

WEKO nova-nutzungsbedingungen-und-oev-provisionsmodell-2025-03-25 vom 25. März 2025

WEKO, 2025-03-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_nova-nutzungsbedingungen-und-oev-provisionsmodell-2025-03-25

FR: WEKO nova-nutzungsbedingungen-und-oev-provisionsmodell-2025-03-25 du 25 mars 2025

IT: WEKO nova-nutzungsbedingungen-und-oev-provisionsmodell-2025-03-25 del 25 marzo 2025

Erwägungen

E. 38

nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren sind.²¹³ Von Bedeutung ist dies namentlich in Konzernverhältnissen²¹⁴: Liegt ein Konzern vor, sind nicht die einzelnen Konzerngesellschaften als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG zu betrachten, sondern es gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen.²¹⁵ 216. Das Kartellrecht enthält keine eigene Definition des Konzernbegriffs.²¹⁶ Die Beurteilung nach KG stimmt mit derjenigen von Art. 963 Abs. 2 OR überein: Demnach kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie alternativ: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Insofern beschränkt sich Art. 963 Abs. 2 OR auf das sogenannte Kontrollprinzip, d. h., er verzichtet auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.²¹⁷ Auch gemäss Rechtsprechung zum KG ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosse Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.²¹⁸ Das Kontrollprinzip wird daher für die nachfolgende Prüfung zugrundegelegt. 217. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die NOVA-NB und das öV-Provisionsmodell. Bei den NOVA-NB und dem öV-Provisionsmodell handelt es sich um in der Widerspruchsmeldung gemeldete Verhaltensweisen (vgl. Rz 2). C.1.1.1 Unternehmen in Bezug auf die NOVA-NB 218. Für die NOVA-NB ist aufgrund der Angaben der Widerspruchsmeldung darauf zu schliessen, dass nach Genehmigung durch das BAV die Kompetenz zur Erlassung der NOVA-NB bei Swisspass liegt. Dies ergebe sich aus der gesetzlichen Kooperationspflicht, umgesetzt in der Branchenregelung Ue500, welche die Zusammenarbeit der KTU und Verbände im direkten Verkehr nach Art. 16 i. V. m. Art. 17 PBG regelt. Die NOVA-NB seien Teil des Ue500. Dabei habe der Strategierat die Oberleitung und Oberaufsicht von Swisspass und sei für deren strategische Führung verantwortlich.²¹⁹ 219. Betreffend die KTU und die Verbände ist vorliegend unbestritten, dass alle KTU und Verbände Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen.²²⁰ In Bezug auf Swisspass vertritt die Widerspruchsmeldung die Ansicht, Swisspass sei kein Unternehmen im Sinne von

²¹³ BGE 148 II 321 E. 6.2, Flammarion; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, Publigroupe; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 211), Art. 2 N 20 m.w.H. ²¹⁴ Vgl. etwa BGE 139 I 107 E. 10.4.1, Publigroupe; BGE 148 II 321 E. 6.2 f., Flammarion; BVGer,

B- 3882/2021 vom 16.2.2023 E. 9.3, Obligation de renseigner. 215 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 48, DCC. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe; BVGer, B-823/2016 vom 2.4.2020 E. 7.1.1 m.w.H., Flügel und Klaviere; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3, Nikon; BVGer, B- 2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, Publigroupe; zum Ganzen statt vieler auch PETER GEORG PICT, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg), 2. Aufl. 2023 (zit. AUTOR/IN in SIWR V/2), Rz A.33 ff.; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (Fn 211), Art. 2 N 31; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 113 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (Fn 211), Art. 2 LCart N 30 f. 216 Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3 m.w.H., DCC. 217 Botschaft vom 21.12.2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1589, 1723. 218 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 44, DCC; offengelassen in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC. 219 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 7 ff. 220 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 153 f.

E. 39

Art. 2 Abs. 1bis KG.221 Daher verbleibt die Frage, ob Swisspass den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt. Mithin ist zu prüfen, ob sich Swisspass autonom am Wirtschaftsprozess beteiligt. C.1.1.1.1 Organisation Swisspass 220. Zur autonomen Tätigkeit und damit den Kontrollverhältnissen bei Swisspass ist festzustellen, dass gemäss Ue500 zum Zweck der Zusammenarbeit der am NDV Teilnehmenden und den Verbänden verschiedene Organe bestehen (vgl. Rz 100 f.). 221. Gemäss Antwort auf das Auskunftsbegehren vom 3. Mai 2024 können Aufbau und Struktur von Swisspass folgendermassen dargestellt werden:

Abbildung 4: Aufbau und Struktur von Swisspass²²² 222. Allerdings sind die Darstellung der Organisation von Swisspass in Abbildung 3 (gemäss Ue500) und die Darstellung in Abbildung 4 (gemäss Swisspass) nicht völlig deckungsgleich. Die vorliegende Beurteilung stützt sich auf die Angaben im Ue500; zumal die Antworten von Swisspass auf das Ue500 verweisen.²²³ C.1.1.1.2 Beteiligung am Wirtschaftsprozess 223. Zur Beteiligung von Swisspass am Wirtschaftsprozess ist grundsätzlich festzustellen, dass Swisspass gemäss Ue500 die Dachorganisation für die Umsetzung des Ue500 ist, das wiederum die Grundlage der branchenweiten Zusammenarbeit von TU und Verbänden darstellt. Diese Zusammenarbeit gewährleistet über den direkten Verkehr gemäss Art. 16 und 17 PBG bzw. Art. 56 VPB hinaus, dass branchenweit mindestens einheitliche Tarifnebenbestimmungen und Standards zur Anwendung gelangten (vgl. Rz 59). Damit übernimmt Swisspass die Umsetzung des Ue500, was einer Dienstleistung an die KTU und Verbände gleichkommt.

221 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 157 ff. und Angaben Swisspass (20.12.2024), Rz 14.

222 Vgl. Angaben Swisspass (10.7.2024), Rz 2. 223 Vgl. Angaben Swisspass (10.7.2024), Rz 1. Gesamtheit der am Nationalen Direkten Verkehr Teilnehmenden Versammlung der Verbände Strategierat (SR) Kontrollinstanzen Revision NDV NPK Prüfstelle Compliance Geschäftsstelle (ch-integral) Teilmandate SBB/PostAuto Kommissionen Markt (KoM) Vertrieb (KoV) Kundeninformation (KKI)

E. 40

224. Weiter kann Swisspass gemäss Ue500 zur Ausübung gemeinsamer, operativer Aufgaben Mandate vergeben (vgl. Rz 82). So besteht beispielsweise ein PostAuto-Mandat für den

Betrieb sowie die Weiterentwicklung des zentralen Informationssystems «SynServ» zur Erfassung von Reisenden ohne bzw. mit teilgültigem Fahrausweis oder Swisspass vergibt ein Mandat zum Betrieb der NOVA-Plattform.^{224 225}. Zudem gibt Swisspass die SwissPass-Karte heraus.^{225 226}. Dann bietet Swisspass auf der SwissPass-Karte Zusatzdienstleistungen von Partnerfirmen an, welche die Kundinnen und Kunden über das Internetportal www.swisspass.ch buchen können. So können der Zugang zu PublikBike, SchweizMobil oder MobilityCarsharing sowie Skipässe von verschiedenen Schweizer Skidestinationen auf die Karte geladen werden.^{226 227}. Schliesslich tritt Swisspass als Anbieterin der mittels der NOVA-Plattform erbrachten Dienstleistungen am Markt auf. Die NOVA-Plattform umfasst das gesamte Sortiment des NDV, der RDV (Verbünde) und einiger TU im internen Verkehr sowie alle für die korrekte Preisberechnung erforderlichen Daten und Algorithmen (vgl. Rz 116). Sie enthält und bündelt damit alle Daten, die für die Vermittlung und den Vertrieb von Fahrausweisen benötigt werden und stellt diese Daten (indirekt und künftig auch direkt; vgl. Rz 50 ff.) Dritten zur Verfügung, die im Bereich des Vertriebs und der Vermittlung von Fahrausweisen tätig sind. ²²⁸. Vorangehende Ausführungen zeigen, dass sich Swisspass als Anbieterin von diversen Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt. C.1.1.1.3 Autonomie von Swisspass ²²⁹. Angesichts der Struktur von Swisspass stellt sich die Frage, ob Swisspass sich autonom am Wirtschaftsprozess beteiligt oder durch ein oder mehrere andere Unternehmen kontrolliert wird. ²³⁰. Von den Organen übernimmt der Strategierat die Oberleitung und Oberaufsicht von Swisspass sowie deren strategische Führung. Zu den Aufgaben des Strategierates gehören etwa die Bestimmung in den drei Geschäftsfeldern von Swisspass, Vertretung von Swisspass gegenüber der Öffentlichkeit und anderen Anspruchsgruppen, Antragsstellung an die Gesamtheit NDV und die VdV betreffend Geschäfte in deren Zuständigkeit sowie die Abgabe von Empfehlungen in verschiedener Hinsicht (vgl. Rz 74). ²³¹. Gemäss Ue500 befinden die Gesamtheit NDV und die VdV über den Erlass und Änderungen der NOVA-NB. Dabei beschliessen die Gesamtheit NDV und die VdV jeweils separat. Der Beschluss kommt zustande, wenn beide Organe zugestimmt haben (vgl. Rz 65). ²³². Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insbesondere vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Entscheidend für das Vorliegen von gemeinsamer Kontrolle ist, dass keine wechselnden Koalitionen unter den Muttergesellschaften möglich sind. Wenn es in den Entscheidungsverfahren keine feste Mehrheit gibt und die Mehrheit von

²²⁴ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/ueberuns/Mandate-Alliance-SwissPass>> (2.7.2024). ²²⁵ Vgl.

<<https://www.allianceswisspass.ch/de/informationen-ov-nutzende/SwissPass>> (30.7.2024).

²²⁶ Vgl. <<https://www.allianceswisspass.ch/de/informationen-ov-nutzende/SwissPass>> (4.7.2024).

E. 41

Fall zu Fall unter den Muttergesellschaften verschieden ausfallen kann, ist nicht davon auszugehen, dass die Muttergesellschaften das Zielunternehmen gemeinsam kontrollieren.^{227 233}. Da wie erwähnt in Bezug auf den Erlass und Änderungen der NOVA-NB Einstimmigkeit zwischen der Gesamtheit NDV und der VdV erforderlich ist,

kann grundsätzlich von gemeinsamer Kontrolle dieser beiden Organe ausgegangen werden. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Gesamtheit NDV oder die VdV als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten. Der Gesamtheit NDV und der VdV dürfte es daher an der Unternehmenseigenschaft fehlen, weshalb ihnen keine gemeinsame Kontrolle in zuvor beschriebenen Sinn zukommt. 234. Im Rahmen der Gesamtheit NDV erfolgt die Beschlussfassung auf Antrag des Strategierates (vgl. Rz 67). Es ist nicht ersichtlich, dass die Gesamtheit NDV ohne Antrag des Strategierates den Erlass oder eine Änderung der NOVA-NB beschliessen könnte. Ebenso wenig ergibt sich aus dem Ue500, dass die Gesamtheit NDV den Strategierat verpflichten könnte, ihr einen bestimmten Antrag oder überhaupt einen Antrag zu unterbreiten. 235. Im Rahmen der VdV können nur Beschlüsse zu traktandierten Themen gefasst werden (vgl. Rz 72). Aus dem Ue500 ist nicht gänzlich klar, wer die Traktandierung bestimmt. Es ist indes davon auszugehen, dass der Strategierat aufgrund seines Antragsrechts (vgl. Rz 74) zumindest Einfluss darauf hat. 236. Damit ist darauf zu schliessen, dass der Strategierat einen gewissen Einfluss auf die Beschlussfassung der Gesamtheit NDV und der VdV hat. 237. Kontrolle im kartellrechtlichen Sinn kann positiv oder negativ sein. Positiv ist sie, wenn die kontrollierende Einheit ihre Vorstellungen über die Strategie der kontrollierten Einheit nach ihren Wünschen bzw. ohne Zustimmung anderer durchsetzen kann. Negativ ist die Kontrolle, wenn die kontrollierende Einheit ihre Wünsche zwar nicht alleine durchsetzen kann, aber die wichtigen strategischen Entscheidungen der kontrollierten Einheit durch ihr Veto verhindern kann. 238. Zwar kann der Strategierat nicht selbst den Erlass oder Änderungen der NOVA-NB beschliessen. Dem Strategierat kommt kein Vetorecht im Sinne des zuvor Beschriebenen zu. Ohne sein Zutun scheinen aber auch die anderen beiden Gremien keinen entsprechenden Beschluss fassen zu können. Insofern dürfte dem Antragsrecht eine mit einem Veto vergleichbare Stellung zukommen. Es kann damit grundsätzlich von negativer Kontrolle des Strategierates hinsichtlich des Erlasses oder der Änderungen der NOVA-NB ausgegangen werden. 239. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Strategierat selbst als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt. Wie der Gesamtheit NDV und der VdV fehlt es daher wohl auch dem Strategierat an der Unternehmenseigenschaft. 240. Es bleibt zu prüfen, ob die Gesamtheit NDV, die VdV oder der Strategierat ihrerseits von Unternehmen kontrolliert werden.

227 Vgl. RPW 2024/1, 92 Rz 18 ff., Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service; RPW 2006/3, 480 Rz 37, Atel - EOSH-Aktiven; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.02.2009, Rz 80, welche auch für die Schweizer Praxis herangezogen werden kann (vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 471, 481 und 531). 228 Vgl. zum Ganzen: JACOBS/GIGER in SIWR V/2 (Fn 215), S. 324 ff.; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 215), Art. 4 Abs. 3 N 119 ff. und N 223 ff.; DIKE KG-SÜSLÜ (Fn 211), Art. 4 Abs. 3 N 79 ff.

E. 42

(i) Beschlussfassung Gesamtheit NDV 241. Ein Antrag ist von der Gesamtheit NDV angenommen, wenn ihm innert der gesetzten Frist 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als 2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die

Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Ertrags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen (vgl. Rz 69). 242. In der Gesamtheit NDV sind alle am NDV Teilnehmenden stimmberechtigt. Jede Stimm- berechtigte verfügt über eine Stimme (vgl. Rz 68). 243. Es sind keine Vetorechte ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Be- schlussfassung der Gesamtheit NDV wechselnde Koalitionen möglich sind. So kann beispiels- weise auch ein grosses KTU wie die SBB überstimmt werden. Insgesamt ist daher die Ge- samtheit NDV nicht als von einem oder mehreren Unternehmen kontrolliert anzusehen. (ii) Beschlussfassung VdV 244. Ein Antrag ist vom VdV angenommen, wenn ihm 2/3 der Abstimmenden zustimmen. Stimmen weniger als 2/3, aber mehr als die Hälfte der jeweils Abstimmenden zu, so gilt die Vorlage als angenommen, wenn diese Abstimmenden zusammen mindestens 50 % der Er- trags- respektive Kostenanteile im betreffenden Geschäft auf sich vereinen (vgl. Rz 73). 245. In der VdV sind derzeit 19 Verbände stimmberechtigt. Jeder stimmberechtigte Verbund hat eine Stimme (vgl. Rz 72). 246. Es sind keine Vetorechte ersichtlich. Es ist auch hier davon auszugehen, dass hinsicht- lich der Beschlussfassung wechselnde Koalitionen möglich sind. Auch die VdV ist daher nicht als kontrolliert im Sinne des Kartellgesetzes anzusehen. (iii) Beschlussfassung Strategierat 247. Ein Antrag ist vom Strategierat angenommen, wenn er die Mehrheit der abgegebenen, gewichteten Stimmen auf sich vereinigt. Für Anträge an die Gesamtheit NDV und die VdV betreffend die Auflösung von Swisspass und Änderungen des Ue500 ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen gewichteten Stimmen erforderlich (vgl. Rz 79). 248. Jedes Mitglied besitzt eine gewichtete Stimme. Für die Beschlussfassung zählen alle abgegebenen Stimmen. Enthaltungen werden nicht mitgezählt. Die Stimmen werden so ge- wichtet, dass die Mitglieder mit festem Sitz zusammen das gleiche Stimmgewicht haben wie die übrigen anwesenden Mitglieder zusammen (vgl. Rz 79). 249. Der Strategierat besteht derzeit aus 11 Mitgliedern (vgl. Rz 76 f.). Zwar ist es denkbar, dass je nach Zusammensetzung aufgrund der Stimmengewichtung einem Mitglied faktisch ein Veto zukommt (bspw. wenn nur ein Mitglied ohne festen Sitz an der Abstimmung teilnimmt). Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass hinsichtlich der Beschlussfassung wech- selnde Koalitionen möglich sind, weshalb der Strategierat nicht als kontrolliert im Sinne des Kartellgesetzes anzusehen ist. C.1.1.1.4 Zwischenergebnis 250. Swisspass beteiligt sich als Anbieterin von Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess. Swisspass wird dabei von keinem anderen Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes kon- trolliert, da sich die Gremien beziehungsweise Organe nicht am Wirtschaftsprozess beteiligen oder in den Gremien bzw. Organen wechselnde Koalitionen möglich sind. Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit als konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von

E. 43

Art. 2 Abs. 1bis KG kann als erfüllt betrachtet werden. Es ist davon auszugehen, dass Swisspass in Bezug auf die NOVA-NB ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG ist. C.1.1.2 Unternehmen in Bezug auf das öV-Provisionsmodell 251. Gemäss Widerspruchsmeldung regle Swisspass aufgrund der gesetzlichen Kooperati- onspflicht sämtliche Belange des NDV. Dies gelte auch für die Provisionsregeln für Vermittler (vgl. Rz 184). Das öV-Provisionsmodell für den NDV sei gemäss Widerspruchsmeldung vom Strategierat von Swisspass zu Händen der KTU und Verbände verabschiedet worden. Es sei als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts zwischen den KTU und Ver- bänden im NDV zu qualifizieren (vgl. Rz 180). 252. Somit hat zwar der Strategierat das öV-Provisionsmodell entwickelt und verabschiedet. Allerdings ist die Genehmigung

durch die Gesamtheit NDV und die VdV ausstehend. Unabhängig davon sind es die an Swisspass angeschlossenen KTU und Verbände, die das öV-Provisionsmodell anwenden werden (vgl. Rz 180). Bei den KTU und Verbänden handelt es sich um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG (vgl. Rz 219). So geht auch die Widerspruchsmeldung davon aus, dass es sich um eine Vereinbarung zwischen den KTU und Verbänden handelt (vgl. Rz 181).

