriterien** zu prüfen:⁷⁶
- Ein vertikal integriertes Unternehmen ist sowohl auf dem Vorprodukte- als auch dem Endproduktmarkt tätig und gilt auf dem Vorproduktmarkt als marktbeherrschend;
 - Das vertikal integrierte Unternehmen muss ein Vorprodukt anbieten, auf das die Konkurrenten im nachgelagerten Markt bei der Herstellung des Endproduktes angewiesen sind;
 - Die Spanne zwischen dem Preis für das Vorprodukt (Grosshandel) und dem Preis für das Endprodukt (Einzelhandel) ist negativ oder zu gering, um es einem

⁷⁴ WEKO, Verfügung i.S. Preispolitik Swisscom ADSL, RPW 2010/1 116 ff.; für frühere Erwägungen der WEKO zur Kosten-Preis-Schere siehe Verfügung i.S. Swisscom Directories, RPW 2005/1 54, Rz. 270 ff.; Verfügung i.S. Talk & Surf, RPW 2004/2 357, Rz. 58 ff.

⁷⁵ Zu dieser Verfügung generell AMSTUTZ, Margin Squeeze, S. 151 ff.

⁷⁶ BGer, 2C_985/2015 vom 9.12.2019 E. 5.2 und 5.3 (Preispolitik Swisscom ADSL); vgl. vorinstanzliches Urteil BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 400 ff.

ebenso effizienten Wettbewerber im Endproduktemarkt zu ermöglichen, eine angemessene Marge zu erzielen.

- 119 Gemäss Ziff. 5.2 der NOVA-Nutzungsbedingungen ist vorgesehen, dass die Mobilitätsvermittler öV-Tickets zum aktuell gültigen Tarif – also zum Endkundenpreis – bei der NOVA-Plattform beziehen müssen. Die Gewährung von Rabatten wird nur unter einschränkenden Bedingungen zugelassen. Die konzessionierten Transportunternehmen verkaufen ihre Tickets auch den Endkunden zum selben Tarif, so dass die **Preisspanne** zwischen Vorprodukt und Endprodukt grundsätzlich **null** beträgt. Entsprechend sind die Mobilitätsvermittler nicht in der Lage, mit dem Endverkaufspreis überhaupt einen Ertrag oder gar eine Gewinnmarge zu erzielen. Dieses Preisverhalten entspricht einer klassischen Kosten-Preis-Schere. Soweit sich alle konzessionierten Transportunternehmen an diese Preisregelung halten, besteht für die Mobilitätsvermittler auch keine Möglichkeit, das Vorprodukt über eine alternative Bezugsquelle zu beziehen. Unter der Prämisse, dass die konzessionierten Transportunternehmen mit Blick auf ihr individuelles Ticketsortiment als marktbeherrschend bzw. mit Blick auf das NOVA-Sortiment als kollektiv marktbeherrschend geltend, verstösst ein solches Preisverhalten gegen Art. 7 Abs. 1 KG.
- 120 Diese Analyse deckt sich mit der Schlussfolgerung des **MaaS-Gutachtens** zum EU-Wettbewerbsrecht. Das MaaS-Gutachten zeigt auf, dass die Kosten-Preis-Schere im Bereich des öffentlichen Verkehrs in der EU bereits im Zusammenhang mit dem Verkauf von Bahnstrom und Traktionsleistungen an Eisenbahnunternehmen zur Anwendung gelangt sei. Mit Blick auf diese Fälle liege entsprechend auch ein Verstoss gegen Art. 102 AEUV vor, wenn ein Transportunternehmen ihren eigenen Vertriebsunternehmen Rabatte gewährt, so dass Dritte nicht in der Lage wären, ihre Vermittlungsleistungen gewinnbringend anzubieten.⁷⁷
- 121 Die kartellrechtskonforme Preisspanne zwischen Gross- und Einzelhandelspreisen ist anhand von betriebswirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen. Diese Prüfung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. In einem ersten Schritt wäre zu prüfen, inwiefern die Tarife (Endverkaufspreise) der öV-Tickets auch die mit dem Vertrieb in Verbindung stehenden Kosten der konzessionierten Transportunternehmen beinhalten. Solche **Vertriebskosten** müssten von den Grosshandelspreisen in Abzug gebracht werden, andernfalls die Mobilitätsvermittler neben ihren eigenen Vertriebskosten auch

⁷⁷ MaaS-Gutachten, Ziff. 4.2.2 (b) und Ziff. 6 (c).

für die Vertriebskosten der konzessionierten Transportunternehmen aufkommen müssten.

3. Kartellrechtliche Anforderungen an Provisionen

- 122 Ziff. 6 Abs. 2 der NOVA-Nutzungsbedingungen sieht vor, dass die Tarifeigner für den Verkauf von öV-Tickets durch Vermittler des Typs «TU/Verbünde» eine Provision vorsehen können; hingegen haben Vermittler des Typs «Dritte» gemäss Ziff. 6 Abs. 3 **kein Anrecht auf eine Provision**. Der Ausschluss eines Anspruchs auf Provision hat in Verbindung mit der Kosten-Preis-Schere (Rz. 116 ff.) zur Folge, dass reine Mobilitätsvermittlung keine Möglichkeit haben, mit dem Vertrieb und Verkauf der öV-Tickets überhaupt einen Ertrag zu erzielen. Ausgehend von der beherrschenden Stellung der konzessionierten Transportunternehmen bzw. von NOVA im Vertriebsmarkt (Rz. 73, 105 ff.) ist zu untersuchen, ob diese Regelung hinsichtlich der Provision eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG darstellt.
- 123 Zur Beantwortung dieser Fragestellung ist der **Bundesgerichtsentscheid Publigroupe** vom 29. Juni 2012 heranzuziehen.⁷⁸ Gegenstand dieses Falles bildeten die «Richtlinien für die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern» des Vereins Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW), dessen einzige Mitglieder die vier Tochtergesellschaften der Publigroupe SA waren. Die Publigroupe übernahm für sog. Pachtregieverlage exklusiv die Vermarktung des Inserate- und Werberaums in den Zeitschriften und kontrollierte so 63 % des Marktanteils im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inseraten in Printmedien. Aufgrund der exklusiven Pachtverträge mit Publigroupe konnten unabhängige Vermittler nicht direkt an die Verlage gelangen, sondern mussten zwingend die Dienste von Publigroupe in Anspruch nehmen. Publigroupe entrichtete den unabhängigen Vermittlern für deren Vermittlungsleistung eine Kommission, welche jedoch gemäss den VSW-Kommissionierungsrichtlinien an strenge Voraussetzungen geknüpft waren, wie etwa Kundenstruktur, Geschäftsvolumen, Umsatz mit VSW u.a. Viele Vermittlungsunternehmen im KMU-Bereich konnten diese Voraussetzungen nicht erfüllen und hatten entsprechend keinen Anspruch auf eine Kommissi-

⁷⁸ BGE 139 I 72 (Publigroupe).

- sion. Die WEKO qualifizierte diese Kommissionierungspraxis der VSW bzw. Publigroupe als missbräuchliche Behinderung der unabhängigen Vermittler und Abschottung des Marktes zugunsten von Publigroupe. Das Bundesgericht bestätigte die rechtliche Beurteilung der WEKO, wonach die Kommissionsvoraussetzungen als Diskriminierung von Handelspartnern den Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.⁷⁹
- 124 Die Analyse im Fall *Publigroupe* lässt sich im Wesentlichen auf Ziff. 6 Abs. 2 und Abs. 3 der NOVA-Nutzungsbedingungen übertragen, wonach die Tarifeigner die Vermittlungstätigkeit der «TU/Verbünde» mit einer Entschädigung honorieren, während unabhängige Mobilitätsvermittler kein Anrecht auf eine Entschädigung haben. Angesichts der beherrschenden Stellung der Transportunternehmen und Verbünde bzw. von NOVA ist diese Differenzierung vorbehaltlich sachlicher Gründe als **diskriminierende Behinderung** der reinen Mobilitätsvermittler und damit als Missbrauch von Marktmacht zu betrachten (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG; zum Anspruch von Mobilitätsvermittlern auf eine angemessene Marge vgl. Rz. 116 ff. betreffend das Verbot der Kosten-Preis-Schere).
- 125 Ein Missbrauch von Marktmacht würde dann nicht vorliegen, wenn die Verweigerung von Provisionen zugunsten von Mobilitätsvermittlern durch **sachliche Gründe** gerechtfertigt werden könnte. Gemäss NOVA-Nutzungsbedingungen liegt die Unterscheidung in Bezug auf den Provisionsanspruch darin begründet, dass sich Vermittler des Typs «Dritte» nicht an den Investitions- und Betriebskosten der NOVA-Plattform beteiligen und kein Nutzungsentgelt entrichten müssen (vgl. Ziff. 6 Abs. 3 und Ziff. 9.2 Abs. 2 NOVA-Nutzungsbedingungen; Rz. 85). Diese Begründung vermag ohne weitere Substantiierung nicht zu überzeugen. Soweit ersichtlich besteht kein direkter Zusammenhang zwischen Nutzungsentgelt und Vermittlungsprovision, weshalb die Begründung willkürlich anmutet. Ferner ist zu vermuten, dass der Aufbau und Betrieb der Buchungsplattform NOVA als Teil des Direkten Verkehrs zumindest teilweise durch Abgeltungen finanziert wird.
- 126 **Im Ergebnis** ist festzuhalten, dass die systematische Verweigerung einer Provision für unabhängige Mobilitätsvermittler eine abschottende Wirkung zugunsten der Transportunternehmen und Verbünde entfaltet und vor dem kartellrechtlichen Verbot des Behinderungsmisbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) nicht standhält. Sachliche Rechtfertigungsgründe sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine ersichtlich.

