



Abteilung II
B-1471/2016

Urteil vom 6. Oktober 2020

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Christian Winiger, Pascal Richard,
Keita Mutombo und Daniel Willisegger;
Gerichtsschreiberin Linda Kubli.

Parteien

TX Group AG (vormals Tamedia AG),
Werdstrasse 21, 8004 Zürich,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Reto Jacobs und Dr. iur. Gion Giger,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. **Wettbewerbskommission,**
Sekretariat,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,

2. **Sekretariat der Wettbewerbskommission,**
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,

Gegenstand

Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Adextra – Meldepflicht
gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

Sachverhalt:**A.**

Am 21. Dezember 2015 reichte die Tamedia AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin oder Tamedia [umfirmiert in TX Group AG am 27. Dezember 2019]) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) den Entwurf einer erleichterten Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach Tamedia beabsichtigte, die alleinige Kontrolle über die Adextra AG (nachfolgend: Adextra) zu erwerben. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2015 bestätigte das Sekretariat den Empfang des Meldungsentwurfs und teilte der Tamedia und der Adextra (nachfolgend: Parteien) mit Schreiben vom 30. Dezember 2015 mit, dass der Meldungsentwurf unvollständig sei.

A.a Am 6. Januar 2016 reichten die Parteien die vollständige Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 6. Januar 2016 bestätigte das Sekretariat den Empfang der Meldung. Obwohl das Sekretariat deren Vollständigkeit mit Schreiben vom 14. Januar 2016 bestätigte, erbat es gleichwohl weitere Angaben, welche am 20. Januar 2016 beim Sekretariat eingingen.

A.b Mit Schreiben vom 5. Februar 2016 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, dass die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich erachte und dass es nun vollzogen werden könne. Mit gleichem Schreiben stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin die vorläufige Prüfung vom 4. Februar 2016 der WEKO betreffend das Zusammenschlussvorhaben i.S. Tamedia/Adextra (nachfolgend: Beschlussbegründung) zu, setzte der Beschwerdeführerin Frist bis zum 19. Februar 2016 zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen in der Beschlussbegründung und hielt fest, dass für die vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses durch die WEKO die Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben werde.

A.c Am 17. Februar 2016 ging bei der Beschwerdeführerin die Rechnung vom 15. Februar 2016 in der Höhe von CHF 5'000.- zusammen mit einem Einzahlungsschein ein. Die Beschwerdeführerin hat diese Rechnung bis heute nicht bezahlt, da sie aus den in der Beschwerde dargelegten Gründen der Auffassung ist, dass sie diesen Betrag nicht schulde und die Beschwerde aufschiebende Wirkung habe.

B.

Die Kostenaufgabe gemäss dem Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016 und die Rechnung vom 15. Februar 2016 wurden von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 17. März 2016 beim Bundesverwaltungsgericht mit folgendem Rechtsbegehren angefochten:

„Die Auferlegung der Kosten für das vorläufige Prüfungsverfahren Nr. 41-0793 vor der WEKO (Zusammenschlussvorhaben „Tamedia/Adextra“) gemäss dem Schreiben des SEKRETARIATS vom 5. Februar 2016 und der Rechnung 8900500367 der WEKO vom 15. Februar 2016 sei aufzuheben;

unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes.“

B.a Im Wesentlichen rügt die Beschwerdeführerin, die strittige Pauschalgebühr von CHF 5'000.- sei allein deshalb angefallen, weil die WEKO das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in bundesrechtswidriger Anwendung gesetzlicher Bestimmungen und damit zu Unrecht als meldepflichtig qualifiziert, entsprechend zu Unrecht eine vorläufige Prüfung durchgeführt und als Folge davon der Beschwerdeführerin die Pauschalgebühr auferlegt habe. Bei der Kostenaufgabe handle es sich um eine anfechtbare Verfügung. Die WEKO habe vorliegend zu Unrecht eine Meldepflicht für einen Zusammenschluss bejaht, der ausschliesslich den Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Schweiz tangiere. Zudem sei eine übermässig lange Kette von Vor- und Nachlagerungen sowie Benachbartheiten begründet worden. Schliesslich weist die Beschwerdeführerin auf die zeitliche Dringlichkeit sowie die grosse praktische Relevanz der Klärung der vorliegenden Rechtsfrage durch die Gerichte hin.

B.b Am 18. April 2016 reichten das Sekretariat und die WEKO (beide zusammen nachfolgend: die Vorinstanzen) fristgerecht ihre Vernehmlassung ein, mit der sie im Umfang des Eintretens deren Abweisung beantragen (Antrag 1). Eventualiter beantragen die Vorinstanzen die Setzung einer Frist für eine Stellungnahme zur Frage der Meldepflicht (Antrag 2), unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin (Antrag 3). Die Vorinstanzen führen aus, dass sie ihre Vernehmlassung aus verfahrensökonomischen Gründen vorliegend gemeinsam einreichten, weisen in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, aus diesem Umstand dürfe nicht der Schluss gezogen werden, dass die Vorinstanzen der Ansicht wären, sie hätten beide die angefochtene Verfügung erlassen.

B.c Die Vorinstanzen machen im Wesentlichen geltend, die vorliegende Kostenaufgabe weise keinen Verfügungscharakter auf. Die Beschwerdeführerin fechte nur rein formal die Gebührenverfügung des Sekretariats an, da sie eigentlich die Bejahung der Meldepflicht durch die WEKO rüge. Dies sei unzulässig, zumal keine der Vorinstanzen über das Bestehen der Meldepflicht verfügt habe, mithin diesbezüglich gar kein taugliches Anfechtungsobjekt vorhanden sei.

B.d Mit Verfügung vom 21. April 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Vernehmlassung der Vorinstanzen der Beschwerdeführerin mit Frist zur Stellungnahme bis zum 7. Juni 2016 zu.

B.e Am 17. Mai 2016 reichte die Beschwerdeführerin fristgerecht ihre Replik ein, mit der sie vollumfänglich an ihren gestellten Rechtsbegehren festhält. Des Weiteren stellte die Beschwerdeführerin zusätzlich das folgende neue Rechtsbegehren:

"Antrag 2 der Vernehmlassung der Vorinstanzen vom 18. April 2016 sei abzuweisen, und allfällige spätere Vorbringen der Vorinstanzen zur Frage der Meldepflicht seien aus dem Recht zu weisen."

B.f Mit Verfügung vom 22. Juni 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Replik den Vorinstanzen mit Frist zur Stellungnahme bis zum 6. September 2016 zu und forderte die Vorinstanzen auf, im Rahmen der Duplik sei entsprechend Ziff. 2 des Antrags in ihrer Beschwerdeantwort inhaltlich auch auf die Frage der materiellen Meldepflicht im Allgemeinen und im vorliegenden Verfahren im Besonderen einzugehen. Des Weiteren wurde der Antrag der Beschwerdeführerin in Ziff. 2 ihrer Replik vom 17. Mai 2016 auf Abweisung einer Vernehmlassung der Vorinstanzen zu materiellen Fragen und zum formellen Aspekt der Ausgestaltung des Meldeverfahrens abgewiesen.

B.g Am 2. August 2016 reichten die Vorinstanzen fristgerecht ihre Duplik ein, mit der sie vollumfänglich an ihren bisherigen Ausführungen und Rechtsbegehren festhalten. Des Weiteren weisen die Vorinstanzen darauf hin, dass sie vorliegend auch im Rahmen der Duplik gemeinsam Stellung nehmen würden. Sofern überhaupt eine anfechtbare Verfügung vorliege, seien sie jedoch nach wie vor der Auffassung, dass diese einzig das Sekretariat erlassen habe.

B.h Im Wesentlichen machen die Vorinstanzen geltend, die WEKO gehe in ihrer ständigen Praxis von einem weiten Anwendungsbereich der strittigen Rechtsnorm aus. Zudem sei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht vorausgesetzt, dass die zu beurteilenden Märkte unmittelbar vor- oder nachgelagert seien. Wettbewerbseffekte könnten sich auch zwischen weiter entfernten Märkten ergeben. Entsprechend seien diese Zusammenschlussvorhaben zu melden. Auch sei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart seien. Entscheidend sei vielmehr, dass sie soweit benachbart seien, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden könnten. Dies treffe auf den von der Beschwerdeführerin beherrschten „Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne“ und den vom fraglichen Zusammenschlussvorhaben betroffenen „Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen“ zu. Entsprechend bestehe vorliegend offenkundig eine Benachbarkeit.

B.i Auf die entscheiderelevanten Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Danach prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen gemäss Art. 7 VwVG sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. die ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

1.1 Sachliche Zuständigkeit

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

1.1.1. Taugliches Anfechtungsobjekt

1.1.1.1 Vorliegend ist strittig, ob es sich bei der angefochtenen Kostenauf-
lage im Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016, in dem das Zu-
sammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin für unbedenklich erklärt
wird, und der entsprechenden Rechnung vom 15. Februar 2016 um eine
Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt.

1.1.1.2 In direktem und untrennbarem Zusammenhang mit der Frage nach
der Qualifikation der vorliegenden Kostenaufgabe als Verfügung gemäss
Art. 5 VwVG stehen die von den Parteien aufgeworfenen Fragen der alter-
nativen Vorgehensweise zur Abklärung der Meldepflicht sowie der Bedeu-
tung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung der
Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und
Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4.
November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten,
EMRK, SR 0.101) mit Bezug auf die Reichweite der Meldepflicht gemäss
Art. 9 Abs. 4 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbs-
beschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251). Auf-
grund der untrennbaren Verknüpfung dieser Fragen werden diese drei Ge-
sichtspunkte nachfolgend im Rahmen der Prüfung des tauglichen Anfech-
tungsobjekts erörtert.

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

Kostenaufgabe als Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG

1.1.1.3 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin handelt es sich bei der an-
gefochtenen Kostenaufgabe um eine einseitige, hoheitliche und verbindli-
che Anordnung von Pflichten im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht
des Bundes stütze und damit als Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a
VwVG zu qualifizieren sei. An der Verfügungseigenschaft ändere es nichts,
dass weder das Schreiben vom 5. Februar 2016 noch die Beschlussbe-
gründung oder die Rechnung vom 15. Februar 2016 ausdrücklich als „Ver-
fügung“ bezeichnet worden seien und auch nicht die formellen Merkmale
einer Verfügung aufweisen würden, da Art. 5 VwVG auf einem materiellen
Verfugungsbegriff basiere.

1.1.1.4 Die strittige Kostenaufgabe sei keine blosser „Rechnung“ im Sinne
eines schlichten Verwaltungshandelns, das nicht direkt ein Rechtsverhält-
nis regeln wolle und deshalb in der Regel keine Verfügung darstelle. Viel-
mehr stütze sich die strittige Kostenaufgabe auf Art. 53a KG und Art. 1 Abs.
1 Bst. c und Art. 4 Abs. 3 der Gebührenverordnung KG vom 25. Februar

1998 (GebV-KG, SR 251.2). Eine solche Kostenaufgabe erfolge nur, wenn die WEKO die Meldepflicht eines Unternehmenszusammenschlusses bejahe und diesen einer vorläufigen Prüfung unterziehe. Eine „Unbedenklichkeitserklärung“ am Ende einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG möge für sich alleine möglicherweise noch keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Wenn die WEKO aber eine vorläufige Prüfung durchführe, obwohl ein Zusammenschlussvorhaben nicht meldepflichtig sei, und dafür die Pauschalgebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG in Rechnung stelle, liege eine Verfügung vor, die in Verletzung von Bundesrecht ergangen sei.

1.1.1.5 Die in Rechnung gestellte Pauschalgebühr sei vorliegend nicht geschuldet, da die WEKO die vorläufige Prüfung gar nicht hätte durchführen dürfen. Die strittige Kostenauflegung mit Schreiben vom 5. Februar 2016 und mit der Rechnung vom 15. Februar 2016 stelle deshalb eine Verfügung dar, welche die Beschwerdeführerin anfechten können müsse. Denn sonst werde sie zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1). Das Bundesverwaltungsgericht habe solche Rechnungen von Verwaltungsbehörden in ähnlichem Zusammenhang denn auch als anfechtbare Gebührenverfügungen qualifiziert.

1.1.1.6 Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, gemäss Art. 9, 10 und 32 KG würden Zusammenschlussverfahren in die Zuständigkeit der WEKO fallen. Dabei müsse die WEKO die Rechtsfrage der Meldepflicht von Amtes wegen prüfen, was sie in ihrer Praxis denn auch standardmässig mache. Das Bestehen einer Meldepflicht nach Art. 9 KG sei eine notwendige Voraussetzung, damit die vorläufige Prüfung überhaupt durchgeführt werden dürfe. Die Meldepflicht sei deshalb als Vorfrage von Amtes wegen vorab zu klären. Gelangten die Vorinstanzen bei der Beurteilung dieser Vorfrage zum Ergebnis, dass keine Meldepflicht bestehe, so dürften sie keine vorläufige Prüfung durchführen. In diesem Fall bestehe auch keine Grundlage, die Pauschalgebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG zu erheben.

1.1.1.7 Die Ansicht der Vorinstanzen, wonach sie die Pauschalgebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG auch allein für die Abklärung der Meldepflicht erheben könnten, sei falsch. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut, wonach die Gebühr „für die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32“ erhoben werde. Damit sei nach dem allgemeinen Sprachsinn die Durchführung der (vorläufigen) materiellen Prüfung des Zusammenschlusses zu verstehen.

Auf den Fall, dass allein die Vorfrage geprüft werde, ob eine vorläufige Prüfung überhaupt durchgeführt werden dürfe, sei Art. 4 Abs. 3 GebV-KG nicht anwendbar. Dies ergebe sich auch aus einer analogen Anwendung von Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG. Die Bestimmung enthalte ein allgemeines Prinzip des kartellrechtlichen Gebührenrechts: Zeige sich im Rahmen eines Verfahrens, dass die Voraussetzungen für dessen Durchführung fehlten, so könne einer Partei keine Gebühr auferlegt werden. Dies gelte selbst dann, wenn sie das Verfahren „verursacht“ habe. Den Vorinstanzen sei überdies keineswegs verwehrt, für die Prüfung der Vorfrage der Meldepflicht eine Gebühr zu erheben. Sie könnten sich dafür auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG stützen, wonach sich eine solche Gebühr nach dem Zeitaufwand bemessen würde. Unzulässig sei es aber, allein dafür die Pauschalgebühr von CHF 5'000.- zu verlangen. Dies ergebe sich aus den für das ganze Gebührenrecht geltenden Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzipien.