C.1.1.3 Fazit persönlicher Geltungsbereich 253. Hinsichtlich der Verhaltensweise NOVA-NB ist Swisspass als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren. 254. In Bezug auf das öV-Provisionsmodell sind die KTU und Verbände als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren. 255. Auch gemäss Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE stellten sämtliche Organisationen, die zwar nicht selber Transportdienstleistungen 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, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG dar. Entsprechend seien die Organisation Swisspass (ehemals ch-direct), der Verband öffentlicher Verkehr VöV oder die Betreiberin der NOVA-Plattform ebenfalls geeignet, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zu erfüllen. Hinsichtlich der NOVA-Plattform selbst zeige sich die Teilnahme am Wirtschaftsprozess im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darin, dass diese Plattform Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb erbringe, indem sie die Preisdaten zusammen mit den dazugehörigen Fahrplandaten und allenfalls weiteren Vertriebs-, Betriebs- und auch Geodaten zusammenführe, aufbereite und in lesbarer Form zur Verfügung stelle. Insgesamt seien somit nebst den KTU auch alle weiteren Organisationen, die im Bereich des Personenverkehrs Dienstleistungen erbrachten, wie namentlich die Betreiberin der NOVA-Plattform, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG.

229 C.1.2 Sachlicher, örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 256. Der Geltungsbereich in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht ist jeweils gegeben und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

229 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 10 f.

E. 44

C.2 Vorbehaltene Vorschriften C.2.1 Allgemeines 257. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 258. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch «Die sichtbare Hand des Rechts» ersetzt wird, allerdings nur so weit, als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Insofern ist nicht nur zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, sondern vor allem auch, wieweit sie dies tun. Für die Beurteilung der Reichweite sind nur solche staatliche Regulierungen zu berücksichtigen, welche darauf abzielen, ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs zu

korrigieren. Wann ein Marktversagen bzw. sozial unerwünschte Verteilungen vorliegen, bestimmt der Gesetzgeber. Entsprechend der Intention der Revision und des Wortlauts («soweit ... nicht zulassen») des Kartellgesetzes von 1995 ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Dasselbe ergibt sich entsprechend der Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftsverfassung (Art. 94 Abs. 4 und Art. 96 Abs. 1 BV230) auch aus dem Zweck und der verfassungskonformen Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KG. Ein Ausschluss ist deshalb nur gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verbietet oder zulässt. Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG anwendbar. Die Reichweite des Ausschlusses von Wettbewerb ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln. Es ist zu prüfen, ob das Gesetz den Wettbewerb ausschliessen wollte. Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente eruierte Normsinn; es geht mithin um die Auslegung einer generell-abstrakten Norm, die für einen bestimmten Markt für Waren oder Leistungen möglicherweise Anwendung finden soll.²³¹ 259. Der Kartellgesetzgeber hat bereits auf Gesetzesebene die vorbehaltenen Vorschriften mit zwei Beispielen konkretisiert: zum einen mit Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG); eine solche liegt dann vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften festgelegt werden; staatliche Markt- und Preisordnungen schliessen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig aus; zum anderen mit Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Entscheidend ist dabei, dass solchen Unternehmen durch rechtliche Vorschriften eine wettbewerbliche Sonderstellung zukommt. Besondere Rechte sind insbesondere staatliche Monopole und Regale.²³² 260. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 KG sind normtheoretisch zwei Arten von Normen zu unterscheiden: zum einen Normen, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen; es liegt eine klassische Normkollision vor; zum anderen Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln,

230 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101). 231 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2, Hors-Liste-Medikamente I, m. w. H; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 7.1, Supermédia. 232 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.3.1, Hors-Liste-Medikamente I, m. w. H.

E. 45

d. h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen; es liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor. Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen (auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen sind Wettbewerb bzw. Modifikationen des Wettbewerbs [bis zum Ausschluss] vorgesehen), wenn also eine Normkollision vorliegt.²³³ 261. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus. Sie haben demzufolge nicht eine preis- und wettbewerbsrechtliche Ordnung zum Regelungsgegenstand, sondern eine andere Ordnung (als Beispiel: BGE 137 II 199: Fernmelderecht neben Kartellrecht). Die Normen, welche zum KG hinzutreten, müssen deshalb nicht vorbehalten werden, da sie ohnehin unabhängig vom KG

Anwendung finden. Da nur wettbewerbsmodifizierende Normen in Konflikt mit dem KG kommen können, muss nur zwischen diesen eine Lösung gefunden werden. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, welche zum KG hinzutreten, stellen insofern keine neue Kategorie der in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern sind Normen, welche parallel zum KG anwendbar sind und auch vollumfängliche Anwendbarkeit zwecks Erfüllung ihres Verfassungsauftrags (z. B. Gesundheitsschutz) erheischen. Auch wenn parallel anwendbare Normen nicht vorbehalten sind, ist es theoretisch nicht ausgeschlossen, dass diese «wettbewerbshindernd» sein können. Allerdings bilden die parallel anwendbaren Normen in der Regel die Rahmenordnung, inner- halb derer Wettbewerb stattzufinden hat. In jedem Fall wird die parallele Ordnung nicht vorbe- halten; diese und das KG sind beide anwendbar und im Einzelfall ist zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können.^{234 262.} Vorliegend sind die Vorschriften zum Personenbeförderungsregal (vgl. Abschnitt C.2.2), zur Tarifpflicht (vgl. Abschnitt C.2.3), zum direkten Verkehr (vgl. Abschnitt C.2.4), zur gemein- samen Vertriebsinfrastruktur (vgl. Abschnitt C.2.5) sowie zum bestellten Angebot im regiona- len Personenverkehr (vgl. Abschnitt C.2.6) näher zu betrachten. U. a. im Zusammenhang mit der Frage nach vorbehaltenen Vorschriften liessen das BAV (Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE) sowie Swispass (Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ) je ein Rechtsgutachten erstellen, auf welche nachfolgend jeweils eingegangen wird. C.2.2 Personenbeförderungsregal C.2.2.1 Allgemeines 263. Aufgrund von Art. 87 BV (Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger) und Art. 92 BV (Per- sonenbeförderung als Teil des Postregals) verfügt der Bund über umfassende Kompetenzen im Bereich der Personenbeförderung. Nach Art. 4 PBG hat der Bund das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern, soweit die- ses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist (Perso- nenbeförderungsregal). Der Bund kann Unternehmen Personenbeförderungskonzessionen erteilen (vgl. Art. 6 PBG).^{235 264.} Das Personenbeförderungsregal (Art. 4 PBG) und das damit verbundene Konzessions- system (Art. 6 PBG) begründen im Bereich der gewerbsmässigen Personenbeförderung eine staatliche Marktordnung, die dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und damit dem freien wirtschaftlichen Wettbewerb entzogen ist. Entsprechend gelten Art. 4 i. V. m. Art. 6 PBG im

233 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1, Hors-Liste-Medikamente I, m.w.H. 234 Vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1, Hors-Liste-Medikamente I, m.w.H.; BVGer, B-807/2012, B-771/2012, B-880/2012 und B-829/2012 vom 25.6.2018 E. 4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau 235 Vgl. BGer, 2C_230/2020 vom 25.3.2021 E. 4.1, m.w.H.

E. 46

Grundsatz als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausge- schlossen sind (vgl. Rz 258). Soweit das Personenbeförderungsrecht mit Bezug auf einzelne Bereiche der Personenbeförderung Wettbewerb zulässt oder gar fördert, bleibt auch das Kar- tellrecht anwendbar. Dies ist soweit unbestritten.^{236 265.} Strittig ist hingegen die Frage nach der Tragweite des Personenbeförderungsregals, vor allem ob der Vertriebsmarkt vom Personenbeförderungsregal erfasst wird oder nicht. Die Wi- derspruchsmeldung und das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ gelangen dabei zum Schluss, dass der gesamte Ticketvertrieb unter das Personenbeförderungsregal fällt.²³⁷

Gemäss der Widerspruchsmeldung ergibt es sich insgesamt aus dem Ziel der zweckmässigen und wirtschaftlichen landesweiten Verkehrsversorgung, der Tarifpflicht und den Bestimmungen über den Direkten Verkehr, dass der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal erfasst wird.²³⁸ Nicht unter das Personenbeförderungsregal falle dagegen die Vermittlung von öV-Tickets.²³⁹ 266. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE vertritt demgegenüber die Ansicht, dass nur die Festlegung der Tarife und die für die Sicherstellung des Direkten Verkehrs erforderliche Koordination des Ticketvertriebs unter den KTU vorbehaltenen Vorschriften darstellen, während im Übrigen in Bezug auf den Ticketvertrieb das Kartellgesetz zur Anwendung gelange.²⁴⁰ Bei der Frage nach der Tragweite des Personenbeförderungsregals sei der Vertrieb von öV-Tickets von der eigentlichen Personenbeförderung zu differenzieren. Der Vertrieb umfasse dabei 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 seien zudem Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb wie das Sammeln und Bereitstellen von vertriebsrelevanten Daten durch die NOVA-Plattform.²⁴¹ 267. Um die Tragweite des Personenbeförderungsregals zu eruieren, sind die entsprechenden Gesetzesbestimmungen nachfolgend auszulegen.

C.2.2.2 Auslegung von Art. 1 und Art. 4 PBG (Personenbeförderungsregal) C.2.2.2.1 Grammatikalische Auslegung 268. Art. 1 Abs. 2 PBG hält fest, dass das Personenbeförderungsregal die regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser sowie mit Seilbahnen, Aufzügen und anderen spurgeführten Transportmitteln umfasst. In Art. 4 PBG wird sodann aufgeführt, dass der Bund das ausschliessliche Recht hat, Reisende mit regelmässigen und gewerbmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist. Die beiden Artikel nennen nur die Personenbeförderung an sich und äussern sich nicht ausdrücklich zum Vertrieb. Aus dem Wortlaut kann daher nicht geschlossen werden, dass der Ticketvertrieb vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird.

236 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 168; Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 24 ff.; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 39, 42 ff. 237 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 186; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 93. 238 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 169. 239 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 187. 240 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 61. 241 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 30.

E. 47

C.2.2.2.2 Systematische Auslegung 269. Gemäss Art. 19 Abs. 1 PBG verpflichtet sich das KTU mit dem Personentransportvertrag, Reisende gegen Entgelt zwischen bestimmten Stationen zu transportieren. Der Transportvertrag kommt mit anderen Worten zwischen dem oder den fraglichen Transportausführenden KTU und dem Endkunden zustande.²⁴² Im Fern-, Regional- und Ortsverkehr bieten die Unternehmen in der Regel der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener KTU führen, einen einzigen Transportvertrag an (Art. 16. Abs. 1 PBG). Sie erstellen dafür gemeinsame Tarife und Fahrausweise (Art. 16. Abs. 1 PBG).²⁷⁰ Da der Transportvertrag stets zwischen dem oder den transportierenden KTU und der zu transportierenden Person zustande kommt, ist ein Vertrieb im Sinne eines Wiederverkaufs ausgeschlossen. Ein Dritter kann nicht von

einem KTU eine Transportleistung einkaufen und diese anschliessend an die zu transportierende Person weiterverkaufen. In Frage kommt dies- falls ausschliesslich eine Vermittlung des zwischen dem ausführenden KTU und dem Endkun- den zustandekommenden Transportvertrags. C.2.2.2.3 Historische Auslegung 271. In historischer Hinsicht weisen beide Gutachten darauf hin, dass die Materialien den Ticketvertrieb nicht thematisieren, da sich der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses des PBG der Frage nicht explizit bewusst gewesen sei, zumal erst aufgrund der technologischen Entwicklungen der letzten Jahre die Entkoppelung von Vertrieb und Personenbeförderung überhaupt möglich gewesen sei.²⁴³ 272. In der Botschaft zum revidierten Personenbeförderungsgesetz wird nun aber immerhin explizit festgehalten, dass der Vertrieb von Angeboten des öV nicht unter das Personenbeför- derungsregal falle. Dieses beschränke sich auf den eigentlichen Transport, weshalb beim Ti- cketvertrieb das Kartellgesetz grundsätzlich anwendbar sei.²⁴⁴ C.2.2.2.4 Teleologische Auslegung 273. In teleologischer Hinsicht sind gemäss beiden Gutachten in erster Linie die Vorausset- zungen für die Erteilung einer Konzession heranzuziehen. Aus diesen ergebe sich, dass mit dem Personenbeförderungsgesetz eine möglichst zweckmässige und wirtschaftliche landes- weite Verkehrsversorgung erreicht werden solle und zwar mit möglichst gering ausfallenden ungedeckten Kosten.²⁴⁵ 274. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ spreche der Aspekt, dass ungedeckte Kos- ten, die aus dem Staatsbetrieb finanziert werden müssten, möglichst gering ausfallen sollten, dafür, dass das Personenbeförderungsgesetz den Vertrieb mitumfasse. Die KTU seien gemäss den bestehenden Regelungen verpflichtet, im Sinne des Reisenden Dienstleistungen zu er- bringen – auch für andere Transportunternehmen (z. B. Pflicht, durchgehende Fahrausweise auszugeben). Diese kundenfreundliche Lösung habe ihren Preis und funktioniere solange beide Seiten die gleichen Leistungen erbringen müssten. Die Transportunternehmen würden beispielsweise gerne auf das Aufstellen von Billettautomaten an Kleinbahnhofen verzichten, wo täglich unter zehn Tickets verkauft würden. Sie seien aber verpflichtet, den Reisenden eine Kaufmöglichkeit mit den gesetzlichen Zahlungsmitteln anzubieten. Im Falle einer Öffnung des Vertriebs für Wiederverkäufer könnte ein «Cherry picking» entstehen: Einfache und lukrative Geschäftsfälle würden die Wiederverkäufer übernehmen (z. B. Online-Verkäufe oder via App),

242 Zu diesem Schluss kommt auch Swissspass (vgl. Angaben Swissspass, 20.12.2024, Rz 38). 243 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 51. 244 Vgl. Botschaft Änderung PBG, 31 f. Ziff. 4.1.9. 245 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ (Fn 62), Rz 34; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 53 ff.