⁷⁹ BGE 139 I 72 E. 10.4 (Publigroupe)

4. Abreden zwischen reinen Mobilitätsvermittlern

- 127 Schliesslich sei auf Ziff. 4 Abs. 3 der aktuellen NOVA-Nutzungsbedingungen hingewiesen. Nach dieser Bestimmung haben zwei oder mehrere an NOVA angeschlossene Vermittler «jederzeit die Möglichkeit, untereinander vertragliche **Vereinbarungen und Absprachen** betreffend den Vertrieb von NOVA-Sortimenten zu treffen. Die NOVA-Nutzungsbedingungen gelten auch in diesem Fall unverändert.» Entsprechend gilt zu prüfen, ob solche Vereinbarungen dem Kartellrecht unterstehen.
- 128 Das Verhältnis zwischen reinen Mobilitätsvermittlern ohne Konzession ist von keiner vorbehaltenen Vorschrift des Personenbeförderungsrechts abgedeckt, so dass diesbezüglich das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt (Rz. 55). Die NOVA-Nutzungsbedingungen selber sind – auch wenn sie vom BAV genehmigt werden – nicht geeignet, neue vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen. Als vorbehaltene Vorschriften kommen nur Rechtserlasse in Frage.
- 129 Vereinbarungen und Absprachen zwischen reinen Mobilitätsvermittlern, die sich auf den Wettbewerb im Vertrieb von NOVA-Sortimenten auswirken, stellen folglich **horizontale Wettbewerbsabreden** im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Solche Abreden sind unzulässig, wenn sie die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, oder wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, was vermutungsweise bei Absprachen über Preise, Mengen sowie die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern der Fall ist (Art. 5 KG). Vom Kartellrecht ausgenommen sind einzig Abreden über die Endverkaufspreise, die gestützt auf Vorschriften im Personenbeförderungsgesetz von den Transportunternehmen bestimmt werden (Rz. 109 ff.).

5. Fazit

- 130 Aus den vorstehenden Ausführungen zu den Preisen (Tarife bzw. Endverkaufspreise und Grosshandelspreise) sowie Provisionen im öffentlichen Verkehr ergeben sich die nachstehenden Schlussfolgerungen:
- Das Recht und die Pflicht, die Tarife für öV-Tickets festzusetzen (**Tarifhoheit**) liegt bei den konzessionierten Transportunternehmen (Art. 15 PBG) und wird von diesen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs gemeinsam wahrgenommen (Art. 16 und 17 PBG). Die Besteller des Angebots im Bereich des regionalen Per-

- sonenverkehrs (Bund und Kantone) können im Rahmen der Angebotsvereinbarungen mit den Transportunternehmen die Tarife mitbestimmen, wobei das BAV bei fehlender Einigung die Tarife festsetzt (Art. 31a PBG). Kantonen und anderen Dritten, die über keine Personenbeförderungskonzession verfügen, kommen hingegen keine Tariffestsetzungskompetenzen zu. Transportunternehmen ist es somit insbesondere verwehrt, Kantonen innerhalb von Tarif- und Verkehrsverbänden Stimmrechte in Bezug auf die Tariffestlegung einzuräumen. Vorbehalten bleiben jene Konstellationen, in denen Kantone konzessionierte Transportunternehmen besitzen bzw. beherrschen und kraft ihrer Position als Eigner auf die Tarife Einfluss nehmen können (zum Ganzen Rz. 94 ff.).
- Die Bildung der **Endverkaufspreise** (Tarife) ist von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt und deshalb vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen. Die Tarifvorgaben in den NOVA-Nutzungsbedingungen stellen damit weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Marktmacht im Sinne des Kartellgesetzes dar (zum Ganzen Rz. 109 ff.).
 - Die NOVA-Nutzungsbedingungen schränken die freie Bildung von **Grosshandelspreisen** ein. Soweit die Nutzungsbedingungen auf der Grundlage einer Willensübereinstimmung der Transportunternehmen und Verbände beruhen, auf dem Grosshandelsmarkt wirksamer Wettbewerb besteht bzw. möglich ist und die Einschränkung der Bildung von Grosshandelspreisen keinen ausreichenden Restwettbewerb zulässt, handelt es sich dabei um eine unzulässige horizontale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (zum Ganzen Rz. 111 ff.).
 - Die Einschränkung der freien Bildung von Grosshandelspreisen in den NOVA-Nutzungsbedingungen führt dazu, dass die Preisspanne zwischen Vorprodukt und Endprodukt grundsätzlich null beträgt. Entsprechend sind die Mobilitätsvermittler nicht in der Lage, mit dem Endverkaufspreis überhaupt einen Ertrag oder gar eine Gewinnmarge zu erzielen (**Kosten-Preis-Schere**). Unter der Prämisse, dass die konzessionierten Transportunternehmen mit Blick auf ihr individuelles Ticketsortiment als marktbeherrschend bzw. mit Blick auf das NOVA-Sortiment als kollektiv marktbeherrschend geltend, stellt ein solches Preisverhalten einen Missbrauch von Marktmacht im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar (zum Ganzen Rz. 116 ff.).
 - Im Unterschied zu den Transportunternehmen und Verbänden haben aussenstehende Mobilitätsvermittler gemäss den NOVA-Nutzungsbedingungen keinen Anspruch auf eine **Provision** für den Verkauf von öV-Tickets. Die systematische

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

Verweigerung einer Provision entfaltet eine abschottende Wirkung und hält vor dem kartellrechtlichen Verbot des Behinderungsmissbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) nicht stand. Sachliche Rechtfertigungsgründe sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine ersichtlich (zum Ganzen Rz. 122 ff.).

- Vereinbarungen und Absprachen **zwischen reinen Mobilitätsvermittlern**, die sich auf den Wettbewerb im Vertrieb von öV-Tickets auswirken, unterstehen dem Kartellgesetz und dürfen den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen oder beseitigen (Art. 5 KG; Rz. 127 ff.).

V. Quersubventionierung

- 131 Schliesslich können aus wettbewerbsrechtlicher Sicht auf dem Vertriebsmarkt für öV-Tickets Quersubventionierungen von Bedeutung sein. Eine Quersubventionierung liegt vor, wenn ein Unternehmen Erträge oder sonstige Ressourcen aus einem Monopolbereich bzw. einem Bereich, in dem es marktbeherrschend ist, für Tätigkeiten in einem anderen Markt einsetzt, um sich dadurch gegenüber konkurrierenden Unternehmen einen **Wettbewerbsvorteil** zu verschaffen. Auf dem Gebiet des öffentlichen Verkehrs könnte eine solche Quersubventionierung dann gegeben sein, wenn ein konzessioniertes Transportunternehmen Monopolerträge oder Subventionen, die für Leistungen des öffentlichen Verkehrs ausgerichtet wurden, für den Aufbau und Betrieb von Vertriebssystemen einsetzt. Im Folgenden werden zunächst die Regelungen von Quersubventionierungen aus Sicht des MaaS-Gutachtens zum europäischen Wettbewerbsrecht erläutert (Rz. 132 f.) und den Anforderungen des schweizerischen Verfassungsrechts (Rz. 134 ff.) und Kartellrechts (Rz. 137 ff.) gegenübergestellt. Gestützt darauf kann anschliessend untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen eine unzulässige Quersubventionierung des Ticketvertriebs vorliegen könnte (Rz. 143 ff.).

1. Wettbewerbsrechtliche Schranken

- 132 Das **MaaS-Gutachten** hat die Frage der Quersubventionierung mit Blick auf das EU-Wettbewerbsrecht untersucht. Gemäss diesem Gutachten liegt in der folgenden Konstellation eine Verletzung von Art. 102 AEUV vor: Ein marktmächtiges Transportunternehmen verwendet staatliche Beihilfen, die für Transportleistungen gesprochen wurden, um auf dem Vertriebsmarkt Mobilitätsdienstleistungen zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten, mit denen gegenwärtige oder künftige Konkurrenten nicht mithalten können, ohne dabei Verluste zu erleiden. Mit einer solchen Quersubventionierung («cross-subsidisation») missbraucht ein Transportunternehmen seine dominante Position in einem Markt (Transportmarkt) dazu, um seine Position in einem damit verbundenen Markt (Vertriebsmarkt) zu stärken.⁸⁰

⁸⁰ Zum Ganzen MaaS-Gutachten, Ziff. 4.2 und 4.3 (a).