1.1.1.8 Schliesslich sei sie – so die Beschwerdeführerin weiter – auch nicht verpflichtet gewesen, bereits gegen das Schreiben des Sekretariats vom 14. Januar 2016 Beschwerde zu führen. Wie dieses Schreiben zu qualifizieren sei, könne vorliegend offen bleiben. Selbst wenn es als Zwischenverfügung zu qualifizieren wäre – was nicht der Fall sei –, so hätte sie gemäss Art. 46 Abs. 2 VwVG mit ihrer Beschwerde ohne Rechtsverlust bis zur Endverfügung zuwarten können.

Alternative Vorgehensweise zur Abklärung der Meldepflicht?

1.1.1.9 Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, sie habe vorliegend keine Alternative gehabt, als das Zusammenschlussverfahren zu melden. Sie habe dem Sekretariat eine Meldung gemäss Art. 9 ff. der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4; nachfolgend: VKU) einreichen müssen, da sie aufgrund der bisherigen Praxis habe davon ausgehen müssen, dass die WEKO auch im vorliegenden Fall eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bejahen würde, auch wenn nach Ansicht der Beschwerdeführerin der vorliegend betroffene Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne weder vor- noch nachgelagert und auch nicht zu diesem benachbart im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG sei. Die Tatsache, dass die WEKO die Meldepflicht dann auch tatsächlich bejaht habe, bestätige, dass diese Einschätzung der Beschwerdeführerin korrekt gewesen sei. Sie habe in der Meldung die Meldepflicht aber ausdrücklich

bestritten und darum ersucht, dass die WEKO die Frage der Meldepflicht von Amtes wegen vorfrageweise prüfe.

1.1.1.10 Eine vorgängige Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG beim Sekretariat zur Frage der Meldepflicht sei nicht in Frage gekommen. Es sei ausgeschlossen gewesen, dass das Sekretariat im Rahmen einer Beratung von der ständigen Praxis der WEKO abgewichen wäre. Eine Beratung hätte daher das gesamte Verfahren lediglich verzögert, da sie anschliessend dennoch eine Meldung hätte einreichen müssen. Die Tatsache, dass die WEKO die Meldepflicht bejaht habe, bestätige vielmehr, dass eine vorgängige Beratungsanfrage nutzlos gewesen wäre. Zudem würden Beratungen keine anfechtbaren Verfügungen darstellen, weshalb gegen die Bejahung der Meldepflicht im Rahmen einer Beratung keine Beschwerde hätte geführt werden können.

1.1.1.11 Theoretisch denkbar sei des Weiteren zwar der Vollzug der Transaktion ohne Meldung. Hätten die Vorinstanzen aber Kenntnis von der Transaktion erhalten – was schon allein wegen der ad hoc-Publizitätspflichten der Beschwerdeführerin zu erwarten gewesen wäre –, so hätten die Vorinstanzen nicht nur von Amtes wegen ein Zusammenschlussverfahren gemäss Art. 35 KG eröffnet, sondern ihr dann gleich auch noch eine Sanktion nach Art. 51 KG auferlegt, was folglich auch zu beträchtlicher negativer Publizität geführt hätte. Überdies wäre bei diesem Vorgehen auch die zivilrechtliche Wirksamkeit des Zusammenschlusses vollkommen ungewiss gewesen. Denn hätte eine Meldepflicht bestanden, dann wären sämtliche Verträge des Zusammenschlusses gemäss Art. 34 KG zivilrechtlich unwirksam gewesen. Hätte dagegen keine Meldepflicht bestanden, dann wären die Verträge von Beginn weg zivilrechtlich wirksam gewesen. Bei einem Unternehmenskauf könne den Vertragsparteien eine derartige Unsicherheit nicht zugemutet werden. Letztlich habe diese Unsicherheit nur aufgrund der Meldung beseitigt werden können.

1.1.1.12 Hätte sie den Zusammenschluss nicht gemeldet und anschliessend die Bussenverfügung erfolgreich angefochten, so hätte dies dennoch keine Rechtssicherheit mit Bezug auf Art. 9 Abs. 4 KG in Zusammenschlussverfahren geschaffen. Denn nach unzutreffender Ansicht der Vorinstanzen sei ja die Auslegung in Sanktionsverfahren für administrative Zusammenschlussverfahren nicht massgebend, weshalb eine erfolgreiche Anfechtung der Bussenverfügung für künftige Zusammenschlussverfahren gerade keine Bedeutung gehabt hätte.

1.1.1.13 Dass für sie keine weiteren Alternativen bestanden hätten, würden schliesslich auch die Vorinstanzen bestätigen, indem diese nicht nur keine Alternativen aufgezeigt, sondern sogar ausdrücklich festgehalten hätten, dass das Kartellgesetz „kein eigenständiges Meldepflicht-Prüfungsverfahren“ kenne und dass die Frage der Meldepflicht nach Einreichung der Meldung im Verfahren von Art. 32 KG zu klären sei. Damit hätten die Vorinstanzen zutreffend klargestellt, dass im vorliegenden Fall auch ein Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG ausgeschlossen gewesen sei. Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit eines Zusammenschlusses müsse rasch Klarheit bestehen. Deshalb habe der Gesetzgeber in Art. 32 und 33 KG verbindliche, kurze Fristen festgelegt, innerhalb derer ein Zusammenschluss zu prüfen sei. Diese Bestimmungen schafften eine spezialgesetzliche Verfahrens- und Fristenregelung, die derjenigen des VwVG derogiere. Auch die Meldepflicht sei – als Vorfrage – im Verfahren nach Art. 32 KG zu prüfen. Würde über die Meldepflicht in einem separaten Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG entschieden, welches dem Verfahren nach Art. 32 KG vorgelagert wäre, würde die Beurteilung des Zusammenschlusses auf unbestimmte Zeit verzögert, was der verbindlichen Fristenordnung von Art. 32 und 33 KG gerade widersprechen würde. Ein Feststellungsbegehren gemäss Art. 25 VwVG zur Meldepflicht sei somit ausgeschlossen gewesen und die Vorinstanzen wären auf ein solches Begehren ohnehin nicht eingetreten, da sie ausdrücklich festgehalten hätten, dass das Kartellgesetz kein eigenständiges Meldepflicht-Prüfungsverfahren kenne. Deshalb müsse die bundesverwaltungsgerichtliche Beurteilung der Meldepflicht gemäss Art. 9 KG im Anschluss an die vorläufige Prüfung nach Art. 32 KG möglich sein.

Zur Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV

1.1.1.14 Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanzen behaupteten, es gäbe kein Rechtsmittel, um die korrekte Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG in einem Verwaltungsverfahren zu überprüfen. Für sie sei es jedoch unhaltbar, die potentiell rechtswidrige Praxis der Vorinstanzen ohne jeden Rechtsmittelschutz zu akzeptieren.

1.1.1.15 Die Beschwerdeführerin untermauert ihre Auffassung mit dem Vorbringen, dass ein fehlender Rechtsschutz im Verfahren der Fusionskontrolle eine Verletzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV bedeuten würde. Da für sie keine Alternative zur gewählten Vorgehensweise bestanden habe, führe die Argumentation der Vorinstanzen unweigerlich dazu, dass im Verfahren der Fusionskontrolle kein Rechtsschutz mit Bezug

auf die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG – auch nicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG – bestehen würde. Dies würde sogar dann gelten, wenn die Vorinstanzen die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG in geradezu willkürlicher Weise beurteilen würden. Besonders gravierend wäre eine solche Verweigerung des Rechtsschutzes auch deshalb, weil dies keineswegs nur Fälle der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG betreffen würde, sondern auch die Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG, bei denen die Unternehmen im Falle der Genehmigung des Zusammenschlusses ebenfalls mit einem blossen Schreiben über den nun möglichen Vollzug informiert würden. In den Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG ergehe folglich ebensowenig ein separater Entscheid zur Meldepflicht wie in den Verfahren gemäss Art. 32 KG. Die Rechtslage sei somit mit Bezug auf die vorliegend interessierende Frage identisch. Die praktische Relevanz der Klärung dieser Frage sei hoch, da über 80% der Zusammenschlüsse gemäss Art. 32 KG freigegeben würden. Nur wenige Fälle würden einer Prüfung gemäss Art. 33 KG unterzogen und noch viel seltener seien Untersagungen oder Genehmigungen unter Auflagen und Bedingungen. Entsprechend wäre nach Ansicht der Vorinstanzen in weit über 90% der Zusammenschlussverfahren eine gerichtliche Überprüfung der Meldepflicht per se ausgeschlossen. Bei den Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG handle es sich sodann nicht mehr „nur“ um die Pauschalgebühr von CHF 5'000.-, sondern um weit höhere Beträge.

1.1.1.16 Dieses Ergebnis stünde im Widerspruch zur Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, die einen grundrechtlichen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz garantiere. Schliesslich sei der von den Vorinstanzen proklamierte Ausschluss des Rechtsschutzes auch vom Gesetzgeber nicht vorgesehen, denn weder dem KG, dem VwVG noch dem VGG könne eine Bestimmung entnommen werden, wonach der Gesetzgeber die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 KG einer gerichtlichen Beurteilung habe entziehen wollen. Überdies liege auch kein Ausnahmegrund gemäss Art. 32 VGG vor, der die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV im vorliegenden Fall beschränken würde.

(2) Vorbringen der Vorinstanzen

Kostenaufgabe als Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG

1.1.1.17 Die Vorinstanzen machen demgegenüber geltend, Rechnungsstellungen seien in der Regel nicht direkt auf Rechtswirkungen gerichtet und würden keinen Verfügungscharakter aufweisen. Ob die angefochtene

Rechnungsstellung den Verfügungsbegriff erfülle, habe das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu prüfen. Die Ausführungen in der Vernehmlassung und in der Duplik erfolgten lediglich unter der Prämisse, dass der angefochtenen Kostenaufgabe Verfügungscharakter zukomme.

1.1.1.18 Vorliegend sei unbestritten, dass eine vorläufige Prüfung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 KG durchgeführt worden sei. Das der Gebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG zugrundeliegende Verwaltungshandeln sei damit unstrittig erfolgt, weshalb die strittige Erhebung der Pauschalgebühr von CHF 5000.- rechtskonform erfolgt sei.

1.1.1.19 Die Beschwerdeführerin fechte jedoch nur rein formal die Gebührenverfügung des Sekretariats an. Eigentlich rüge sie die Rechtmässigkeit des die Gebührenerhebung auslösenden Verwaltungshandelns, d.h. die Bejahung der Meldepflicht durch die WEKO. Dies sei aber unzulässig, zumal keine der Vorinstanzen über den Bestand der Meldepflicht verfügt habe, mithin diesbezüglich gar kein taugliches Anfechtungsobjekt bestehe. Die WEKO erlasse im Rahmen von Art. 32 KG keine Verfügung über die Meldepflicht. Sie habe nach dem klaren Gesetzeswortlaut einzig zu entscheiden, „ob eine Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden“ (Art. 32 Abs. 1 KG).

1.1.1.20 Wollte man vorliegend eine Feststellungsverfügung konstruieren, müsste diese nach Auffassung der Vorinstanzen – wenn überhaupt – spätestens im Schreiben des Sekretariats vom 14. Januar 2016 erblickt werden. Darin habe das Sekretariat der Beschwerdeführerin die Vollständigkeit der Meldung bestätigt und diese in Anwendung von Art. 15 VKU aufgefordert, weitere Angaben über das Zusammenschlussvorhaben zu machen. Damit habe das Sekretariat unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass das Zusammenschlussvorhaben auch materiell geprüft würde und es Antrag an die Kommission bzw. die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 20 des Geschäftsreglements WEKO vom 15. Juni 2015 (GR-WEKO, SR 251.1) stellen werde. Folglich habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen müssen, dass das Sekretariat das Bestehen der Meldepflicht bejahe. Die vorliegende Beschwerde richte sich aber klarerweise nicht gegen das Schreiben des Sekretariats vom 14. Januar 2016. Diesbezüglich wäre die Beschwerde wohl auch verspätet,

selbst wenn das Schreiben vom 14. Januar 2016 nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen wäre, da es sich dabei korrekterweise auch gar nicht um eine Verfügung handle.

1.1.1.21 Nach Ansicht der Vorinstanzen steht die Auffassung der Beschwerdeführerin, sie habe in der Meldung festgehalten, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht meldepflichtig sei, im Widerspruch zum Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 5. Januar 2016: Wenn darin die Beschwerdeführerin beantrage, das Zusammenschlussvorhaben «sei als unbedenklich zu beurteilen», beantrage sie damit implizit auch die Durchführung einer (vorläufigen) Prüfung, woraus zu schliessen sei, dass auch die Beschwerdeführerin von einer Meldepflicht ausgegangen sei. So habe denn die Beschwerdeführerin auch in ihrer Medienmitteilung vom 18. Dezember 2015 ausgeführt, dass die Übernahme von Adextra dem Vorbehalt der Zustimmung der WEKO unterstehe. Damit sei fraglich, ob das Bestreiten der Meldepflicht durch die Beschwerdeführerin nicht ein *venire contra factum proprium* darstelle. Diese Frage sei jedoch mit Blick auf die übrigen Vorbringen der Vorinstanzen nicht von entscheidender Bedeutung.

1.1.1.22 Schliesslich bringen die Vorinstanzen vor, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lasse sich aus keiner Bestimmung ableiten, die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG gelte nur dann als „durchgeführt“, wenn materiell abgeklärt worden sei, ob das Zusammenschlussvorhaben Anhaltspunkte ergebe, dass es eine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke. So unterscheide Art. 4 Abs. 3 GebV-KG nicht danach, ob im Rahmen der vorläufigen Prüfung nur die Frage der Meldepflicht untersucht oder ob das Zusammenschlussvorhaben auch materiell geprüft worden sei. Nichts anderes ergebe sich aus den von der Beschwerdeführerin angerufenen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzipien. Dass die Pauschalgebühr von CHF 5'000.- den effektiven Aufwand für die vorläufige Prüfung im Durchschnitt wohl nicht decken dürfte, werde auch die Beschwerdeführerin kaum bestreiten können. Selbst wenn die Frage der Meldepflicht vorliegend zu verneinen gewesen wäre, könne nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen der Gebühr und dem objektiven Wert der bezogenen Leistung gesprochen werden. Wie bereits dieses Beschwerdeverfahren zeige, seien weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen der Meldepflicht vorliegend geradezu offensichtlich. Schliesslich gelte es zu berücksichtigen, dass mit der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- auch die beratende Tätigkeit des Sekretariats gemäss Art. 23 Abs. 2 KG betreffend den Meldungsentwurf abgegolten worden sei.