E. 48

die aufwendigen, nicht lukrativen Prozesse wie Beratung, Service après-vente (z. B. Umbu- chungen oder Rückerstattungen), Kundeninformation usw. müssten die KTU tragen. Dies führe zu höheren Kosten für die Transportunternehmen und letztlich auch für die Reisenden bzw. die öffentliche Hand. Bei der Vermittlung von öV-Tickets sei diese Gefahr nicht im glei- chen Mass ersichtlich. Die Vermittler würden im Namen und auf Rechnung der konzessionier- ten Transportunternehmen und Verbände tätig. Das bedeute auch, dass sie öV-Tickets nur stellvertretend und unter den Rahmenbedingungen, die ihnen von den KTU und Verbänden vorgegeben würden, an Reisende verkaufen könnten.²⁴⁶ 275. Gemäss dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHÉ habe ein frei zugänglicher Vertriebsmarkt demgegenüber vielmehr das Potenzial, dass insgesamt mehr Tickets verkauft und Verkehrs- infrastrukturen

besser ausgelastet würden, was für die dem Personenbeförderungsregal zugrundeliegenden versorgungspolitischen Interessen förderlich wäre. Allerdings spreche 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 könne dazu führen, dass die konzessionierten Verkehrsangebote nicht mehr wirtschaftlich im Sinne eines günstigen Verhältnisses von Kosten und Erträgen erbracht werden könnten. Der Gesetzgeber statuiere denn auch explizit in Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG, dass die Tarife der Erzielung angemessener Erträge dienen müssten. Mit Blick auf die vom Personenbeförderungsregal verfolgte Zielsetzung wirtschaftlicher öffentlicher Verkehrsangebote sei somit zu schliessen, dass sich das Regal auf die Festsetzung der Ticketpreise erstrecke. Die Festlegung der Ticketpreise sei demnach mit der Personenbeförderungskonzession verknüpft. Abgesehen von der Preisfestsetzung gäbe 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.²⁴⁷ 276. Letzterer Ansicht ist vorliegend zu folgen. Insgesamt scheint es nicht erforderlich, dass der gesamte Vertrieb dem Personenbeförderungsregal unterstellt wird, sondern es genügt für eine zweckmässige und wirtschaftliche landesweite Verkehrsversorgung mit möglichst gering ausfallenden ungedeckten Kosten, wenn die Festlegung des Endverkaufspreises vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird. Die Pflicht bspw. physische Verkaufsstellen zu betreiben oder Billettautomaten aufzustellen ergibt sich weder direkt aus der Personenbeförderungskonzession noch aus der Tarifpflicht, sondern allenfalls aus den Vorschriften des direkten oder bestellten Verkehrs (vgl. dazu nachfolgend Abschnitte C.2.4 und C.2.6). Der Argumentation von MEINHARDT/SÜSLÜ kann damit in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Vom Resultat her dürfte es zudem unbestritten sein, dass Dritte nicht verpflichtet sind oder sein werden, physische Verkaufsstellen zu betreiben oder Billettautomaten aufzustellen. Das genannte «Cherry picking» findet demnach so oder so statt. Der Mehraufwand, den die KTU und Verbände durch physische (kostenintensive) Services und Beratungsaufwände haben, wird zudem ohnehin über das EMNDV [...] abgegolten.²⁴⁸ 277. Der Zweck des Personenbeförderungsregals erfordert somit insbesondere nicht die Mitumfassung der Vertriebsmodalitäten und vertriebsbezogenen Dienstleistungen wie insbesondere Sammlung und Zurverfügungstellung von Vertriebsdaten unter das Regal. Gerade die

246 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 171; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 53 ff. 247 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 34 f. 248 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 133.

E. 49

Daten bilden schliesslich die Basis von multimodalen Mobilitätsdienstleistungen, welche mit der zur Rede stehenden Gesetzesrevision angestrebt werden.²⁴⁹ C.2.2.2.5
Verfassungskonforme Auslegung 278. Gemäss DIEBOLD/RÜTSCHKE stelle die Schaffung eines rechtlichen Monopols wie desjenigen in Art. 4 PBG einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 BV dar. Eine Auslegung, wonach der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal nicht erfasst sei, entspreche daher der Wirtschaftsfreiheit besser als eine extensive Interpretation des Regals. Zugleich existiere

keine verfassungsrechtliche Bestimmung, die eine extensive Auslegung von Art. 4 PBG nahelegen würde. Nach der verfassungskonformen Auslegung von Art. 4 PBG sei der Ticketvertrieb – abgesehen von der Preisbildung – somit nicht zum Personenbeförderungsregal zu zählen.²⁵⁰ Das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ äussert sich hierzu nicht. Insgesamt kann den Ausführungen von DIEBOLD/RÜTSCHKE zugestimmt werden. Dies entspricht auch dem Grundsatz, wonach sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, das Kartellgesetz anwendbar bleibt (vgl. Rz 258). C.2.2.2.6 Gelebte Rechtspraxis 279. Gemäss DIEBOLD/RÜTSCHKE hätten bereits heute verschiedene KTU nicht-konzessionierte Unternehmen zum Verkauf und Vertrieb von öV-Tickets ermächtigt. Wenn der Vertrieb von öV-Tickets generell dem rechtlichen Monopol nach Art. 4 PBG zugeordnet wäre, 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). Daher sei auch mit Blick auf die gelebte Praxis davon auszugehen, dass der Vertrieb von öV-Tickets nicht dem Personenbeförderungsregal nach Art. 4 PBG unterstehe und somit ohne Konzession frei zugänglich sei, soweit es nicht um die Festlegung der Ticketpreise gehe.²⁵¹ 280. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ sehe das heutige öV-System keinen Vertrieb von öV-Tickets durch Wiederverkäufer vor. Die KTU und Verbände würden ihre öV-Tickets entweder selber vertreiben oder sie seien als Vermittler tätig und würden stellvertretend für andere KTU und Verbände öV-Tickets an Reisende verkaufen. Die KTU hätten verschiedentlich branchenfremde Unternehmen mit der Vermittlung von öV-Tickets beauftragt. Sie seien hierfür individuelle Verträge mit ausgewählten Kooperationspartnern eingegangen, welche die zu erbringenden Leistungen, Qualitätsstandards und Sortimente sowie Entschädigungen definieren würden. Beispiele dafür seien Stationshalter, Poststellen, Avec oder Migrolino Shops. Ferner gebe es Kooperationen mit Partnern im Ausland, bei denen diese die Vermarktungsaktivitäten für die Transportunternehmen wahrnehmen würden (v.a. bei touristischen Angeboten wie den Jungfrau- und Matterhorn Gotthard Bahn oder der RhB). Entgegen dem Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE würde es sich bei diesen Kooperationen nicht um eine Übertragung der Konzession handeln. Die Kooperationspartner würden als Vermittler vielmehr im Namen und auf Rechnung der KTU tätig. Die gelebte Rechtspraxis, in der branchenfremde Unternehmen lediglich als Vermittler von öV-Tickets eingesetzt werden würden, lasse damit ohne Weiteres den Schluss zu, dass auch der Vertrieb von öV-Tickets vom Personenbeförderungsregal erfasst sei. Umgekehrt sei die gelebte Rechtspraxis ein starkes

249 Vgl. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens Multimodale Mobilitätsdienstleistungen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 7. Dezember 2018 (Erläuternder Bericht UVEK), S. 2 und 6, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/54975.pdf>> (6.11.2023).

250 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 36. 251 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 37.

E. 50

Indiz dafür, dass die Vermittlung von öV-Tickets durch branchenfremde Unternehmen durch das Personenbeförderungsregal nicht ausgeschlossen sei.²⁵² 281. Insgesamt lässt sich damit in Bezug auf die gelebte Rechtspraxis festhalten, dass unbestrittenemassen

bereits zum aktuellen Zeitpunkt und damit vor der mit dem vorliegenden Verfahren im Zusammenhang stehenden Gesetzesrevision öV-Tickets durch Dritte vertrieben werden. Dies allerdings ohne direkte Anbindung an die NOVA-Plattform. Ob dieser Vertrieb nun als Vertrieb oder als Vermittlung bezeichnet wird, spielt dabei für die vorliegende Beurteilung keine Rolle. Insgesamt kann zumindest festgehalten werden, dass die Vermittlung von Tickets durch Dritte (Fremdvertrieb) bereits unter dem geltenden Recht möglich ist.

C.2.2.2.7 Fazit 282. Als Fazit der Auslegung von Art. 4 PBG lässt sich damit festhalten, dass die genannte Bestimmung nur die Beförderung ausdrücklich dem Regal unterstellt. Der Verkauf von öV-Tickets wird dabei nicht erwähnt. Auch aus dem Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte von Art. 4 PBG sowie der gelebten Rechtspraxis ergeben sich keine Hinweise dafür, dass der gesamte Vertrieb von öV-Tickets unter das

Personenbeförderungsregal fällt. Vielmehr fallen – nebst der Beförderung an sich – lediglich jene Verhaltensweise unter das Personenbeförderungsregal und sind damit vom Kartellgesetz ausgenommen, welche die Festlegung der Ticketpreise betreffen (vgl. dazu auch nachfolgend Abschnitt C.2.3). C.2.3 Auslegung Art. 15 PBG (Tarifpflicht) 283. Art. 15 PBG regelt die sog. Tarifpflicht. Absatz 1 hält dabei fest: «Die Unternehmen stellen für ihre Leistungen Tarife auf. Der Tarif nennt die Voraussetzungen, unter welchen ein bestimmter Preis für die Beförderung und damit zusammenhängende Leistungen zur Anwendung kommt.» Gemäss Absatz 2 richten sich die Tarife nach dem Umfang und der Qualität der Leistung und nach den Kosten des Angebots. Sie dienen der Erzielung angemessener Erträge. Die Tarife müssen sodann gegenüber allen gleich angewendet werden (Art. 15 Abs. 5 PBG). 284. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE führt zur Tarifpflicht aus, dass sich diese ausschliesslich an die KTU richte und die Tariffestsetzung damit Teil des Personenbeförderungsregals sei. Die in Art. 15 Abs. 2 PBG genannte Erzielung angemessener Tarife stehe im Bereich der Grundversorgung zudem im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, die ungedeckten Kosten zu minimieren. Die Tarifpflicht solle weiter verhindern, das Reisende ausgebeutet würden und sie solle auch eine Diskriminierung der Reisenden verhindern. So müssten gemäss Art. 15 Abs. 5 PBG die Tarife gegenüber allen Nutzern gleich angewendet werden und individuelle Ermässigungen seien grundsätzlich nicht zulässig. Das mit der Tarifpflicht einhergehende Diskriminierungsverbot schliesse indessen die Möglichkeit der TU nicht aus, verschiedene Angebote zu entwickeln und Vergünstigungen anzubieten. Tariffdifferenzierungen, etwa in Form von Halbtax-Abonnements, Sparbilleten, Kinderbilleten oder Aktionen (z. B. Snow'n'Rail) seien zulässig, soweit sie allen Reisenden unter gleichen Voraussetzungen offenstehen würden. Die Tarife und ihre Differenzierungen müssten 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 schliesse die Tarifpflicht beim Verkauf von öV-Tickets an Kundinnen und Kunden einen eigentlichen Preiswettbewerb in Bezug auf die einzelnen Ticketangebote aus.²⁵³ Es handle sich somit um eine Regelung, die im

252 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 77 ff. 253 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 45 ff

Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG eine staatliche Markt- und Preisordnung begründe und dementsprechend als vorbehaltene Vorschriften zu qualifizieren sei. Demzufolge seien

Abreden oder marktbeherrschende Verhaltensweisen konzessionierter Transportunternehmen in Bezug auf die Endverkaufspreise von öV-Tickets (Tarife) vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen.^{254 285.} Zu diesem Schluss gelangt grundsätzlich auch das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ.²⁵⁵ Darüber hinaus würden aber auch zumindest Teile des Vertriebs in die Tarifhoheit fallen und damit vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sein. Oft werde der «Tarif» mit dem Preis gleichgesetzt. Unter dem Begriff «Tarif» seien gemäss dem BAV aber nicht nur die Ticketpreise, sondern auch die Bedingungen für die Transportausführung zu verstehen (Benutzungsvorschriften, Fahrausweissortiment, Geltungsdauer der Fahrausweise und Regelung der Rückerstattung usw.). Dabei enthalte der Tarif auch Elemente des Vertriebs. So definiere der Tarif zum Beispiel, wo Sortimente verkauft werden sollen und mache etwa Vorgaben zum Vertriebsprozess wie zum Beispiel in Bezug auf die Überprüfung von Kundendaten bei rabattierten Produkten oder in Bezug auf die Vorgaben zur Abrechnung, zum Ticketlayout und zu den Fahrausweismedien. Der Begriff Tarif umfasse daher auch Elemente des Vertriebs.^{256 286.} Einigkeit zwischen den beiden Gutachten herrscht in Bezug auf die Tarifpflicht somit insofern, als dass zumindest die Festsetzung der Endverkaufspreise unter das Personenbeförderungsregal fällt und damit vom Anwendungsbereich des KG ausgenommen ist. Die beiden Gutachten vertreten jedoch unterschiedliche Ansichten darüber, ob und inwieweit der Vertrieb der öV-Tickets von der Tarifpflicht und damit vom Personenbeförderungsregal mitumfasst wird.

MEINHARDT/SÜSLÜ machen geltend, dass «zumindest Teile des Vertriebs in die Tarifhoheit» fallen würden. Demgegenüber vertritt DIEBOLD/RÜTSCHKE die Ansicht, dass es abgesehen von der Preisfestsetzung aus teleologischer Sicht keine Gründe gäbe, 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.^{257 287.} Aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 15 PBG ergibt sich grundsätzlich, dass die Begriffe «Tarif» und «Preis» im Sinne des PBG nicht genau gleichbedeutend sind. So umfasst der Begriff «Tarif» gemäss Abs. 1 neben dem Preis auch die «Voraussetzungen» und «Leistungen», damit ein bestimmter Preis zur Anwendung gelangt. In Art. 62 VPB wird sodann bspw. festgehalten, dass die Tarife (auch) regeln, welche Gegenstände als Handgepäck mitgenommen werden dürfen und somit welche mit der Beförderung zusammenhängende Leistung ebenfalls im gemäss Tarif zu bezahlenden Preis inbegriffen ist. Weiter wird in Art. 57 Abs. 2 VPB etwa festgehalten, dass die Tarife die Reisenden verpflichten können, ihre Fahrausweise zu entwerten. Damit werden die Bedingungen für einen bestimmten Preis vorgegeben.^{288.} Der Begriff «Tarif» im Sinne von Art. 15. Abs. 1 PBG umfasst daher neben dem Preis auch die Leistungen, die in diesem Preis inbegriffen sind und die Bedingungen, unter denen der Preis angewandt wird. Es deutet aber nichts darauf hin, dass der Begriff «Tarif» noch weiter zu fassen ist und insbesondere auch Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien, Werbung u. a.) und vertriebsbezogene Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) davon erfasst werden. Die genannten Ziele wie insbesondere Kostendeckung, Verhinderung von Ausbeutung und Diskriminierung werden auch dann erreicht, wenn das Personenbeförderungsregal den Vertrieb von öV-Tickets nicht mitumfasst,

254 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 52. 255 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 61. 256 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 59 f. Vgl. auch Widerspruchsmeldung, Rz 58. 257 Vgl. Gutachten

sondern nur die Festsetzung der Endverkaufspreise und damit einhergehend, welche Leistungen in diesem Preis inbegriffen sind und unter welchen Bedingungen er gewährt wird. 289. Das Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE schliesst sodann aus dem Umstand, dass das Personenbeförderungsrecht einen Vertriebsmarkt nicht vollumfänglich ausschliesse, dass mit Blick auf die Preissetzung für öV-Tickets zwischen Endverkaufs- und Grosshandelspreisen unterschieden werden müsse. Mit Grosshandelspreisen seien im Bereich der Personenbeförderung die Preise gemeint, die allfällige Mobilitätsdienstleister ohne Konzession für den Kauf der öV-Tickets von den konzessionierten Transportunternehmen bezahlen würden. Bei den Endverkaufspreisen handle es sich um die Preise, welche die Kundinnen und Kunden für die Transportleistungen bezahlen müssten. Ein Preiswettbewerb würde die Ticketpreise soweit hinunterdrücken können, dass es den Transportunternehmen nicht mehr möglich wäre, angemessene Erträge zu erzielen (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 PBG), um ihre Verkehrsangebote wirtschaftlich zu betreiben. Daraus folge, dass die Gestaltung der Endverkaufspreise Teil des Personenbeförderungsregals sein müsse.²⁵⁸ 290. Die Gestaltung der Endverkaufspreise für öV-Tickets sei somit von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt. Daraus folge, dass Preisvorgaben oder Preisempfehlungen von Tarifeignern in Bezug auf den Ticketverkauf an Endkunden weder Wettbewerbsabreden noch eine Ausübung von Marktmacht darstellen würden, deren Zulässigkeit nach Kartellgesetz zu prüfen wäre. Anders präsentiere sich die Situation in Bezug auf Grosshandelspreise, die konzessionierte Transportunternehmen von Drittanbietern für öV-Tickets verlangen würden. Dies würde durch das Personenbeförderungsregal nicht geregelt. Es sei auch kaum erforderlich, die Wirtschaftlichkeit des Personenbeförderungsangebots über Grosshandelspreise sicherzustellen. 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 sei jedoch insofern unwahrscheinlich, als der Wettbewerb im Markt für gewerbsmässige Personenbeförderung zwischen den Transportunternehmen aufgrund des Personenbeförderungsregals und der restriktiven Konzessionsvoraussetzungen stark eingeschränkt sei. Aufgrund der gezielten Nachfrage der Reisenden nach bestimmten Personenbeförderungsangeboten bestünden auch für die Nachfrager von öV-Tickets auf Grosshandelsebene keine Ausweichmöglichkeiten, so dass sich auf den Grosshandelspreis kaum Wettbewerbsdruck entfalten werde. Wenn beispielsweise eine Kundin bei Mobilitätsvermittlern ein Ticket für die Fahrstrecke Bern-Zürich nachfragt, so könnten die Mobilitätsvermittler mangels alternativer Bezugsquellen kaum Druck auf den Grosshandelspreis der SBB ausüben. Die Preisgestaltungsfreiheit der Transportunternehmen auf Grosshandelsebene werde 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 würden sich aufgrund ihres Wortlauts und mit Blick auf ihre Zielsetzungen ausschliesslich auf Endverkaufspreise beziehen. Dies führe im Ergebnis dazu, dass die konzessionierten Transportunternehmen ihre Grosshandelspreise frei bestimmen und Mobilitätsvermittlern öV-Tickets zu tieferen Preisen als solchen auf dem Endkundenmarkt

verkaufen müssten. Tiefere Grosshandelspreise könnten betriebswirtschaftlich insbesondere dadurch gerechtfertigt sein, dass Transportunternehmen durch den Drittvertrieb eigene Vertriebskosten einsparen würden. Zugleich werde den Mobilitätsvermittlern dadurch ermöglicht, auf dem Endverkaufspreis eine Gewinnmarge zu erzielen. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften zu den Grosshandelspreisen untersteht deren Bildung folglich dem Kartellgesetz.²⁵⁹ 291. Swissspass wie auch das Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ führen demgegenüber aus, dass kein Grosshandelsmarkt existiere. Die Tatsache, dass der Vertrieb von öV-Tickets unter das

258 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 56 f. 259 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 58 ff.