133 Demzufolge liegt nach europäischem Wettbewerbsrecht auf dem Vertriebsmarkt für öffentliche Verkehrsdienstleistungen unter folgenden drei Voraussetzungen ein Missbrauch von Marktmacht in Form einer Quersubventionierung vor:

- Ein marktmächtiges Transportunternehmen (**Marktmacht**)
- verwendet Beihilfen bzw. Subventionen, die für Transportleistungen ausgerichtet wurden, im Vertriebsmarkt (**Quersubventionierung**),
- um damit Mobilitätsdienstleistungen zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten, mit denen andere Wettbewerber nicht konkurrieren können (**Wettbewerbsverzerrung**).

a. Verfassungsrecht (Wettbewerbsneutralität)

134 Im schweizerischen Wettbewerbsrecht folgen bereits aus der Bundesverfassung gewisse Anforderungen an Quersubventionierungen. Das Bundesgericht hat im wegweisenden Urteil «*Glarnersach*» vom 3. Juli 2012⁸¹ in Bezug auf eine kantonale Gebäudeversicherung die sich aus der Verfassung ergebenden Anforderungen an staatliche Wirtschaftstätigkeit definiert. Das Bundesgericht kam in diesem Urteil unter anderem zum Schluss, dass der aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 BV folgende Grundsatz der Wettbewerbsneutralität eine Quersubventionierung vom Monopolbereich in den Wettbewerbsbereich verbietet, «soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen».⁸² Daraus geht hervor, dass im Fall einer **systematischen Quersubventionierung** per se eine unzulässige (verfassungswidrige) Wettbewerbsverzerrung vorliegt. Eine gesonderte Prüfung der Auswirkungen der Quersubventionierung auf den aktuellen oder potenziellen Wettbewerb (Wettbewerbsbeeinträchtigung) ist nicht erforderlich.⁸³

135 Um eine systematische Quersubventionierung zu vermeiden, sind der Monopol- und Wettbewerbsbereich **kalkulatorisch voneinander zu trennen**; eine Auslagerung des

⁸¹ BGE 138 I 378 (Glarnersach); bestätigt in BGE 143 II 425 E. 4.3 (Universität Zürich), mit Hinweisen auf zahlreiche Urteilsbesprechungen in der Lehre.

⁸² BGE 138 I 378 E. 9.1 (Glarnersach).

⁸³ Zu den verfassungsrechtlichen Schranken von Quersubventionierungen namentlich BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, S. 162 ff.

Wettbewerbsbereichs in eine selbständige (Tochter-)Gesellschaft ist gemäss Bundesgericht hingegen nicht erforderlich.⁸⁴ Das Bundesgericht räumte dabei ein, dass die Kostenanteile von Monopol- bzw. Wettbewerbsbereich (Personal- und Sachkosten) «nicht ganz genau verursachergerecht festgelegt werden können».⁸⁵ Für das Gericht war es indessen ausreichend, dass sich das Unternehmen «bemüht, nach besten verfügbaren Schätzungen die Kostenanteile zu bestimmen».⁸⁶ Im Übrigen sei es Sache der Aufsichts- oder Wettbewerbsbehörden, mit den ihnen zustehenden gesetzlichen Mitteln (insbesondere Art. 7 KG; dazu sogleich Rz. 137 ff.) eine korrekte Kostenverteilung zu überprüfen und allenfalls zu erzwingen.⁸⁷

- 136 Der Entscheid «Glarnersach» beruhte auf einer abstrakten Normenkontrolle, d.h. auf einer direkten Überprüfung eines kantonalen Gesetzes durch das Bundesgericht. Falls Gesetze oder auch Einzelentscheide von Behörden (Verfügungen) verfassungswidrige Quersubventionierungen vorsehen, können sie von Gerichten aufgehoben werden. Praktiziert hingegen ein Unternehmen verfassungswidrige Quersubventionierungen, fehlt es in der Regel an einem Anfechtungsobjekt sowie effektiven Sanktionen. Insofern ist das verfassungsrechtliche Verbot systematischer Quersubventionierungen **im Einzelfall kaum durchsetzbar**.⁸⁸ Um Quersubventionierungen durch Unternehmen zu verhindern, bedarf es daher eines entsprechenden gesetzlichen Tatbestandes, bei dessen Verletzung gesetzliche Sanktionen greifen. Inwieweit sich solche sanktionsbewehrten Tatbestände der Quersubventionierung aus wettbewerbsrechtlichen Erlassen, insbesondere aus dem Kartellgesetz, ergeben, gilt es im Folgenden zu klären.

b. Kartellrecht und andere Wettbewerbsgesetze

- 137 Das **Kartellgesetz** erfasst Quersubventionen unter dem Missbrauchsverbot nach Art. 7 KG, wenn ein mit einem Leistungsauftrag ausgestattetes (öffentliches oder privates) Unternehmen im Bereich der Grundversorgung eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und Erträge oder andere Vorteile aus diesem Bereich verwendet, um sich in einem Wettbewerbsbereich Vorteile zu verschaffen.

⁸⁴ BGE 138 I 378 E. 9.2. (Glarnersach)

⁸⁵ BGE 138 I 378 E. 9.3.3.

⁸⁶ BGE 138 I 378 E. 9.3.3.

⁸⁷ BGE 138 I 378 E. 9.3.3.

⁸⁸ Vgl. BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, S. 172 ff.

- 138 Ein im Grundversorgungsbereich tätiges Unternehmen gilt regelmässig als **marktbeherrschend**, wenn es über eine rechtliche oder faktische Monopolstellung verfügt. Nicht abschliessend geklärt ist die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts, wenn die Marktbeherrschung durch ein dem Kartellgesetz vorbehaltenes Grundversorgungsmonopol (z.B. Wasserversorgung, Siedlungsabfallentsorgung) begründet ist (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG), das missbräuchliche Verhalten aber auf einem dem Kartellgesetz unterstellten Markt stattfindet.
- 139 Diese Konstellation lag der **Vorabklärung des WEKO-Sekretariats** i.S. *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)* zugrunde.⁸⁹ Im diesem Fall war zu untersuchen, ob die ewb ihre durch das staatliche Monopol in den Bereichen Energie- und Wasserversorgung sowie thermische Kehrrechtverwertung begründete marktbeherrschende Stellung auf nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten durch Behinderung privater Unternehmen missbrauche (Behinderungsmissbrauch nach Art. 7 KG).⁹⁰ Vor der Prüfung möglicher unzulässiger Verhaltensweisen untersuchte das WEKO-Sekretariat, ob Art. 7 KG überhaupt erfüllt sein kann, wenn ein Unternehmen seine ausschliesslich auf bestimmten vorgelagerten Märkten bestehende marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, um andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs auf nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten zu behindern.⁹¹ Es bejahte dies mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung i.S. Publigroupe. Nicht näher eingegangen ist das Sekretariat hingegen auf die Frage der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes, wenn die Marktbeherrschung durch ein dem Kartellgesetz vorbehaltenes Grundversorgungsmonopol begründet ist (Art. 3 Abs. 1 lit. b KG), das missbräuchliche Verhalten aber auf einem dem Kartellgesetz unterstellten Markt stattfindet. Das Sekretariat bejahte diese Frage implizit, indem es die rechtliche Monopolstellung von ewb ohne weiteres als marktbeherrschend i.S.v. Art. 7 KG qualifizierte und die Verhaltensweise von ewb auf

⁸⁹ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. ewb, RPW 2014/1 79, Rz. 74 und 79 ff; ähnlich auch Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. Telecom PTT, RPW 1997/2 161, Rz. 26 ff.; WEKO, Verfügung i.S. SMA, RPW 1999/3 422, Rz. 86 ff.

⁹⁰ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. ewb, RPW 2014/1 79, Rz. 2: Die neue Eignerstrategie, so die Anzeiger, habe den Schwerpunkt auf den Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen in verschiedenen, den Monopolbereichen von ewb nachgelagerten oder benachbarten Märkten gebildet.

⁹¹ Sekretariat WEKO, Schlussbericht i.S. ewb, RPW 2014/1 87, Rz. 63 und 65 mit Verweis auf BGE 139 I 72 E. 10.1.1 (Publigroupe).

anderen Märkten dem Missbrauchsverbot unterstellte. Diesem Vorgehen ist im Resultat beizupflichten, da für die Anwendung des Kartellrechts nach hier vertretener Auffassung entscheidend ist, auf welchem Markt die Wettbewerbsbeschränkung ihre Wirkung entfaltet, nicht aber in welchem Markt die beherrschende Stellung begründet ist.

140 Mit Blick auf das Gesagte ist deshalb davon auszugehen, dass konzessionierte Transportunternehmen im Bereich der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung als marktbeherrschend gemäss Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG gelten, zumal die Erteilung von Konzessionen mit der Voraussetzung verbunden ist, dass keine bestehenden Angebote konkurrenziert werden. Entsprechend unterstehen die Transportunternehmen im Wettbewerbsbereich dem **Missbrauchsverbot** von Art. 7 KG. Als unzulässig gilt insbesondere der Behinderungsmissbrauch, der darin besteht, Konkurrenten zu verdrängen oder am Markteintritt zu hindern, sei es durch die Diskriminierung von Handelspartnern oder Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Konkret können etwa folgende Verhaltensweisen als missbräuchlich gelten:

- Bevorteilung des eigenen Wettbewerbsbereichs bei der Gewährung von Zugang zu einer zwingend erforderlichen Vorleistung oder zu technischen Daten aus dem Grundversorgungsbereich (z.B. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit Dritten, Kosten-Preis-Schere).⁹²
- Koppelung von Leistungen aus den Grundversorgungs- und Wettbewerbsbereichen.
- Quersubventionierung zwischen Grundversorgungs- und Wettbewerbsbereichen. Die Rechnungslegung der beiden Bereiche muss getrennt sein.
- Über den Grundversorgungsbereich finanzierte Kampfpreise zwecks Verdrängung von Konkurrenten im Marktbereich.
- Nutzen von im Grundversorgungsbereich gewonnenen Daten und Informationen.
- Missbrauch der Marktmacht im Grundversorgungsbereich zur Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen im Marktbereich.