Alternative Vorgehensweise zur Abklärung der Meldepflicht?

1.1.1.23 Die Vorinstanzen machen geltend, selbst wenn man die Beschwerdeführerin nicht auf ihr Rechtsbegehren vom 5. Januar 2016 behafteten und dieses so interpretieren wollte, dass die Prüfung der Frage der Meldepflicht mitbeantragt sei, ändere dies am vorliegenden Sachverhalt nichts. Das Kartellgesetz kenne nämlich kein eigenständiges Meldepflicht-Prüfungsverfahren. Diese Frage sei vielmehr nach Einreichung einer Meldung im Rahmen der vorläufigen Prüfung zu klären. Anders sehe die Sachlage bei Einreichung eines Meldungsentwurfs aus, welchen das Sekretariat praxisgemäss im Rahmen ihrer beratenden Tätigkeit gemäss Art. 23 Abs. 2 KG prüfe. Der Beschwerdeführerin stehe es frei, die Frage der Meldepflicht dem Sekretariat im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG zu unterbreiten. Werde jedoch durch die Meldung formell das Verfahren nach Art. 32 KG ausgelöst, müssten sie dies – selbst wenn sie zum Schluss kämen, es liege keine Meldepflicht vor – im Rahmen der vorläufigen Prüfung beurteilen, da nach Einreichung der Meldung gar kein anderes Verfahren zur Verfügung stehe. Damit sei die Pauschalgebühr gemäss Art. 4 Abs. 3 GebV-KG nach Einreichung einer Meldung auch unabhängig davon geschuldet, ob überhaupt eine Meldepflicht bestehe, da das meldende Unternehmen das fragliche Verfahren durch die Einreichung der Meldung ausgelöst habe. Das Erheben der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- durch das Sekretariat sei daher rechtmässig.

1.1.1.24 Zudem sei anzumerken, dass eine separate Feststellung der Meldepflicht im Rahmen einer Zusammenschlussprüfung auch nicht praktikabel sei. So könnte die vom Gesetz vorgegebene Frist von einem Monat kaum je eingehalten werden, wenn gleichzeitig über die Feststellung der Meldepflicht verfügt werden müsste. Dies würde dazu führen, dass das Sekretariat unabhängig von der Frage der Meldepflicht materiell das Zusammenschlussvorhaben zu prüfen hätte, was zu prozessualen Leerläufen führen würde.

1.1.1.25 Des Weiteren sei es nicht zutreffend, dass sie behaupten würden, die Frage der Meldepflicht sei der gerichtlichen Überprüfung gänzlich entzogen. In der Vernehmlassung werde einzig dargelegt, weshalb dies aufgrund der vom Gesetz vorgegebenen Frist für die Zusammenschlusskontrolle nicht im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 32 f. KG erfolgen könne. Es sei indes unerfindlich, wie aus der Vernehmlassung der Schluss gezogen werden könne, die Vorinstanzen würden feststellen, dass ein Feststellungsverfahren gemäss Art. 25 VwVG ausgeschlossen wäre. Die

Vorinstanzen seien „ganz im Gegenteil“ der Ansicht, dass der Beschwerdeführerin dieses Verfahren grundsätzlich offen gestanden hätte. Das Argument der zeitlichen Dringlichkeit verfange hier offenkundig nicht. Denn selbst wenn man – wie dies die Beschwerdeführerin verlange – die Frage der Meldepflicht im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 32 f. KG separat per Verfügung zu entscheiden hätte, würde kaum je ein letztinstanzlicher Entscheid innerhalb der Monatsfrist vorliegen, zumal schon die Frist für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht dreissig Tage betrage. Müsste die Frage der Meldepflicht im Rahmen des Verfahrens gemäss Art. 32 f. KG entschieden werden, müsste die WEKO trotzdem vorsorglich eine materielle Prüfung des Zusammenschlusses vornehmen, um nicht Gefahr zu laufen, einen ihrer Ansicht nach meldepflichtigen Zusammenschluss durch Fristablauf ungeprüft zuzulassen. Damit das Rechtsmittelverfahren abgewartet werden könnte, wäre sodann die Durchführung des Prüfungsverfahrens quasi obligatorisch, da nur in dessen Rahmen die Frist zum Abschluss des Verfahrens gemäss Art. 33 Abs. 3 KG nicht absolut sei. Eine verbindliche Beurteilung der Frage einer Meldepflicht könnte innerhalb der von Art. 32 f. KG vorgegebenen Fristen nur erfolgen, wenn die WEKO darüber abschliessend urteilen könnte. Dies sei aber ganz offensichtlich auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerin.

Zur Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV

1.1.1.26 Nach Ansicht der Vorinstanzen steht den zusammenschlusswilligen Unternehmen für die Beurteilung der Meldepflicht somit sehr wohl eine Alternative zur Einreichung der Meldung zur Verfügung. Entsprechend zielten die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Verletzung der Rechtsweggarantie an der Sache vorbei.

(3) Würdigung durch das Gericht

1.1.1.27 Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. BGE 137 II 409 E. 6.1 m.w.H.; Urteil des BVGer A-6175/2013 vom 12. Februar 2015 E. 2.1. m.w.H.).

1.1.1.28 Verfügungen werden in einer bestimmten Form erlassen. Sie müssen als solche bezeichnet werden und sind den Adressatinnen und Adressaten schriftlich, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu eröffnen (Art. 34 f. VwVG). Diese Formvorschriften sind aber nicht

Voraussetzung, sondern Folge der Verfügung (vgl. BVGE 2015/15 E. 2.1.2.1; Urteile des BVGer C-237/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 4.2, B-198/2014 vom 5. November 2014 E. 2.3.2). Auch wenn deshalb eine Verfügung nicht als solche bezeichnet wird oder wenn die Rechtsmittelbelehrung fehlt, kann eine solche gleichwohl vorliegen (vgl. Urteile des BVGer C-237/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 4.2, B-1203/2014 vom 18. September 2014 E. 1.4, C-5928/2012 vom 20. Juni 2014 E. 2.1, A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 2.1 f.; BVGE 2008/15 E. 2).

1.1.1.29 Massgebend ist grundsätzlich ein materieller Verfügungsbegriff (vgl. Urteil des BVGer C-1203/2014 vom 18. September 2014 E. 1.4, B-16/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.3.; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 872). Entsprechend sind Verfügungen nicht nach ihrem Wortlaut zu verstehen, sondern es ist jeweils nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt zu fragen (vgl. BGE 132 V 74 E. 2). Die Missachtung von Formerfordernissen bewirkt einen Eröffnungsmangel, welcher nach Art. 38 VwVG zu beurteilen ist (vgl. Urteile des BVGer A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E. 1.2, A-2039/2006 vom 23. April 2007 E. 3.1; UHLMANN FELIX, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 Rn. 131 f.).

1.1.1.30 Hoheitlichkeit setzt voraus, dass die Behörde von ihrer Verfügungsbefugnis Gebrauch macht und Privaten tatsächlich einseitig und übergeordnet entgegentritt. Tut sie dies nicht, handelt sie entweder tatsächlich und informell, d.h. sie erlässt beispielsweise Empfehlungen oder Warnungen und erzeugt dadurch keine Rechtswirkungen (vgl. UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 24). Das Handeln der Behörde erzeugt dann Rechtswirkungen, wenn die Behörde mit einer Anordnung im Einzelfall gegenüber jemand anderem Rechte oder Pflichten begründet, ändert oder aufhebt, darüber eine Feststellung trifft oder Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten abweist oder auf solche Begehren nicht eintritt (Art. 5 Abs. 1 Bst. a-c VwVG; vgl. BGE 102 Ib 81 E. 1; 104 Ib 239 E. 1; Urteil des BVGer B-2186/2006 vom 30. Mai 2007 E. 7.1). Die Rechtswirkungen entfalten sich sowohl für die eine Verfügung erlassenden Behörden als auch für die Verfügungsadressaten unmittelbar. Mit einer Verfügung regelt die Behörde bewusst ein Rechtsverhältnis (vgl. Urteil des BVGer A-6037/2011 vom 15. Mai 2012 E. 5.3.2.1; BICKEL JÜRIG/OESCHGER MAGNUS/STÖCKLI ANDREAS, ZBI 2009, 596; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, Rn. 88). Die Abgrenzung zwischen informellem Verwaltungshandeln und einer Verfügung kann mitunter schwierig sein. Entscheidend ist, dass das Handlungsziel der Behörden die Regelung, d.h. die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen, sein muss, damit eine Verfügung vorliegt (vgl. Urteil des BVerfG A-3433/2013 vom 29. Oktober 2014 E. 2.6.3; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 94). Dabei können sich prozessuale Unsicherheiten ergeben, wenn die Behörde ein bestimmtes Verhalten einfach zulässt und damit den Rechtsweg gegenüber betroffenen potenziellen Drittadressatinnen und Drittadressaten verschliesst (vgl. BGE 131 II 497 betreffend Unternehmenszusammenschlüsse; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 96).

1.1.1.31 Realakte stellen, wie beispielsweise staatliche Informationen, amtliche Berichte, Empfehlungen, Warnungen oder Auskünfte, keine Verfügungen dar, da sie auf einen tatsächlichen Erfolg und nicht auf Rechtswirkungen gerichtet sind (vgl. Urteil des BVerfG 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 2.2; BGE 130 I 369 E. 6.1; Urteil des BVerfG A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 5.2.3; HAFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 866, 874c f.; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 26, § 38 Rn. 1 f.). Ebenfalls keine Rechtswirkungen erzeugt die Behörde, wenn sie eine Verfügung erst ankündigt, anbietet oder androht. Rechtsverbindlichkeit geht erst von der in der Folge tatsächlich erlassenen Verfügung aus. Und auch das bloße In-Aussicht-Stellen einer Verfügung stellt noch keine Verfügung dar (vgl. UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 97 ff.).

1.1.1.32 Die Frage, ob eine Verfügung vorliegt, stellt sich deshalb insbesondere bei Rechnungsstellungen und Zahlungsaufforderungen. In der Praxis wird deren Verfügungscharakter grundsätzlich verneint, da diese nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet seien und dem Adressaten keine zusätzlichen Pflichten auferlegten (vgl. Urteile des BVerfG A-6471/2010 vom 20. September 2012 E. 1.1.1, A-632/2008 vom 2. September 2008 E. 1.1, B-16/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn.101). In konkreten Einzelfällen wird in der Rechtsprechung jedoch ausnahmsweise auch bei Rechnungen deren Rechtswirkung und somit deren Verfügungscharakter bejaht (vgl. BVGE 2008/41 E. 6.4, wonach eine Rechnung gegenüber Flughafenbenützern, die sich auf den Gebührentarif eines Flughafenhalters stützt, als Verfügung zu qualifizieren sei; vgl. dazu auch REKO INUM, Entscheid vom 2. August 2005, in: VPB 70 [2006] Nr. 17 E. 1; Urteil des BVerfG A-632/2008 vom 22. September 2008). Entspre-

chend kann festgehalten werden, dass Rechnungsstellungen und Zahlungsaufforderungen in der Praxis mitunter direkt in Verfügungsform erlassen werden. Des Weiteren wurden auch Begleitschreiben mit der dazugehörigen Rechnung, die beide weder als Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen waren, in der Praxis als Verfügung gemäss Art. 5 VwVG qualifiziert und somit als taugliches Anfechtungsobjekt anerkannt (vgl. BVGE 2010/34 E. 1.2; Urteile des BVGer A-6762/2013 vom 13. April 2015 E. 1.1, A-6494/2013 vom 27. August 2014 E. 1.1, A-5556/2013 vom 18. Juni 2014 E. 1.2, A-6471/2010 vom 20.9.2012 E. 1.1.2, A-5925/2011 vom 26. April 2012 E. 1.1, A-5998/2010 vom 29. März 2012 E. 1.1, A-979/2008 vom 22. Oktober 2008 E.1; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 101). Daran würde auch die Tatsache nichts ändern, dass es die Vorinstanz im vorliegenden Fall in Missachtung von Art. 35 VwVG unterlassen hatte, die fragliche Verfügung als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Denn solche Form- und Eröffnungsmängel bewirken nur die Anfechtbarkeit der Verfügung, nicht aber deren Nichtigkeit (vgl. BGE 137 I 275 E. 3.1, BGE 136 II 495 E. 3.3, BGE 133 II 367 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6471/2010 vom 20. September 2012 E. 1.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 951; UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 131 f.).

1.1.1.33 Die Bejahung der Verfügungsqualität von Rechnungsstellungen sowie von Gebühreneinforderungen und Begleitschreiben in Verbindung mit Rechnungen als taugliches Anfechtungsobjekt gemäss Art. 5 VwVG ergibt sich insbesondere auch aus der verfassungs- und konventionsrechtlichen Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde beurteilt werden. Im Bereich des Bundesverwaltungsrechts sind Verwaltungsverfahren und Rechtsstreitigkeiten deshalb in Verfügungsform einzuleiten, unter Einschluss des Anspruchs auf Feststellungsverfügungen gemäss Art. 25 VwVG und auf Feststellungsverfügungen über Realakte gemäss Art. 25a VwVG. Eine Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a BV und Art. 6 EMRK indiziert somit eine Verfügung, es sei denn, der Bundesgesetzgeber gewähre Rechtsschutz in anderer Form – wie beispielsweise bei der Möglichkeit einer verwaltungsrechtlichen Klage – oder es liege eine gesetzliche Ausnahme vor (vgl. KLEY ANDREAS, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29a N 17 ff.; TOPHINKE ESTHER, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006, 96). Im Bereich der Verwaltungsrechtspflege ist in diesem Zusammenhang in erster Linie auf Art. 32 VGG

als gesetzliche Konkretisierung der Ausnahmefälle hinzuweisen (vgl. UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rn. 10 f.). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf Flughafengebühren festgehalten, dass es vorgängig zur Rechnung keinen Akt gebe, der für den Einzelfall Rechtswirkungen zeitige; der generell-abstrakte Gebührentarif stelle jedenfalls keinen solchen dar. Die Rechnung sei mithin dessen erste und einzige einzelfallweise Konkretisierung und müsse daher als solche anfechtbar sein (vgl. BGE 125 V 101 E. 3b). Ansonsten wären die Flughafengebühren keiner Rechtskontrolle zugänglich, was unhaltbar wäre. Werde die Forderung im Rahmen der Rechnung vom Flughafenhalter dennoch nicht rechtsverbindlich – in Form einer Verfügung – festgelegt, so bestünde der Weg über die Gebührenverfügung gemäss Art. 11 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1). Diese Bestimmung verpflichtet die Verwaltung dazu, bei Streitigkeiten über eine Rechnung eine Gebührenverfügung zu erlassen (vgl. BVGE 2008/41 E. 6.4).