53

Personenbeförderungsregal falle, habe zur Folge, dass nur KTU öV-Tickets in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an Reisende vertreiben dürften. Das Personenbeförderungsregal schliesse damit einen Vertrieb von öV-Tickets durch Wiederverkäufer und damit auch einen Grosshandelsmarkt für öV-Tickets aus. Selbst wenn aber das Kartellgesetz auf den Vertrieb anwendbar wäre, so könnten durch das Kartellgesetz die KTU nicht verpflichtet werden, ihr gesamtes Vertriebssystem zu ändern und einen Grosshandel einzuführen.²⁶⁰ 292. Für die Klärung der Frage, ob ein Grosshandelsmarkt für öV-Tickets existiert, ist zunächst ein Blick auf die gesetzliche Konzeption des Transportvertrages zu richten. Gemäss Art. 19 Abs 1 PBG verpflichtet sich ein KTU mit dem Personentransportvertrag, Reisende gegen Entgelt zwischen bestimmten Stationen zu transportieren. Der Transportvertrag kommt mit anderen Worten stets zwischen dem oder den transportierenden KTU und dem Reisenden zustande (vgl. Rz 269 f.). Die Transportpflicht des KTU ergibt sich indes nicht allein aus dem Transportvertrag, sondern stellt eine Grundpflicht der KTU dar. So bestimmt Art. 12 Abs. 1 PBG: Die Unternehmen führen jeden Transport aus, wenn: a. die reisende oder absendende Person die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält; b. der Transport mit dem Personal und mit den Transportmitteln möglich ist, die zur Bewältigung des normalen Verkehrs ausreichen; c. der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, die das Unternehmen nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden kann. 293. Gemäss Art. 57 Abs. 1 PBV müssen die Reisenden gültige Fahrausweise besitzen. Sie müssen sie für die Dauer der Fahrt aufbewahren und auf Verlangen den Kontrollberechtigten vorweisen. Es stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis zwischen Fahrausweis und Transportpflicht bzw. der Rechtsnatur der Fahrausweise. 294. Die Rechtsnatur bzw. der Inhalt des Fahrausweises werden weder im PBG noch in der PBV definiert. Aus Art. 57 Abs. 1 PBV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 PBG und Art. 19 Abs. 1 PBG ergibt sich aber, dass der Fahrausweis dazu dient, den Nachweis des Reisenden über die Einhaltung der Tarifbestimmungen (Art. 12 Abs. 1 PBG) bzw. die Bezahlung eines Entgeltes (Art. 19 Abs 1 PBG) zu erbringen. Der Fahrausweis hat mit anderen Worten in erster Linie Beweisfunktion.²⁶¹ Es kann sich in der Folge die Frage stellen, ob es sich beim Fahrausweis um ein Wertpapier im Sinne von Art. 965 ff. OR handelt. Nach Art. 965 OR ist ein Wertpapier jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann. Wesensmerkmal des Wertpapiers ist, dass der Schuldner aus einem Wertpapier nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet ist (Art. 966 Abs. 1 OR). 295. Die Transportpflicht gemäss Art. 12 Abs. 1 PBG und Art. 19 Abs 1 PBG ist nicht an die Aushändigung einer Urkunde geknüpft. Daran ändert auch nichts, dass gemäss Art. 57 Abs. 1 PBV die Reisenden gültige

Fahrausweise mit sich führen müssen. So geht aus Art. 20 Abs. 1 PBG hervor, dass das KTU der Transportpflicht auch dann nachzukommen hat, wenn der Reisende keinen gültigen Fahrausweis vorweisen kann, sofern jener seine Identität ausweist sowie den Fahrpreis und einen Zuschlag bezahlt oder eine entsprechende Sicherheit leistet. Ein Ausschluss von der Weiterfahrt ist erst möglich, wenn weder Fahrpreis und Zuschlag bezahlt noch eine entsprechende Sicherheit geleistet wird. 296. Gleichwohl wird in der Literatur – in erster Linie aus praktischen Überlegungen – postuliert, den Fahrausweis als Wertpapier, genauer als Inhaberpapier, zu qualifizieren. So genüge das blosses Vorweisen des Billetts als Nachweis des Beförderungsanspruchs. Der Beförderer dürfe die (sich aus dem Transportvertrag ergebende) Berechtigung des Passagiers nicht nachprüfen. Eine Prüfung der Berechtigung sei im Massenverkehr praktisch auch kaum möglich.

260 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 188 ff.; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 108 ff. 261 Vgl. MICHAEL HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag – Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, 2015, Rz 410.

54

Gehe der Fahrausweis verloren oder werde er zerstört, sei aufgrund des geringen Werts und der fehlenden Individualisierbarkeit von einer Kraftloserklärung abzusehen. Der Beförderer sei nicht verpflichtet, ein Ersatzdokument auszustellen; denn er wäre nicht in der Lage zu überprüfen, ob ein Dritter den Fahrausweis finde und verwende.²⁶² 297. Soweit der Fahrausweis kein Wertpapier darstellt, kann grundsätzlich nur der Reisende (oder dessen Stellvertreter i. S. von Art. 32 ff. OR) einen Fahrausweis erwerben. Zwar können Fahrausweise übertragen werden, sofern sie nicht auf den Namen des Reisenden lauten (vgl. Art. 57 Abs. 3 PBV, e contrario). Ein Dritter, der nicht Reisender ist, könnte aber diesfalls keinen Fahrausweis von einem KTU erwerben. Ein vom Transportvertrag losgelöster Erwerb eines Fahrausweises mit der Möglichkeit des Wiederverkaufs existiert folglich in dieser Situation nicht. Die Tickets können daher von Dritten, welche nicht selbst die Transportleistung in Anspruch nehmen wollen (abgesehen von Fällen der Stellvertretung), bloss vermittelt werden. 298. Ist der Fahrausweis demgegenüber als Wertpapier zu qualifizieren, steht einem Erwerb durch einen nichtreisewilligen Dritten grundsätzlich nichts entgegen. Ebenso wenig ist der Dritte daran gehindert, den Fahrausweis weiterzuverkaufen. Auch hindert den Dritten diesfalls nichts daran, den Fahrausweis zu einem höheren Preis weiter zu verkaufen, als er ihn eingekauft hat. Tatsächlich wird aber kaum jemand bereit sein, einen über den ordentlichen Tarif gemäss Art. 15 PBG hinausgehenden Preis zu bezahlen. Andererseits ist das KTU beim «Erstverkauf» an den Tarif gemäss Art. 15 PBG gebunden. Damit verbliebe bei einem Wiederverkäufer faktisch keine Marge. 299. Je nach Qualifikation des Fahrausweises als Wertpapier erscheint daher die Existenz eines Grosshandelsmarkts für öV-Tickets nicht als per se ausgeschlossen. Eine abschliessende Beurteilung kann indes offenbleiben, zumal selbst wenn ein Wiederverkauf eines öV-Tickets möglich wäre, dieser faktisch nur zum vom Tarif vorgegebenen Preis möglich wäre. Vor diesem Hintergrund dürfte ein allenfalls theoretisch existierender Grosshandelsmarkt nicht von Relevanz sein. Für die Zwecke der vorliegenden Analyse ist einzig von einem Markt für Vermittlungsdienstleistungen auszugehen (vgl. Abschnitt C.3). 300. Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die Tarifpflicht lediglich auf die Preissetzung und die damit direkt verbundenen Leistungen und Bedingungen bezieht. Ob solche direkt verbundene Leistungen und Bedingungen vorliegen, ist einzelfallweise zu

beurteilen. Unter das Personenbeförderungsregal fällt somit auf jeden Fall die Festsetzung der Endverkaufspreise. C.2.4 Auslegung Art. 16 und 17 PBG (Besondere Rechte und Pflichten von Transportunternehmen beim Direkten Verkehr) 301. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PBG bieten im Fern-, Regional- und Ortsverkehr die Unternehmen in der Regel der Kundschaft für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Unternehmen führen, einen einzigen Transportvertrag an (sog. Direkter Verkehr). Im gestützt auf Art. 28 Abs. 1 PBG bestellten regionalen Personenverkehr (vgl. dazu Abschnitt C.2.6) sowie im Fernverkehr müssen die Unternehmen Direkten Verkehr anbieten (Art. 56 Abs. 2 PBG). Die Unternehmen erstellen für den Direkten Verkehr gemeinsame Tarife und Fahrausweise (Art. 16 Abs. 2 PBG). Zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs regeln die Unternehmen gemäss Art. 17 Abs. 1 PBG ihre gegenseitigen Beziehungen. Der Direkte Verkehr wird somit mittels Branchenübereinkommen umgesetzt. Der Gesetzgeber bestimmt teilweise selbst, was Gegenstand der Übereinkommen ist (Art. 17 Abs. 1 Bst. b–e PBG), und verpflichtet im Übrigen die Transportunternehmen, die Bereiche der Zusammenarbeit festzulegen (Bst. a). Die Transportunternehmen haben ihre Zusammenarbeit gemäss Widerspruchsmeldung auch auf den

262 Vgl. HOCHSTRASSER (Fn 261), Rz 412.

55

Ticketvertrieb erstreckt. Ein Beispiel der Zusammenarbeit der Transportunternehmen im Bereich des Ticketvertriebs sei die Entwicklung der NOVA-Plattform.²⁶³ Aufgrund der gesetzlichen Kooperationspflicht im Nationalen Direkten Verkehr seien sodann alle Transportunternehmen im abteilungsberechtigten Personenverkehr mit Erschliessungsfunktion gestützt auf Art. 17 Abs. 1 PBG zu einer Mitgliedschaft in Swissspass verpflichtet.²⁶⁴ 302. Gemäss dem Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ schliesse die gesetzliche Kooperationspflicht gemäss Art. 16 und 17 PBG die Festsetzung der Tarife sowie den Ticketvertrieb mit ein. Einen freien Markt für den Vertrieb von öV-Tickets gebe es aufgrund der Vorschriften im Rahmen des Direkten Verkehrs nicht. Gemäss UVEK hätten öV-Unternehmen aufgrund der Tarifhoheit und des Direkten Verkehrs eine «implizite Vertriebspflicht». Die Regelungen zum Direkten Verkehr würden sich gezielt gegen den Wettbewerb richten, um die Sicherstellung des Direkten Verkehrs und seiner Ziele zu gewährleisten. Es gebe im Vertriebsmarkt keinen Leistungs- oder Qualitätswettbewerb zwischen den konzessionierten Transportunternehmen. Es bestehe vielmehr eine Art «Zwangskartell». Die Regelungen des Direkten Verkehrs würden damit eine staatliche Markt- und Preisordnung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen. Somit seien nicht nur Abreden zwischen konzessionierten Transportunternehmen zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen, sondern auch der Vertrieb selbst, die Vertriebsmodalitäten sowie vertriebsbezogene Dienstleistungen wie das Sammeln und Bereitstellen von Vertriebsdaten.²⁶⁵ 303. Demgegenüber vertreten DIEBOLD/RÜTSCHKE die Ansicht, dass die vorliegende Konstellation an sich geeignet sei, im Vertriebsmarkt einen Leistungs- und Qualitätswettbewerb zwischen den Transportunternehmen zu ermöglichen. Denn die Gewährleistung des Direkten Verkehrs setze voraus, dass sich die konzessionierten Transportunternehmen gegenseitig das Vertriebsrecht einräumen würden. Der Direkte Verkehr habe damit zur Folge, dass bestimmte Tickets für bestimmte Fahrstrecken eines Transportunternehmens auch bei allen anderen Transportunternehmen erworben werden können. Lediglich der Wettbewerb auf dem Endverkaufspreis sei aufgrund des Verbots

der Preisdifferenzierungen ausgeschlossen.²⁶⁶ 304. Das BAV führt im Rahmen der Amtshilfe aus, sowohl aus Art. 17 Abs. 1 PBG als auch aus Art. 18 Abs. 1 Bst. a PBG ergebe sich eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit der KTU, welche einen Direkten Verkehr anbieten würden.²⁶⁷ Zur Formulierung «Sicherstellung des direkten Verkehrs» in Art. 17 Abs. 1 PBG führt das BAV aus, die Transportunternehmen müssten sicherstellen, dass die öV-Kundschaft die Fahrausweise über mehrere Transportunternehmen hinweg kaufen könne und sich somit entsprechend organisieren.²⁶⁸ Die Bereiche der Zusammenarbeit gemäss Art. 17 Abs. 1 Bst. a PBG seien auf Gesetzesstufe nicht weiter definiert. Auch das BAV mache diesbezüglich keine Vorgaben. Die Transportunternehmen müssten sich selbst organisieren. Die Grundlage der branchenweiten Zusammenarbeit von TU und Verbänden bilde das Ue500.²⁶⁹ Die Liste betreffend Umfang der Zusammenarbeit in Art. 17 Abs. 1 PBG sei nicht abschliessend.²⁷⁰ 305. Zur Frage des Sekretariats, ob Art. 17 Abs. 1 PBG eine einheitliche Vereinbarung vorschreibt, die für alle am Direkten Verkehr Teilnehmenden gleichermaßen gilt, führt das BAV

263 Vgl. zum Ganzen auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 49 f. 264 Vgl. Widerspruchsmeldung, Fn 9. 265 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 64 f; Widerspruchsmeldung, Rz 178. 266 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 51 f. 267 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 1. 268 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 2. 269 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 3. 270 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 4.