⁹² Vgl. z.B. WEKO, Verfügung i.S. SMA, RPW 1999/3 422, Rz. 105.

- 141 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die staatliche Wirtschaftstätigkeit teilweise auch unter den Vorgaben des **Lauterkeitsrechts** analysiert wird. So kann argumentiert werden, dass öffentliche Angebote, die nicht durch eine ausreichende gesetzliche Grundlage begründet sind oder durch verfassungswidrige Quersubventionen gefördert werden, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen und damit als unlauter nach Art. 2 UWG gelten.⁹³ Die vom öffentlichen Marktangebot betroffenen Konkurrenten können ihre lauterkeitsrechtlichen Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen (Art. 9 UWG) und auch das SECO verfügt über ein Klagerecht (Art. 10 UWG). In der Praxis hat dieser Ansatz jedoch bis anhin keine Bedeutung erlangt.
- 142 Schliesslich kann auch das **Preisüberwachungsrecht** auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit Anwendung finden, sofern der öffentliche Anbieter über Marktmacht im Grundversorgungs- oder Marktbereich verfügt. Allfällige Preiserhöhungen durch marktmächtige Anbieter, die durch die Legislative oder Exekutive genehmigt werden müssen, unterstehen der Kontrolle der Preisüberwachung (Art. 14 PüG).⁹⁴ Bei der staatlichen Wirtschaftstätigkeit besteht jedoch die aus Sicht des Preisüberwachungsrechts atypische Ausgangslage, dass das Wettbewerbsproblem nicht in zu hohen, sondern – durch Quersubventionen bedingt – zu tiefen Preisen besteht. Das Preisüberwachungsgesetz ist denn auch nicht auf die zu tiefen Preise im Wettbewerbsbereich anwendbar, sondern es erfasst die aufgrund des Mittelabflusses zu hohen Preise im Monopolbereich. Insofern ist das auf den Schutz von Konsumenten vor Ausbeutung ausgerichtete Preisüberwachungsrecht höchstens indirekt geeignet, auch allfällige Wettbewerbsverzerrungen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit zu beschränken.

2. Quersubventionierung im Ticketvertrieb

- 143 **Konzessionierte Transportunternehmen** bieten ihre Personenbeförderungsleistungen im Rahmen eines Monopols an (Personenbeförderungsregal gemäss Art. 4 PBG). Ihnen kommt sowohl im Markt der Personenbeförderung als auch hinsichtlich des Betriebs der NOVA-Plattform eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu (Rz. 105 ff.). Aufgrund ihrer Monopolstellung und ihrer marktbeherrschenden Position haben Transportunternehmen das sich aus dem Verfassungsrecht

⁹³ STOFFEL, staatliche Wirtschaftstätigkeit, S. 269; vgl. auch BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, S. 209.

⁹⁴ STOFFEL, staatliche Wirtschaftstätigkeit, S. 267.

(Art. 27 und 94 BV; Rz. 134 ff.) und dem Kartellrecht (Art. 7 KG; Rz. 137 ff.) ergebende grundsätzliche Verbot von Quersubventionierungen zu beachten.

- 144 Wenn konzessionierte Transportunternehmen **Erträge aus den Ticketverkäufen** und Einnahmen aus Provisionen für den Ticketvertrieb (Vertriebsdienstleistungen oder Aufbau und Betrieb von Vertriebsinfrastrukturen) verwenden, liegt keine Quersubventionierung vor. Vielmehr handelt es sich um Reinvestitionen innerhalb desselben Marktes, d.h. innerhalb des Vertriebsmarktes.
- 145 Eine wettbewerbsrechtlich problematische Quersubventionierung könnte dann gegeben sein, wenn Gelder, die spezifisch für den Monopolbereich (Transportleistungen oder Aufbau und Betrieb von Verkehrsinfrastrukturen) bestimmt sind, von Transportunternehmen für den Vertrieb von öV-Tickets eingesetzt werden. Angesprochen sind insbesondere **Subventionen von Bund und Kantonen** im Bereich des bestellten regionalen Personenverkehrs gemäss Art. 28 ff. PBG. Dabei ist zwischen Abgeltungen und Finanzhilfen zu differenzieren:
- Die **Abgeltungen** im regionalen Personenverkehr werden aufgrund von Planrechnungen der Transportunternehmen im Voraus von den Bestellern (Bund und Kantone) und den Unternehmen in schriftlichen Angebotsvereinbarungen festgelegt (Art. 31a Abs. 1 PBG). Der Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets kann als eigenständiges Angebot abgegolten werden. Dabei können die Besteller von den Transportunternehmen gemäss Art. 29 Abs. 5 ARPV verlangen, den Verkauf und Vertrieb in der Planrechnung und der Betriebskosten- und Leistungsrechnung separat auszuweisen (vgl. Rz. 43). Wird auf diese Weise der Vertrieb von öV-Tickets als eigenständiges Angebot abgegolten, würde eine Verwendung von Abgeltungen aus anderen Bereichen zugunsten des Vertriebs in subventionsrechtlicher Hinsicht eine Zweckentfremdung und in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht eine Quersubventionierung darstellen.
 - **Finanzhilfen** des Bundes können aufgrund von Art. 31 PBG für Investitionen im Verkehrsbereich eines Unternehmens, insbesondere für die Beschaffung von Fahrzeugen sowie die Erstellung von Anlagen und Einrichtungen, ausgerichtet werden. Würden solche Finanzhilfen für den Ticketvertrieb eingesetzt, läge ebenfalls eine Zweckentfremdung von Subventionen und eine Quersubventionierung vom Monopolbereich (Verkehrsinfrastrukturen) in einen anderen Markt (Vertrieb) vor.

- 146 Von Interesse ist vorliegend die **Finanzierung des Ticketvertriebs** durch einzelne Transportunternehmen, etwa die Finanzierung der Entwicklung von Vertriebsplattformen (Webseiten, Apps), Vertriebsmarketing u.a. Soweit solche Vertriebskosten mit Erträgen aus den Ticketverkäufen der Transportunternehmen finanziert werden, liegt keine Quersubventionierung im wettbewerbsrechtlichen Sinn vor (Rz. 144). Falls Transportunternehmen hingegen Abgeltungen oder Finanzhilfen, die spezifisch für den Verkehrsbetrieb oder die Verkehrsinfrastruktur gesprochen worden sind, zweckwidrig für die Finanzierung des Vertriebs einsetzen, ist eine Quersubventionierung durch marktbeherrschende Unternehmen aus dem Monopolbereich (Personenbeförderungsregel) in einen anderen Markt (Vertriebsmarkt) anzunehmen.
- 147 Eine systematische Quersubventionierung des Ticketvertriebs durch konzessionierte Transportunternehmen würde gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der **Wettbewerbsneutralität** verstossen (vgl. Rz. 134). Ein solcher Verstoss könnte jedoch gegenüber den fehlbaren Transportunternehmen kaum durchgesetzt werden (vgl. Rz. 136). Eine Durchsetzung mit den Sanktionsmitteln des Kartellgesetzes bedingt, dass der Tatbestand des **Marktmachtmissbrauchs nach Art. 7 KG** erfüllt ist. Dies setzt wiederum voraus, dass die Quersubventionierung des Vertriebs zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Vertriebsmarkt führt (vgl. Rz. 137). Dies wäre insofern der Fall, als konkurrierende Mobilitätsvermittler ihre Vertriebskosten nicht mit staatlichen Subventionen decken könnten und daher gegenüber den Transportunternehmen auf dem Vertriebsmarkt benachteiligt wären.
- 148 Von der Frage der Quersubventionierung innerhalb von Transportunternehmen zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit Bund und Kantone selber den **Ticketvertrieb subventionieren** dürfen. Im Bereich der Grundversorgung (bestelltes Angebot im Bereich des regionalen Personenverkehrs) sind die Angebotsvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen (Besteller) und den Transportunternehmen gemäss Art. 31a PBG Grundlage für Abgeltungen. Art. 31a Abs. 4 lit. b PBG sieht vor, dass die Angebotsvereinbarungen zwischen Bestellern und Transportunternehmen insbesondere «den Verkauf samt den Verkaufsstellen und deren Bedienung» regeln. Aus Art. 29 Abs. 5 ARPV geht hervor, dass der Verkauf und Vertrieb als eigenständiges Angebot abgegolten werden können (vgl. Rz. 43). Diese Subventionsbestimmungen sind mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 BV verfassungskonform auszulegen. Das bedeutet, dass sich die Angebotsvereinbarungen und die mit ihnen einhergehenden Abgeltungen auf jene Leistungen zu beschränken haben, die zur Grundversorgung gehören. Leistungen, die über den Normalbedarf der Bevölkerung hinausgehen, liegen ausserhalb der Grundversorgung. Daher stünde eine

Abgeltung der Kosten solcher Leistungen aufgrund von Angebotsvereinbarungen an sich mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität in Widerspruch.