1.1.1.34 Vor diesem Hintergrund kann für das vorliegende Verfahren grundsätzlich festgehalten werden, dass die bisherige Praxis der Qualifikation der fraglichen Kostenaufgabe und damit des Schreibens des Sekretariats vom 5. Februar 2016 sowie der entsprechenden Rechnung vom 15. Februar 2016 als Verfügung gemäss Art. 5 VwVG nicht entgegensteht. Denn auch wenn Rechnungsstellungen mangels Rechtswirkungen in der Praxis grundsätzlich nicht als taugliches Anfechtungsobjekt qualifiziert werden, so lässt sich die vorliegende Kostenaufgabe insbesondere mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen in die Kategorie der Ausnahmefälle einordnen.

1.1.1.35 Der eigentliche Zweck des vorliegenden Verfahrens besteht in der Klärung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG. Es drängt sich deshalb eine gesamtheitliche Betrachtung des Verfügungsbegriffs auf, die sich gerade auch im Fusionsrecht rechtfertigt. Denn nebst der Rechnung vom 15. Februar 2016 und dem Begleitschreiben vom 5. Februar 2016 ist auch die Beschlussbegründung der WEKO vom 4. Februar 2016, in der diese die Meldepflicht ausdrücklich bejaht, als integraler Bestandteil des vorliegend zu beurteilenden Anfechtungsobjekts zu verstehen.

1.1.1.36 Die zu beantwortende Frage, ob die WEKO im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG über die Meldepflicht „verfügt“ hat, geht zunächst von der unstrittigen Ausgangslage aus, dass das Kartellgesetz kein eigenständiges Meldepflicht-Prüfungsverfahren kennt. Aus die-

sem Grund nahm die WEKO im Rahmen ihrer Beschlussbegründung explizit Stellung zu der von der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren bestrittenen Meldepflicht und bejahte diese (vgl. Beschlussbegründung, Rz. 17 ff.).

1.1.1.37 In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass in der Schweiz – im Gegensatz zur EU und ihren Mitgliedstaaten – bei zahlreichen kartellverfahrensrechtlichen Fragestellungen nicht auf ein spezifisches Kartellverfahrensrecht zurückgegriffen werden kann (vgl. die deshalb mitunter umfangreichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zu solchen Verfahrensfragen B-3099 vom 17. September 2018; B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012 vom 25. Juni 2018 sowie B-8399/2010, B-8404/2010 und B-8430/2010 vom 23. September 2014). Auch im vorliegenden Fall kann mit Bezug auf die entscheidungserheblichen Fragen zur verfahrensrechtlichen Durchsetzung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht auf eine spezifische Gesetzesgrundlage im Kartellgesetz zurückgegriffen werden. Art. 9 Abs. 4 KG bedarf daher der gerichtlichen Auslegung.

1.1.1.38 Die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes – insbesondere die vorliegend in Frage stehende Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG – können für dieses Verfahren nicht herangezogen werden. Denn die im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle vom Gesetzgeber bewusst verankerten kurzen Fristen – einen Monat für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG und vier Monate für die vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG – stehen dem Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG für die separate Klärung der Meldepflicht von vornherein entgegen.

1.1.1.39 Die explizite Stellungnahme der WEKO zur Frage der Meldepflicht in ihrer Beschlussbegründung kann zudem nicht als informelles Handeln qualifiziert werden, welches keine Rechtswirkungen erzeugt. Denn indem die WEKO die Meldepflicht der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren ausdrücklich bejahte, ist sie der Beschwerdeführerin vielmehr hoheitlich entgegengetreten. Mit der Bejahung der Meldepflicht regelte die WEKO die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin bewusst, ausdrücklich und verbindlich und erzeugte somit Rechtswirkungen. Aus diesem Grund können weder die fehlende Bezeichnung der Dokumente als Verfügung noch die fehlende Rechtsmittelbelehrung einer Qualifikation als Verfügung gemäss Art. 5 VwVG entgegenstehen (vgl. BGE 137 I 275 E. 3.1, BGE 136 II 495 E. 3.3, BGE 133 II 367 E. 3.2; Urteil des BVer A-6471/2010 vom 20. September 2012 E. 1.3). Überdies wird der Beschwerdeführerin weder

im Schreiben vom 5. Februar 2016 noch in der Rechnung vom 15. Februar 2016 in Aussicht gestellt, dass sie bei fehlendem Einverständnis eine Verfügung verlangen könne, was ebenfalls ein gewichtiges Indiz dafür ist, die vorliegende Kostenaufgabe unmittelbar als Verfügung zu qualifizieren (vgl. Urteil des BVGer B-16/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.3).

1.1.1.40 Zwar gelten auch im Rahmen der Gebührenverordnung zum Kartellgesetz die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung, soweit die Gebührenverordnung KG keine besondere Regelung enthält (Art. 1a GebV-KG). Der Beschwerdeführerin stünde deshalb gemäss Art. 11 Abs. 2 AllgGebV grundsätzlich der Weg offen, bei Streitigkeiten über die Rechnung eine Gebührenverfügung zu verlangen. Wie aus der bisherigen Praxis jedoch ersichtlich wird, steht die Möglichkeit eines Rechnungsadressaten, eine Gebührenverfügung zu verlangen, der Qualifikation der Rechnung als solcher – verbunden mit einem entsprechenden Begleitschreiben – als Verfügung und somit als tauglichem Anfechtungsobjekt nichts entgegen (vgl. BVGE 2008/41 E. 6.4). Von entscheidender Bedeutung ist zudem, dass es der Beschwerdeführerin vorliegend nach unbestrittener Ansicht aller Verfahrensbeteiligten nicht primär um die Beanstandung der Auferlegung der Verfahrensgebühr von CHF 5'000.- als solcher geht. Ihr Hauptanliegen zielt vielmehr darauf ab, den Umfang der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG und den formalen Aspekt der Ausgestaltung des Meldeverfahrens sowie die materiellen Aspekte der Meldepflicht gerichtlich klären zu lassen. Folglich wäre es weder zweckmässig noch zielführend und somit ein dem Prinzip der Prozess- und Verfahrensökonomie widersprechender prozessualer Leerlauf, die Beschwerdeführerin auf den Umweg von Art. 11 Abs. 2 AllgGebV zu verweisen.

1.1.1.41 Die Qualifikation der vorliegenden Kostenaufgabe als Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG drängt sich insbesondere auch im Lichte der verfassungs- und konventionsrechtlichen Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK auf. Denn mangels Bestehens eines spezifischen Kartellverfahrensrechts, das zur Klärung der hier streitigen Frage herangezogen werden könnte, wäre die vorliegende Problematik im Zusammenhang mit der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei Verneinung des Verfügungscharakters der Kostenaufgabe keiner gerichtlichen Beurteilung zugänglich. Würde der Ausnahmecharakter der Kostenaufgabe im Rahmen einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG nicht bejaht, so bliebe eine praxisrelevante und sich immer wieder stellende Frage – nämlich das Bestehen einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG mit Bezug auf einen

sich stark im Wandel befindenden Markt – ohne Rechtsschutz. Es bestünden damit eine Rechtsschutzlücke und letztlich eine unzulässige Rechtsverweigerung. Solange deshalb keine spezifische gesetzliche Grundlage für die Ablehnung und Verneinung einer Qualifikation des vorliegend zu beurteilenden Verwaltungshandelns der WEKO als Verfügung besteht, drängt es sich unter Berücksichtigung und Abwägung aller aufgeführter Gesichtspunkte somit auf, den Verfügungscharakter der Kostenaufgabe und somit auch der Stellungnahme der WEKO im Zusammenhang mit der Meldepflicht im Rahmen eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 KG zu bejahen. Infolgedessen erübrigen sich weitere Erörterungen über mögliche alternative Vorgehensweisen der Beschwerdeführerin zur Abklärung der Meldepflicht.

1.1.1.42 Der Vollständigkeit halber sei jedoch festgehalten, dass das Bestreiten einer Meldepflicht durch die Beschwerdeführerin trotz ihres Rechtsbegehrens im Schreiben vom 5. Januar 2016, wonach das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu beurteilen sei, auch nicht als *venire contra factum proprium* betrachtet werden kann. Denn die Beschwerdeführerin bestritt das Bestehen einer Meldepflicht bereits im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens, musste aufgrund der bisherigen Praxis der WEKO aber zu Recht davon ausgehen, dass diese auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine Meldepflicht bejahen würde (vgl. Erleichterte Meldung vom 5. Januar 2016, Rz. 29 f.). Entsprechend stand ihr nach eigenen Angaben keine andere Möglichkeit offen, als das Zusammenschlussvorhaben zu melden, um die Frage der Meldepflicht abschliessend gerichtlich beurteilen lassen zu können.

1.1.1.43 Offen gelassen werden können in diesem Zusammenhang schliesslich die an die vorliegende Problematik anschliessenden Fragen, ob eine „Unbedenklichkeitserklärung“ am Ende einer vorläufigen Prüfung sowie das Unterlassen einer Mitteilung gemäss Art. 32 KG ebenfalls als Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG qualifiziert werden können (vgl. bereits offen gelassen in BGE 131 II 497 E. 3 f. betreffend die Frage, ob das Verhalten der WEKO, welches die Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses zur Folge hat, eine anfechtbare Verfügung darstellt).

1.1.1.44 Folglich handelt es sich bei der angefochtenen Kostenaufgabe durch das Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016, die Beschlussbegründung der WEKO vom 4. Februar 2016 und die entsprechende Rechnung vom 15. Februar 2016 um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.

1.1.2. Verfügende Behörde

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

1.1.2.1 In ihrer Replik nimmt die Beschwerdeführerin Stellung zu dem von den Vorinstanzen im Rahmen ihrer Vernehmlassung behandelten Vorbringen mit Bezug auf die Frage der verfügenden Behörde. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist das Vorbringen der Vorinstanzen, wonach für die strittige Gebührenauflegung einzig das Sekretariat zuständig und somit nur eine Verfügung des Sekretariats angefochten sei, prozessual ohne Bedeutung, da sich die Beschwerde gegen beide Vorinstanzen richte. Folglich sei auf die Beschwerde einzutreten.

1.1.2.2 Überdies sei in diesem Zusammenhang zu beachten, dass Zusammenschlussverfahren in die Zuständigkeit der WEKO fielen, womit auch sie für das Auferlegen der dabei anfallenden Gebühren zuständig sei. Dem entspreche die Rechnung, mit der die strittige Gebühr eingefordert werde, trage diese doch ausschliesslich den Briefkopf der WEKO. Der Hinweis in Art. 4 Abs. 3 GebV-KG, wonach diese Gebühr vom Sekretariat erhoben werde, sei – sofern es sich nicht einfach um ein Versehen des Verordnungsgebers handle – ein rein administrativer Hinweis ohne rechtliche Bedeutung (vgl. Replik, Beilage 6 und 7). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren sei es schliesslich aber irrelevant, ob eine Verfügung der WEKO, des Sekretariats oder von beiden vorliege. Denn soweit die Vorinstanzen in der Vernehmlassung damit suggerieren wollten, dass das Sekretariat keine zulässige Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG sei, stehe dies in klarem Widerspruch zur bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis.

(2) Vorbringen der Vorinstanzen

1.1.2.3 Im Rahmen ihrer Vernehmlassung machen die Vorinstanzen geltend, es sei zu prüfen, welche Behörde die angefochtene Verfügung erlassen und gegen welche Vorinstanz sich die Beschwerde zu richten habe. Die Beschwerde selber richte sich explizit sowohl gegen die WEKO als auch gegen das Sekretariat. Die Beschwerde äussere sich indes nicht dazu, wer nach Ansicht der Beschwerdeführerin die angefochtene Kostenverfügung tatsächlich hätte erlassen sollen. Gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. b KG würden die Wettbewerbsbehörden Gebühren für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen erheben. Dabei würden dem Bundesrat die Festsetzung der Gebührensätze und die Regelung der Gebührenerhebung obliegen (Art. 53a Abs. 3 KG). Diesem Auftrag sei der Bundesrat

durch Erlass der GebV-KG nachgekommen. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG laute: „Für die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32 KG erhebt das Sekretariat statt der Gebühr nach Zeitaufwand eine Pauschalgebühr von 5000 Franken.“ Damit habe der Verordnungsgeber sowohl den relevanten Gebührensatz – Pauschalgebühr von CHF 5000.- – festgelegt als auch die Gebührenerhebung durch das Sekretariat geregelt. Der Verordnungstext sei hinreichend klar und nicht auslegungsbedürftig. Für die vorliegend strittige Gebührenfestsetzung sei damit einzig das Sekretariat zuständig. Wie aus dem Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016 hinlänglich hervorgehe, erhebe denn auch das Sekretariat die strittige Gebühr. Angefochten sei damit einzig eine Verfügung des Sekretariats, nicht jedoch der WEKO. Soweit sich die Beschwerde gegen den Erlass einer Gebührenverfügung durch die WEKO richte, sei auf diese in Ermangelung eines tauglichen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

1.1.2.4 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin in ihrer Replik hätten die Vorinstanzen keineswegs suggerieren wollen, das Sekretariat – gemeint sei wohl die WEKO, zumal in der Vernehmlassung klar zum Ausdruck komme, dass, wenn überhaupt, nur das Sekretariat eine anfechtbare Verfügung erlassen habe – sei keine zulässige Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG. Sie legten vielmehr dar, dass die WEKO im vorliegenden Fall von vornherein keine Verfügung erlassen habe, weshalb es mit Bezug auf die WEKO an einem tauglichen Anfechtungsobjekt gemäss Art. 44 VwVG und Art. 31 VGG fehle.