56

aus, aus Sinn und Zweck der Bestimmung ergebe sich, dass eine einzige Vereinbarung insofern erforderlich sei, als unterschiedliche Vereinbarungen ungeeignet wären, um den Direkten Verkehr sicherzustellen.²⁷¹ 306. Art. 17 PBG verpflichtet die KTU demnach zur Zusammenarbeit, soweit sie zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs notwendig ist. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. Die KTU haben vorliegend indes aufgrund von Art. 17 PBG gar keine Wahl, ob sie sich koordinieren wollen oder nicht. D. h. eine Nicht-Koordination steht als Handlungsmöglichkeit gar nicht zur Verfügung.²⁷² Mit anderen Worten lässt Art. 17 PBG diesbezüglich Wettbewerb nicht zu. Die Pflicht zur Koordination der KTU ist daher als vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren. 307. Was den Inhalt der Zusammenarbeit angeht, wird dieser von den KTU weitgehend selbst bestimmt. Die daraus hervorgehenden Übereinkommen sind dem BAV jedoch zur Genehmigung vorzulegen (Art. 17 Abs. 3 PBG). So hat das BAV in der Vergangenheit das gesamte Ue500 inkl. seinen Anhängen geprüft und (befristet) genehmigt.²⁷³ Gemäss BAV würden auch die V511274 und V512275 Aspekte regeln, die der Sicherstellung des nationalen Direkten Verkehrs dienen. Daher seien auch die beiden Vorschriften vom BAV zu genehmigen.²⁷⁶ 308. Gemäss Rechtsprechung soll von der Einschätzung einer Fachbehörde nur aus triftigen Gründen abgewichen werden.²⁷⁷ Betreffend PBG ist das BAV zweifellos als Fachbehörde im Sinne der Rechtsprechung anzusehen. 309. Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass Art. 17 PBG eine vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG hinsichtlich Abreden zwischen den KTU darstellt, soweit diese zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs notwendig sind. Die Frage der Notwendigkeit ist vom BAV als Fachbehörde im Rahmen der Genehmigung gemäss Art. 17 Abs. 3 PBG zu prüfen. Die Wettbewerbsbehörden können von dieser Einschätzung nicht ohne triftigen Grund abweichen. Demzufolge sind vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigende

Ab- reden zwischen den KTU und Verbänden vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes aus- genommen, sofern sie nicht den Rahmen von Art. 17 Abs. 1 PBG sprengen. Im Rahmen der Amtshilfe bestätigte das BAV, dass es sich bei den NOVA-NB grundsätzlich um vom BAV zu genehmigende Vorschriften handelt.²⁷⁸ 310. Erfasst wird von Art. 17 Abs. 1 PBG jedoch nur die Regelung der «gegenseitigen Bezie- hungen» der KTU. Nicht erfasst wird demgegenüber die Beziehung zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Vom BAV genehmigt wurden in der Folge auch lediglich Provisionen in den Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Entschädigungen und Vergütun- gen in der Alliance SwissPass (V512) unter den KTU.²⁷⁹

271 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 5. 272 Vgl. dazu RPW 2018/4, 722 Rz 32, Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG. 273 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 8. 274 Vorschriften über die Verteilung der Einnahmen im direkten Personen- und Gepäckverkehr. 275 Vorschriften über die Verteilung der gemeinsamen Kosten, Provisionen und Vergütungen im direkten Personen- und Gepäckverkehr. 276 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 9. 277 Vgl. BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 11.5, Swisscom WAN-Anbindung. 278 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 1. 279 Vgl. Angaben BAV, Ziff. 16 f.

57

C.2.5 Auslegung Art. 17a PBG (Gemeinsame Vertriebsinfrastruktur) 311. Gemäss revidiertem Personenbeförderungsgesetz betreiben die Unternehmen mit einer Konzession eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote (Vertriebsinfra- struktur) (Art. 17a Abs. 1 PBG²⁸⁰). Sie stellen die für den Vertrieb erforderlichen Sach- und Personendaten zeitgerecht zur Verfügung (Art. 17a Abs. 2 PBG). Die KTU können für die Nut- zung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte ein angemessenes Entgelt verlangen (Art. 17a Abs. 3 PBG). Sie regeln die diskriminierungsfreien Bedingungen für die Nutzung der Vertriebs- infrastruktural durch Dritte (Art. 17a Abs. 4 PBG). 312. Bei der Frage, ob Art. 17a PBG für die am direkten Verkehr Teilnehmenden eine gesetz- liche Verpflichtung oder eine Berechtigung zum Betrieb einer gemeinsamen Infrastruktur sei, vertritt das BAV die Ansicht, der Betrieb einer gemeinsamen Infrastruktur sei für alle TU mit einer Konzession grundsätzlich eine Verpflichtung.²⁸¹ Weiter schreibe Art. 17a PBG eine ein- heitliche Regelung für alle KTU vor.²⁸² 313. Somit sind die nach dem Personenbeförderungsgesetz konzessionierten TU gesetzlich angehalten, für den Betrieb einer Vertriebsinfrastruktur zusammenzuarbeiten. Die KTU müs- sen in diese Vertriebsinfrastruktur alle Daten einspeisen, so dass über diese Infrastruktur die Angebote aller KTU vertrieben werden können. Weiter ist gesetzlich festgelegt, dass die KTU gegenüber Dritten für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur eine angemessene Abgeltung ver- langen können, aber nicht müssen. Die diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur durch Dritte regeln die KTU untereinander. Wie bei Art. 17 PBG müssen sich die KTU für den Betrieb der Vertriebsinfrastruktur koordinieren (vgl. Rz 306). Deshalb ist auch diese Pflicht der KTU zur Koordination des Betriebs der Verkehrsinfrastruktur als vorbehaltene Vorschrift i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren. 314. In Bezug zum Verhältnis der KTU und Verbände zu Dritten kann Art. 17a PBG nicht weitergehen als Art. 17 Abs. 1 PBG. Mit anderen Worten ist auch im Rahmen von Art. 17a PBG nur die Regelung der «gegenseitigen Beziehungen» der KTU im Sinne von Art. 17 Abs. 1 PBG vom Kartellgesetz ausgenommen. Nicht ausgenommen werden demgegenüber Rege- lungen für Beziehungen zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Dementsprechend hält auch die Botschaft zum revidiertem Personenbeförderungsgesetz ausdrücklich fest, dass der Ver-

trieb von öV-Tickets grundsätzlich diskriminierungsfrei auch Dritten offenstehen müsse und diese die Möglichkeit hätten, sich nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes an die Wettbewerbsbehörden zu wenden.²⁸³ 315. Damit wird klargestellt, dass durch Art. 17a PBG nicht sämtliche koordinierten Tätigkeiten der KTU in Bezug auf den Betrieb der NOVA-Plattform dem Kartellgesetz vorbehalten sind. Anwendbar bleibt das Kartellgesetz gemäss dem klaren Wortlaut der Botschaft insbesondere auf den Bereich des Vertriebs von öV-Tickets durch Dritte (Vermittlung). C.2.6 Bestelltes Angebot im regionalen Personenverkehr (Art. 28 ff. PBG) 316. Gemäss Art. 81a Abs. 1 BV haben Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr auf Schiene, Strasse, Wasser und mit Seilbahnen in allen Landesgegenden zu sorgen. Der Bund hat somit dafür zu sorgen, dass die Grundversorgungsleistungen im Bereich der Personenbeförderung ausreichend, preiswert und in allen Landesgegenden verfügbar sind. Die Grundversorgung macht einen wesentlichen Teil der regelmässigen und gewerksmässigen Personenbeförderung aus. Das PBG bezeichnet die Grundversorgung als

280 In Kraft per 1.1.2025. 281 Vgl. Angaben BAV, Rz 13. 282 Vgl. Angaben BAV, Rz 14. 283 Vgl. Botschaft Änderung PBG (Fn 57), S. 32, Ziff. 4.1.9.

58

«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.²⁸⁴ Die Angebotsvereinbarung regelt zwischen den Bestellern und den konzessionierten Unternehmen gemäss Art. 31a Abs. 4 PGB insbesondere: a) das Angebotskonzept und den Fahrplan; b) den Verkauf samt den Verkaufsstellen und deren Bedienung; c) das Angebot im Transport von Reisegepäck; d) die Tarife. 317. Insgesamt übertragen damit Bund und Kantone mit der Bestellung des Verkehrsangebots des regionalen Personenverkehrs die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe an die konzessionierten Transportunternehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe erhalten die Transportunternehmen eine Personenbeförderungskonzession und haben das Recht auf Abgeltung der ungedeckten Kosten. Das heisst, sie werden mit Monopolrechten ausgestattet. Damit wird gezielt Einfluss auf den Wettbewerb im Markt des regionalen Personenverkehrs genommen. Somit haben Art. 28 ff. PGB die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand und sind grundsätzlich als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zu qualifizieren.²⁸⁵ Art. 31a Abs. 4 PGB regelt dabei den Inhalt der Angebotsvereinbarung zwischen Besteller und Transportunternehmen. Die mit den spezialgesetzlich geregelten Angebotsvereinbarungen verbundenen Abreden sind somit unbestrittenermassen vom Kartellgesetz ausgenommen.²⁸⁶ Darüberhinausgehend wird im Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ geltend gemacht, dass mit der Bestimmung von Art. 31a Abs. 4 PGB zumindest im Bereich des bestellten regionalen Personenverkehrs in Bezug auf den Vertrieb von öV-Tickets ein Monopol für Transportunternehmen bestehe.²⁸⁷ Dem kann so nicht gefolgt werden. Da jedoch auch Art. 31a Abs. 4 PGB die vorliegend zur Diskussion stehende Vermittlung von öV-Tickets unbestrittenermassen nicht ausschliesst²⁸⁸, kann an dieser Stelle auf eine eingehendere Analyse dieses Artikels verzichtet werden. C.2.7 Fazit zu den vorbehaltenen Vorschriften 318. Die Bestimmungen über das Personenbeförderungsregal (Art. 4 ff. PBG) umfassen in erster Linie die Beförderung an sich und haben nicht zur Folge, dass sämtliche Tätigkeiten im

Zusammenhang mit der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sind. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von öV-Tickets fällt lediglich die Festsetzung der Ticketpreise (Tarif) unter das Personenbeförderungsregal; im Übrigen wird der Ticketvertrieb vom Regal nicht erfasst (vgl. Abschnitt C.2.2, insb. Rz 288). 319. Der Begriff «Tarif» im Sinne von Art. 15. Abs. 1 PBG umfasst neben dem Preis auch die Leistungen, die in diesem Preis inbegriffen sind und die Bedingungen, unter denen der Preis angewandt wird. Es deutet aber nichts darauf hin, dass der Begriff «Tarif» noch weiter zu fassen ist und insbesondere auch Vertriebsmodalitäten (Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien,

284 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 39 f. 285 Vgl. dazu auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 41; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 88. 286 Vgl. Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHKE (Fn 62), Rz 42; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 89. 287 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 90. 288 Vgl. Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 96.

59

Werbung u. a.) und vertriebsbezogene Dienstleistungen (z. B. Sammlung und Bereitstellung von Vertriebsdaten) davon erfasst werden (vgl. Abschnitt C.2.3, insb. Rz 288). 320. 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 der KTU untereinander in Bezug auf die Tarife sowie vom BAV genehmigte Vereinbarungen der KTU zur Sicherstellung des Direkten Verkehrs vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen. Im Übrigen gelangt das Kartellgesetz jedoch zur Anwendung. Damit sind nicht sämtliche Vertriebsmodalitäten und vertriebsbezogene Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen. Dies hat u.a. zur Folge, dass Drittanbieter ohne Konzession zwar nicht die Endverkaufspreise der Tickets, jedoch die Vertriebsmodalitäten wie Verkaufskanäle, Verkaufsstrategien und Werbung frei bestimmen können (vgl. Abschnitt C.2.4). 321. Hinsichtlich der vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigenden NOVANB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») liegen vorbehaltene Vorschriften vor, soweit es dabei um die Regelung der gegenseitigen Beziehungen der KTU und Verbände geht (vgl. Abschnitt C.2.4). Zudem liegen vorbehaltene Vorschriften in Bezug auf den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur im Rahmen von Art. 17a PBG vor (vgl. Abschnitt C.2.5). 322. Für die Sicherstellung des Direkten Verkehrs nicht notwendig sind hingegen Abreden unter den KTU betreffend ihre Beziehungen zu Dritten. Für das öV-Provisionsmodell bestehen damit keine vorbehaltenen Vorschriften i. S. von Art. 3 Abs. 1 KG, soweit darin Provisionen an Drittvermittler geregelt sind. Deshalb bestehen auch keine vorbehaltenen Vorschriften in Bezug auf Dritte gemäss Art. 17a Abs. 3 und 4 PBG (angemessenes Entgelt und diskriminierungsfreier Zugang; vgl. C.2.5). 323. Die Bestimmungen über den bestellten Verkehr (Art. 28 ff. PGB) haben die Regelung des Wettbewerbs zum Gegenstand und sind grundsätzlich als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG zu qualifizieren. 289 Art. 31a Abs. 4 PGB regelt dabei den Inhalt der Angebotsvereinbarung zwischen Besteller und Transportunternehmen. Die damit verbundenen Abreden sind somit vom Kartellgesetz ausgenommen. Die vorliegend zur Diskussion stehende Vermittlung von öV-Tickets wird durch Art. 31a Abs. 4 PBG jedoch unbestrittenermassen nicht von der Anwendung des Kartellgesetzes ausgeschlossen (vgl. Abschnitt C.2.6). C.3 Relevanter Markt 324. Bei der Bestimmung

des kartellrechtlich relevanten Marktes ist – in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU²⁹⁰ – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁹¹ 325. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als

289 Vgl. dazu auch Gutachten DIEBOLD/RÜTSCHE (Fn 62), Rz 41; Gutachten MEINHARDT/SÜSLÜ (Fn 65), Rz 88. 290 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 291 BGE 139 I 72 E. 9.1 m.w.H., Publigruppe; BGE 129 II 497 E. 6.3.1, Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF); BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, Hallenstadion; BGE 129 II 18 E. 7.2 und 7.3.1, Buchpreisbindung.

60

substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹² 326. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁹³ 327. Auf der Grundlage der Angaben in der Widerspruchsmeldung und den Schlussfolgerungen zu den vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG stehen bei dieser Vorabklärung zwei Verhaltensweisen im Vordergrund. Bei einer ersten Verhaltensweise handelt es sich um die auf Dritte bezogenen Regelungen für eine gemeinsame Vertriebsinfrastruktur. Dies sind die NOVA-NB inkl. Standardvertrag, solange es Dritte betrifft. Die zweite Verhaltensweise stellt das öV-Provisionsmodell dar. 328. Bei den NOVA-NB 3.2 inklusive Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» handle es sich gemäss Widerspruchsmeldung um neu einzuführende Nutzungsbedingungen der NOVA-Plattform (vgl. Rz 7). Folglich sind die NOVA-NB 3.2 und der zugehörige Standardvertrag noch nicht in Kraft. Auch seien die NOVA-NB 2019 gemäss Swisspass formell noch nicht in Kraft (vgl. Rz 8). Weiter sei auch das öV-Provisionsmodell gemäss Angaben in der Widerspruchsmeldung noch nicht in Kraft (vgl. Rz 181). Weil diese Regelungen noch nicht in Kraft sind, bestehen für die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») und das öV-Provisionsmodell noch keine Folgen und Erfahrungen im Umgang damit. Trotzdem erfolgt im Sinne einer Arbeitshypothese die vorläufige Abgrenzung relevanter Märkte, um auf die Frage einer etwaigen kartellrechtlichen Unzulässigkeit der NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») und des öV-Provisionsmodells eingehen zu können. C.3.1 Marktabgrenzung NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») 329. Die NOVA-NB 3.2 regeln die Rechte und Pflichten der Vermittler / Vertreiber im Zusammenhang mit der Vermittlung und dem Vertrieb des NOVA-Sortiments über die NOVA-Plattform und sind darauf ausgerichtet, die Einnahmen- und Qualitätssicherung zu gewährleisten (vgl. Rz 3 und 117). Beim Unternehmen, das die NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») ausarbeitet und beschliesst, handelt es sich um Swisspass (vgl. Rz 250). Swisspass regelt mit den NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») den Zugang zur und die Verwendung der NOVA-Plattform. Diesen Zugang zum NOVA-Sortiment über die NOVA-Plattform fragen die KTU, Verbände und Dritte nach, die öV-Tickets vertreiben und vermitteln. Damit stellen die vertreibenden und vermittelnden KTU, Verbände und Dritte (nachfolgend zusammen: Vertreiber und Vermittler) die Marktgegenseite dar. 330. Die Marktgegenseite Vertreiber und Vermittler fragen den Zugang zur NOVA-Plattform

bzw. die dort hinterlegten Daten und Informationen aller Schweizer KTU und Verbände nach, um gegenüber Reisenden (Endkunden) Mobilitätsleistungen anzubieten. Hierzu sind der Zugang zu etwa Verkehrsdaten (mit Angebotsdetails), Buchungsmöglichkeiten von öV-Tickets, Reservierungen, Fahrpläne, Informationen zur Gültigkeit von öV-Tickets, Stornierungsbedingungen oder Informationen zur Gepäckbeförderung zu zählen. Mobilitätsleistungen können kombinierte Transportleistungen bestehend aus verschiedenen Transportmitteln wie bspw. Bahn, Bus, Auto oder Fahrrad oder einzelne Transportleistungen wie das Zurücklegen einer

292 Vgl. BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, Publigroupe; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 52, Hallenstadion; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, ADSL II; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 211), Art. 4 II N 30. 293 Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.1 m.w.H., Publigroupe; BGE 129 II 18 E. 7.2, Buchpreisbindung; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, ADSL II; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9.2, Gaba.