- 149 Dem Staat steht allerdings in der Frage, welche Leistungen zum Normalbedarf und damit zur Grundversorgung gehören, ein **weiter Ermessensspielraum** zu. Die Rechtsprechung hat bisher keine griffigen Leitplanken und Kriterien entwickelt, die den Behörden bei der Umschreibung von Grundversorgungsleistungen und deren Subventionierung zum Schutz der Wettbewerbsneutralität Grenzen setzen würden. Anders ist die Rechtslage in der Europäischen Union, welche ein wettbewerbsrechtlich ausgerichtetes Beihilferecht kennt (vgl. Art. 107 und 108 AEUV).

3. Fazit

- 150 Die Ausführungen zum Verbot der Quersubventionierung haben Folgendes ergeben:
- Gemäss dem MaaS-Gutachten untersagt das **europäische Wettbewerbsrecht** (Art. 102 AEUV) marktmächtigen Transportunternehmen, staatliche Beihilfen für Transportleistungen zu verwenden, um auf dem Vertriebsmarkt Mobilitätsdienstleistungen zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten und dadurch den Wettbewerb zu verzerren (Rz. 132 f.).
 - Das **Verfassungsrecht**, d.h. der aus Art. 27 und 94 BV fließende Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, verbietet Unternehmen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung systematische Quersubventionierungen vom Monopolbereich in den Wettbewerbsbereich (Rz. 134 ff.).
 - Das **Kartellgesetz** (Art. 7 KG) verbietet marktbeherrschenden Unternehmen Quersubventionierungen vom Monopolbereich in den Wettbewerbsbereich, soweit damit eine Wettbewerbsverzerrung bewirkt wird (Rz. 137 ff.).
 - Verwenden Transportunternehmen Abgeltungen oder Finanzhilfen, die spezifisch für den Verkehrsbetrieb oder die Verkehrsinfrastruktur gesprochen worden sind, zweckwidrig für die **Finanzierung des Vertriebs**, liegt eine mit Art. 7 KG unvereinbare Quersubventionierung durch marktbeherrschende Unternehmen aus dem Monopolbereich (Personenbeförderungsregal) in einen anderen Markt (Vertriebsmarkt) vor. Sodann müssen sich mit Blick auf das Gebot der Wettbewerbsneutralität gemäss Art. 94 BV Abgeltungen für den Verkauf und Vertrieb

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

von öV-Tickets auf den Grundversorgungsbereich beschränken. In der Umschreibung des Grundversorgungsbereichs steht den staatlichen Behörden allerdings ein grosser Ermessensspielraum zu (zum Ganzen Rz. 143 ff.).

VI. Ergebnisse

- 151 Zusammenfassend sind aufgrund der vorstehenden Ausführungen die folgenden Ergebnisse festzuhalten (vgl. die ausführlicheren Fazits am Ende der einzelnen Kapitel):
- Konzessionierte Transportunternehmen und alle weiteren Organisationen, die im Bereich des Personenverkehrs Dienstleistungen erbringen, wie namentlich die Betreiberin der NOVA-Plattform, fallen unter den **persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes** (Rz. 6 ff.).
 - Das Personenbeförderungsrecht lässt in Bezug auf die Festlegung der **Endverkaufspreise (Tarife)** für öV-Tickets sowie die **Koordination des Ticketvertriebs** unter den konzessionierten Transportunternehmen keinen wirksamen Wettbewerb zu. Diese Bereiche sind daher vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen. Preisvorgaben oder Preisempfehlungen von Transportunternehmen in Bezug auf den Ticketverkauf an Endkunden sowie Vertriebsabsprachen unter den Transportunternehmen stellen demzufolge keine wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen dar, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre (zum Ganzen Rz. 18 ff., 53 ff.).
 - Im Übrigen lässt das Personenbeförderungsrecht in Bezug auf den Ticketvertrieb wirksamen Wettbewerb zu, so dass das Kartellgesetz zur Anwendung kommt. Dies gilt namentlich für die Ausgestaltung der **Vertriebsmodalitäten** (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u.a.) und **vertriebsbezogene Dienstleistungen** (z.B. Nutzung von Vertriebsdaten) sowie in Bezug auf den Preiswettbewerb zwischen den Transportunternehmen bei der Festlegung von **Grosshandelspreisen** für den Ticketvertrieb (zum Ganzen Rz. 53 ff.).
 - Eine Abrede zwischen konzessionierten Transportunternehmen, Dritten den **Zugang zur NOVA-Plattform** zu verweigern (Boykottabrede), wäre eine unzulässige Mengenabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (Rz. 66 ff.). Eine Zugangsverweigerung würde sodann die Missbrauchstatbestände von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) und Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) erfüllen, wenn sie ohne sachliche Gründe erfolgte. Ob der von den NOVA-Nutzungsbedingungen vorgesehene Ausschluss ausländischer Unternehmen vom Zugang zur NOVA-Plattform auf hinreichenden sachlichen Gründen beruht, ist fraglich (zum Ganzen Rz. 70 ff.).

- Die aktuellen NOVA-Nutzungsbedingungen benachteiligen in Bezug auf die Nutzung des NOVA-Sortiments reine Mobilitätsvermittler gegenüber den konzessionierten Transportunternehmen und deren Verbänden («TU/Verbünde»). Diese Ungleichbehandlung ist geeignet, gegen das Verbot der **Diskriminierung bei Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) und somit das Verbot von Marktmachtmissbrauch zu verstossen. Darüber hinaus bleibt insbesondere der von Dritten zu unterzeichnende (den Gutachtern nicht vorliegende) Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» auf mögliche diskriminierende Bestimmungen zu untersuchen (zum Ganzen Rz. 86 ff.).
- Das Recht und die Pflicht, die Tarife für öV-Tickets festzusetzen (**Tarifhoheit**) liegt bei den konzessionierten Transportunternehmen (Art. 15 PBG) und wird von diesen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs gemeinsam wahrgenommen (Art. 16 und 17 PBG). Die Besteller des Angebots im Bereich des regionalen Personenverkehrs (Bund und Kantone) können im Rahmen der Angebotsvereinbarungen mit den Transportunternehmen die Tarife mitbestimmen, wobei das BAV bei fehlender Einigung die Tarife festsetzt (Art. 31a PBG). Kantone und anderen Dritten, die über keine Personenbeförderungskonzession verfügen, kommen hingegen keine Tariffestsetzungskompetenzen zu. Transportunternehmen ist es somit insbesondere verwehrt, Kantone innerhalb von Tarif- und Verkehrsverbänden Stimmrechte in Bezug auf die Tariffestlegung einzuräumen. Vorbehalten bleiben jene Konstellationen, in denen Kantone konzessionierte Transportunternehmen besitzen bzw. beherrschen und kraft ihrer Position als Eigner auf die Tarife Einfluss nehmen können (zum Ganzen Rz. 94 ff.).
- Die NOVA-Nutzungsbedingungen schränken die freie Bildung von **Grosshandelspreisen** ein. Soweit die Nutzungsbedingungen auf der Grundlage einer Willensübereinstimmung der Transportunternehmen und Verbände beruhen, auf dem Grosshandelsmarkt wirksamer Wettbewerb besteht bzw. möglich ist und die Einschränkung der Bildung von Grosshandelspreisen keinen ausreichenden Restwettbewerb zulässt, handelt es sich dabei um eine unzulässige horizontale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (zum Ganzen Rz. 111 ff.).
- Die Einschränkung der freien Bildung von Grosshandelspreisen in den NOVA-Nutzungsbedingungen führt dazu, dass die Preisspanne zwischen Vorprodukt und Endprodukt grundsätzlich null beträgt. Entsprechend sind die Mobilitätsvermittler nicht in der Lage, mit dem Endverkaufspreis überhaupt einen Ertrag oder

gar eine Gewinnmarge zu erzielen (**Kosten-Preis-Schere**). Ein solches Preisverhalten stellt einen Missbrauch von Marktmacht im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar (zum Ganzen Rz. 116 ff.).

- Im Unterschied zu den Transportunternehmen und Verbänden haben aussenstehende Mobilitätsvermittler gemäss den NOVA-Nutzungsbedingungen keinen Anspruch auf eine **Provision** für den Verkauf von öV-Tickets. Die systematische Verweigerung einer Provision hält vor dem kartellrechtlichen Verbot des Behinderungsmissbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) nicht stand. Sachliche Rechtfertigungsgründe sind gestützt auf die vorliegenden Informationen keine ersichtlich (zum Ganzen Rz. 122 ff.).
- Vereinbarungen und Absprachen zwischen reinen Mobilitätsvermittlern, die sich auf den Wettbewerb im Vertrieb von öV-Tickets auswirken, stellen **horizontale Wettbewerbsabreden** dar, die aufgrund von Art. 5 KG grundsätzlich unzulässig sind (Rz. 127 ff.).
- Verwenden Transportunternehmen Abgeltungen oder Finanzhilfen, die spezifisch für den Verkehrsbetrieb oder die Verkehrsinfrastruktur gesprochen worden sind, zweckwidrig für die **Finanzierung des Vertriebs**, liegt eine mit Art. 7 KG unvereinbare Quersubventionierung durch markbeherrschende Unternehmen aus dem Monopolbereich (Personenbeförderungsregal) in einen anderen Markt (Vertriebsmarkt) vor. Sodann müssen sich mit Blick auf das Gebot der Wettbewerbsneutralität gemäss Art. 94 BV Abgeltungen für den Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets auf den Grundversorgungsbereich beschränken. In der Umschreibung des Grundversorgungsbereichs steht den staatlichen Behörden allerdings ein grosser Ermessensspielraum zu (zum Ganzen Rz. 143 ff.).