(3) Würdigung durch das Gericht

1.1.2.5 Die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens fällt in den Zuständigkeitsbereich der WEKO (Art. 32 KG). Folglich erfolgt auch die Gebührenerhebung durch sie. Entsprechend ist die von den Parteien strittige Frage, ob nun der Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 GebV-KG oder der Briefkopf der Rechnung über die Frage der verfügenden Behörde entscheidet, nicht von Relevanz. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanzen auch nicht vorbringen, bei der WEKO handle es sich nicht um eine zulässige Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG.

1.1.2.6 Die WEKO stellt – aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 und 19 KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR

172.010.1) – als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 BV eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 lit. f VGG dar.

1.1.2.7 Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

1.2 Beschwerdefähigkeit

Die Beschwerdeführerin ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft und damit als juristische Person des Privatrechts rechtsfähig und durch ihre Organe handlungsfähig. Die Voraussetzungen ihrer Beschwerdefähigkeit gemäss Art. 6 VwVG sind somit gegeben.

1.3 Beschwerdelegitimation

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

1.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe gegenüber der WEKO in der Zusammenschlussmeldung vom 5. Januar 2016 ausdrücklich festgehalten, für den Zusammenschluss bestehe keine Meldepflicht, wenn Art. 9 Abs. 4 KG bundesrechtskonform und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angewendet werde. Die WEKO teile diese Rechtsauffassung nicht (vgl. Beschlussbegründung, Rz. 17 ff.), sondern habe das Zusammenschlussvorhaben „Tamedia / Adextra“ gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG bundesrechtswidrig der Meldepflicht unterstellt (vgl. Beschlussbegründung, Rz. 21 ff.), die vorläufige Prüfung durchgeführt und ihr dafür eine Gebühr von CHF 5'000 auferlegt. Sie sei daher mit ihrer Auffassung, das Zusammenschlussvorhaben sei nicht nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, vor der WEKO unterlegen. Die WEKO bzw. das Sekretariat habe ihr deshalb Verfahrenskosten auferlegt. In diesem Umfang sei die Beschwerdeführerin formell und materiell beschwert. Sie habe überdies am Verfahren vor der WEKO teilgenommen, werde durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und habe ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung.

(2) Vorbringen der Vorinstanzen

1.3.2 Die Vorinstanzen äussern sich nicht explizit zu der Frage der Beschwerdelegitimation.

(3) Würdigung durch das Gericht

1.3.3 Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG voraus, dass ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. In der Regel wird ein Interesse nur dann als schutzwürdig erachtet, wenn es im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und insofern im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 131 II 361 E. 1.2; Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 2.1.2; BVGE 2013/56 E. 1.3.1; 2013/33 E. 1.4; 2013/21 E. 3.1; 2012/33 E. 1.2; 2011/47 E. 1.4.2; 2010/37 E. 2.1; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2.1). Folglich kann ein praktisches Rechtsschutzinteresse von vornherein nicht vorliegen, wenn in der Verfügung den Begehren des Adressaten vollumfänglich entsprochen wird, was dessen materielle Beschwer entfallen lässt. Allerdings wird auf das aktuelle praktische Interesse verzichtet, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 m.w.H.; BVGE 2013/33 E. 1.4; 2013/21 E. 3.1; 2009/31 E. 4.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK verletzt, wenn der effektive Gerichtszugang verfahrensrechtlich durch ungerechtfertigte Sachurteilsvoraussetzungen versperrt wird, was unter Umständen auch auf das Erfordernis des aktuellen Interesses zutreffen könnte (vgl. Urteil des BGer 2C_598/2010 vom 11. März 2011 E. 2.3). Eine Beschwerde muss folglich immer behandelt werden, wenn die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Hoheitsakts in keinem anderen Verfahren mit diesbezüglich mindestens gleichwertigem Rechtsschutzstandard beurteilt werden kann (vgl. BGE 137 II 30, in: ZBI 112 [2011] 603 E. 2.3 m.w.H.; BVGE 2013/33 E. 1.4 m.w.H.).

1.3.4 Für das vorliegende Verfahren ist einerseits festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin mit Adextra mit Datum vom 4. Februar 2016 von der WEKO als unbedenklich qualifiziert wurde und somit ohne Vorbehalt vollzogen werden konnte (vgl. die Beschlussbegründung sowie das Schreiben des Sekretariats vom 5. Februar 2016). Entsprechend ist die Beschwerdeführerin mit ihrem Anliegen vor der

WEKO vollumfänglich durchgedrungen. Andererseits ist die Beschwerdeführerin mit Blick auf die damit verbundene Frage der Meldepflicht und der entsprechend zusammenhängenden Auferlegung der Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 5'000.- beschwert, da die Gebühr im Falle der Verneinung einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG für das Zusammenschlussverfahren Tamedia/Adextra zu Unrecht auferlegt worden wäre und die Beschwerdeführerin diese Kosten bei Obsiegen in vorliegendem Verfahren nicht zu bezahlen hätte.

1.3.5 Es handelt sich vorliegend somit um eine speziell gelagerte Konstellation der Beschwerdelegitimation, da die Beurteilung der Meldepflicht als Teilaspekt in der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG enthalten ist. Auch wenn die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptanliegen – der Genehmigung des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO – vollumfänglich durchgedrungen ist, muss ihre Beschwerdelegitimation mit Bezug auf die Frage der Meldepflicht gleichwohl befürwortet werden. Dies resultiert vorliegend nicht einzig aufgrund der Beschwer mit der Gebühr in der Höhe von CHF 5'000.-, sondern insbesondere auch mit Blick auf die Bedeutung der Klärung der grundsätzlichen und für weitere Verfahren präjudiziellen Frage, ob die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG restriktiv oder extensiv auszulegen ist. Mit Bezug auf die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ist folglich auf das Erfordernis des aktuellen Interesses vorliegend zu verzichten. Denn es handelt sich hierbei zweifellos um eine grundlegende Frage, die sich unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre – in dem Sinne, dass es weder einschlägige kartellverfahrensrechtliche Normen noch ein eigenständiges Meldepflicht-Verfahren zur Klärung dieser Frage gibt – und deren Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt. Diese Betrachtungsweise drängt sich auch mit Blick auf die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK auf, da die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zum heutigen Zeitpunkt mangels einschlägiger kartellverfahrensrechtlicher Normen in keinem anderen Verfahren mit mindestens gleichwertigem Rechtsschutzstandard beurteilt werden kann.

1.3.6 Vor diesem Hintergrund gilt es mit Bezug auf die von der Beschwerdeführerin geforderte rasche Klärung der Reichweite von Art. 9 Abs. 4 KG durch die Gerichte (vgl. Beschwerde, Rz. 84 ff.) jedoch darauf hinzuweisen, dass mangels eines aktuellen Interesses keine zeitliche Dringlichkeit der vorliegend zu behandelnden Streitfrage besteht, da der Zusammenschluss

zwischen der Beschwerdeführerin und Adextra durch die WEKO für unbedenklich erklärt und somit bereits vollzogen wurde. Die Beschwerdeführerin weist zudem explizit darauf hin, dass die Schaffung von Rechtssicherheit zu Art. 9 Abs. 4 KG durch die Gerichte unabdingbar sei (vgl. Replik Rz. 22 ff.). Es handelt sich bei der Klärung der Reichweite der vom Gesetzgeber offen formulierten Bestimmung von Art. 9 Abs. 4 KG deshalb um eine Grundsatzfrage mit präjudizieller Wirkung, die einer vertieften Prüfung zugeführt werden muss. Folglich kann der zeitliche Aspekt nur eine untergeordnete Rolle spielen.

1.3.7 Aus diesen Gründen ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zu bejahen.

1.4 Sonstige Verfahrensvoraussetzungen

Die gemäss Art. 50 VwVG zu beachtende Eingabefrist und die gemäss Art. 52 VwVG notwendige Form der Beschwerde wurden gewahrt. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rügen sind zulässig gemäss Art. 49 VwVG. Der gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG erforderliche Kostenvorschuss wurde fristgerecht einbezahlt. Die sonstigen Verfahrensvoraussetzungen sind somit gegeben.

Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. ZUR FRAGE DER MATERIELLEN MELDEPFLICHT

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

(i) Schaffung von Rechtssicherheit zu Art. 9 Abs. 4 KG

2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Schaffung von Rechtssicherheit zu Art. 9 Abs. 4 KG durch die Gerichte sei unabdingbar. Damit in Zukunft unnötige Verzögerungen, Kosten und Gebühren vermieden werden könnten, müsse für die Unternehmen Klarheit bestehen, ob ein Zusammenschluss meldepflichtig sei oder nicht. Für den Normalfall habe der Gesetzgeber in Art. 9 Abs. 1 KG diese Klarheit weitgehend geschaffen, da er für die Meldepflicht auf den Umsatz abstelle und der Ordnungsgeber in Art. 3 ff. VKU noch weiter konkretisiert habe, wie der Umsatz genau zu ermitteln sei. Ganz anders sei dies jedoch für den Sonderfall von Art. 9 Abs. 4 KG; hier fehle jegliche Rechtssicherheit. Die Bestimmung enthalte mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe. Sie knüpfe mit der Marktbeherrschung

einerseits an ein Kriterium an, das ausgesprochen vage und auch ökonomisch schwer fassbar sei. Andererseits – und dies sei unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten noch viel problematischer – mache Art. 9 Abs. 4 KG die Meldepflicht davon abhängig, ob das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betreffe, der dem beherrschten Markt "vor- oder nachgelagert oder benachbart ist". Was ein vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt sei, sei alles andere als offensichtlich. Und auch der Verordnungsgeber erläutere mit keinem Wort, was darunter zu verstehen sei. Umso wichtiger wäre es, dass Behörden und Gerichte Inhalt und Grenzen von Art. 9 Abs. 4 KG konkretisierten. Sie habe ein grosses und legitimes Interesse daran, dass die Frage der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG durch die Vorinstanzen bundesrechtskonform beurteilt werde und dass diese Beurteilung gerichtlich überprüft werden könne. Dies sei nicht nur für den konkreten Einzelfall wichtig. Vielmehr schaffe erst die gerichtliche Überprüfung die notwendige Rechtssicherheit zur Frage, wie Art. 9 Abs. 4 KG für künftige Transaktionen auszulegen sei. Deshalb sei es unabdingbar, dass sich eine Kasuistik entwickle, die nicht nur auf der Rechtsauffassung der Vorinstanzen beruhe, sondern in Rechtsmittelverfahren überprüft worden sei und damit auch von den Gerichten getragen werde.

(ii) Zur Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG in Sanktions- und Zusammenschlussverfahren

2.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin vertritt die WEKO in anderen Entscheiden die Auffassung, dass für die Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG zwischen Sanktionsverfahren und Zusammenschlussverfahren zu unterscheiden sei. Art. 9 Abs. 4 KG sei danach nur in Sanktionsverfahren eng auszulegen (vgl. RPW 2014/4, 761 Rz. 30 f. – Tamedia/home.ch). Gemäss den Vorinstanzen seien die sanktionsrechtlichen Entscheide, in denen das Bundesverwaltungsgericht die korrekte Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG überprüfe, für die verwaltungsrechtlichen Entscheide ohne Bedeutung, da bei letzteren die korrekte Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG gerichtlich nicht überprüft werden könne. Die Argumentation der Vorinstanzen sei deshalb offensichtlich darauf ausgerichtet, für sich selber die alleinige Deutungshoheit über Art. 9 Abs. 4 KG in Verwaltungsverfahren zu sichern. Der vorhandenen Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 4 KG werde dadurch die Anwendung verweigert und eine neue Rechtsprechung werde verhindert. Eine solche von der WEKO propagierte unterschiedliche Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG in Sanktionsverfahren wegen Verletzung der Meldepflicht einerseits und in Zusammenschlussverfahren andererseits sei unzulässig und müsse

durch das Bundesverwaltungsgericht korrigiert werden. Das Bundesverwaltungsgericht verlange gemäss dem Entscheid in Sachen «The Swatch Group AG/WEKO» vielmehr eine restriktive Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG, damit die Voraussehbarkeit der Meldepflicht gewährleistet sei. So verrete es gerade nicht die Auffassung, dass die restriktive Auslegung nur im Sanktionsverfahren angezeigt sei. Erst am Schluss seiner Erwägung stelle es den Bezug zum Sanktionsverfahren her und führe aus, dass die restriktive Auslegung insbesondere – nach Ansicht der Beschwerdeführerin aber eben nicht ausschliesslich – im Sanktionsverfahren gelte (Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014 E. 2.1, The Swatch Group AG/WEKO).

2.3 Die Bestimmung von Art. 9 Abs. 4 KG sei restriktiv zu interpretieren, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein administratives Zusammenschlussverfahren oder um ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG handle. Denn es gehe in beiden Fällen um die identische Rechtsfrage, nämlich darum, ob eine Meldepflicht bestehe, weil ein vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt tangiert sei. Verletze ein Unternehmen die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, so könne es wegen der Verletzung gerade dieser Meldepflicht mit einer Sanktion gemäss Art. 51 KG belegt werden. Das Kartellgesetz enthalte keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Auslegung der gleichen Norm je nach Verfahrenstyp. Damit die Voraussehbarkeit der Meldepflicht und die damit einhergehende Rechtssicherheit gewährleistet seien, müsse Art. 9 Abs. 4 KG restriktiv ausgelegt werden. Aus einer einheitlichen Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG folge überdies keineswegs, dass dem strafrechtlichen Charakter der Sanktion nach Art. 51 KG nicht Rechnung getragen werden könnte. Denn die WEKO und die Gerichte könnten sehr wohl von einer Sanktion absehen, wenn dem meldepflichtigen Unternehmen aufgrund der konkreten Umstände eine Verletzung der Meldepflicht nicht vorgeworfen werden könne. Der Grund dafür könne aber nicht die unterschiedliche Interpretation der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG sein, sondern die Beurteilung des individuellen Verschuldens und damit der Vorwerfbarkeit des meldepflichtigen Unternehmens im konkreten Fall. Die Beschwerdeführerin bringt folglich gestützt auf eine restriktive Interpretation von Art. 9 Abs. 4 vor, dass für das vorliegende Zusammenschlussverfahren keine Meldepflicht bestanden habe, da der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne weder unmittelbar vor- noch nachgelagert und auch nicht unmittelbar benachbart sei. Bereits der Wortlaut von Art. 9 Abs. 4 KG schliesse aus, dass eine Meldepflicht über eine „Kette“ von „aneinandergereihten“ Vor- oder Nachlagerungen und Benachbartheiten konstruiert

werden könne. Vielmehr müsse der Zusammenschluss gemäss Wortlaut einen Markt betreffen, der dem Markt, für den eine Marktbeherrschung rechtskräftig festgestellt worden sei, entweder vorgelagert oder nachgelagert oder benachbart sei. Die drei Alternativen seien damit nicht kumulierbar. Folglich könne bei lediglich mittelbar betroffenen Märkten aufgrund der restriktiven Interpretation von Art. 9 Abs. 4 KG keine Meldepflicht bestehen.