61

bestimmten Strecke mit nur der Bahn sein sowie die Bereitstellung zugehöriger Informationen wie beispielsweise Fahrpläne, Verspätungen, Streckenstörungen oder Spezialangebote. 331. In diesem Zusammenhang sind Dritte zu erwähnen, die mit neuen, durch technologische Möglichkeiten entwickelten, Angeboten als Vermittler auftreten. Beispielsweise unternimmt der Bund Anstrengungen zur Förderung der multimodalen Mobilität.²⁹⁴ Der Bund unterstützt die Bereitstellung, den Zugang zu und den Austausch von Mobilitätsdaten. Mobilitätsdaten seien ein unverzichtbares Element für das Funktionieren des Mobilitätssystems in der zunehmend digitalen Gesellschaft und Wirtschaft.²⁹⁵ Vor allem Dritte sollen öV-Tickets im Rahmen von Angeboten mit multimodaler Mobilität vermitteln. Bei multimodaler Mobilität können die verschiedenen Bevölkerungsgruppen mit auf sie zugeschnittenen Anwendungen (u. a. Apps) kombinierte Angebote mit mehreren Verkehrsmitteln (wie öV, motorisierter Individualverkehr, Sharing-Autos/-Bikes/-Miniscooter, Mitfahrgelegenheiten, Taxis sowie Fuss- und Veloverkehr) zusammenstellen und diese im Idealfall auf einfache Weise direkt kaufen.²⁹⁶ Folglich ist beabsichtigt, dass Vermittler den Zugang zur NOVA-Plattform als Inputfaktor verwenden, um dann multimodale Mobilitätsleistungen gegenüber Reisenden anbieten zu können. 332. In räumlicher Hinsicht genügt für die Zwecke der Vorabklärung eine schweizweite Markt- abgrenzung. Die NOVA-Plattform scheint die einzige Vertriebsplattform mit allen Daten und Informationen der schweizerischen KTU und Verbände zu sein. Weil die NOVA-Plattform alle Daten und Informationen bündelt, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen in der ganzen Schweiz benötigt werden, dürfte im vorliegenden Fall eine weitere räumliche Unterteilung aus Sicht der Vertrieber und Vermittler keinen Unterschied darstellen. 333. Als relevanter Markt kann somit ein schweizweiter Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets zugrunde gelegt werden. 334. Eine vergleichbare Markt- abgrenzung hat auch das Bundeskartellamt in einem Verfahren gegen die Deutsche Bahn AG wegen missbräuchlicher Verhaltensweisen gegenüber digitalen Mobilitätsplattformen vorgenommen. Unter anderem hat das Bundeskartellamt einen bundesweiten Markt für Daten und Buchungsanwendungen im Schienenpersonenverkehr abgegrenzt. Dieser Markt umfasst Tarif- und Fahrplandaten sowie Buchungsanwendungen (Prognosedaten sind nicht Teil dieses Marktes).²⁹⁷ C.3.2 Markt- abgrenzung öV-Provisionsmodell 335. Mit der Einführung des öV-Provisionsmodells beabsichtigen die KTU und Verbände eine

Vereinbarung über die gemeinsame Berechnung der Entschädigung bei der Vermittlung von öV-Tickets im NDV durch andere Unternehmen. Die leistungserbringenden KTU und Verbände entschädigen anhand des gemeinsam festgelegten Berechnungsmechanismus die KTU, Verbände und Dritte, die die öV-Tickets vermitteln (vgl. Rz 180 ff.). Die Vermittlung gegenüber den Reisenden erfolgt im Namen und auf Rechnung der leistungserbringenden KTU und Verbände (vgl. Rz 119 und 169).²⁹⁸ Das öV-Provisionsmodell ist ausschliesslich für den

²⁹⁴ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität / Mobilitätsdateninfrastrukturen des Bundes - Basisdokument zum gesamtheitlichen Überblick der Inhalte zur multimodalen Mobilität mit Blick auf die Rechtsetzungsvorlage zu den relevanten Mobilitätsdaten und den Mobilitätsdateninfrastrukturen des Bundes, insbesondere der NaDIM (zit. Konzeptpapier Multimodale Mobilität), 10. Mai 2021, Aktenzeichen: BAV-011-11/13/1/1/4/7. ²⁹⁵ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität (Fn 294), S. 6. ²⁹⁶ Vgl. BAV, Konzeptpapier Multimodale Mobilität (Fn 294), S. 6. ²⁹⁷ Vgl. Bundeskartellamt, B9-144/19, 26.6.2023, Rz 272 ff., Deutsche Bahn AG. ²⁹⁸ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 45, 48 und 139.

62

NDV vorgesehen (vgl. Rz 180). Oder kurz formuliert: Es ist vorgesehen, dass die leistungserbringenden KTU und Verbände im NDV das öV-Provisionsmodell gegenüber den vermittelnden KTU, Verbänden und Dritten (nachfolgend zusammen: Vermittler) anwenden. Somit stellen die Vermittler die Marktgegenseite der leistungserbringenden KTU und Verbände dar. ³³⁶ Bei Dritten, die in den letzten drei Jahren regelmässig mit einer indirekten Anbindung an die NOVA-Plattform über ein KTU oder einen Verbund öV-Tickets im NDV vermittelt haben, handle es sich gemäss Swisspass um: [...], verschiedene Unternehmen wie Kioske, Gemeinden, Tourismusorganisationen, Reisebüros, Buchungs-Plattformen und Hotelketten.²⁹⁹ Dies sind zusammengefasst Unternehmen mit digitalen Mobilitätslösungen, Minishops, Gemeinden und Unternehmen im Tourismusbereich (vgl. Rz 335). Auch hier sind Drittanbieter von Vermittlungsleistungen zu erwähnen (vgl. Rz 331). Wie die Widerspruchsmeldung ausführt, leiste das öV-Provisionsmodell einen Beitrag zur Zielvorgabe des BAV, wonach stärkere Anreize für Drittvermittler geschaffen werden sollten, öV-Tickets zu vermitteln, um damit zusätzliche Reisende für den öffentlichen Verkehr zu gewinnen und letztlich eine maximale Auslastung der KTU sicherzustellen (vgl. Rz 188). ³³⁷ Vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Provisionszahlung an die Vermittler kann die Situation so aufgefasst werden, dass die leistungserbringenden KTU und Verbände die Vermittlung ihrer öV-Tickets für die von ihnen jeweils bedienten Strecken und Verbundgebiete bei den Vermittlern nachfragen. Damit treten die KTU und Verbände, welche das öV-Provisionsmodell anwenden, auf der Nachfrageseite auf. Die für die Marktabgrenzung relevante Marktgegenseite bilden damit die anbietenden Vermittler. Es ist folglich aus Sicht der Vermittler zu betrachten, ob die nachfragenden KTU und Verbände Substitute darstellen. ³³⁸ Aus Sicht der Vermittler kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese bei den leistungserbringenden KTU und Verbänden den Zugang zu öV-Tickets nachfragen, um die öV-Tickets an Reisende zu vermitteln (vgl. Abschnitt C.3.1). Hierzu ist zu bedenken, dass die Vermittler durch die Regulierung im revidierten Personenbeförderungsgesetz für den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur beziehungsweise durch die NOVA-Plattform grundsätzlich Zugang zum gesamten

öV-Sortiment haben (vgl. Rz 311 ff.). Dies auch dann, wenn ein KTU oder ein Verbund keine Vermittlung des eigenen öV-Angebots wünscht und nachfragt. Durch die Regulierung müssen KTU und Verbände ihre Angebote zur Vermittlung gegenüber den Reisenden zur Verfügung stellen. Mit anderen Worten sind die Vermittler für die Vermittlungsdienstleistung gegenüber den Reisenden nicht auf die Nachfrage durch die transportierenden KTU und Verbände angewiesen. Aus diesem Grund braucht es hier keine zusätzliche Marktabgrenzung für die Berücksichtigung einer Nachfrage der Vermittler nach vermittelbaren öV-Tickets. Dieser Aspekt ist bereits durch die vorangehende Abgrenzung eines schweizweiten Marktes für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets implizit abgedeckt (vgl. Rz 333 ff.). Für die Beurteilung des öV-Provisionsmodell ist somit grundsätzlich ein Markt für Vermittlungsdienstleistungen abzugrenzen, bei welchem die leistungserbringenden KTU und Verbände die Vermittlung ihrer öV-Tickets bei den Vermittlern nachfragen. Hinsichtlich Substituierbarkeit der Nachfrage der KTU und Verbände nach der Vermittlungsleistung der Vermittler sind verschiedene Szenarien und Entwicklungen denkbar; nach derzeitigem Informationsstand lässt sich keines dieser Szenarien oder keine dieser Entwicklungen per se ausschliessen. So liesse sich etwa argumentieren, dass die KTU und Verbände die Vermittlung von öV-Tickets jeweils für eine bestimmte Strecke (analog sog. «O&D»-Ansatz mit «point of origin» und «point of destination») nachfragen. Es liesse sich für dieses Szenario als relevante Märkte Vermittlungsmärkte für öV-Tickets für die einzelnen jeweils von den KTU und Verbänden bedienten Strecken abgrenzen. Dies stellt eine sehr enge oder allenfalls sogar die engste Marktabgrenzung dar.

299 Vgl. Angaben Swispass (10.7.2024), Rz 6 ff. und Beilage 1.

63

340. In diesem Sinne stellt sich Swispass auf den Standpunkt, dass die KTU und Verbände weder in ihrer Rolle als Transportdienstleister noch als Vermittler von öV-Tickets miteinander im Wettbewerb stehen würden. Mit der Konzession werde dem KTU ein Ausschliesslichkeitsrecht für die konzessionierte Strecke eingeräumt und das KTU sei nach Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG vor Konkurrenz geschützt. Es bestehe ein Konkurrenzverbot. Damit bestehe kein Wettbewerb zwischen den Transportunternehmen. Es gebe zwar gewisse geografische Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten der KTU. Diese würden jedoch angesichts der Konzessionsvoraussetzung von Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG unterschiedliche Bedürfnisse befriedigen und liessen nicht auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den KTU und Verbänden schliessen. Als Beispiel wird die Strecke Biel-Bern genannt. Hier besitze die SBB die Fernverkehrskonzession; im regionalen Personenverkehr bediene dagegen die BLS diese Strecke. Die Züge unter der Fernverkehrskonzession der SBB und diejenigen der BLS im regionalen Personenverkehr würden zeitlich versetzt fahren (Taktfahrplan) und unterschiedliche Reisezeiten aufweisen. Die beiden Angebote seien damit ergänzend. Der Reisende wähle auf dieser Strecke gestützt auf seine Reisepräferenzen die für ihn passendste Verbindung. Der Ticketpreis spiele bei der Auswahl des KTU keine Rolle, da der Preis bei der SBB und BLS der gleiche sei. Dies sei regulatorisch so gewollt und werde durch die Tarifpflicht sowie die Pflicht, im Direkten Verkehr gemeinsame Tarife und Fahrausweise zu erstellen (Art. 16 Abs. 2 PBG), vorgegeben. Es bestehe damit kein Wettbewerbsverhältnis zwischen verschiedenen KTU bei der Erbringung von Transportleistungen. Dies selbst dann nicht, wenn zwei KTU dieselbe Fahrstrecke bedienen würden. In einer solcher Konstellation seien

die Angebote der KTU nicht konkurrenzierend, sondern gemäss den Konzessionsvoraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 Bst. b PBG ergänzend.³⁰¹ Die Direktion des BAV habe Swisspass im Rahmen eines Treffens am 11. Dezember 2024 ebenfalls bestätigt, dass zwischen den KTU bei der Erbringung von Transportleistungen kein Wettbewerbsverhältnis bestehe.³⁰² ^{341.} Hierzu ist allerdings in Erinnerung zu rufen, dass es vorliegend nicht um eine Substituierbarkeit aus Sicht einer Nachfrageseite geht. Es geht mithin nicht um die Frage, ob die Leistungen der einzelnen KTU durch die Leistungen anderer KTU substituierbar sind. Oder anders ausgedrückt, es geht nicht um die Frage, ob der Transport eines Reisenden auf der Strecke von A nach B durch den Transport auf der Strecke A nach B via C oder gar durch den Transport auf der Strecke C nach D substituierbar ist (vgl. Rz 338 f.). ^{342.} Vielmehr geht es vorliegend um eine Substituierbarkeit aus Sicht der Angebotsseite, d. h. um die Frage, ob aus Sicht der Vermittler die Nachfrage des KTU X nach Vermittlung der Transportdienstleistung auf der Strecke von A nach B durch die Nachfrage des KTU Y nach Vermittlung der Transportdienstleistung auf der Strecke von C nach D substituierbar ist. Beziehungsweise ob aus Sicht der Vermittler die von den KTU und Verbänden nachgefragte Vermittlungsdienstleistung von der Transportstrecke zu abstrahieren ist und es mithin nur um die Vermittlungstätigkeit an sich geht. ^{343.} Ginge man davon aus, dass die Nachfrage der einzelnen KTU und Verbände nach Vermittlung aus Sicht der Vermittler nicht durch die Nachfrage anderer KTU und Verbände substituieren lässt, hätte dies zur Folge, dass sich die KTU in ihrer Funktion als Nachfragerinnen nicht konkurrenzieren würden. Damit könnte eine nachfrageseitige Wettbewerbsabrede (vgl. Rz 378 ff.) im Allgemeinen bereits ausgeschlossen werden. ^{344.} Auf der anderen Seite kann jedoch auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Märkte anhand der Tätigkeitsgebiete der KTU und Verbände abzugrenzen sind. Oder grundsätzlich gar – als wohl weitest denkbare Marktabgrenzung – aus Sicht der Vermittler die Nachfrage aller KTU und Verbände untereinander substituierbar ist, zumal, wie erwähnt, die Vermittler

³⁰⁰ Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 204; Angaben Swisspass (20.12.2024), Rz 45. ³⁰¹ Vgl. Angaben Swisspass (20.12.2024), Rz 51 ff. ³⁰² Vgl. Angaben Swisspass (20.12.2024), Rz 61; vgl. auch Angaben Swisspass (4.2.2025), Beilage 2.

64

durch die Regulierung auch ohne Nachfrage der KTU und Verbände Zugang zum öV-Sortiment haben. Zudem ist auch eine Marktabgrenzung bezogen nur auf den NDV naheliegend. ^{345.} Wie bereits erwähnt, kann und muss im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden, welches der verschiedenen Szenarien und welche der möglichen Entwicklungen künftig tatsächlich zutreffen wird und wie der relevante Markt abzugrenzen ist. Da das öV-Provisionsmodell bis heute nicht umgesetzt worden ist, lässt sich – wie sich nachfolgend zeigt – diesbezüglich die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG nicht rechtfertigen; dies ungeachtet der Frage, ob es sich beim öV-Provisionsmodell überhaupt um eine unzulässige Wettbewerbsabrede handelt. ^{346.} Für den Fall einer Umsetzung des öV-Provisionsmodells ist auf etwaige kartellrechtliche Risiken hinzuweisen. Deshalb wird für die Frage einer etwaigen Unzulässigkeit nachfolgend eine Marktabgrenzung zugrunde gelegt, die Wettbewerb unter den KTU und Verbänden nicht von vornherein ausschliesst. Es ist daher im Sinne einer Arbeitshypothese ein schweizweiter Markt für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände abzugrenzen. C.4 Unzulässige Verhaltensweise

eines marktbeherrschenden Unternehmens 347. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.³⁰³ 348. Wie sich vorangehend gezeigt hat, sind die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») als Verhaltensweise dem Unternehmen Swisspass zuzurechnen (vgl. Rz 253). Es stellt sich deshalb die Frage, ob Hinweise auf eine missbräuchliche Verhaltensweise von Swisspass als gegebenenfalls marktbeherrschendes Unternehmen auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets (vgl. Rz 333) bestehen. Dabei ist festzuhalten, dass die NOVA-NB gegenüber Dritten noch nicht in Kraft getreten sind und somit deren abschliessende Beurteilung zum aktuellen Zeitpunkt nicht möglich ist. Die nachfolgenden Ausführungen stellen daher lediglich eine vorläufige Beurteilung gestützt auf die bisher bekannten Umstände dar.

C.4.1 Marktbeherrschende Stellung 349. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). 350. Swisspass ist mit der NOVA-Plattform die einzige Anbieterin mit einer Plattform, die schweizweit alle Daten und Informationen bündelt, welche für die Vermittlung und den Vertrieb von durchgängigen Fahrausweisen in der ganzen Schweiz benötigt werden. Nach derzeitigem Kenntnisstand besteht folglich kein aktueller Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets.

303 BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion; BGE 146 II 217 E. 4.2, Preispolitik Swisscom ADSL II; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, Publigroupe; BGE 129 II 497 E. 6.5.1, Buchpreisbindung.