Anhang: Sektorenregulierung de lege ferenda

- 152 Am 7. Dezember 2018 eröffnete das (UVEK) die Vernehmlassung zur Vorlage «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» mit dem **Vorentwurf eines revidierten Personenbeförderungsgesetzes (VE-PBG)** und dem dazugehörigen erläuternden Bericht. Mit der Vorlage verfolgt der Bund das Ziel, die Entwicklung der sog. Multimodalität im Verkehrsbereich (Kombination verschiedener Verkehrsmittel wie öffentlicher Verkehr, Taxi, Auto oder Velo- und Fussverkehr) zu fördern. Zu diesem Zweck soll der öffentliche Verkehr als Schlüsselement in multimodale Mobilitätsdienstleistungen eingebunden werden, indem insbesondere Mobilitätsvermittlern ausserhalb des öffentlichen Verkehrs unter bestimmten Rahmenbedingungen der Zugang zum öV-Ticketvertrieb gewährt wird.⁹⁵ Im Folgenden wird die im VE-PBG vorgesehene Spezialregulierung in Bezug auf die Öffnung des Vertriebsmarkts für öV-Tickets und ihr Verhältnis zum Kartellrecht einer kurzen kritischen Würdigung unterzogen. Nach allgemeinen Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Sektorenregulierung und Kartellgesetz (Rz. 153 f.), werden dabei die Aspekte des Zugangs zur NOVA-Plattform (Rz. 155 ff.), der Bedingungen für die Nutzung der Plattform (Rz. 158 ff.) sowie der Preise im Ticketmarkt (Rz. 162 ff.) näher beleuchtet.

1. Verhältnis zwischen Sektorenregulierung und Kartellgesetz

- 153 Die NOVA-Plattform stellt auf dem Vertriebsmarkt für öV-Tickets eine wesentliche Einrichtung dar (Rz. 73). Wie das vorliegende Gutachten aufgezeigt hat, verlangt das Kartellgesetz, dass unabhängigen Mobilitätsvermittlern zu nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugang zur NOVA-Plattform gewährt wird (Rz. 63 ff.). Neben dem kartellrechtlichen Anspruch auf Zugang zu wesentlichen Einrichtungen wird ein solcher Anspruch vielfach auch aufgrund eines **Spezialgesetzes** begründet. So bestehen etwa gestützt auf die massgebenden Sektorenregulierungen Ansprüche auf Zugang zum Stromverteilungsnetz (Art. 13 StromVG), zu Postfachanlagen (Art. 5 PG), zu Einrichtungen im Bereich Fernmeldedienste (Art. 11 FMG) oder zu Eisenbahninfrastrukturen (Art. 9a EBG). Auch der Vorentwurf zur Revision des PBG sah vor, eine spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage für den Zugang zur NOVA-Plattform einzuführen (Art. 17 Abs. 1^{ter}

⁹⁵ UVEK, Erläuternder Bericht «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» (2018), S. 2.

VE-PBG: Die konzessionierten Transportunternehmen «gewähren Mobilitätsvermittlern nach Artikel 23a den Zugang zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur»). Solche spezialgesetzlichen Zugangsrechte zu Infrastrukturen Dritter haben insbesondere den Vorteil, dass sie im Interesse der Rechtssicherheit die Zugangsrechte und die damit verbundenen Nutzungsbedingungen näher definieren.

- 154 Bestehen sowohl kartell- als auch spezialgesetzliche Zugangsansprüche, so stellt sich die Frage, wie sich die **Bestimmungen zueinander verhalten**.⁹⁶ Der kartellrechtliche Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. Rz. 18 ff.) gelangt dabei regelmässig nicht zur Anwendung, da mit dem spezialgesetzlichen Zugangsanspruch nicht Wettbewerb ausgeschlossen, sondern gerade Wettbewerb geschaffen werden soll. Es liegt deshalb in der Kompetenz und Verantwortung des Sektorengesetzgebers, das Verhältnis zwischen Regulierungs- und Kartellrecht im Spezialgesetz zu regeln. Entweder gelangen die beiden Grundlagen parallel zur Anwendung, oder aber die Sektorenregulierung schliesst die Anwendung des Kartellgesetzes aus. Diese Abgrenzung ist nicht nur mit Blick auf die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen von Bedeutung, sondern entscheidet auch über die Frage, ob neben der Sektorenaufsicht auch die kartellrechtliche Aufsicht der WEKO und die kartellrechtlichen Sanktionen greifen. Fehlt eine entsprechende Regelung im Sektorenerlass, so obliegt es der rechtsanwendenden Behörde, das Verhältnis mittels Auslegung zu ermitteln.

2. Regelung im Vorentwurf PBG

a. Zugang

- 155 Der Vorentwurf PBG sieht vor, den Mobilitätsvermittlern einen **Anspruch auf Zugang zur NOVA-Plattform** zu gewähren (Art. 17 Abs. 1^{ter} VE-PBG). Mit dieser Regelung verfolgt der Vorwurf das Ziel, einen wettbewerblichen Vertriebsmarkt zu schaffen. Die Aufsicht über die Gewährung des Zugangsrechts soll der RailCom unterstellt werden (Art. 40a^{ter} Abs. 2 lit. f VE-EBG). Dies soll insbesondere über Streitigkeiten betreffend

⁹⁶ HEINEMANN, Kartell- und Regulierungsrecht, S. 229 ff.; DIEBOLD/KREIS, Kartell- und Stromversorgungsrecht, Rz. 46.

die «diskriminierungsfreie» Gewährung des Zugangs zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur entscheiden (Art. 40a^{ter} Abs. 1 lit. g VE-EBG).⁹⁷ Weiter hält Art. 17 Abs. 3 VE-PBG (in Entsprechung zum geltenden Art. 17 Abs. 3 PBG) fest, dass der Zugang zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur «besondere Interessen einzelner Unternehmen nur soweit berücksichtigen darf, als die Gesamtinteressen des öffentlichen Verkehrs nicht beeinträchtigt werden».

- 156 Hinsichtlich der **Aufsicht** über die Gewährleistung des Zugangsrechts bestimmt Art. 17 Abs. 3 VE-PBG, dass die NOVA-Nutzungsbedingungen dem BAV zur Genehmigung vorzulegen sind. Dabei bleibt unklar, nach welchen materiell-rechtlichen Grundsätzen und nach welchen Massstäben das BAV die Prüfung durchführt. Weiter «erlässt das BAV die notwendigen Verfügungen», falls die Unternehmen den Zugang zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur «nicht zeitgerecht» sicherstellen. Auch hier ist unklar, wie weit sich die Aufsichtskompetenz des BAV inhaltlich erstreckt (kann nur der zeitliche Aspekt des Zugangs überwacht werden?), welche Massnahmen konkret ergriffen werden können (die Grundlage wäre wohl nicht ausreichend bestimmt, um Eingriffe in Grundrechte nach Art. 36 Abs. 1 BV zu rechtfertigen) und wie sich die Aufsichtskompetenz zwischen RailCom und BAV abgrenzt.
- 157 Vor diesem Hintergrund erschiene es als angezeigt, dass neben dem Personenbeförderungsrecht auch weiterhin das **Kartellgesetz** auf den Vertriebsmarkt **anwendbar** bliebe. Mit dem spezialgesetzlichen Anspruch auf Zugang zur Vertriebsinfrastruktur würde der Gesetzgeber den Willen zum Ausdruck bringen, dass der Vertriebsmarkt nicht dem Personenbeförderungsregal, sondern dem Wettbewerbsprinzip untersteht. Folglich wäre – wie nach geltendem Recht – zugleich das Kartellgesetz auf den Vertriebsmarkt anwendbar, sofern nicht spezialgesetzliche Vorschriften des PBG das freie Spiel einzelner Wettbewerbsparameter – wie etwa hinsichtlich der Tarife (Rz. 109 f.) – ausschalten und so einzelne Vorbehalte nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG begründen. Entsprechend unterstünden die NOVA-Nutzungsbedingungen auch künftig einer kartellrechtlichen Prüfung, sofern kein Vorbehalt des Personenbeförderungsrechts greift. Dies bedeutet, dass die NOVA-Nutzungsbedingungen keine Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Massgabe der Art. 5 und Art. 7 KG beinhalten dürfen (vgl. Rz. 63 ff.). Nur