(iii) Feststellung der Marktbeherrschung im Entscheid „Le Temps“

2.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die von der WEKO im Entscheid „Le Temps“ (RPW 1998/1, S. 39 ff.) gemachten Feststellungen mit Bezug auf eine marktbeherrschende Stellung heute aufgrund des Verkaufs ihrer Beteiligungen an der Le Temps SA an Ringier im Jahr 2014 nur noch insofern relevant seien, als sie sich explizit auf die Groupe Edipresse (nachfolgend: Edipresse) beziehen würden. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 i.S. „Le Temps“ habe die WEKO unter anderem festgestellt, dass durch den damals zu beurteilenden Zusammenschluss die bestehende marktbeherrschende Stellung der Edipresse auf dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verstärkt worden sei. Die Feststellung der Marktbeherrschung gelte für die Beschwerdeführerin somit einzig noch für diesen Markt.

2.5 Gemäss dem Entscheid „Le Temps“ habe sich die Feststellung der Marktbeherrschung ausschliesslich auf den Lesermarkt bezogen. In der Begründung der Verfügung habe die WEKO für die Werbemärkte explizit festgehalten, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung weder begründe noch verstärke. Entsprechend habe die WEKO als Fazit zum Abschnitt 4.2.2 „marchés des annonces“ explizit festgehalten: „En conséquence, il n’y a pas création ou renforcement d’une position dominante à la suite de la concentration (art. 10 al. 2 let. a LCart)“ (RPW 1998/1, 60 Rz. 94 – Le Temps). Die eine vage Aussage in der Begründung, dass die WEKO „(...) n’exclut pas qu’elle [= l’entreprise commune fondée par les parties] puisse dettenir une position dominante dans le domaine des annonces financières“ (RPW 1998/1, 60 Rz 93 – Le Temps), ändere daran nichts: Einerseits lasse die vage Aussage das Ergebnis völlig offen – „n’exclut pas“ – und erlaube nicht, allein daraus eine rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für diesen einen Werbemarkt – Markt für „annonces financières“ – zu konstruieren. Andererseits – und dies sei vorliegend entscheidend – , sei „l’entreprise commune fondée par les parties“ die nachmalige Le Temps SA gewesen,

was auch dadurch bestätigt werde, dass allein diese im Markt für „annonces financières“ über eine gewisse Marktstellung verfügt habe. Seit dem Verkauf der Beteiligung an der Le Temps SA sei aber die Marktstellung der Le Temps SA für sie ohne jede Bedeutung, selbst wenn man aus der vagen Aussage zu Unrecht den Schluss ziehen würde, dass Le Temps SA damals den Markt für „annonces financières“ beherrscht hätte. Entsprechend bestehe für sie keine rechtskräftige Feststellung einer Marktbeherrschung für die Werbemärkte. Die bisherige, teilweise davon abweichende Praxis der WEKO sei deshalb unzutreffend.

(iv) Zeitpunkt der Feststellung der Marktbeherrschung

2.6 Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, die damalige Feststellung der Marktbeherrschung könne auch keine Online-Märkte erfasst haben, da für die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung der Zeitpunkt des Entscheids massgebend sei. Die Feststellung der WEKO, dass die regionalen Tageszeitungen in Genf und Lausanne heute über Internetpräsenzen und Online-Werbung verfügen würden (vgl. Beschlussbegründung, Rz. 23), sei zwar richtig, aber für das vorliegende Verfahren irrelevant. Denn im Zeitpunkt der Feststellung der Marktbeherrschung im Jahr 1998 seien das Internet und insbesondere die statische Online-Werbung – wenn überhaupt – erst von marginalster Bedeutung gewesen. Folglich seien Online-Märkte im Entscheid „Le Temps“ durch die WEKO überhaupt nicht beurteilt worden. Auch aus diesem Grund könne die damalige Feststellung der Marktbeherrschung keine Online-Märkte erfasst haben. Dass sie heute in gewissen Online-Märkten tätig sei, ändere daran nichts.

(v) Zur Begründung der Meldepflicht

2.7 Die Begründung der Meldepflicht durch die WEKO sei überdies teils offensichtlich falsch und teils irrelevant, wenn sie vorbringe, „[d]a gemäss Meldung die mit der Vermittlung statischer Online-Werbung generierten Umsätze von Adextra zu (...) auf Online-Portale von Tamedia entfallen [...], ist es wahrscheinlich, in jedem Falle aber nicht auszuschliessen, dass diese von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen Dienstleistungen von Adextra als Nachfrager nutzen. Für Tamedia wurde daher auf einem zur statischen Online-Werbung nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt“ (Beschlussbegründung, Rz. 23).

2.8 Mit dem „zur statischen Online-Werbung nachgelagerten Markt“ kann nach Ansicht der Beschwerdeführerin nur der Markt für die Vermittlung statischer Online-Werbung gemeint sein. Damit sei aber die Behauptung der WEKO, dass für sie auf „einem zur statischen Online-Werbung nachgelagerten Markt“ eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden sei, gleich doppelt falsch. Einerseits habe sich der Entscheid „Le Temps“ mit diesem Vermittlungsmarkt überhaupt nicht befasst, weshalb für diesen Markt auch keine Marktbeherrschung habe festgestellt werden können. Andererseits sei sie auf diesem Vermittlungsmarkt bis zum vorliegenden Zusammenschluss überhaupt nicht tätig gewesen, weshalb per se ausgeschlossen sei, dass sie diesen Vermittlungsmarkt in der Vergangenheit beherrscht habe.

2.9 Zudem sei die Feststellung, dass Adextra in erster Linie, d.h. zu rund (...), statische Online-Werbung von ihr vermittele, zwar richtig, für die Beurteilung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aber irrelevant. Art. 9 Abs. 4 KG stelle nicht darauf ab, ob zwischen Käufer und Zielgesellschaft eine Lieferbeziehung bestehe.

2.10 Die Beschlussbegründung der WEKO enthalte deshalb eine offensichtlich falsche Begründung der Meldepflicht, da sie zu Unrecht eine Meldepflicht für einen Zusammenschluss bejaht habe, der ausschliesslich den Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Schweiz tangiere.

(vi) Zum vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt

2.11 Die Beschwerdeführerin weist des Weiteren auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts hin, wonach Art. 9 Abs. 4 KG mit Bezug auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der vor- und nachgelagerten sowie benachbarten Märkte restriktiv auszulegen sei, um zu gewährleisten, dass die Meldepflicht für die betroffenen Unternehmen voraussehbar bleibe. Entsprechend sei heute für die Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts massgebend und die von der WEKO früher praktizierte, sehr weitgehende Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht mehr haltbar.

2.12 Die Beschwerdeführerin beanstandet überdies, dass im vorliegenden Fall eine übermässig lange Kette von Vor- und Nachlagerungen sowie Benachbartheiten angenommen worden sei. Eine Vor- und Nachlagerung wie auch eine Benachbarkeit müssten zwischen dem beherrschten und dem

im konkreten Zusammenschluss relevanten Markt bestehen. Eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG könne somit nur bestehen, wenn der ursprüngliche Markt, auf den sich die Feststellung der Marktbeherrschung beziehe, und der vorliegend relevante Markt entweder einander direkt vor- oder nachgelagert oder direkt benachbart seien. Adextra sei im Markt für die Vermittlung von statischer Online-Werbung in der Schweiz tätig. Dieser sei dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne aber weder vor- oder nachgelagert noch benachbart.

2.13 Die WEKO unterteile den Medienmarkt in konstanter Praxis in eine Vielzahl von eng definierten Teilmärkten, was die folgende Auswahl getroffener Abgrenzungen zeige: Die WEKO unterscheide beispielsweise klar zwischen (Print-)Leser- und (Online-)Nutzermärkten, zwischen Lesermärkten und Werbemärkten, zwischen Print- und Online-Werbung, zwischen lokaler und regionaler Print-Firmenwerbung sowie nationaler Print-Firmenwerbung, zwischen statischer und dynamischer Online-Werbung sowie zwischen der Bereitstellung und der Vermittlung von statischer Online-Werbung. Anhand dieser etablierten Marktabgrenzungen sei auch zu beurteilen, welche Märkte zueinander vor- und nachgelagert oder benachbart seien. Entsprechend müsste man im vorliegenden Fall vom Anfangsmarkt bis zum Endmarkt drei je getrennte relevante Märkte „durchspringen“: Der Ausgangspunkt bilde dabei derjenige Markt, für den die Marktbeherrschung rechtskräftig festgestellt worden sei, vorliegend somit der Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne. In einem ersten Schritt der Kette stünden dann die Märkte für lokale und regionale Printfirmenwerbung in den Regionen Genf und Lausanne, gefolgt vom Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der französischsprachigen Schweiz. In einem nächsten und dritten Schritt stünde dann der Markt für die Bereitstellung statischer Online-Werbung in der französischsprachigen Schweiz. Erst in einem vierten Schritt gelange man schliesslich zum vorliegend relevanten Markt für die Vermittlung für statische Online-Werbung in der Schweiz.

2.14 Ein solches Vorgehen mit Bezug auf die Marktabgrenzung ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin bundesrechtswidrig, da mit der geeigneten Anzahl und Richtung solcher Schritte die Marktbeherrschung auf praktisch jeden beliebigen Markt ausgedehnt werden könnte. Diese extensive Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG durch die WEKO führe dazu, dass Art. 9 Abs. 4 KG uferlos werde.

2.15 Denn der vorliegend relevante Markt für die Vermittlung von statischer Online-Werbung in der Schweiz sei dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in Genf und Lausanne weder vor- noch nachgelagert. Im Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in Genf und Lausanne fragten die Leser gedruckte Tageszeitungen nach, die vor allem Berichterstattungen über lokale und regionale Aktualitäten in Politik, Wirtschaft, Kultur etc. enthalten würden (vgl. RPW 1998/1, 47 Rz. 37 f. – Le Temps; RPW 2009/3, 254 Rz. 77 – Tamedia/PPSR). Beherrschtes Produkt seien somit gedruckte lokale und regionale Tageszeitungen. Solche seien aber offensichtlich keine Inputleistungen für die Vermittlung statischer Online-Werbung. Sie würden nicht benötigt, damit die Vermittlungsdienstleistung für Online-Werbung erbracht werden könne. Und umgekehrt sei diese Vermittlungsdienstleistung auch keine Inputleistung für gedruckte lokale und regionale Tageszeitungen. Vielmehr hätten die beiden Produkte und Dienstleistungen – gedruckte lokale und regionale Tageszeitungen einerseits und Vermittlungsdienstleistungen für Online-Werbung andererseits – überhaupt keine Gemeinsamkeiten oder Berührungspunkte. Daran ändere sich selbst dann nichts, wenn man zu Unrecht davon ausgehen würde, dass sich die Feststellung der Marktbeherrschung im Entscheid „Le Temps“ auch auf den Werbemarkt beziehe. Denn auch dann würde sich die Feststellung der Marktbeherrschung nur auf lokale und regionale Print-Werbung und nicht auf schweizweite Online-Werbung beziehen. Im Markt für lokale und regionale Print-Firmenwerbung fragten Werbetreibende Werberaum in lokalen und regionalen Tageszeitungen nach. Dieser Werberaum in Tageszeitungen sei keine Inputleistung für die Vermittlungsdienstleistung für statische Online-Werbung. Gemäss Praxis der WEKO gehörten Firmenwerbung in regionalen Tageszeitungen und statische Online-Werbung eindeutig zu unterschiedlichen Märkten, die nicht einmal benachbart seien (vgl. RPW 2014/4, 712 f. Rz. 49, Rz. 56 – Ringier/Le Temps; RPW 2009/3, 264 Rz. 145 ff. – Tamedia/PPSR). Umgekehrt seien diese Vermittlungsdienstleistungen auch keine Inputleistungen für lokale und regionale Print-Firmenwerbung.

2.16 Des Weiteren sei der vorliegend relevante Markt für die Vermittlung von statischer Online-Werbung dem Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne auch nicht benachbart. Vermittlungsdienstleistungen für statische Online-Werbung seien damit kein Angebot, das knapp ausserhalb des beherrschten Lesermarkts für regionale Tageszeitungen in Genf und Lausanne liege. Vielmehr handle es sich um ein vollkommen anderes Angebot. Vermittlungsagenturen würden Betreibern von Websites vielmehr anbieten, die dort verfügbare Bannerwerbung

gegen Bezahlung einer Kommission an Werbetreibende zu vermitteln. Vermittlungsdienstleistungen für statische Online-Werbung seien durch gedruckte lokale und regionale Tageszeitungen nicht substituierbar. Sie würden auch nicht parallel mit gedruckten lokalen und regionalen Tageszeitungen nachgefragt. Es sei zudem ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin eine Koppelung von gedruckten lokalen und regionalen Tageszeitungen sowie von Vermittlungsdienstleistungen für statische Online-Werbung vornehmen könnte. Eine Koppelung würde bereits daran scheitern, dass die Nachfrager vollkommen andere Personen seien. Denn Nachfrager der Vermittlungsdienstleistungen seien die Betreiber von Websites, die statische Online-Werbung verkaufen wollten. Nachfrager von gedruckten lokalen und regionalen Tageszeitungen seien demgegenüber die Leser solcher Tageszeitungen in Genf und Lausanne. Auch mit Bezug auf die Beurteilung der Benachbarkeit ändere sich nichts, wenn man zu Unrecht davon ausgehen würde, dass sich die Feststellung der Marktbeherrschung im Entscheid „Le Temps“ auch auf den Werbemarkt beziehe. Werberaum in lokalen und regionalen Tageszeitungen sowie Vermittlungsdienstleistungen für Online-Firmenwerbung würden von verschiedenen Personen und damit nicht parallel nachgefragt: Nachfrager des Werberaums in lokalen und regionalen Tageszeitungen seien vielmehr Werbetreibende, während Nachfrager von Vermittlungsdienstleistungen für statische Online-Werbung die Betreiber von Websites seien.