65

351. Der erfolgreiche Betrieb einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets erfordert die Bereitstellung der entsprechenden Daten der KTU und Verbände (vgl. Rz 330). Da die KTU gemäss Art. 17a Abs. 1 PBG verpflichtet sind, eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote zu betreiben und sie dieser Verpflichtung über Swisspass bzw. der NOVA-Plattform nachkommen, ist nicht davon auszugehen, dass seitens der KTU Interesse an einer alternativen Plattform besteht. Ein potenzieller Konkurrent dürfte nur schwer an die für eine entsprechende Vertriebsinfrastruktur erforderlichen Daten kommen. Es kann sich gar die Frage stellen, ob der Gesetzgeber in Art. 17a Abs. 1 PBG nicht ein rechtliches Monopol geschaffen hat. So wird etwa in der Botschaft Änderung PBG ausgeführt: «Zusätzlich wird in dieser Vorlage mit dem neuen Artikel 17a PBG statuiert, dass die öV-Unternehmen eine Vertriebsinfrastruktur betreiben, wie sie mit NOVA bereits besteht.»³⁰⁴ Und weiter: «Artikel 17a PBG legt im Interesse eines effizienten und nachhaltigen öV neu gesetzlich fest, dass alle Unternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession nach Artikel 6 PBG die Vertriebsinfrastruktur gemeinsam betreiben, wie dies heute mit NOVA faktisch der Fall ist. Mit der Aufnahme ins PBG sollen die Investitionen der Besteller in NOVA nachhaltig geschützt werden.»³⁰⁵ 352. Die Frage nach einem gesetzlichen Monopol braucht indes nicht abschliessend beurteilt zu werden,

zumal so oder anders bereits aufgrund der nur schwer zu beschaffenden Daten- grundlage der Eintritt eines Drittanbieters auf dem Markt äusserst unrealistisch ist. Es ist auch aufgrund der Angaben in der Widerspruchsmeldung nicht davon auszugehen, dass der Aufbau einer alternativen Plattform möglich scheint. Folglich ist auch nicht von potenziellem Wettbe- werb auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Ti- ckets auszugehen. Vor diesem Hintergrund und den Angaben der Widerspruchsmeldung kann man die Frage aufwerfen, ob es sich bei der NOVA-Plattform um eine wesentliche Einrichtung («essential facility») handelt oder sie zumindest Merkmale einer solchen aufweist. 353. Weiter bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die hier relevante Marktgegenseite der Vermittler in der Lage wären, Swisspass zu disziplinieren. Die vermittelnden KTU und Ver- bünde sind in den Entscheidungsprozess von Swisspass eingebunden (vgl. Rz 218 ff.). Entspre- chend wird von diesen kein Wettbewerbsdruck auf Swisspass zu erwarten sein. Zudem ist die NOVA-Plattform beziehungsweise Swisspass nicht auf die Drittvermittlung angewiesen. Es ist nicht ersichtlich inwiefern Drittvermittler Swisspass zu disziplinieren vermöchten. 354. Zusammenfassend ist nach derzeitigem Informationsstand davon auszugehen, dass Swisspass mit der NOVA-Plattform auf dem schweizweiten Markt für den Zugang zu einer Vertriebsinfrastruktur mit öV-Tickets eine marktbeherrschende Stellung zukommt. C.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen 355. Mit den NOVA-NB regelt Swisspass den Zugang zur NOVA-Plattform (vgl. Rz 114 ff.). Soweit dies gegenüber KTU und Verbänden erfolgt, besteht mit Art. 17 Abs. 1 PBG eine vor- behaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (vgl. Rz 321). Zu prüfen ist folglich, ob die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») gegenüber Drittvermittlern ein missbräuchliches Verhalten darstellen können. Im Vordergrund stehen dabei allenfalls eine Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG sowie unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG. Allerdings könnten die NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») im konkreten Einzelfall allenfalls auch an- dere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllen.

304 Vgl. Botschaft Änderung PBG, 21 Ziff. 4.1. 305 Vgl. Botschaft Änderung PBG, 31 Ziff. 4.1.9.

66

C.4.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) 356. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG «die Diskri- minierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen», in Be- tracht. Voraussetzung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist insbesondere das Vorliegen einer Un- gleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen.³⁰⁶ Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handels- partner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleich behandelt. Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern ledig- lich gleichwertig sein.³⁰⁷ 357. Hinsichtlich des Tatbestands der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallen insbesondere zwei Elemente der NOVA-NB 3.2 in Betracht: das Nutzungsentgelt für Dritte sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform». C.4.2.1.1 Nutzungsentgelt für Dritte 358. Die NOVA-NB 3.2 sehen vor, Dritte bzw. externe Vermittler bis zu einem bestimmten Schwellenwert von der Pflicht zu befreien, die Investitions- und Betriebskosten sowie

Abschreibungen und Reinvestitionen anteilig mitzutragen. Sobald die Anzahl der vermittelten öV-Tickets pro Kalenderjahr [...] übersteigt, wird dieser Schwellenwert überschritten. Dann ist ein Nutzungsentgelt in der Höhe von [...] für das jeweilige Jahr geschuldet (vgl. Rz 164).³⁰⁸ 359. Aus dem Sachverhalt ergeben sich zwei Ungleichbehandlungen: Erstens behandelt Swisspass bzw. die NOVA-NB Drittvermittler, welche ein Nutzungsentgelt bezahlen müssen, anders als vermittelnde KTU und Verbände, welche kein eigentliches Nutzungsentgelt bezahlen müssen. Zweitens behandelt Swisspass bzw. die NOVA-NB Drittvermittler, welche mehr als [...] öV-Tickets pro Kalenderjahr vermitteln und folglich ein Nutzungsentgelt zu bezahlen haben anders als Drittvermittler, welche unter diesem Schwellenwert bleiben und kein Nutzungsentgelt entrichten müssen. 360. Was die erste Ungleichbehandlung anbelangt, ist festzustellen, dass die vermittelnden KTU und Verbände bereits aufgrund ihrer Eigenschaft als KTU bzw. Verbände gemäss den Bestimmungen der Vorschrift V512 verpflichtet sind, die System- und Prozesskosten, die Kosten für den Betrieb und die Weiterentwicklung sowie die Abschreibungen der NOVA-Plattform anteilmässig mitzutragen (vgl. Rz 164). Es kann damit nicht von einer Ungleichbehandlung gleichartiger Situationen ausgegangen werden. Im Übrigen ist dazu anzumerken, dass auch die gesetzliche Bestimmung von Art. 17a Abs. 3 PBG ein Nutzungsentgelt nur für Dritte, nicht jedoch für KTU und Verbände vorsieht. 361. Hinsichtlich der zweiten Ungleichbehandlung liegt zwar keine identische Situation vor, indem die eine Gruppe mehr als [...] öV-Tickets pro Kalenderjahr vermittelt und die andere weniger. Allerdings sind die Drittvermittler grundsätzlich in derselben Situation. Dies wird umso augenfälliger, je näher sich die Dritten an der Grenze von [...] vermittelter öV-Tickets befinden. Dem Schwellenwert ist auch eine gewisse Beliebigkeit immanent, indem kein zwingender Grund ersichtlich ist, weshalb dieser genau bei [...] liegt.

306 Vgl. zum Ganzen RPW 2020/2, 572 Rz 843, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.3.1, Sport im Pay-TV; ebenso, wenn auch etwas weniger deutlich, BGE 139 I 72 E. 10.2.2, Publigroupe; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 215), Art. 7 N 300 ff. 307 Vgl. RPW 2024/1, 171 Rz 388, Deponie Höli. 308 Vgl. auch Widerspruchsmeldung, Rz 287.

67

362. Missbräuchlich ist eine Ungleichbehandlung jedoch nur dann, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt.³⁰⁹ 363. Die Festsetzung des Schwellenwerts basiere auf Erfahrungswerten und sei hoch angesetzt. Damit hätten Dritte Anreize als Vermittler tätig zu werden. Das Nutzungsentgelt von [...] beruhe auf Expertenschätzwerten.³¹⁰ Vermittler, welche den Schwellenwert erreichen würden, wären wegen der Anzahl vermittelter öV-Tickets durch die Entrichtung des Nutzungsentgelts nicht im Wettbewerb behindert. Die Botschaft zur PBG-Revision halte fest, dass das Entgelt nur unangemessen wäre, wenn es in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen würde.³¹¹ Überdies decke das Nutzungsentgelt der externen Vermittler nur einen zu vernachlässigenden Teil der Betriebskosten der NOVA-Plattform.³¹² 364. Dass für Drittvermittler erst ab einem Schwellenwert von [...] vermittelter öV-Tickets ein Nutzungsentgelt fällig wird liegt mit anderen Worten darin begründet, dass seitens Swisspass Anreize für die Vermittlung geschaffen werden sollen. Immerhin stellt die Entgeltlichkeit keine Schlechterstellung der «Vielvermittler» dar, zumal das Nutzungsentgelt für Dritte schon im Gesetz in Art. 17a Abs. 3 PBG vorgesehen ist. Vielmehr handelt es sich um eine Besserstellung der «Wenigvermittler». Es erscheint als

nachvollziehbar, dass das Interesse an einem Anreiz für die Vermittlung unterhalb einer bestimmten Schwelle das Interesse an einer Kostenbeteiligung übersteigt, da bei einer geringen Anzahl Transaktionen die Kosten weniger ins Gewicht fallen dürften. Insgesamt dürfte sich daher die Ungleichbehandlung der «Vielvermittler» gegenüber den «Wenigvermittlern» sachlich begründen lassen. Es bestehen mithin keine Anhaltspunkte dafür, dass die in den NOVA-NB 3.2 vorgesehenen Bestimmungen zum Nutzungsentgelt bei Umsetzung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellen könnten. C.4.2.1.2 Sicherheitsleistung (Klausel im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») 365. Die Anwendung der NOVA-NB 3.2 gegenüber Dritten erfolgt über den Standardvertrag Zugang NOVA-Plattform (vgl. Rz 1 f. und 21 f.). Für den Zugang hat der Vermittler zur Sicherstellung sämtlicher Rechte und Forderungen [...] vor Vertragsunterzeichnung eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen [...] (vgl. Rz 173). 366. Hieraus ergibt sich eine Ungleichbehandlung der Drittvermittler gegenüber den vermittelnden KTU und Verbänden. Gemäss Widerspruchsmeldung sei die Sicherheitsleistung erforderlich, weil externe Vermittler im Gegensatz zu den KTU und Verbänden nicht im Besitz der öffentlichen Hand seien und Letztere damit keine Garantie für deren Bonität hätten.³¹³ 367. Zwar kann die Bonität dazu führen, dass ungleiche Situationen oder zumindest ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen. Allerdings überzeugt das in der Widerspruchsmeldung vorgebrachte Argument nicht. Dies zumal auch Drittvermittler in Frage kommen, welche ihrerseits ebenso im Besitze der öffentlichen Hand sind oder bei welchen es sich gar um Gemeinwesen handelt. 368. Relevant erscheint demgegenüber der Umstand, dass sich die KTU gestützt auf Art. 17a Abs. 3 PBG von Gesetzes wegen an der gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur zu beteiligen haben. Swisspass kann deren Beteiligung daher von vornherein nicht von der Leistung einer

309 Vgl. RPW 2024/1, 175 Rz 410, Deponie Höli. 310 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 289 f. 311 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 292. 312 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 294. 313 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 246.

68

Sicherheit abhängig machen. Zudem ist wiederum daran zu erinnern, dass KTU bzw. Verbände gemäss den Bestimmungen der Vorschrift V512 verpflichtet sind, die System- und Pro-zesskosten, die Kosten für den Betrieb und die Weiterentwicklung sowie die Abschreibungen der NOVA-Plattform anteilmässig mitzutragen (vgl. Rz 164). Swisspass macht zudem geltend, dass die KTU und Verbände beim Mandatsträger Guthaben aus GA- und Halbtaxschlüssen sowie aus weiteren Verkehrserträgen hätten. Daher sei deren Bonität im Unterschied zu den externen Vermittlern immer sichergestellt. Deshalb sähen die NOVA-NB 3.2 keine entsprechende Bestimmung für KTU und Verbände vor, die als Vermittler tätig würden.³¹⁴ Insofern befinden sich die vermittelnden KTU und Verbände nicht in derselben Situation wie Drittvermittler. Damit scheint mithin keine Ungleichbehandlung gleichartiger Situationen vorzuliegen. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die in den NOVA-NB 3.2 vorgesehenen Bestimmungen zur Sicherheitsleistung bei Umsetzung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellen könnten. C.4.2.2 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) 369. Hinsichtlich des Tatbestands der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c i. V. m. Abs. 1 KG fallen wiederum insbesondere das Nutzungsentgelt für Dritte sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung im

Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» in Betracht. C.4.2.2.1 Nutzungsentgelt für Dritte 370. Zum Nutzungsentgelt gilt es zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 18a PBG das BAV die notwendigen Verfügungen erlässt, sofern die KTU ihren sich aus Art. 17a Abs. 3 PBG ergebenden Grundpflichten nicht nachkommen. Damit kann sich ein Drittvermittler bei einem unangemessenen Entgelt an das BAV wenden und um Erlass einer entsprechenden Verfügung ersuchen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts entfällt folglich das Tatbestandselement der Erzwingung, weil dadurch eine Ausweichmöglichkeit besteht.³¹⁵ Unter diesen Voraussetzungen kann nicht davon ausgegangen werden, Swispass würde das Nutzungsentgelt für Dritte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingen.³¹⁶ C.4.2.2.2 Sicherheitsleistung (Klausel im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») 371. Die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung stellt potenziell eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Allerdings ist auch hierzu festzustellen, dass die Gewährleistung von diskriminierungsfreien Bedingungen für die Nutzung der Vertriebsinfrastruktur durch Dritte gemäss Art. 17a Abs. 4 PBG zu den Grundpflichten der KTU gehört, weshalb auch hierüber das BAV nach Art. 18a PBG die notwendigen Verfügungen erlassen kann. Dementsprechend ist auch hier das Tatbestandselement des Erzwingens von vornherein nicht gegeben (vgl. Rz 370). C.4.3 Ergebnis 372. Da die NOVA-NB gegenüber Dritten bisher noch nicht umgesetzt wurden, ist eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung vorliegend nicht möglich. Gestützt auf die bisher vorliegenden Informationen kann jedoch Folgendes festgehalten werden:

314 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 254. 315 Vgl. BGE 137 II 199, E. 5.4, Terminierung Mobilfunk. 316 Vgl. BGE 137 II 199, E. 5.5, Terminierung Mobilfunk.

69

373. Hinsichtlich Nutzungsentgelt für Dritte bestehen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Ungleichbehandlung der vermittelnden KTU und verbünde einerseits sowie der Drittvermittler andererseits. Die gegebenenfalls vorliegende Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Drittvermittlern scheint sich sachlich begründen zu lassen. Sodann bestehen auch betreffend Sicherheitsleistung im Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform» keine Anhaltspunkte für eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. 374. Das Nutzungsentgelt sowie die Klausel betreffend Sicherheitsleistung kommen zwar grundsätzlich als unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG in Betracht. Aufgrund der gesetzlichen Regelung in Art. 18a PBG, wonach das BAV bei Streitigkeiten über das Nutzungsentgelt und die Zugangsbedingungen entscheidet, kann entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden, Swispass würde das Nutzungsentgelt und die Zugangsbedingungen für Dritte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingen. 375. Da Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swispass bestehen, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Swispass eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten tragen dürfte.³¹⁷ C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede 376. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig. 377. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a.

Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. C.5.1 Wettbewerbsabrede 378. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). 379. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung. 318 380. Das öV-Provisionsmodell für den NDV sei vom Strategierat von Swisspass zu Händen der KTU und Verbände verabschiedet worden. Es sei als verbindliche Vereinbarung im Sinne 317 Vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, Preispolitik Swisscom ADSL II. 318 Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, Hors-Liste-Medikamente II; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), Dargaud; BGE 148 II 321 E. 6.2, Flammarion, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, Altimum.