⁹⁷ Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wäre zusätzlich als Teil der Anspruchsgrundlage von Art. 17 Abs. 1^{ter} VE-PBG vorzusehen.

so ist gewährleistet, dass sich überhaupt ein Vertriebsmarkt bildet, in dem konzessionierte Transportunternehmen und Mobilitätsvermittler in einem wirksamen Wettbewerb gegenüberstehen.

b. Nutzungsbedingungen

- 158 Art. 17 VE-PBG enthält keinerlei Bestimmungen über die Modalitäten und Konditionen des Zugangs. Dafür sieht in Art. 11a Abs. 4 Satz 2 VE-PBG vor, dass die konzessionierten Transportunternehmen für den Zugang zu ihren Sachdaten und Vertriebsinfrastrukturen «**angemessene Nutzungsentgelte**» erheben können. Aus dem erläuternden Bericht zum Vorentwurf wird deutlich, dass für die Nutzung der öV-Plattform (also der gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur) ein Entgelt festgelegt werden kann.⁹⁸ Entsprechend ist vorgesehen, dass die Branche diese Regelungen im Rahmen der NOVA-Nutzungsbedingungen trifft. Während der VE-PBG den Begriff der Angemessenheit nicht näher definiert, ergibt sich aus dem erläuternden Bericht, dass das Entgelt nach dem Grundsatz der Kostendeckung zu bestimmen ist und insbesondere keine Gewinnmarge enthalten darf.⁹⁹ Dieser Berechnungsmaßstab sollte im Gesetz oder in der Verordnung verankert werden.
- 159 Nachdem der Vorentwurf keine Bestimmungen darüber enthält, welchen **materiellen Anforderungen** der Zugangsanspruch genügen muss, ist davon auszugehen, dass auch diesbezüglich neben dem Personenbeförderungsrecht weiterhin das Kartellrecht zur Anwendung gelangen würde. Weder das BAV noch die RailCom verfügen gemäss dem Vorentwurf über gesetzliche Maßstäbe, die bei Streitigkeiten über die Modalitäten und Konditionen des Zugangs herangezogen werden könnten. Entsprechend könnten BAV und RailCom wohl nur über die Anwendung der NOVA-Nutzungsbedingungen entscheiden, ohne aber zu prüfen, ob die NOVA-Nutzungsbedingungen selber eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Auch würden BAV und RailCom über keine griffigen Durchsetzungsinstrumente verfügen.

⁹⁸ UVEK, Erläuternder Bericht «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» (2018), S. 13, Ziff. 1.2.4.

⁹⁹ UVEK, Erläuternder Bericht «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» (2018), S. 13, Ziff. 1.2.4.

- 160 Mit Blick auf die Zugangskonditionen stellt sich die Frage, ob das Entgelt neben den spezialgesetzlichen Bestimmungen des VE-PBG überhaupt noch dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot (insbesondere Art. 7 Abs. 2 lit. c KG: **Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen**) unterliegen würde. Das VE-PBG enthält zwar in diesem Punkt keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, doch könnte Art. 11a Abs. 4 Satz 2 VE-PBG («angemessene Nutzungsentgelte») gegenüber dem Kartellrecht als *lex specialis* verstanden werden. Hinzu kommt, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Sache *Swisscom Terminierungsgebühr* kein Tatbestand der «Erzwingung» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vorliegt, wenn die Möglichkeit besteht, eine Streitigkeit hinsichtlich des Preises in einem spezialgesetzlichen Preissetzungsverfahren zu schlichten.¹⁰⁰ In diesem Fall war die WEKO der Auffassung, dass die Swisscom für die Terminierung von Telefongesprächen anderer Anbieterinnen in das eigene Mobilfunknetz überhöhte Terminierungsgebühren verlangte. Das Bundesgericht gelangte jedoch zum Schluss, dass die Swisscom (allenfalls überhöhte) Terminierungsgebühren nicht «erzungen» habe, da für die anderen Anbieter wie Sunrise oder Orange (Salt) die Möglichkeit bestand, den Preis in einem Interkonkurrenzverfahren nach Art. 11 Abs. 3 aFMG durch die ComCom festlegen zu lassen (vgl. Rz. 83).
- 161 Sollte der Gesetzgeber somit vorsehen, dass die RailCom bzw. das BAV die Höhe des Nutzungsentgelts im Falle einer Streitigkeit hoheitlich bestimmen könnten, würde das Preis- und Konditionenmissbrauchsverbot nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG wohl **keine Anwendung** mehr finden. Im Sinne der erwähnten Rechtsprechung dürfte die Anwendung des Kartellgesetzes regelmässig am Tatbestand der «Erzwingung» scheitern (Rz. 160).

c. Preise

- 162 Der VE-PBG sieht sodann in Art. 23a Abs. 4 vor, dass die Mobilitätsvermittler in der Gestaltung der Endverkaufspreise (Tarife) frei sind. Damit würden Mobilitätsvermittler von der Tarifflicht gemäss Art. 15 PBG entbunden. Dies hätte zur Folge, dass zwischen den Angeboten der Mobilitätsvermittler ein **Preiswettbewerb** entstehen soll, und zwar sowohl unter den Mobilitätsvermittlern selber als auch gegenüber den Tarifen der konzessionierten Transportunternehmen. Entsprechend wäre die freie Bildung der

¹⁰⁰ BGE 137 II 199 E. 5.4 (Swisscom Terminierungsgebühr).

Endverkaufspreise auch vollumfänglich durch die Vorschriften des Kartellgesetzes geschützt.

- 163 Der erläuternde Bericht zum VE-PBG geht davon aus, dass «die Mobilitätsvermittler den öV-Unternehmen als Tarifeigner den ordentlichen Ticket-Preis entgelten müssen».¹⁰¹ Die Auslegung des geltenden Rechts hat indessen ergeben, dass sich die Tarifpflicht nach Art. 15 PBG nicht auf die Grosshandelspreise erstreckt (Rz. 57 ff.). Sollte der Gesetzgeber aber künftig vorsehen, dass die konzessionierten Transportunternehmen auf Gross- und Einzelhandelsebene **denselben Tarif** anwenden, so wäre die Kosten-Preis-Schere spezialgesetzlich gewollt und vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen. Unabhängige Mobilitätsvermittler wären dabei kaum konkurrenzfähig, da sie auf dem Verkauf von öV-Tickets keine Gewinnmargen erzielen könnten. Ein wirksamer Wettbewerb auf dem öV-Vertriebsmarkt könnte sich damit wohl nicht entwickeln.
- 164 Lässt der Gesetzgeber hingegen den Grosshandelspreis weiterhin unreguliert, so würde die Anwendung des Kartellrechts auf den Grosshandelspreis bzw. auf eine Kosten-Preis-Schere nicht durch eine vorbehaltene Vorschrift (*lex specialis*) verdrängt. Entsprechend müsste – wie nach geltendem Recht – der Grosshandelspreis nach Massgabe des Verbots der Kosten-Preis-Schere **unterhalb des Tarifs** nach Art. 15 PBG angesetzt werden (Rz. 116 ff.).

3. Fazit

- 165 Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die Revision des PBG zu schliessen, dass das Verhältnis zwischen Personenbeförderungsrecht und Kartellrecht in Bezug auf den **Zugang zur Buchungsplattform** (NOVA) explizit geregelt werden sollte. Grundsätzlich bestehen zwei Stossrichtungen (vgl. Rz. 155 ff.):
- Aus dem PBG oder allenfalls der Botschaft wird deutlich, dass das **Kartellgesetz uneingeschränkt auf den Zugang zum Vertriebsmarkt anwendbar** ist, soweit keine punktuell vorbehaltenen Vorschriften des PBG entgegenstehen. Ein spezi-

¹⁰¹ UVEK, Erläuternder Bericht «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» (2018), S. 12 *in fine*.