2.17 Die Behauptung der WEKO in der Beschlussbegründung (Rz. 30), wonach es sich bei Märkten für die Vermittlung von Online-Werbeflächen um zweiseitige Märkte handle, sei unpräzise und damit unzutreffend: Denn die Werbetreibenden seien gerade nicht Nachfrager der Vermittlungsdienstleistungen, wie sie z.B. Adextra erbringe. Ein Vertragsverhältnis bestehe nur zwischen der Vermittlungsagentur und dem Betreiber der Website. Weder bestehe zwischen der Vermittlungsagentur und dem Werbetreibenden ein Vertragsverhältnis noch entschädige der Werbetreibende die Vermittlungsagentur für die Vermittlungsdienstleistung. Soweit die Vermittlungsagentur für den Betreiber der Website allenfalls das Inkasso übernehme, handle es sich wiederum um eine Dienstleistung (Inkassodienstleistung), welche die Vermittlungsagentur für den Betreiber der Website erbringe. Vermittlungsagenturen wie Adextra seien von Media- und Werbeagenturen, die von den Werbetreibenden beauftragt und bezahlt würden, um Werbung zu entwickeln und umzusetzen, zu unterscheiden. Deren Dienstleistungen würden tatsächlich von den Werbetreibenden nachgefragt und bezahlt. Während die Media- und Werbeagenturen gewissermaßen „Hilfspersonen“ der Werbetreibenden seien und von diesen bezahlt

würden, seien die Vermittlungsagenturen „Hilfspersonen“ der Betreiber der Websites und würden auch von diesen für ihre Dienstleistungen entschädigt.

2.18 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass auch die gänzlich anderen Charakteristika der beiden Märkte deren fehlende Verbundenheit belegten. Auf diesen Märkten würden sich sowohl die Anbieter als auch die Nachfrager, das angebotene Produkt, das Preismodell sowie das räumliche Tätigkeitsgebiet und die Vertriebsstruktur voneinander unterscheiden, weshalb es offensichtlich an der von Art. 9 Abs. 4 KG geforderten engen Verbundenheit fehle. Keines der beiden Angebote sei ein Input oder eine Voraussetzung für das andere Angebot; auch würden die beiden Angebote nicht gemeinsam (gekoppelt) verkauft.

(vii) Zeitliche Dringlichkeit

2.19 Die Beschwerdeführerin weist auf die zeitliche Dringlichkeit der vorliegend zu behandelnden Sache hin. Für sie sei die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG überdies von grosser praktischer Relevanz. Dies zeige der Umstand, dass die Beschwerdeführerin und ihre Konzerngesellschaften in den letzten Jahren wegen der immer extensiveren Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG durch die WEKO eine sehr grosse Anzahl Zusammenschlüsse habe melden müssen. Keiner dieser Zusammenschlüsse hätte dabei die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Mit jeder dieser Meldungen seien aber nicht nur hohe Kosten verbunden, sondern auch erhebliche zeitliche Verzögerungen. Aus diesen Gründen habe die Beschwerdeführerin ein legitimes Interesse, dass die Gerichte die Reichweite von Art. 9 Abs. 4 KG rasch klärten.

(2) Vorbringen der Vorinstanzen

(i) Zur Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG in Sanktion- und Zusammenschlussverfahren

2.20 Die Vorinstanzen weisen zunächst darauf hin, dass im vorliegenden Verfahren einzig die Frage der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu beurteilen sei. In ihrer ständigen Praxis gehe die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus (vgl. RPW 2006/4, 622, Meldepflicht der Emmi AG; RPW 2006/2, 292 f. Rz. 21 ff., Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation). Das Bundesverwaltungsgericht habe im Fall The Swatch Group AG/Wettbewerbskommission ausgeführt,

dass angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe der vor- und nachgelagerten sowie insbesondere der benachbarten Märkte ein Problem mit der Voraussehbarkeit bestehen könne. Deshalb sei Art. 9 Abs. 4 KG mit Bezug auf die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte restriktiv auszulegen. Dies gelte insbesondere dann, wenn aufgrund dieser Auslegung eine Sanktion ausgesprochen werde (vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014 E. 2.1, The Swatch Group AG/WEKO). Nach Ansicht der Vorinstanzen kann diese Erwägung jedoch nicht unbesehen auf Fälle übertragen werden, in denen keine Sanktion drohe (vgl. RPW 2014/4, 761 Rz. 30, Tamedia/home.ch).

2.21 Entsprechend differenzieren die Vorinstanzen bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG danach, ob die Norm im Rahmen eines administrativen Zusammenschlussverfahrens oder in einem Sanktionsverfahren zur Anwendung gelangt. In ersterem Zusammenhang sei die Norm extensiv zu interpretieren, in letzterem restriktiv. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin würden sie keineswegs die alleinige Deutungshoheit über Art. 9 Abs. 4 KG beanspruchen. Es mache aber sehr wohl einen Unterschied, ob ein Verfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter oder ein rein administratives Verwaltungsverfahren vorliege. Fragen der Vorhersehbarkeit stellten sich im vorliegenden Verfahren nicht, da die Beschwerdeführerin selber von einer – zumindest möglichen – Meldepflicht ausgegangen sei. Weitere Argumente zur Differenzierung zwischen einer extensiven und restriktiven Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG bringen die Vorinstanzen nicht vor.

(ii) Zum vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt

2.22 Vor- oder nachgelagerte Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG seien solche Märkte, die mit Bezug auf die Produktion oder Distribution auf dem Weg des Produkts vorher oder nachher kommen würden. Folglich handle es sich dabei um Märkte, die in einem Vertikalverhältnis zum Markt, in welchem eine Marktbeherrschung festgestellt worden sei, stünden. Vorausgesetzt sei, dass ein Produkt eines vorgelagerten Markts für die Produktion oder den Vertrieb auf dem beherrschten Markt benötigt werde oder dass das Produkt des beherrschten Markts für die Produktion oder den Vertrieb auf einem nachgelagerten Markt benötigt werde.

2.23 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar vor- oder nachgelagert seien. Wettbe-

werbseffekte könnten sich auch zwischen weiter entfernten Märkten ergeben. So sei es denkbar, dass ein Unternehmen, welches über eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt für ein notwendiges Ausgangsprodukt verfüge, diese Marktbeherrschung auf den Markt für das Endprodukt übertragen könne, unabhängig davon, wie viele Veredelungsstufen zwischen diesen beiden Märkten bestünden. Die Prüfung des Bestehens solcher Effekte sei indes Sache der materiellen Prüfung. Im Rahmen der Meldepflicht könne jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Effekte haben könnte, wenn nicht unmittelbar vor- oder nachgelagerte Märkte vorliegen würden. Entsprechend seien diese Zusammenschlussvorhaben im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 KG zu melden. Dies nicht zuletzt deshalb, um gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirkamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.

2.24 Des Weiteren bringen die Vorinstanzen vor, dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO ein Markt als benachbart zu einem anderen Markt gelte, wenn er Güter umfasse, die mit den Gütern des betroffenen Markts bis zu einem gewissen Grad substituierbar seien und deren Nachfrage parallel verlaufe (vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014, E. 2.3, The Swatch Group AG/WEKO; RPW 2006/4, 622 Rz 5, Meldepflicht der Emmi AG). Dabei würden sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst. Auch hier sei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart seien. Entscheidend sei vielmehr, dass sie soweit benachbart seien, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden könnten. Damit soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen könnte.

2.25 Die von der Beschwerdeführerin vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verfügten über Internetpräsenzen, über welche sie zwecks Generierung von Einnahmen ebenfalls Werbung schalteten. Da gemäss Meldung der Beschwerdeführerin vom 5. Januar 2016 die mit der Vermittlung statischer Online-Werbung generierten Umsätze von Adextra zu (...) auf Online-Portale von Tamedia entfallen würden, sei es wahrscheinlich, in jedem Falle aber nicht auszuschliessen, dass diese von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen Dienstleistun-

gen von Adextra als Nachfrager nutzten (vgl. Rz. 23 der Beschlussbegründung). Ergänzend weisen die Vorinstanzen darauf hin, dass die WEKO gemäss konstanter Praxis im Medienbereich unter anderem zwischen Lesermärkten (Hörer-, Zuschauer- und Nutzermärkten) und Werbemärkten (Bereitstellung und Vermittlung von Werbung) unterscheiden würden. Dabei seien die Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden könne.

2.26 Im Unterschied zu einer traditionellen vertikalen Marktstruktur, bei der ein Händler eine Ware oder Dienstleistung kauft und weiterverkauft, würden zweiseitige Märkte eine Plattformstruktur aufweisen, wobei die Plattform ihre Produkte zwei unterschiedlichen Kundengruppen anbietet und damit eine Transaktion zwischen diesen Kundengruppen vermittelt. Die beiden Kundengruppen würden zwar gerne die Produkte handeln, doch eine Transaktion könne nur über die Plattform zu Stande kommen. Entscheidend für das Bestehen zweiseitiger Märkte seien sog. indirekte Netzwerkeffekte. Diese würden vorliegen, wenn der Nutzen bzw. die Nachfrage einer Gruppe der Kunden auf der einen Seite der Plattform vom Nutzen bzw. der Nachfrage der Kunden auf der anderen Seite der Plattform abhängig sei und umgekehrt. Die Zahlungsbereitschaft eines Kunden hänge demnach indirekt von der Anzahl von Kunden ab, die ein anderes Produkt erwerben würden.

2.27 Im vorliegenden Zusammenhang sei eine Tageszeitung für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweise. Dass auf der anderen Seite der Durchschnittsleser für gewöhnlich kaum an möglichst viel Werbung interessiert sein dürfte, spiele im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Folglich sei der entsprechende Werbemarkt untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.

2.28 Gemäss Praxis der WEKO stellten Print- und Online-Werbung eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien komme, gehe die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche mit den einzelnen Werbeträgern möglich seien, gemäss der bisherigen Praxis noch nicht vollständig austauschbar seien, so dass sich eine Unterscheidung nach Werbeträgern nach wie vor rechtfertige. Allerdings stelle sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwi-

schen einzelnen Werbeträgern geben könne (vgl. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2015 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-0772 Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG, abrufbar unter www.WEKO.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide). Dementsprechend könnten Wettbewerbseffekte zwischen dem von der Beschwerdeführerin beherrschten „Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne“ und dem vom fraglichen Zusammenschlussvorhaben betroffenen „Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen“ nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es bestehe mithin offenkundig eine Benachbarkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

(3) Würdigung durch das Gericht

2.29 Art. 9 KG bestimmt, wann ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet werden muss. In gleicher Weise wie Art. 9 Abs. 3 KG bei Versicherungen und Banken knüpft auch Art. 9 Abs. 1 KG am Umsatz der beteiligten Unternehmen an. Ungeachtet dieser umsatzbasierten Kriterien besteht die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aber auch dann, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

2.30 Die Meldepflicht eines Zusammenschlusses gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht somit nur, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen (vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014, E. 2, The Swatch Group AG/WEKO).

2.31 Im vorliegenden Fall gilt es folglich zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein solches Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt besteht.

2.32 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer

teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 140 III 616 E. 3.3; BGE 140 III 206 E. 3.5.4; BGE 140 IV 1 E. 3.1, BGE 140 IV 28 E. 4.3.1; BGE 140 V 8 E. 2.2.1).

2.33 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (vgl. Urteil des BGer 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019; BGE 140 II 129 E. 3.2; BGE 140 IV 108 E. 6.4; BGE 140 V 213 E. 4.1). Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend; andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers – die sich insbesondere aus den Materialien ergibt – aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt, auch wenn dieses das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung an veränderte, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehene Umständen anpasst oder es ergänzt (vgl. BGE 140 III 616 E. 3.3; BGE 138 III 359 E. 6.2 S. 361; BGE 137 V 13 E. 5.1 S. 17).

2.34 Art. 9 Abs. 4 KG hält zum Nahverhältnis explizit fest, «[...]», dass es [das Unternehmen] in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist». Eine Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des «vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markts» ist dem Gesetzestext jedoch nicht zu entnehmen. Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt somit offen, was unter den Tatbestandsmerkmalen des «vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markts» zu verstehen ist. Es kann somit an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Wortlaut von Art. 9 Abs. 4 KG mit Bezug auf das Nahverhältnis keine klare, d.h. eindeutige und unmissverständliche Anhaltspunkte liefert.

2.35 Nach der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 (Botschaft des Bundesrats vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 I 468, nachfolgend: Botschaft KG 1995) soll mit der umsatzunabhängigen Meldepflicht marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ermöglicht werden, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinen Volumen entgegenzutreten. Zudem könne gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden, welche versuchten, unter Ausnutzung der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 581; vgl. REICH PHILIPPE, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 9 Rn. 25; VENTURI SILVIO/FAVRE PASCAL, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], CR Concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 9 Rn.105). Vertikale oder konglomerale Zusammenschlüsse mit Beteiligung des marktbeherrschenden Unternehmens seien somit ebenfalls erfasst, sofern ein Nahverhältnis der Märkte vorliegt (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 580 f.; vgl. BORER JÜRIG, Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., 2011 Art. 9 Rn. 19; MERCIER PIERRE ET AL., Grands principes du droit de la concurrence, 1999, S. 663). Wie die Vorinstanzen zutreffend geltend machen, enthält die Botschaft KG 1995 jedoch keine Anhaltspunkte zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solches Nahverhältnis zu befürworten und wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist.

2.36 Des Weiteren geht aus den Wortprotokollen des National- und Ständerats zur Botschaft zur KG-Revision 1995 hervor, dass das Tatbestandsmerkmal des «vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markts» nicht explizit Gegenstand der parlamentarischen Debatten war (Amt.Bull. N 1995 III 1057 ff.; Amt.Bull. N 1995 IV 2046 f., 2110, 2298 f.; Amt.Bull. S 1995 IV 845 ff., 1013 f., 1065). Beim Ständerat lag der Fokus vielmehr auf der Frage, ob Art. 9 Abs. 4 KG – vormals E Art. 9 Abs. 3 KG – aufgrund seiner Eigenheit und mangels einer vergleichbaren Norm im Ausland gänzlich gestrichen werden sollte. In der Abstimmung wurde die Norm schliesslich aufgrund der Stimmenmehrheit von 20 gegenüber 16 Stimmen belassen (Amt.Bull. S 1995 IV 860 ff.).