70

des Obligationenrechts zwischen den KTU und Verbänden im NDV zu qualifizieren.³¹⁹ Das öV-Provisionsmodell soll bei der Vermittlung von öV-Tickets gelten (vgl. Rz 5 und 180). Somit sind alle KTU und Verbände an der Verhaltensweise beteiligt. 381. Das öV-Provisionsmodell wird von den leistungserbringenden KTU und Verbänden angewendet. Sie treten auf dem schweizweiten Markt für Vermittlungsdienstleistungen auf der Nachfrageseite auf (vgl. Rz 354). Die leistungserbringenden KTU und Verbände fragen die Vermittlung ihrer öV-Tickets für die von ihnen jeweils bedienten Strecken und Verbundgebiete bei den Vermittlern nach (vgl. Rz 337). Damit sind die KTU und Verbände auf der gleichen Marktstufe tätig. Sie stehen in einem horizontalen Verhältnis zueinander.³²⁰ 382. Unbestritten ist, dass das öV-Provisionsmodell als verbindliche Vereinbarung im Sinne des Obligationenrechts zwischen den KTU und Verbänden im NDV zu qualifizieren ist (vgl. Rz 180). Damit besteht eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens. 383. Was das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung angeht, ist festzustellen, dass die KTU und Verbände mit dem öV-Provisionsmodell vereinbaren, bei der Vermittlung von öV-Tickets das gleiche Provisionsmodell für die Entschädigung [...] zu verwenden. [...] Mit dieser vereinbarten Vorgehensweise ist die Handlungsfreiheit der KTU und Verbände hinsichtlich der Provisionen an Vermittler und somit des Preises für die Vermittlung im NDV so eingeschränkt, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden.³²¹ Die Vereinbarung über das öV-Provisionsmodell ist für eine Ausschaltung oder Begrenzung der Wettbewerbsvariable Preis ursächlich. Es ist bei Umsetzung des öV-Provisionsmodells von einer Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszugehen. 384. Aus vorangehenden Ausführungen folgt, dass das öV-Provisionsmodell als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG anzusehen ist. C.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 385. Das öV-Provisionsmodell bezieht sich auf die Entschädigung, mithin den Preis, bei der Vermittlung. Daher ist das öV-Provisionsmodell als Preisabrede zu qualifizieren.³²² Indem das öV-Provisionsmodell

die Vorgehensweise für die Berechnung der Vermittlungsprovisionen vorgibt sowie Minimal- und Maximalbeträge vorgegeben sind, lässt sich auf die Eignung zur Entfaltung einer preisharmonisierenden Wirkung schliessen.³²³ Zudem führt die Widerspruchsmeldung aus, im NDV werde den Vermittlern mit dem öV-Provisionsmodell immer derselbe Prozentsatz an Provision ausbezahlt.³²⁴ 386. Damit ist das öV-Provisionsmodell als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Es greift die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, wonach das öV-Provisionsmodell den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

319 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 307. 320 Je nach Marktabgrenzung könnten auch vertikale oder konglomerate/diagonale Abreden bestehen. 321 Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, Hallenstadion; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, BMW; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, Gaba; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, Gebro. 322 Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.5.5, Buchpreisbindung; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1, Lea-sing/CA Auto Finance; BVGer, B-7756/2015 vom 16.8.2022 E. 9.3.1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013. 323 Vgl. BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023, E. 6.2.1.9, Leasing/CA Auto Finance; BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau/Erne. 324 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 116.

71

C.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 387. Die Behandlung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung erfolgt anhand des nach heuristischen Prinzipien abgegrenzten schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände im NDV (vgl. Rz 346). 388. Gemäss Widerspruchsmeldung seien alle KTU und Verbände im abgeltungsberechtigten Personenverkehr mit Erschliessungsfunktion Mitglieder von Swissspass bzw. des Vereins ch-integral. Es gebe in diesem Sinne keine «Konkurrenten», die nicht am öV-Provisionsmodell beteiligt seien.³²⁵ Daraus folgt, dass alle leistungserbringenden KTU und Verbände der Schweiz an der Wettbewerbsabrede über das öV-Provisionsmodell teilnehmen. 389. Potenzielle Konkurrenz durch allenfalls neu eintretende leistungserbringende KTU und Verbände erscheint als kaum vorhanden. Die Hürden für einen Markteintritt dürften eher hoch sein. Zudem müsste ein neu eintretendes KTU wegen der Regulierung des öffentlichen Verkehrs Swissspass beitreten. Mit einem Beitritt übernehme das neu eintretende Unternehmen automatisch das öV-Provisionsmodell. Durch diesen Mechanismus besteht keine potenzielle Konkurrenz. 390. Es besteht somit kein aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb. 391. Innenwettbewerb durch an der Abrede beteiligte Wettbewerber könnte insofern bestehen, als das öV-Provisionsmodell nur bei der Vermittlung von öV-Tickets im NDV zur Anwendung gelangt. Demgegenüber erfasst der hypothetisch abgegrenzte schweizweite Markt für Vermittlungsdienstleistungen der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände auch Strecken, die nicht dem NDV zuzuordnen sind. 392. Zur Abschätzung der Aufteilung kann für die Zwecke dieser Vorabklärung auf die Aufteilung zwischen NDV und RDV beziehungsweise NDV und anderem Verkehr auf die Aufteilung des gesamten öV abgestellt werden. Gesamthaft erzielte der öV im Jahr 2023 einen Umsatz von 6.374 Milliarden Franken. Davon erzielte der NDV 4.147 Milliarden Franken. Der Umsatz der Verbände betrug 2.227 Milliarden Franken.³²⁶ Folglich macht der NDV in Umsatz gemessen ungefähr 65 % des öV aus. 393. Für die Zwecke dieser Vorabklärung kann davon

ausgegangen werden, dass sich diese Aufteilung zwischen NDV und RDV oder anderem Verkehr auf den Markt für Vermittlungs- dienstleistungen übertragen lässt. In diesem Fall setzt sich das vermittelbare Volumen auf dem relevanten Markt aus ungefähr 65 % NDV und 35 % RDV oder anderem Verkehr zusammen. 394. Dies wiederum bedeutet, dass die Wettbewerbsabrede in Form des öV-Provisionsmo- dells schätzungsweise 65 % des Marktvolumens betrifft. Unabhängig von den Grössenverhält- nissen erscheint es als unwahrscheinlich, dass ein etwaiger Innenwettbewerb bei NDV- fremder Vermittlung eine Disziplinierung auf den Wettbewerb bei der Provisionierung bezüg- lich NDV haben könnte. Unabhängig von den Provisionen für NDV-fremden Vermittlung sind die leistungserbringenden KTU und Verbände zur Anwendung des öV-Provisionsmodells ver- pflichtet. Eine Anpassung der Provisionshöhe im öV-Provisionsmodell könnte nur über einen Mehrheitsbeschluss aller KTU und Verbände erfolgen. Da es sich bei den Nachfragern von Vermittlungsleistungen betreffend NDV aber im Wesentlichen um dieselben Unternehmen handeln dürfte, welche Vermittlungsleistungen für RDV und internen Verkehr nachfragen, ist nicht von einer Disziplinierung auszugehen.

325 Vgl. Widerspruchsmeldung, Rz 141. 326 Vgl. Medienmitteilung Swispass vom 6.3.2024 zu öV-Umsätzen im Jahr 2023.

72

395. Zudem sind die Vermittler an einer möglichst hohen Anzahl vermittelter öV-Tickets inte- ressiert. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass die Vermittler ihr Angebot für die Vermitt- lung von öV-Tickets im NDV durch die Vermittlung von öV-Tickets im RDV und im internen Verkehr ersetzen. Unter Umständen wäre aus diesem Grund der relevante Markt sogar auf die Vermittlung von öV-Tickets im NDV einzugrenzen. Diese Frage kann vorliegend allerdings offenbleiben, weil es am Resultat nichts ändern würde. 396. Mit den vorhandenen Informationen ist eine Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem schweizweiten Markt für Vermittlungsdienstleistungen nicht zu erwarten. C.5.4 Selbst-Wenn-Betrachtung: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 397. An dieser Stelle erfolgt im Sinne einer Selbst-Wenn-Betrachtung eine Einschätzung, falls das öV-Provisionsmodell zu keiner (vermutungsweisen) Beseitigung des wirksamen Wettbe- werbs führen würde. 398. Abreden, welche wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG). 399. Beim öV-Provisionsmodell handelt es sich vor dem Hintergrund eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen der Vermittler an die Leistungserbringer um eine Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG. Eine Wettbewerbsabrede, die unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, ist grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands eine erhebliche Wettbewerbs- beschränkung, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.327 400. Vorliegend sind keine Hinweise auf einen Bagatellfall ersichtlich. Somit beschränkt die vorliegende horizontale Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – das öV-Provisionsmodell – den Wettbewerb erheblich. Sie ist vorbehältlich einer Rechtfertigung unzulässig. C.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 401. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von techni- schem oder beruflichem Wissen zu fördern

oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 402.

Rechtfertigungsgründe für das öV-Provisionsmodell macht die Widerspruchsmeldung nicht geltend. Die Wettbewerbsbehörde ist ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet, von Amtes wegen nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu forschen. Es obliegt den an der Abrede beteiligten Unternehmen, die Aspekte darzulegen und nachvollziehbar zu begründen, welche zur Rechtfertigung herangezogen werden sollten.³²⁸

327 BGE 143 II 297 E. 5.2.5, Gaba, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, BMW; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., Altimum; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), Flammarion. 328 Vgl. BVGer, B-787/2014 vom 16.11.2022 E. 13.3.2, Abreden im Bereich Luftfracht.

73

403. Aus den Angaben in der Widerspruchsmeldung könnte allenfalls aus dem Vorbringen, das öV-Provisionsmodell diene der Sicherstellung des NDV, ein Rechtfertigungsgrund abgeleitet werden (vgl. Rz 187). Zu diesem Vorbringen ist festzustellen, dass derzeit das System NDV funktioniert; dies ohne öV-Provisionsmodell. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern das öV-Provisionsmodell notwendig ist, um den NDV zu gewährleisten.

Ausserdem würde das öV-Provisionsmodell diesfalls unter Art. 17 Abs. 1 PBG fallen und damit der Genehmigungspflicht des BAV unterliegen (vgl. Rz 306 ff.). Das BAV konnte sich bisher jedoch nicht festlegen, ob das öV-Provisionsmodell der Genehmigungspflicht unterliegt.³²⁹ 404. Weiter könnte ein Rechtfertigungsgrund allenfalls auch aus dem Vorbringen abgeleitet werden, wonach das öV-Provisionsmodell der Gewinnung zusätzlicher Reisender diene und damit eine maximale Auslastung der KTU sicherstelle (vgl. Rz 188). Dieses Vorbringen beträfe am ehesten den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Wirtschaftlich effizient können Abreden sein, welche zu einer ökologisch sinnvollen oder gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder von öffentlichen Gütern führen. Insbesondere können Abreden effizient sein, die der Optimierung des unternehmerisch erforderlichen Einsatzes natürlicher Ressourcen oder des Gebrauchs öffentlicher Güter dienen.³³⁰ 405. Dazu ist anzuführen, dass die Widerspruchsmeldung keine Angaben macht, inwiefern eine maximale Auslastung der KTU im Zusammenhang mit einer rationelleren Nutzung von Ressourcen steht. Weiter ist nicht ersichtlich, dass nur eine gemeinsame Verwendung des öV-Provisionsmodells bei allen KTU gleichzeitig eine maximale Auslastung sicherstellt. Die Notwendigkeit der Festlegung einer einheitlichen Provision zur Erreichung des allfälligen Effizienzziels dürfte kaum gegeben sein. Vielmehr erscheint, zumindest auf den ersten Blick, ein individuelles Vorgehen der KTU als zielführender; sofern überhaupt alle KTU gleichermassen eine maximale Auslastung zum Ziel haben. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern das öV-Provisionsmodell notwendig ist, um bei allen KTU eine maximale Auslastung sicherzustellen. C.5.6 Ergebnis 406. Da das öV-Provisionsmodell bisher noch nicht umgesetzt wurde, ist eine abschliessende Marktabgrenzung und damit Beurteilung vorliegend weder möglich noch notwendig. Beim Szenario einer sehr engen Marktabgrenzung, das heisst wenn die relevanten Märkte als Vermittlungsmärkte für öV-Tickets für die einzelnen jeweils von den KTU und Verbänden bedienten Strecken abgrenzt würden, wäre das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den KTU

und damit eine Wettbewerbsabrede kaum denkbar (vgl. Rz 346). Unter Annahme eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände würden für das öV-Provisionsmodell hingegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bestehen. Selbst wenn eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gelingen sollte, wäre von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung durch das öV-Provisionsmodell auszugehen. Eine mögliche Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz wäre aufgrund der vorhandenen Informationen nicht ersichtlich. Das öV-Provisionsmodell könnte damit bei Umsetzung eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

329 Vgl. Angaben BAV, Rz 16 f. 330 Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.3.3, Sammelrevers.

74

C.6 Ergebnis 407. Diese Vorabklärung ist eine Folge einer Widerspruchsmeldung des Vereins ch-integral. Gegenstand ist die geplante Einführung der NOVA-NB 3.2 für den Zugang zur NOVA-Plattform und des öV-Provisionsmodells. 408. In Bezug auf die vom BAV im Rahmen von Art. 17 Abs. 3 PBG zu genehmigenden NOVA-NB (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») ergibt die Vorabklärung, dass vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen, soweit es dabei um die Regelung der gegenseitigen Beziehungen der KTU und Verbände geht. Zudem liegen vorbehaltene Vorschriften in Bezug auf den Betrieb einer gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur im Rahmen von Art. 17a PBG vor. Nicht vom KG ausgenommen werden darüber hinausgehende Regelungen für Beziehungen zu Dritten, insbesondere Drittvermittlern. Die Vorabklärung zeigte im Zusammenhang mit dem Betrieb der NOVA-Plattform zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisspass, jedoch nicht dafür, dass sich diese durch die Umsetzung der NOVA-NB 3.2 im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhält, namentlich indem sie Drittvermittler diskriminieren oder ihnen unangemessene Geschäftsbedingungen aufzwingen würde. Entsprechend bestehen aus kartellrechtlicher Sicht keine Einwände gegen die Umsetzung der NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform»). 409. In Bezug auf das öV-Provisionsmodell kann die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit nicht abschliessend beurteilt werden. Die Zulässigkeit hängt massgeblich von der Marktabgrenzung ab. Es stehen mehrere gleichermaßen mögliche Marktabgrenzungen im Raum. Weil das öV-Provisionsmodell noch nicht umgesetzt ist, steht allerdings im Voraus noch keine dieser möglichen Marktabgrenzungen im Vordergrund. Die verfügbaren Informationen erlauben keine Abschätzung, welche Marktabgrenzung der zukünftigen Entwicklung am nächsten käme. Die vorliegende Beurteilung kommt deshalb zum Schluss, dass das öV-Provisionsmodell je nach Marktabgrenzung eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen kann. Allerdings besteht aufgrund der ungewissen Marktabgrenzung gegenwärtig kein kartellrechtliches Verbot. Die KTU und die Verbände tragen jedoch bei der Umsetzung des öV-Provisionsmodell potenziell ein Sanktionsrisiko, auf das es hinzuweisen gilt, und das sie anhand des vorliegenden Berichts je nach eintretendem Szenario einschätzen und vermeiden können.

D Kosten 410. Für die Behandlung der Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren (Art. 1 Abs. 1 Bst. b GebV-KG). Praxisgemäss werden die Kosten einer der Widerspruchsmeldung nachfolgenden Vorabklärung dem Widerspruchsverfahren zugerechnet.³³¹ Soweit das meldende Unternehmen am gemeldeten Verhalten festhält, dieses jedoch (noch) nicht

umgesetzt hat, ist die Eröffnung einer Untersuchung mangels Auswirkungen in der Regel von vornherein ausgeschlossen. Die Vorabklärung dient diesfalls wie das eigentliche Widerspruchsverfahren dazu, dem meldenden Unternehmen eine Einschätzung der von ihm geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen.³³² 411. Gebührenpflichtig ist, wer das Widerspruchsverfahren verursacht hat (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Die Meldung wurde vom Verein ch-integral, eingereicht. Folglich trifft ihn die Gebührenpflicht. 412. Gemäss Art. 4 Abs. 1 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach Zeitaufwand. Es gilt ein Stundenansatz von 100–400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

331 Vgl. RPW 2020/4a, 1573 f. Rz 248 ff., SwissZinc AG. 332 Vgl. BGE 135 II 60, E. 3.4, Maestro Interchange Fee.

75

Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 413. Die Kostenbestimmung erfolgt nach der Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse. E Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt in Bezug auf die gemeldeten NOVA-NB 3.2 (inkl. Standardvertrag «Zugang NOVA-Plattform») fest, dass unter den gegebenen Umständen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei deren Umsetzung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt; 2. stellt in Bezug auf das gemeldete öV-Provisionsmodell fest, dass unter der Annahme eines schweizweiten Marktes für Vermittlungsdienstleistungen im NDV der Vermittler an die leistungserbringenden KTU und Verbände Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass bei Umsetzung des öV-Provisionsmodells eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegen könnte; 3. stellt in Bezug auf das gemeldete öV-Provisionsmodell weiter fest, dass dieses bis heute nicht umgesetzt wurde und damit aktuell ungeachtet der Frage der Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegen; 4. verzichtet derzeit unter den gegebenen Umständen darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu beantragen. 5. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.