- algesetzlich verankerter Anspruch auf Zugang zur Vertriebsinfrastruktur verdrängt weder als kartellrechtlicher Vorbehalt noch als *lex specialis* die Anwendung des Kartellrechts.
- Der Zugang zur Vertriebsinfrastruktur wird **vollumfänglich spezialgesetzlich geregelt** und von einer kartellrechtlichen Beurteilung ausgenommen. Um aber in diesem Fall das Ziel eines wettbewerbsgeprägten Vertriebsmarkts mit konzessionierten Transportunternehmen und Mobilitätsvermittlern als Marktakteuren nicht zu unterlaufen, müssten das Personenbeförderungsrecht bzw. die RailCom oder das BAV mit wettbewerbsrechtlichen Instrumenten und griffigen Vollzugsinstrumenten ausgestattet werden.
- 166 Auch wenn aktuell keine Anhaltspunkte für ein unangemessenes oder missbräuchliches Nutzungsentgelt bestehen, wäre weiter zu empfehlen, das Verhältnis zwischen dem kartellrechtlichen Verbot des Preis- und Konditionenmissbrauchs und den spezialgesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der **Bedingungen für die Nutzung der NOVA-Plattform** gesetzlich zu regeln. Auch zur Lösung dieser Frage bestehen zwei grundsätzliche Stossrichtungen (vgl. Rz. 158 ff.):
- Aus dem PBG oder allenfalls der Botschaft wird deutlich, dass das **Kartellgesetz uneingeschränkt auf die Nutzungskonditionen anwendbar** ist. Sofern das PBG ebenfalls Bestimmungen zu den Nutzungsbedingungen statuiert, sind das PBG und das KG parallel anwendbar und die Aufsichtsbehörden parallel zuständig. Die WEKO beurteilt die Konditionen nach Massgabe des Kartellrechts, während die Sektorenaufsicht das PBG anwendet. Dabei würde das Risiko bestehen, dass die Behörden zu unterschiedlichen Entscheiden kommen könnten.
 - Die Nutzungskonditionen werden abschliessend im Spezialgesetz geregelt und vollumfänglich **von einer kartellrechtlichen Beurteilung ausgenommen**. Um in diesem Fall das Ziel eines wettbewerbsgeprägten Vertriebsmarkts mit konzessionierten Transportunternehmen und Mobilitätsvermittlern als Marktakteuren nicht zu unterlaufen, müssten das Personenbeförderungsrecht bzw. die RailCom oder das BAV mit wettbewerbsrechtlichen Instrumenten und griffigen Vollzugsinstrumenten ausgestattet werden.
- 167 In Bezug auf die **Preise** ist es am Gesetzgeber zu entscheiden, inwieweit künftig im öffentlichen Verkehr ein dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes unterstehender Preiswettbewerb ermöglicht werden soll. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber eine freie Bildung der Endverkaufspreise (Tarife) zulässt, sollte aus wettbewerbsrechtlicher Sicht im Vertriebsmarkt die Bildung der Grosshandelspreise auch im Rahmen einer

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

Revision des PBG unreguliert bleiben und damit dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes unterstehen. Ansonsten könnte sich auf dem öV-Vertriebsmarkt kaum ein wirksamer Wettbewerb entwickeln (vgl. Rz. 162 ff.).

Literatur

- AMSTUTZ MARC, Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht? Anmerkungen zum *Margin Squeeze* im Lichte des Entscheids Preispolitik Swisscom ADSL, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel (Hrsg.), Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, S. 151
- AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, Kommentar zu Art. 7 KG, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. *BSK-KG*)
- BAUMANN PHIL, *Wettbewerbsverzerrungen* durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Zürich 2019
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017
- CANOY MARCEL/DE BIJL PAUL/KEMP RON, Access to *Telecommunications Networks*, in: Buigues/Rey (Hrsg.), The economics of antitrust and regulation in telecommunications: perspectives for the new European regulatory framework, Cheltenham (UK) 2004, S. 135 ff., 153 f.
- CLERC EVELYNE/KÉLLEZI PRANVERA, Kommentar zu Art. 7 Abs. 2 KG, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. *CR-Concurrence*)
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche *Ausschreibung* als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, S. 219
- DIEBOLD NICOLAS, Gerichtliche Sachverständige als *hoheitlich* tätige Organe?, AJP 2012, S. 1162
- DIEBOLD NICOLAS/KREIS MANUEL, *Kartell- und Stromversorgungsrecht* – Dogmatik zur Abgrenzung zwei verwandter Rechtsgebiete, in: Heselhaus/Schreiber (Hrsg.), Energierechtstagung 2019, Zürich/St. Gallen 2019, S. 40
- DUCREY PATRIK, Fallstricke für *öffentliche Unternehmen* im Wettbewerb, in: Hettich (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, 2009, S. 72
- DUCREY PATRIK, *Kartellrecht*, in: Marbach/Durcrey/Wild (Hrsg.), Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017, S. 293
- GOHARI RAMIN SILVAN, *Margin Squeeze* in the Telecommunications Sector: A More Economic-based Approach, 35 World Competition 2, S. 205

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

- GOHARI RAMIN SILVAN, *Verweigerung von Geschäftsbeziehungen*, Kartellrechtliche Analyse nach Schweizer, EU- und US-Recht, Bern 2017
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HEINEMANN ANDREAS, *Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive*, in: Bien/Ludwig (Hrsg.), *Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien – eine inter- und intradisziplinäre Disziplin*, Baden-Baden 2015, S. 205
- HEINEMANN ANDREAS, *Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie – Die Perspektive des Europäischen Kartellrechts*, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013*, Zürich 2013, S. 354
- HEIZMANN RETO/MAYER MICHAEL, *Kommentar zu Art. 2 KG*, in: Zäch et al. (Hrsg.), *Kommentar Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. *Dike-KG*)
- HERMANN REGULA/KÖNIG PETER, *Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb?*, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2016*, Zürich 2016, S. 447
- HETTICH PETER/STEINER THOMAS, *Kommentar zu Art. 92 BV*, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. *St. Galler BV-Kommentar*)
- JAAG TOBIAS, *Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten*, in: Hänni (Hrsg.), *Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner*, Freiburg 2003, S. 619
- KERN MARKUS, *Kommentar zu Art. 92 BV*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. *BSK-BV*)
- KERN MARKUS/KÖNIG PETER, *Öffentlicher Verkehr*, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, S. 389
- KÖNIG ROGER, *Die Gefährdungshaftung nach Eisenbahngesetz, Analyse und Kritik der neuen Haftungsregeln*, Zürich 2012
- LEHNE JENS, *Kommentar zu Art. 2 KG*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. *BSK-KG*)
- MARTENET VINCENT/CARRON BENOÎT, *Kommentar zu Art. 3 KG*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. *CR-Concurrence*)

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

MARTENET VINCENT/KILLIAS PIERRE-ALAIN, Kommentar zu Art. 2 KG, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. *CR-Concurrence*)

MÜNCH PETER, Kommentar zu Art. 3 KG, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. *BSK-KG*)

OESCH MATTHIAS, Das Binnenmarktgesetz und *hoheitliche Tätigkeiten* – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, *ZBJV* 2012, S. 377

REICH JOHANNES, Grundsatz der *Wirtschaftsfreiheit*, Zürich/St. Gallen 2011

RHINOW RENÉ A./SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016

RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind *öffentliche Aufgaben?*, *recht* 2013/4, S. 153.

SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 43a BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. *St. Galler BV-Kommentar*)

STÄUBLE LUCA/SCHRANER FELIX, Kommentar zu Art. 7 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), *Kommentar Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. *Dike-KG*)

STOFFEL WALTER, *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Freiburg 1994.

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016

VLCEK MICHAEL, Die Erzwingung *unangemessener Preise* im Kartell- und Fernmelde-recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2013

VOGEL STEFAN, Staatliche Wirtschaftstätigkeit und Wettbewerbsrecht, Bemerkungen zu drei Entscheidungen der Weko, der Reko/Wef und des Bundesgerichts betreffend die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA), *AJP* 2001, S. 1028

WEBER ROLF H., Kommentar zu Art. 3 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), *Kommentar Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. *Dike-KG*)

Abkürzungen

ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Amtsblatt Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012)
ARPV	Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (SR 745.16)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBi	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
DV	Direkter Verkehr
E.	Erwägung
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101
E-FMG	Entwurf für ein teilrevidiertes Fernmeldegesetz vom 6. September 2017
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EVU	Energieversorgungsunternehmen
ewb	Energie Wasser Bern
f. / ff.	folgende
FDV	Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste, SR 784.101.1

FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10
GA	Generalabonnement
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
Kt.	Kanton
lit.	litera
MaaS	Mobility as a Service
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen
NOVA	Neue öV-Anbindung
Nr.	Nummer
öV	öffentlicher Verkehr
PBG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz), SR 745.1
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010, SR 783.0
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
RR	Regierungsrat
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
SOB	Schweizerische Südostbahn
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz), SR 734.7
TCS	Touring Club Schweiz
TU	Transportunternehmen
u.a.	und andere
usw.	und so weiter

NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ

Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr

UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VE-EBG	Vorentwurf eines revidierten Eisenbahngesetzes (EBG), Vorlage im Rahmen der Vernehmlassung «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» des UVEK vom 7. Dezember 2018
VE-PBG	Vorentwurf eines revidierten Personenbeförderungsgesetzes (PBG), Vorlage im Rahmen der Vernehmlassung «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen» des UVEK vom 7. Dezember 2018
vgl.	vergleiche
VöV	Verband öffentlicher Verkehr
VPB	Verordnung über die Personenbeförderung vom 4. November 2009, SR 745.11
WEKO	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZVV	Zürcher Verkehrsverbund

Materialien

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1
- Botschaft über Transporte des öffentlichen Verkehrs vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 167
- Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBI 2002 2291 (zit. Botschaft NFA)
- Bundeskartellamt, 7. Sektorgutachten Bahn: Mehr Qualität und Wettbewerb auf der Schiene, 2019 (erhältlich auf www.monopolkommission.de)
- Bundeskartellamt, Medienmitteilung «Bundeskartellamt untersucht in einem Verfahren gegen die Deutsche Bahn AG mögliche Behinderungen von Mobilitätsplattformen» vom 28.11.2019 (erhältlich auf www.bundeskartellamt.de).
- UVEK, «Multimodale Mobilitätsdienstleistungen», Erläuternder Bericht vom 7.12.2018 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (erhältlich auf www.admin.ch)
- Valdani Vicari & Associati, Study on market access and competition issues related to MaaS, June 2010 (erhältlich auf <https://maas-alliance.eu/library/>)
- Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9. März 2007, BBI 2007 2681