2.37 Schliesslich kann zur Bestimmung des Vorliegens eines Nahverhältnisses zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und

dem beherrschten Markt auch nicht auf die gesetzliche Systematik zurückgegriffen werden. Die materiell-rechtlichen Bestimmungen in Art. 9 und Art. 10 KG, die Bestimmung zum Verwaltungsverfahren in Art. 35 KG sowie die Norm zur Verwaltungssanktion in Art. 51 KG äussern sich zwar allesamt explizit zur Meldepflicht oder zu meldepflichtigen Zusammenschlüssen. Jedoch lassen sich aus der Systematik dieser Bestimmungen keine Erkenntnisse zur Klärung des Nahverhältnisses gewinnen.

2.38 Im Schrifttum wird die Norm in Art. 9 Abs. 4 KG überwiegend kritisiert. Zwar wird das Ziel der Botschaft KG 1995 begrüsst, wonach gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden soll, welche versuchten, unter Ausnutzung der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen, doch erschwere der weite sachliche und zeitliche Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG die Voraussehbarkeit einer Meldepflicht, was der Rechtssicherheit abträglich sei. Sowohl das an die Marktstellung geknüpfte Aufgreifkriterium als auch die unbestimmten Rechtsbegriffe der vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkte seien problematisch (vgl. BORER, a.a.O., Art. 9 Rn. 19 f.; DUCREY PATRIK/DROLSHAMMER JENS, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, Art. 9 Rn. 67 f.; HOFSTETTER KARL/SCHILDKNECHT RETO, Fusions- und Marktmachkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, SJZ 1997, S. 124 f.; INDERMÜHLE SAMUEL, Die umsatzunabhängige Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen im Schweizer Kartellgesetz, 2014, insb. 249 ff. Rn. 19.1 ff.; JAAG CHRISTIAN/RUTZ SAMUEL/JACOBER NOËMI, Einführung des SIEC-Tests, Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle, Studie im Auftrag des SECO zur Fusionskontrolle, 27. Oktober 2017; PRÜMMER FELIX, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], KG – Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, Art. 9 Rn. 102 f.; REICH, a.a.O., Art. 9 Rn. 26 f.; REINERT MANI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], BSK-KG, Basel 2010, Art. 9 Rn. 316; VENTURI/FAVRE, a.a.O., Art. 9 Rn. 119 ff.; ZIMMERLI DANIEL, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 459 f.).

2.39 In der bisherigen Praxis der WEKO wurde Art. 9 Abs. 4 KG demgegenüber extensiv ausgelegt (vgl. RPW 2014/4, 761 Rz. 30 f. – Tamedia/home.ch; RPW 2006/4, 622 – Meldepflicht der Emmi AG; RPW 2006/2, 292 f. Rz. 21 ff. – Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation).

2.40 Hinweise auf eine Antwort auf die Frage der Reichweite der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ergeben sich auch nicht durch Rechtsvergleichung, da es sowohl in der Europäischen Union (EU) als auch in den Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten keine mit Art. 9 Abs. 4 KG vergleichbare Norm gibt, auf deren Erfahrungswerte für die Klärung der vorliegenden Fragestellung zurückgegriffen werden könnte (zur Meldepflicht in ausgewählten Rechtsordnungen vgl. INDERMÜHLE, a.a.O., Rz 5.1 ff.).

2.41 Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Würdigung der strittigen Fragen ist zunächst festzuhalten, dass der vorliegend zu klärende Streitpunkt sich auf die Frage des Bestehens einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG für administrative Zusammenschlussverfahren beschränkt. Damit zusammenhängende Fragen – wie beispielsweise betreffend Marktstruktur, Reichweite oder massgebender Zeitpunkt der Feststellung der Marktbeherrschung im Entscheid «Le Temps» – bilden folglich nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Vielmehr ist allein zu prüfen, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussverfahren zwischen Tamedia und Adextra betroffenen Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Ob solche Wettbewerbseffekte effektiv bestehen, ist demgegenüber eine vorliegend nicht zu behandelnde Frage der materiellen Prüfung durch die WEKO.

2.42 Im vorliegenden Verfahren berufen sich beide Parteien bei ihrer Argumentation jeweils auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen The Swatch Group AG/WEKO, wo Folgendes ausgeführt wird: «Bei der Auslegung der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG ist zu berücksichtigen, dass für die betroffenen Unternehmen die Meldepflicht voraussehbar sein muss. So enthält Art. 9 Abs. 4 KG im Unterschied zum Vorentwurf kein subsidiäres Marktanteilkriterium mehr. Stattdessen wird auf das eindeutig bestimmbare Kriterium der rechtskräftigen Feststellung der Marktbeherrschung abgestellt (Botschaft KG 95, BBl 1995, 581). Demnach soll die Feststellung i.S.v. Art. 9 Abs. 4 KG eine hohe Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen gewährleisten (...). Zudem werden in der Lehre Bedenken zur Rechtssicherheit geäussert, indem die Praxis der Vorinstanz als uferlose Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 4 KG kritisiert wird (...). Angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe der vor-, nachgelagerten und insbesondere benachbarten Märkte kann tatsächlich ein Problem mit der Voraussehbarkeit bestehen. (...). Deshalb ist Art. 9 Abs. 4 KG in Bezug auf die vom Zusammenschluss betroffenen

Märkte restriktiv auszulegen (...). Dies gilt insbesondere dann, wenn aufgrund dieser Auslegung eine Sanktion ausgesprochen wird (vgl. zum Bestimmtheitsgebot BGE 139 I 72 E. 8.2 [Publigroupe])» (Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014 E. 2.1 m.w.H., The Swatch Group AG/WEKO).

2.43 In diesem Zusammenhang gilt es zunächst festzuhalten, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen The Swatch Group AG/WEKO die Beurteilung der Verletzung der Meldepflicht zum Gegenstand hatte. Folglich ergingen die entsprechenden Erwägungen im Rahmen der Würdigung eines Sanktionsverfahrens gemäss Art. 51 KG (vgl. auch PRÜMMER, a.a.O., Art. 9 Rn. 103, der mit Bezug auf die Auslegungsfrage von Art. 9 Abs. 4 KG explizit und in zutreffender Weise festhält, dass das Bundesverwaltungsgericht sich in einem «verwaltungssanktionsrechtlichen Verfahren» für eine restriktive Auslegung ausgesprochen habe). In der bisherigen Rechtsprechung nicht erörtert wurde demgegenüber die Frage, welcher Auslegung Art. 9 Abs. 4 KG in einem rein administrativen Zusammenschlussverfahren ohne sanktionsrechtlichen Anknüpfungspunkt zuzuführen ist. Die im Swatch Group-Urteil ausgeführten Gesichtspunkte zur Problematik der Voraussehbarkeit bei der Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG und der damit einhergehenden restriktiven Interpretation von Art. 9 Abs. 4 KG können somit nicht unbesehen auf ein Zusammenschlussverfahren rein administrativer Natur, welches keinerlei sanktionsrechtliche und damit strafrechtsähnliche Berührungspunkte aufweist, sondern lediglich die Bewilligung oder Nichtbewilligung eines meldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens zum Gegenstand hat, übertragen und ausgeweitet werden. Dieser Ansatz wird durch den Verweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe gestützt, wonach das in Art. 7 EMRK und Art. 15 Uno-Pakt II (Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, UNO-Pakt II, SR 0.103.2) enthaltene Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände aufgrund des gemäss Art. 6 EMRK massgeblichen strafrechtsähnlichen Charakters der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.1) zum Tragen komme. Da im Rahmen einer rein administrativen Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 32 ff. KG demgegenüber keine Strafe gemäss Art. 6 EMRK droht, handelt es sich in einem solchen Fall um eine andere, nicht direkt vergleichbare Ausgangs- und Rechtsfrage und besteht entsprechend keine Notwendigkeit, Art. 9 Abs. 4 KG im Sinne des konventionsrechtlichen Bestimmtheits- und Klarheitsgebots ebenfalls restriktiv auszulegen.

2.44 Des Weiteren ist zu beachten, dass einem Unternehmen bei Unklarheiten über die Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens auch die Möglichkeit einer Beratung durch das Sekretariat der WEKO nach Art. 23 Abs. 2 KG offen steht, wodurch das Risiko eines sanktionsbedrohten Verfahrens nach Art. 51 KG wegen Verletzung der Meldepflicht entfällt.

2.45 Nach der Botschaft KG 1995 soll gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgegangen werden, welche versuchen, unter Ausnutzung der Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen. Eine auf solche Fälle eines bereits bestehenden marktbeherrschenden Unternehmens ausgerichtete extensive Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG im Rahmen eines rein administrativen Zusammenschlussverfahrens ist damit auch im Lichte dieser präventiven Zielsetzung geboten. Entsprechend ist die Praxis der WEKO, wonach Art. 9 Abs. 4 KG in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens extensiv auszulegen ist, zu schützen. Im Rahmen eines Sanktionsverfahrens gemäss Art. 51 KG ist Art. 9 Abs. 4 KG demgegenüber aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen und dem damit einhergehenden verschärften Bestimmtheitsgebot restriktiv auszulegen. Auch mit Blick auf eine rechtsgleiche Anwendung dieser Norm lassen sich keine Argumente anbringen, die gegen eine unterschiedliche und differenzierte Auslegungspraxis im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG sprechen, da es sich nicht um direkt vergleichbare Rechtsfragen handelt. Entsprechend ist die unterschiedliche Handhabung von Art. 9 Abs. 4 KG der Rechtssicherheit nicht abträglich.

2.46 Die präventive Zielsetzung und die damit gebotene extensive Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG im Rahmen eines administrativen Zusammenschlussverfahrens bei einer Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens führt deshalb nach Prüfung und Abwägung aller geltend gemachten Gesichtspunkte zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente im Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit des vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markts sowie auch die Fragen der Marktstruktur, der Reichweite und des massgebenden Zeitpunkts der Feststellung der Marktbeherrschung im Entscheid «Le Temps» nicht als Teilgehalt der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu klären waren, sondern vielmehr Gegenstand des materiellen Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 f. KG durch die WEKO bildeten. Dasselbe gilt folglich auch für die Beurteilung, ob Wettbewerbseffekte auf den vom Zusammenschluss

betroffenen Märkten hervorgerufen werden, die einer Genehmigung entgegenstehen. Diese Handhabung der strittigen Gesichtspunkte drängt sich insbesondere auch mit Blick auf die im Zusammenschlussverfahren geltenden kurzen Fristen auf. Denn es entspricht nicht Sinn und Zweck der Fristenregelung und kann daher nicht angehen, die Klärung solch komplexer Fragestellungen wie diejenige der Unmittelbarkeit der konkreten Märkte, die eine eingehende Prüfung der konkreten Marktstrukturen verlangt, bereits vorgängig im Rahmen der Meldepflicht als solches zu fordern. Eine solche allgemeine und extensive Prüfung und Beantwortung der offenen Streitpunkte bereits im Rahmen der administrativen Meldepflicht würde sonst zu einem uferlosen und zeitlich kaum bzw. nicht seriös zu bearbeitenden Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG führen, womit diese Norm ihrer präventiven Zielsetzung beraubt würde, was nicht im Sinne der Botschaft KG 1995 und damit des Gesetzgebers sein kann. Entsprechend äussert sich auch die Botschaft KG 1995 selber nicht explizit zu der Frage, wann ein Markt einem anderen vor- oder nachgelagert oder zu diesem benachbart ist. Folglich handelt es sich bei diesen komplexen Fragestellungen vielmehr um Probleme der materiellen Prüfung gemäss Art. 32 f. KG.

2.47 Im Lichte einer extensiven Interpretation von Art. 9 Abs. 4 KG ausschliesslich bei rein administrativen Zusammenschlussvorhaben ohne strafrechtsähnliche Sanktionsmassnahmen ist folglich festzuhalten, dass die WEKO die Meldepflicht für das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zwischen Tamedia und Adextra zu Recht bejaht hat. Denn es konnte nicht von vornherein und somit bereits zum Zeitpunkt der Meldung und ohne weiteren Klärungsbedarf festgestellt werden, dass zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und dem vom fraglichen Zusammenschlussvorhaben betroffenen Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen keine Wettbewerbseffekte entstehen würden.

2.48 Aufgrund vorstehender Erwägungen ist die Beschwerde vom 17. März 2016 abzuweisen.

3. VERFAHRENSKOSTEN UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG

3.1 Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus einer Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die

Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

3.2 Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach dem Umfang und der Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf CHF 10'000.- festzusetzen. Da die zu beurteilende Streitigkeit sich nicht auf die Qualifikation der Kostenaufgabe als solches beschränkte, sondern vielmehr auch eine Entscheidung über die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zum Gegenstand hat, erscheint eine Erhöhung der bereits bei der Beschwerdeführerin mittels eines Kostenvorschusses eingeholten CHF 5'000.- auf die neu festzusetzenden Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 10'000.- als angemessen. Andererseits bestand für die Entscheidung dieser vom Gesetzgeber nicht entschiedenen Frage ein berechtigtes öffentliches Interesse, weshalb von einer weiteren, im Verhältnis zum erforderlichen Arbeits- und Klärungsbedarf bemessenen und ausgerichteten Erhöhung abzusehen ist.

3.3 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin die unterliegende Partei. Folglich hat sie die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 10'000.- zu leisten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

3.4 Die Beschwerdeführerin hat am 10. August 2020 eine detailliert begründete Kostennote ihres Rechtsvertreters eingereicht. Ausgehend von Stundenansätzen in der Höhe von Fr. 350.- bzw. Fr. 400.- inklusive Mehrwertsteuer machen sie für das gesamte Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Vertretungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 37'615.00 inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer geltend.

3.5 Da die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht unterliegt, wird ihr keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 10'000.- auferlegt. Der bereits geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 5'000.- wird den Verfahrenskosten nach Rechtskraft dieses Urteils angerechnet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein);
die Vorinstanzen (Ref-Nr. 41-0793; Gerichtsurkunde);
das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF
(Gerichtsurkunde).

– Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

–

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Linda Kubli

Rechtsmittelbelehrung:

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

–

– Versand: